

*¿Respecto de qué?*  
Iñigo de la Maza Gazmuri<sup>†</sup>

*1. Animales varios*

He aquí algunas de mis historias favoritas.

Umberto ECO relata como toda la tradición medieval convenció a Europa de la existencia del unicornio, un animal que asemejaba un delicado y gentil caballo blanco con un cuerno sobre su hocico.<sup>1</sup> Como encontrar unicornios en Europa no resultaba sencillo, la tradición decidió que estos animales debían habitar en países exóticos. Marco Polo, como habitante de la Europa medieval también se empapó de esta tradición, así cuando viajó a China estaba preparado para encontrar unicornios y, de hecho, durante su viaje los buscó afanosamente. Nos cuenta Eco que el encuentro se produjo mientras el viajero volvía a casa, en la isla de Java. Siendo Marco Polo un cronista honesto no pudo dejar de advertir que estos unicornios presentaban algunas diferencias con aquellos que anunciaba la tradición europea. De acuerdo a la relación de Eco:

ellos no eran blancos sino negros. Su piel asemejaba a la de los búfalos y sus abdómenes eran tan abultados como los de los elefantes. Sus cuernos no eran blancos sino negros, sus lenguas eran erizadas y sus cabezas asemejaban a las de los jabalís salvajes.<sup>2</sup>

La segunda historia es narrada por Fernando DE TRAZEGNIES, en los siguientes términos:

El cronista Juan de Matienzo, cuando quiso en 1567 describir las llamas de ese Perú descubierto pocas décadas antes, no encontró mejor forma de hacerlo que considerándolas ovejas: “Llaman los naturales a las ovexas, llamas... Su talle es del tamaño de asnillos, crecidos de piernas y anchos de barriga; tira su pescuezo y su talle a camello. Las cabezas son largas...”, pero, a pesar de todas esas diferencias, no son sino ovejas de Castilla de “características especiales.”<sup>3</sup>

En fin, refiriéndose a los sistemas de confianza en Internet, Lawrence LESSIG señala lo siguiente:

Las restricciones impuestas por el código *no* son “contratos”. De acuerdo, ellas son “como” contratos

---

<sup>†</sup> Abogado; Doctor en Derecho; Profesor Investigador Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales; Profesor de Derecho Civil; Dirección postal: República 105, Santiago de Chile. Correo electrónico: [inigo.delamaza@udp.cl](mailto:inigo.delamaza@udp.cl).

<sup>1</sup> *Serendipities. Language and Lunacy*, Orion Books, Londres, 1998

<sup>2</sup> ECO (n. 1) p. 72

<sup>3</sup> DE TRAZEGNIES GRANDA, F., *La responsabilidad extracontractual*, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003, p. 32.

en el sentido que son obligaciones autoimpuestas pero de que sean “como” contratos no se sigue que “sean” contratos. Un “león” es como un “gato”, pero usted sería bastante torpe si dejara a su hijo jugar con un león. De la misma manera, sería bastante torpe asumir que los contratos código (*code contracts*) son igualmente benignos.<sup>4</sup>

## 2. El contrato como acuerdo

Para la narrativa liberal el contrato es un acuerdo.<sup>5</sup> Y aunque la relación entre contrato y acuerdo –aún cuando no hayan vicios del consentimiento, es decir error, fuerza o dolo- tenga un sabor levemente metafórico<sup>6</sup>, lo importante para el tema que interesa aquí es un par de consecuencias que se siguen de considerar el contrato como un acuerdo.

La primera es que, tratándose de contratos escritos –y los que interesan aquí lo son- el texto resulta fundamental para establecer los derechos y obligaciones que surgen del contrato.<sup>7</sup>

---

<sup>4</sup> LESSIG, L., “La Ley del caballo: lo que el ciberespacio podría enseñar”, en de la Maza Gazmuri I (coord.) *Derecho y tecnologías de la Información*, Universidad Diego Portales, Santiago, 2002, pp. 38-39.

<sup>5</sup> RADIN, M., *Boilerplate, The Fine Print, Vanishing Rights, and the Rule of Law*, Princeton University Press, Nueva Jersey, 2013, p. 143. Con esto, desde luego, no quiero decir que, necesariamente, la base normativa para justificar la obligatoriedad del contrato sea, exclusivamente, el hecho de que las partes han alcanzado un acuerdo. La discusión filosófica al respecto es más compleja que eso (ver, por ejemplo BENSON, P., (ed) , *The Theory of Contract Law*, Cambridge University Press, Nueva York, 2001). Lo que quiero, en cambio, afirmar es que la noción de acuerdo es clave en nuestra comprensión del contrato, aunque, como explico en la nota siguiente, tenga un sabor algo metafórico.

<sup>6</sup> Por dos razones al menos, la primera es que para que un contrato correspondiera estrictamente a un acuerdo tendría que ser el caso que a través del acuerdo se hubieran distribuido todos los riesgos que, eventualmente involucra el negocio es decir, en términos económicos, un “contrato perfecto”. Ver, por ejemplo, SHAVELL S., “Contracts”, en NEWMAN P., (ed) *The new Palgrave dictionary of economics and the law*, vol. 1, Palgrave Macmillan, Houndmills, pp 436–445. Esta idea es extremadamente importante en un nivel más básico y es que no resulta nada infrecuente que las partes acuerden únicamente aspectos muy acotados del negocio, de manera que el resto del contenido del contrato resulta exógeno a sus preferencias. En los sistemas de derecho codificado, la mayoría del contenido normativo del contrato quedará determinado por algo que las partes, en rigor, no acordaron: las reglas supletorias de la voluntad de las partes. Un lúcido análisis en CRASWELL, R., “Contract Law, Default Rules, and the Philosophy of Promising”, en *The Michigan Law Review*, vol 88, 1989, pp. 489-529.

La segunda razón es que si se acepta la teoría objetiva de la voluntad, como suele aceptarse, al menos, en el *common law*, el contrato no necesariamente corresponde a lo que las partes creían estar acordando. Sobre esto puede consultarse, en términos generales, FARNSWORTH, A., *Contracts*, 3ª ed., Aspen Law & Business, Nueva York, 1999, pp. 116-130.

<sup>7</sup> Particularmente para los sistemas del *common law*. Para el ámbito estadounidense puede consultarse la literatura citada por VAN ALSTINE (“Of Textualism, Party Autonomy, and Good Faith”, en *William and Mary Law Review*, vol. 40-4, 1999, pp. 1231-1236).

Esto no quiere decir que todos los derechos y obligaciones surjan del texto<sup>8</sup>, pero, en general, quiere decir, que nos tomamos muy en serio aquellos que surgen del texto.

La segunda consecuencia es que, al menos en la comprensión más clásica del contrato, las razones para que los jueces puedan alejarse de su contenido prescriptivo son básicamente dos: cuestiones relacionadas con la formación de la voluntad (así, la fuerza, el error y el dolo como causales de nulidad) o cuestiones relacionadas con el interés público (así, la causa ilícita y el objeto ilícito como causales de nulidad absoluta). En general (la lesión enorme configura una conspicua excepción), en cambio, los jueces, en esta versión clásica del contrato, no están autorizados para interferir cuando el problema es la falta de conmutatividad entre las posiciones en que el contrato deja a las partes que vincula.<sup>9</sup>

Mi sugerencia es que la comprensión liberal del contrato como acuerdo ha resultado ser extraordinariamente pegajosa, llegando a impregnar fenómenos semejantes al contrato (como semejante puede ser un unicornio de un rinoceronte o una llama de una oveja) y nos ha llevado a tratar estos fenómenos como si fueran contratos. A estos fenómenos solemos denominarlos contratos por adhesión. Y, es cierto, se asemejan al contrato. Como un león a un gato.

### 3. *Contratos por adhesión*

Desde hace aproximadamente un siglo, los contratos por adhesión son algo así como la *bete noir* del derecho de contratos.<sup>10</sup>

En el ámbito chileno, la ley 19.496 sobre protección de los consumidores define el contrato por adhesión en su artículo 1.6 en los siguientes términos: “aquel cuyas cláusulas han sido

---

<sup>8</sup> El principio general de la buena fe, conspicuamente, puede introducir otros. Ver, por ejemplo, WHITTAKER, S. y ZIMMERMAN, R., “Good Faith in European contract law: surveying the legal landscape”, en Id. (edits.), *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge University Press, 2000, pp. 6-62

<sup>9</sup> Ver, por ejemplo, ZIMMERMAN (*The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Juta & Co., Cape Town, 1992, p. 268) refiriéndose a la suerte que ha corrido la acción por lesión enorme en Alemania, Austria y Francia

<sup>10</sup> Ya ha transcurrido más de un siglo desde que SALEILLES alertara a la doctrina sobre este tipo de negocios, señalando que “hay unos pretendidos contratos que no tienen de contratos más que el nombre.”

propuestas unilateralmente por el proveedor sin que el consumidor, para celebrarlo, pueda alterar su contenido.” Una caracterización más densa –y más útil a los efectos de los contratos por adhesión que suelen provocar problemas para los consumidores- ha sido suministrada por Tod RAKOFF, listando las siguientes características: (1) el documento cuya validez legal está en entredicho es una forma impresa que contiene una pluralidad de términos y aspira a ser un contrato; (2) dicha forma ha sido redactada por, o a nombre de, una de las partes de la transacción; (3) aquella parte que ha redactado los términos participa en numerosas transacciones de aquellas representadas por la forma y realiza rutinariamente este tipo de transacciones; (4) la forma impresa es presentada al adherente con la prevención que, salvo algunos pocos términos –y las más de las veces ni siquiera esto- podrán ser modificados, manteniéndose el grueso de la estructura del contrato como la diseñó la parte redactora; (5) después de que las partes –en caso que los hayan- lleguen a un acuerdo sobre aquellos términos abiertos a la negociación, la parte adherente debe firmar la forma; (6) comparada con la parte adherente, la parte redactora lleva a cabo un número reducido de estas transacciones y; (7) la principal obligación de la parte adherente en la transacción considerada como un todo es el pago de una suma de dinero.<sup>11</sup>

Una vez que entendemos lo que es un contrato por adhesión, nos resulta útil comprender algo más respecto a ellos: son ubicuos. Desde las *apps* de nuestros teléfonos celulares hasta una intervención quirúrgica en una clínica; desde la tarjeta de crédito a los servicios funerarios que provee un cementerio, y pasando por la cuenta bancaria, el suministro de acceso a Internet, televisión por cable o servicios de telefonía, la alarma de la casa, el seguro del automóvil, el arriendo de un automóvil, la administración de los fondos previsionales, todo eso –y bastante más- está regulado a través de contratos por adhesión.<sup>12</sup>

---

<sup>11</sup> RAKOFF, T., “Contracts of Adhesion: An Essay in Reconstruction”, 96 *Harv. L. Rev.* 1173, 1177.

<sup>12</sup> La misma idea en SLAWSON, D., “Standard Form Contracts and Democratic Control of Lawmaking Power”, 84 *Harv. L. Rev.* 529, 529 (1971), en los siguientes términos:

#### 4. ¿Qué nos irrita de los contratos por adhesión? Dos tipos de desigualdad

¿Qué es lo que nos irrita tratándose de este tipo de contratos? La respuesta, en mi opinión se relaciona con la desigualdad entre las partes que imponen, o suelen imponer, estos contratos.

DWORKIN ha sugerido que la igualdad es un ideal político popular, pero misterioso.<sup>13</sup> El misterio –que es lo que interesa inmediatamente- parece provenir del hecho que se puede ser igual respecto de cuestiones extremadamente diversas. En este sentido cualquier investigación respecto de la igualdad –o a la desigualdad- parece exigir algún tipo de respuesta a la pregunta ¿respecto de qué? Para decirlo en otros términos –los de Dworkin- necesitamos determinar *cuál* igualdad es importante.<sup>14</sup>

Ahora bien, que existe desigualdad entre consumidores y proveedores es un lugar común; que debe corregirse, también.<sup>15</sup> Para comenzar a pensar cómo hemos de corregirla, hacemos bien en comenzar preguntarnos desigualdad respecto de qué.

Si la pregunta se circunscribe –como pretendo hacerlo aquí- a los contratos por adhesión, basta recordar su definición o caracterización para entender que existe desigualdad respecto de lo que podríamos denominar el “poder de negociación de las partes”. SLAWSON ha

---

Standard form contracts probably account for more than ninety-nine percent of all the contracts now made. Most persons have difficulty remembering the last time they contracted other than by standard form; except for casual oral agreements, they probably never have. But if they are active, they contract by standard form several times a day. Parking lot and theater tickets, package receipts, department store charge slips, and gas station credit card purchase slips are all standard form contracts.

<sup>13</sup> DWORKIN, R., *Sovereign Virtue*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 2000, p. 11.

<sup>14</sup> *Loc cit*

<sup>15</sup> Así, por ejemplo, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. (“La protección de los consumidores, la Constitución española y el derecho mercantil”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, A. y R., *Estudios jurídicos sobre la protección de los consumidores*, Tecnos, Madrid, 1987, p. 22) con toda elocuencia afirma:

“La necesidad de que el consumidor sea protegido es consecuencia del reconocimiento de que existe una gran masa –la inmensa mayoría de personas- de personas que al realizar las operaciones normales de la vida cotidiana, referidas principalmente a la adquisición de bienes y servicios, no están en condiciones de conseguir a solas unas calidades y unos precios adecuados. El prototipo del consumidor necesitado es la persona que individualmente no está en condiciones de hacer sus justas exigencias sobre los productos o servicios que adquiere y que carece de los medios necesarios para enfrentarse con las empresas con las que contrata”.

definido de manera concisa y elegante el poder de negociación como “el poder de fijar los términos del contrato”.<sup>16</sup>

De manera que existe desigualdad entre los proveedores y consumidores respecto del poder de fijar los términos del contrato. Es el proveedor quien los fija y el consumidor únicamente puede aceptar o rechazar la celebración del contrato, sin alterar su contenido. El contrato por adhesión suprime la posibilidad de negociar los términos del contrato.

Pero esto no puede ser todo el problema. Hasta donde llegan mis noticias, en los tribunales no se litiga a propósito del sólo hecho que una parte haya fijado los términos del contrato y la otra haya manifestado de alguna manera su voluntad de aceptarlos, sabiendo que no puede interferir en su diseño.

Creo que todavía es posible considerar una segunda desigualdad entre proveedores y consumidores que es la que, en definitiva, torna jurídicamente irritantes a los contratos por adhesión. Esta vez no se refiere al poder de negociación –aunque, como veré más adelante, la desigualdad en el poder de negociación es su mejor explicación-, sino a los términos del contrato.

El verdadero problema de los contratos por adhesión no parece ser que el proveedor fije unilateralmente los términos del contrato, sino el hecho de que, con frecuencia, los términos del contrato suelen introducir desequilibrios entre los derechos y obligaciones que para las partes surgen del contrato en perjuicio del consumidor. El problema, en otras palabras no está, directamente en la falta de negociación, sino en la ubicua presencia de cláusulas abusivas en los contratos por adhesión.

En términos generales, son cláusulas abusivas aquellas que distribuyen desigualmente los beneficios y riesgos del contrato entre las partes con un evidente perjuicio para el

---

<sup>16</sup> SLAWSON, D., *Binding Promises*, 1996, p. 23.

consumidor<sup>17</sup>. Una definición más legalista puede extraerse del artículo 3.1 de la Directiva 93/13/CEE, en los siguientes términos:

Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato.

Podemos, entonces, volver a la pregunta desigualdad respecto de qué, y responder: respecto del poder de negociación y del contenido del contrato.

##### *5. La relación entre la desigualdad en el poder de negociación y la desigualdad respecto del contenido del contrato*

Pues bien, si se acepta la existencia de estas dos desigualdades en los contratos por adhesión y se acepta que hay buenas razones para buscar la igualdad entre proveedores y consumidores, la pregunta vuelve a ser igualdad respecto de qué.

Para comenzar a responder esta pregunta me parece que puede resultar útil entender dos cosas. La primera es la relación entre estas dos desigualdades y la segunda es por qué se produce esa relación.

Con respecto a la primera, creo que la respuesta es relativamente sencilla: existe una relación de continuidad entre la desigualdad en el poder de negociación y la desigualdad respecto de los términos del contrato. En otras palabras, lo que quiero decir es que lo que explica que, con frecuencia, en los contratos por adhesión hayan cláusulas abusivas es el hecho de que sean los proveedores quienes fijen unilateralmente los términos del contrato.

La segunda pregunta resulta menos sencilla de responder ¿qué explica esta relación? Para poner las cosas de otra manera, resulta sencillo entender la tentación de los proveedores de incorporar cláusulas abusivas en contratos cuyos términos fijan exclusivamente. Pero no resulta tan sencillo explicar por qué sucumben a la tentación de hacerlo.

---

<sup>17</sup> CRASWELL, R., "Freedom of Contract". En POSNER, E. *Chicago Lectures in Law and Economics*. Foundation Press, Nueva York, 2000, p. 83) suministra una definición de corte más economicista señalando que una cláusula es abusiva si el daño que inflige a los compradores es mayor que los costos que ahorra a los proveedores

Para entenderlo, basta pensar en un producto, digamos un teléfono celular. Resulta sencillo entender la tentación de un proveedor de ahorrar costos utilizando materiales de baja calidad que determinen que su uso táctil sea molesto. Sin embargo, también resulta sencillo entender por qué no sucumben a esta tentación: los consumidores dejarían de adquirir el producto<sup>18</sup> ¿Por qué esto no sucede, *mutatis mutandis*, con una cláusula de exención de responsabilidad en un contrato por adhesión de provisión de servicios de telefonía celular?

En términos económicos, al menos, del hecho que una de las partes pueda fijar unilateralmente el contenido del contrato no se sigue que le resulte conveniente introducir cláusulas abusivas. Después de todo, si el mercado tiene múltiples oferentes, otros proveedores deberían tener incentivos para ofrecer los mismos bienes y servicios en condiciones más favorables para el consumidor, desplazando de esta manera a quien introduce cláusulas abusivas en su contrato. De allí parece seguirse, intuitivamente al menos, que únicamente si el proveedor tiene poder de mercado, puede imponer cláusulas que, en condiciones de competencia, los consumidores no aceptarían.

Este sencillo razonamiento llevó a un jurista como MESSINEO a mediados del siglo XX a sostener lo siguiente:

En un régimen de competencia el contrato de adhesión o sería inconcebible o no podría arraigar, por cuanto el consumidor encontraría siempre un productor que, para atraer a un cliente nuevo estaría dispuesto a concederle condiciones más favorable que otro y a aceptar el concurso del consumidor en la determinación de las cláusulas contractuales.<sup>19</sup>

MESSINEO identifica tanto el poder de negociación como la fijación de cláusulas abusivas como una función del poder de mercado. Este razonamiento parece haber sido más o menos frecuente alrededor de esa época, al menos en lo referente a la fijación de cláusulas abusivas.<sup>20</sup>

---

<sup>18</sup> Desde luego, la corrección de esta afirmación dependerá de si nos encontramos frente a un producto respecto del cual el consumidor puede o no advertir el defecto.

<sup>19</sup> MESSINEO, F. *Doctrina general del contrato*, EJEA, Buenos Aires, 1952, p. 441

<sup>20</sup> CASTRO Y BRAVO, F., *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes*, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1985, pp 169-70, RAKOFF (n. 11) p. 1178 notas 16, 17, SCHWARTZ, A. "A Reexamination of



De la corrección o incorrección de esta idea se siguen consecuencias regulatorias importantes. Si el problema es el poder de mercado, la solución es la competencia. Por lo mismo, para evitar la desigualdad frente al contenido del contrato bastaría una adecuada regulación de la competencia.

El problema, sin embargo, es que la idea no parece ser correcta. Como ha sugerido SCHWARTZ “la calidad del contrato no es necesariamente una función de la estructura del mercado”.<sup>21</sup>

Existe un argumento técnico y uno empírico para aceptar esta afirmación. El argumento técnico es que, asumiendo cierta inelasticidad de la demanda, si el productor monopolístico quiere aumentar sus rentas no necesita acudir a cláusulas abusivas, le basta con aumentar el precio de los bienes o servicios.<sup>22</sup> El argumento empírico es que en mercados con competencia los contratos por adhesión igualmente contienen cláusulas abusivas. De esta manera, se ha sugerido:

Frecuentemente no se trata de grandes empresas monopolistas que trabajan con un gigantesco aparato publicitario, sino de pequeñas compañías en mercados atomizados en los cuales según la opinión de la teoría económica ortodoxa tendría que dominar la competencia<sup>23</sup>.

De hecho, las cosas pueden ser más dramáticas, puede que la competencia no sólo sea la solución al problema de las cláusulas abusivas sino que, en parte al menos, sea su causa.<sup>24</sup>

Si el poder de mercado no es lo que explica la relación entre el mayor poder de negociación y la desigualdad respecto de los términos del contrato ¿entonces qué?

Una respuesta que parece haber ganado cierto prestigio es la presencia de asimetrías informativas entre proveedores y consumidores.<sup>25</sup> Los proveedores conocen perfectamente el

---

Nonsubstantive Unconscionability”, en SCHWARTZ, A. & CRASWELL, R. *Foundations of Contract Law.*, Oxford University Press, Nueva York, 1994, y REZZÓNICO, J., *Contratos con cláusulas predispuestas*, Editorial Astrea, Buenos Aires, pp. 80-87

<sup>21</sup> SCHWARTZ (n. 20), p. 307.

<sup>22</sup> CRASWELL, (n. 17), p.83.

<sup>23</sup> SCHÄFFER H-B. y OTT C., *Manual de análisis económico del derecho civil*, Tecnos, Madrid, 1986, p. 312.

<sup>24</sup> He explicado esto con algún detalle en DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo, “Contratos por adhesión y cláusulas abusivas ¿Por qué el Estado y no el mercado?, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, vol. 1, 2003).

contenido del contrato que ofrecen a los consumidores, estos, sin embargo, en general, ignoran la mayoría del contenido del contrato cuando firmándolo, o de alguna otra manera, lo aceptan.<sup>26</sup>

En la última década, esta respuesta ha sido complementada por otra –probablemente, la más sexy en la discusión actual: aquella según la cual que los consumidores no se comportan de manera racional al realizar sus decisiones de consumo<sup>27</sup> y, podríamos agregar, los proveedores advierten esto y son capaces de aprovecharlo en su propio beneficio.<sup>28</sup>

---

<sup>25</sup> Ver, por ejemplo, MARTÍNEZ DE AGUIRRE, MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., “Trascendencia del principio de protección a los consumidores en el derecho de obligaciones”, *ADC*, 47-1, 1994, p. 80; PÉREZ GARCÍA, P. A., *La información en la contratación privada. Entorno al deber de informar en la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios*, Instituto Nacional de Consumo, Madrid, 1990, pp. 69-73; ORTÍ VALLEJO, A., “Comentario artículo 13”, en Bercovitz, Rodríguez-Cano, R. y Salas Hernández, J., *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, Civitas, Madrid, 1992, p. 404; CALLEJO RODRÍGUEZ, C., “El deber precontractual de información: del esquema tradicional del Código civil al régimen del derecho de consumo”, *Revista Jurídica del Notariado*, nº 47, 2003, p. 11; MORENO-LUQUE CASARIEGO, C., “Protección previa a la contratación de bienes y servicios”, en León Arce, A. (dir.) *Derechos de los consumidores y usuarios*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 196; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., et al., *Curso de derecho civil*, vol. II, *Derecho de obligaciones*, 2ª ed., Colex, Madrid, 2008, p. 408; HADFIELD, G., HOWSE, R. y TREBILCOCK, M., “Information-Based Principles for Rethinking Consumer Protection Policy”, *Journal of Consumer Policy*, vol. 28, 1998, p. 140; HOWELLS, G., “The Potential and Limits of Consumer Empowerment by Information”, *Journal of Law and Society*, vol. 32, 2005, pp. 352-356; VIGNERON-MAGGIO-APRILE S., *L’information des consommateurs en droit européen et en droit suisse de la consommation*, Bruylant Schulthess, Ginebra, 2006, pp. 30-33 y WEATHERILL, S., *EU Consumer Law and Policy*, Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham, 2005, pp. 84-86.

<sup>26</sup> La evidencia empírica disponible parece mostrar que los consumidores no leen los contratos por adhesión que firman. En este sentido, por ejemplo, BARNES (“Toward a Fairer Model of Consumer Assent to Standard Form Contracts: In Defense of Restatement Subsection 211 [3]”), en *Washington Law Review*, vol. 82 [2007] p. 237), señala:

The fact that consumers do not read standard form contracts is so well accepted and documented as to be virtually enshrined as dogma within the contracts literature.

En el mismo sentido puede consultarse HILLMAN, R., “Online Boilerplate: Would Mandatory Website Disclosure of E-Standard Terms Backfire?” en *Michigan Law Review*, vol. 104, 2006, pp. 841-842. Para un estudio empírico puede consultarse BAKOS, Y., MAROTTA-WURGLER, F., y TROSSEN, D., “Does Anyone Read the Fine Print? Testing a Law and Economics Approach to Standard Form Contracts”, en *N.Y.U. Law & Econ. Working Papers*, Paper 195 (2009). Disponible en [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1443256](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1443256).

<sup>27</sup> Ver, por todos, KAHNEMAN, D., SLOVIC, P., y TVERSKY, A. (eds.), *Judgments under Uncertainty: Heuristics and Biases*, Cambridge University Press, Cambridge, 1982. Un análisis más detallado de las limitaciones a la racionalidad del modelo económico neoclásico en el caso de los consumidores puede encontrarse en HANSON, J. y KY SAR, D., “Taking Behavioralism Seriously: Some evidence of Market Manipulation”, *Harv. L. Rev.*, vol. 112. Con respecto a los contratos por adhesión puede consultarse KOROBKIN, R., “Bounded Rationality, Standard Form Contracts, and Unconscionability”, *U. Chi. L. Rev.*, vol. 70, 2003, pp. 1203-1295.

<sup>28</sup> BAR-GILL (*Seduction by Contract*, Oxford University Press, Nueva York, 2013), que ha considerado el asunto con detención, advierte que el problema no es únicamente la racionalidad defectuosa de los consumidores, sino el hecho de que los proveedores –que si suelen comportarse racionalmente- perciben esta racionalidad defectuosa y son capaces de aprovecharse de ella en el diseño de los contratos (*Id.*, p. 8).

Si esto es correcto, entonces, quiere decir que es algo así como la tormenta perfecta. El proveedor que fija unilateralmente los términos del contrato no debe preocuparse de que los consumidores sean capaces de discriminar entre buenos y malos contratos, pues carecen de la información –y/o de la racionalidad- que les permitiría hacerlo. Bajo esas condiciones, la tentación de transferir costos al consumidor a través de la incorporación de cláusulas abusivas en el contrato –que luego pueden utilizarse para subsidiar el precio explícito del bien o servicio- a través de cláusulas abusivas parece difícil de evitar.

#### 6. *¿Nivelar el poder de negociación?*

Si hasta aquí las cosas son correctas, tenemos lo siguiente: en los contratos por adhesión entre proveedores y consumidores suele existir desigualdad tanto respecto del poder de negociación como respecto de los términos del contrato. Por otra parte, parece ser el caso que existe una relación de continuidad entre mayor poder de negociación y la posibilidad de introducir cláusulas abusivas en este tipo de contratos y que esa relación se explica por un problema de asimetrías informativas y de irracionalidad de los consumidores.

Puestas de esta manera las cosas, una buena pregunta es si podemos corregir la desigualdad respecto de los términos del contrato equilibrando el poder de negociación. Después de todo, si existe relación de continuidad entre desequilibrio en el poder de negociación y desequilibrio en los términos del contrato, resulta intuitivo pensar que al nivelar lo primero, también se nivelara lo segundo.

---

El autor trata esta cuestión respecto de los contratos que disciplinan las tarjetas de crédito, la telefonía móvil y los créditos hipotecarios. Con respecto a estos últimos, BAR-GILL considera que la mejor explicación del diseño de estos contratos –que involucran altos grados de complejidad debido, entre otras cosas, a los tipos de intereses, comisiones y multas que hay en ellos y estructuras de costos diferidos- es, precisamente, la irracionalidad de los consumidores, manifestada en una cierta miopía y un excesivo optimismo (*Id.*, p. 22) En otras palabras, entonces, el problema no es sólo que los consumidores se comporten de manera irracional, sino que los proveedores son capaces de detectar esta irracionalidad y aprovecharla en el diseño de sus contratos.

Ahora bien ¿cómo puede nivelarse el poder de negociación? Una forma –acaso la más evidente- consistiría en exigir la negociación de todos los contratos. Se trata, sin embargo, de una forma extremadamente torpe de proceder.

Junto a los peligros que entrañan los contratos por adhesión, presentan una importante ventaja. Para entenderla basta COASE: al prescindir de la negociación, se suprimen –o rebajan de manera drástica- los costos de celebrarlos (esto es lo que, probablemente, no percibió MESSINEO). Y esto puede ser extraordinariamente relevante en términos de costos cuando el producto o servicio aspira a llegar a miles o, incluso, a millones de consumidores.<sup>29</sup>

La cuestión de los costos de negociación determina que el equilibrio del poder de negociación no deba, entonces, procurarse imponiendo a las partes la obligación de negociar el contrato. La razón es sencilla, tratándose de productos o servicios destinados a miles o a millones de personas, los costos de negociar el contrato con cada consumidor serían extremadamente altos y, en ausencia de subsidios estatales, o bien habría que distribuir los productos sin contratos o los costos involucrados en los contratos tendrían que ser llevados al precio de los productos o servicios.

La experiencia comparada –hasta donde llegan mis noticias- nunca se ha servido de esta técnica para intentar eliminar las cláusulas abusivas. Sin embargo, de manera extraordinariamente difundida se ha servido de otra. Esta técnica aspira a mejorar el poder de negociación del consumidor no en el sentido de permitirle negociar los términos del contrato, sino de una manera más sutil: facilitándole la discriminación entre buenos y malos contratos.

Como ya se ha visto, la dificultad para discriminar de los consumidores no parece tener que ver con el poder de mercado del proveedor, sino con otros factores, dentro de los cuales el

---

<sup>29</sup> Como ha señalado SLAWSON (n. 16), p. 30:

In fact, the savings effected by standardizing contracts are so great that when for some reason a business cannot realize them, the business is likely not to use contracts at all. The costs of composing a contract tailored to the particular aspects of each sale are usually prohibitive.

que, al menos en términos regulatorios, se ha considerado más importante parece ser la presencia de asimetrías informativas. Por lo mismo, parece casi natural el intento de mejorar la posición del consumidor nivelando esas asimetrías. Después de todo, si el consumidor posee suficiente información debería ser capaz de discriminar entre buenos y malos contratos, evitando los segundos.

De esta manera, mejorando la posición negociadora del consumidor en este sentido, en definitiva, se mejoraría el equilibrio en el contenido del contrato.

Esta idea es, probablemente, lo que explica que una de las técnicas más difundidas de tutela de los consumidores sea la imposición de deberes de información a los proveedores.<sup>30</sup>

### 7. *El discreto encanto de los deberes de información. Un ejemplo*

El magnetismo de los deberes de información para el regulador es comprensible. Por varias razones. Para comenzar, se trata de una técnica que podríamos denominar “liberalmente virtuosa”. En dos sentidos. En primer lugar porque constituye una de las intrusiones más leves del Estado en el mercado: no prohíbe determinadas prácticas, sino que, cosa distinta, obliga a informarlas.<sup>31</sup> En segundo lugar, se amolda perfectamente a uno de los principios más

---

<sup>30</sup> En el ámbito europeo se ha considerado que una de las principales técnicas de protección de los consumidores consiste en el suministro de información, estableciéndose un “derecho a la información” respecto de los consumidores. El legislador europeo se ha tomado en serio esta idea, plagando la regulación de las relaciones del consumo de este tipo de deberes. Sobre esto puede consultarse PALACIOS GONZÁLEZ, M., “El deber de información en los contratos con consumidores”, en Espiau Espiau, S. y Vaquer Aloy, A., (edits.), *Bases de un derecho contractual europeo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 89-96, WILHELMSSON, T. y TWIGG-FLESNER, CH., “Pre-contractual information duties in the *acquis communautaire*”, *European Review of Contract Law*, nº 4, vol. 2, 2006, pp. 456- 457; y VIGNERON-MAGGIO-APRILE, (L’information des consommateurs en droit européen et en droit suisse de la consommation, Bruylant Schulthess, Ginebra, 2006, pp. 72-200

Algo semejante sucede en el ámbito estadounidense. A este respecto BEN-SHAHAR y SCHNEIDER (*More than You Wanted to Know. The Failure of Mandated Disclosure*, Princeton University Press, Nueva Jersey, 2014) señalan (aunque no exclusivamente respecto de cuestiones relacionadas con regulación del consumo):

Mandated disclosure has been the principal regulatory answer to some of the principal policy questions of recent decades. A core response to financial crisis is to ratchet up (already considerable) disclosure mandates.

<sup>31</sup> Ver HOWELLS, G., “The Potential and Limits of Consumer Empowerment by Information”, *Journal of Law and Society*, vol. 32, 2005, p., 356; ZIMMERMANN, R., *El nuevo derecho alemán de obligaciones. Un análisis desde la historia y el derecho comparado*, trad. E. Arroyo i Amayuelas, Bosch, Barcelona, 2008El Nuevo

conspicuos del derecho de contratos: la autonomía privada.<sup>32</sup> La función de un deber de información consiste en mejorar el proceso de decisión de los consumidores. Así, lo pretendido no es, directamente, mejorar la calidad de los contratos, sino mejorar la calidad de la decisión de los consumidores, favoreciendo que estos elijan lo que realmente desean. Indirectamente, por supuesto, esto debería repercutir sobre la calidad de los contratos pues, como ya ha quedado dicho, todo indica que consumidores suficientemente informados no elegirán contratos defectuosos. Así, en el mejor escenario, será el agregado de las decisiones de los consumidores lo que controlará las cláusulas abusivas.

Por otra parte, esta virtud liberal de los deberes de información como técnica de protección de los consumidores determina su viabilidad política. De una parte, la autonomía privada constituye un principio políticamente atractivo. De otra parte, en la medida en que se trata de una medida poco intrusiva –que evita otras intrusiones más intensas– los proveedores tienen buenas razones para no oponerse a ellas.

En fin, en tercer lugar, se trata de una política que no tiene demasiados costos para el Estado, por lo tanto, por así decirlo, resulta fiscalmente atractiva.<sup>33</sup>

En lo que interesa aquí: se estima que al aumentar la información de los consumidores se mejora su poder de negociación en la medida en que podrán discriminar entre buenos y malos contratos. Si logran hacerlo, entonces los proveedores tendrán incentivos para ofrecer mejores contratos y la competencia determinará que los malos contratos, al menos, disminuyan.

---

derecho alemán, p. 246, y BAR-GILL, O., "Informing Consumers About Themselves", New York University Law and Economics Working Papers, 2007, disponible en <http://lsr.nellco.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1115&context=nyu/lewp> (visitado el 10/07/2008), p. 63.

<sup>32</sup> Sobre esto ver RIESENHUBER, K., "Party Autonomy and Information in the Sales Directive", en Grundmann, et al., *Party Autonomy and the Role of Information in the Internal Market*, De Gruyter, Berlín, 2001, pp. 348-370.

<sup>33</sup> BEN-SHAHAR y SCHNEIDER (n. 30), pp. 145-146.

Quiero ilustrar lo anterior utilizando como ejemplo el Mensaje Presidencial que encabezó el proyecto de reforma que concluyó en la ley 20.555 de 05 de diciembre de 2011, que modificó a la ley 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores en Chile.<sup>34</sup> Al comienzo del Mensaje presidencial que encabezó el proyecto de ley, se lee:

Las empresas tienen incentivos para prestar un mejor servicio a sus clientes cuando los consumidores están bien informados y cuentan con una variedad de opciones comparables de donde elegir. Un objetivo central de la acción del Servicio Nacional del Consumidor, por tanto, es favorecer condiciones tales que las empresas informen eficazmente a los consumidores y éstos decidan libremente con quien desean contratar. Esto cobra especial relevancia al constatarse que los proveedores de los bienes y servicios presentan una oferta cada vez más amplia, y a veces compleja, de alternativas al consumidor.

Resulta relevante advertir la importancia de este Proyecto que, posteriormente, se transformó en ley. Pretendía proteger a los consumidores de los abusos en que, a través de contratos por adhesión, incurrieran los proveedores de bienes y servicios del sector financiero. Igualmente, resulta relevante advertir la importancia que asigna el legislador a la simetría en la información y a los deberes de información como técnica para conseguirla.

Esto es lo que, parcialmente, intentó hacer el legislador de la ley 20.555 al regular contratos por adhesión tan importantes como los que disciplinan las tarjetas de crédito y los créditos hipotecarios.

Suena bien, pero hay un detalle.

### *7. El mal que no quiero: el problema de las asunciones*

Probablemente, si de manera efectiva se mejorara el poder de negociación de los consumidores, disminuiría la desigualdad frente a los términos del contrato.<sup>35</sup> La pregunta, más bien, es si resulta posible aumentar el poder de negociación de los consumidores –en el sentido de permitirles discriminar entre buenos y malos contratos- a través de la imposición de deberes de información a los proveedores.

---

<sup>34</sup> La modificación tuvo por objeto mejorar la protección de los consumidores frente a productos y servicios financieros.

<sup>35</sup> Aunque quedaría el problema de la irracionalidad de los consumidores. Pero, aún así, me parece, sería un avance importante en la tutela de los consumidores.

Se ha dicho que “la información es el antídoto del error”<sup>36</sup>, si el problema es la falta de información, entonces la solución es el suministro de información.

En principio, esto parece casi geoméricamente persuasivo. Pero, pensando mejor las cosas, resulta sencillo advertir que la corrección de una afirmación como esa depende de ciertas asunciones no explicitadas en ella. En mi opinión, al menos tres: (1) que los consumidores leen la información, (2) que los consumidores comprenden la información, y (3) que los consumidores se comportan racionalmente con la información.

En otro trabajo he examinado con más detalle por qué, en general, las asunciones correctas suelen ser exactamente las inversas, esto es: (1) los consumidores no leen los contratos por adhesión, (2) los consumidores no comprenden los contratos por adhesión y (3) los consumidores no suelen comportarse racionalmente en sus elecciones de consumo.<sup>37</sup> No pretendo repetir todo eso aquí, pero, quizás, resulte útil, mostrar qué es lo que el legislador chileno obliga al proveedor a informar tratándose de créditos hipotecarios. Creo que esto debería persuadir a la mayoría de los lectores de lo que acabo de señalar. Comencemos por la información que debe suministrar el proveedor al consumidor que cotiza un crédito hipotecario:

El Proveedor deberá incluir en toda Cotización de Crédito Hipotecario la siguiente información:  
En el encabezado del texto, que tendrá por título "Cotización de Crédito Hipotecario", se incluirá:

- 1) Nombre del Consumidor o titular a quien se le otorga la Cotización;
- 2) Fecha de la Cotización y su plazo de vigencia;
- 3) Sello SERNAC, si el contrato lo tuviere; y
- 4) La Carga Anual Equivalente.

A continuación, en una primera sección, que tendrá por título "Producto Principal", se incluirá:

- 1) Monto Líquido del Crédito Hipotecario;
- 2) Plazo del Crédito Hipotecario;
- 3) Valor del Dividendo;
- 4) Costo Total del Crédito Hipotecario; y
- 5) Carga Anual Equivalente.

En esta sección se deberá explicar la modalidad del Crédito Hipotecario y el tipo de tasa de interés que se aplica.

En un cuadro separado dentro de esta misma sección, se incluirá:

---

<sup>36</sup> KRONMAN, A., “Mistake, Disclosure and the Law of Contract”, *The Journal of Legal Studies*, vol. 7, nº 1, 1978, pp. 1-34

<sup>37</sup> DE LA MAZA GAZMURI, I., “La información como técnica de protección de los consumidores: créditos hipotecarios ¿Una paradoja regulatoria? Inédito en prensa con Jornadas de Derecho civil.



- 1) Monto Bruto del Crédito Hipotecario; y
- 2) Garantías adicionales a la hipotecaria asociadas, si las hubiere.

En una segunda sección, que tendrá por título "Gastos Asociados al Otorgamiento del Crédito Hipotecario", se incluirá:

- 1) Honorarios de tasación;
- 2) Honorarios de estudio de títulos y redacción del contrato;
- 3) Derechos del Notario o una estimación si no tuviere un convenio de precios especiales;
- 4) Una estimación de los Derechos del Conservador de Bienes Raíces; e
- 5) Impuestos.

En una tercera sección, que tendrá por título "Seguros Asociados al Crédito Hipotecario y Gastos o Cargos por Productos o Servicios Voluntariamente Contratados", se incluirá:

- 1) Seguros Asociados al Crédito Hipotecario;
- 2) Costo de la Prima Total y del valor mensual de los Seguros Asociados al Crédito Hipotecario;
- 3) Producto o Servicio Asociado, Simultáneo, Adicional, Especial o Conexo;
- 4) Características Esenciales del Producto o Servicio Asociado, Simultáneo, Adicional, Especial o Conexo;
- 5) Costo Periódico del Producto o Servicio Asociado, Simultáneo, Adicional, Especial o Conexo;
- 6) Costo de la Prima Total del Producto o Servicio Asociado, Simultáneo, Adicional, Especial o Conexo, si lo hubiere; e
- 7) Identidad de la compañía de seguros que ofrece la cobertura y del intermediario, si lo hubiere.

En el caso de los Seguros Asociados al Crédito Hipotecario, se deberán señalar los montos de cobertura.

En una cuarta sección, que tendrá por título "Condiciones de Prepago", se incluirá:

- 1) Comisión por Pago Anticipado o Prepago; y
- 2) Plazo de aviso para pago anticipado o prepago.

En una quinta sección, que tendrá por título "Costos por Atraso", se incluirá:

- 1) Interés Moratorio; y
- 2) Gastos de Cobranza.

Supongamos ahora que el consumidor decide contratar. Las especificaciones mínimas que debe contener el contrato de crédito hipotecario son las siguientes:

1) Un desglose pormenorizado de todas las sumas de dinero que expliquen el valor efectivo del Crédito Hipotecario contratado, incluso aquellos Gastos Operacionales, Seguro Asociados al Crédito Hipotecario y Gastos o Cargos por Productos o Servicios Voluntariamente Contratados que se han contratado en forma conjunta o asociada al Crédito Hipotecario y, en su caso, las exenciones de cobro que correspondan a promociones o incentivos por uso del Crédito Hipotecario o de los Productos o Servicios Asociados, Simultáneo, Adicional, Especial o Conexo.

2) Las causales que darán lugar al término anticipado del contrato por parte del Proveedor, el plazo razonable en que se hará efectivo dicho término y el medio por el cual se comunicará al Consumidor.

Para efectos de este reglamento, es plazo razonable aquel que permite al Proveedor terminar unilateralmente el contrato sin poner en riesgo las acciones judiciales de cobro del Saldo del Crédito Hipotecario y que, en todo caso, no podrá ser inferior a quince días corridos contado desde el atraso en el pago de un Dividendo, o desde que se le comunique al Consumidor el término del contrato por los medios físicos o tecnológicos señalados en el contrato, salvo que se hubiere declarado la quiebra del deudor.

3) La duración del contrato de Crédito Hipotecario y las causales, si las hubiere, que pudieren dar lugar a su término anticipado por la sola voluntad del Consumidor, con sus respectivos plazos de aviso previo y cualquier costo por término o Pago Anticipado o Prepago total o parcial que deba asumir el Consumidor.

En todo caso, el Consumidor tendrá derecho a poner término anticipado al Crédito Hipotecario, por su sola voluntad y siempre que extinga totalmente las obligaciones con el Proveedor que emanan del Crédito Hipotecario y, en su caso, las obligaciones de los Productos o Servicios Asociados, Simultáneo, Adicional, Especial o Conexo específicos que decide terminar, incluido el costo por término o Pago Anticipado o Prepago determinado en la ley o en el respectivo contrato.

4) En caso que se contrate el Crédito Hipotecario junto con otros productos o servicios simultáneamente, o que el Crédito Hipotecario conlleve la contratación de otros productos o servicios conexos, deberá suscribirse adicionalmente el respectivo contrato e insertarse un anexo en que se identifiquen cada uno de los productos o servicios contratados, estipulándose claramente cuáles son obligatorios por ley y cuáles voluntarios, debiendo ser aprobados expresa y separadamente cada uno de dichos productos y servicios conexos por el Consumidor mediante su firma en el mismo.

5) Si la institución cuenta con un Servicio de Atención al Cliente que atienda las consultas y reclamos de los Consumidores y señalar en un anexo los requisitos y procedimientos para acceder a dichos servicios.

6) Si el contrato cuenta o no con Sello SERNAC vigente conforme a lo establecido en el artículo 55 de la Ley de Protección del Consumidor.

7) La existencia de mandatos otorgados en virtud del contrato o a consecuencia de éste, sus finalidades y los mecanismos a través de los cuales se rendirá cuenta de su gestión al Consumidor.

8) Si el contrato se refiere a un Crédito Hipotecario con tasa de interés variable, o con emisión de letras de crédito, o con otros cargos, comisiones, costos o tarifas previstos en este Reglamento, deberá especificarse en él claramente sus montos, periodicidad y mecanismos de reajuste.

Los mecanismos de reajuste que podrá incluir el Proveedor en el contrato deberán ser objetivos y directamente verificables por el Consumidor, tales como las variaciones que experimenten el índice de precios al consumidor o IPC; la unidad de fomento o UF; el índice valor promedio o IVP; el valor de los tipos de cambio determinados en conformidad a la legislación especial vigente; y el o los índices que reemplacen en el futuro a el o los índices señalados precedentemente, determinados por una ley especial o por un organismo competente conforme a sus funciones y atribuciones legales.

El Proveedor deberá comunicar al Consumidor los reajustes que corresponda aplicar en la oportunidad prevista en el contrato de Crédito Hipotecario con, a lo menos, treinta días hábiles de anticipación a su entrada en vigencia.

Asimismo, el Proveedor deberá comunicar al Consumidor el término de cualquier oferta, promoción o descuento del Crédito Hipotecario contratado con, a lo menos, treinta días hábiles de anticipación a la fecha en que se aplicarán los nuevos valores sin la oferta, promoción o descuento.

9) La tasa de Interés Moratorio en caso de incumplimiento y el sistema de cálculo de los gastos que genere la cobranza extrajudicial de los Créditos Hipotecarios impagos, incluidos los honorarios que correspondan, y las modalidades y procedimientos de dicha cobranza.

Se informará, asimismo, que tales modalidades y procedimientos de cobranza extrajudicial pueden ser cambiados anualmente en el caso de Créditos Hipotecarios cuyo plazo de pago exceda de un año, en términos de que no resulte más gravoso ni oneroso para los Consumidores ni se discrimine entre ellos, y siempre que de tales cambios se avise con una anticipación mínima de dos períodos de pago.

Las actuaciones de cobranza extrajudicial no podrán considerar el envío al Consumidor de documentos que aparenten ser escritos judiciales; comunicaciones a tercero ajenos a la obligación en las que se dé cuenta de la morosidad; visitas o llamados telefónicos a la morada del deudor durante días y horas que no sean los que declara hábiles el artículo 59 del Código de Procedimiento Civil, y, en general, conductas que afecten la privacidad del hogar, la convivencia normal de sus miembros ni la situación laboral del deudor.

Esa es la información que el consumidor debe leer y entender. Sólo si lo hace será capaz de discriminar entre buenos y malos contratos. El problema es que toda la literatura disponible – y, probablemente debamos añadir la experiencia del lector de este paper que no terminó de leer la información- muestra que los consumidores no van a leer o no van a entender esa información y, además, se ha señalado, de manera particularmente persuasiva, que, incluso si

la entendieran, no necesariamente se van a comportar racionalmente con ella. Entonces ¿cómo pueden discriminar entre buenos y malos contratos?

Si resulta ser que las asunciones sobre las cuales se enderezan los deberes de información son, en general, falsas, entonces también resultará ser falso que los deberes de información mejoren substantivamente la posición de los consumidores.

Pero, probablemente, el problema no sea, exclusivamente, que la situación de los consumidores no mejore (en cuyo caso se asemejaría a la célebre fórmula del Gatopardo: cambiar todo para que todo permanezca igual). La situación del legislador podría ser peor, semejante a la estremecedora situación de Saulo de Tarso frente al pecado original, tal y como consta en Romanos 7.19: "...y así, no hago el bien que quiero y, en cambio, hago el mal que no quiero", o, en términos más seculares, a lo que Cass SUNSTEIN ha denominado una "paradoja regulatoria."<sup>38</sup>

#### *8. De la decisión a la conmutatividad*

Tratándose de los contratos por adhesión la desigualdad puede predicarse tanto respecto del poder de negociación como de los términos del contrato. El hecho de que el proveedor sea el que unilateralmente fija los términos del contrato le permite establecer un desequilibrio en los términos del contrato. Sin embargo, las razones que explican esta continuidad determinan que nuestro esfuerzo no deba centrarse en mejorar la decisión del consumidor, sino, directamente, en mejorar el contenido del contrato.

Creo que parte del problema regulatorio de insistir en intentar mejorar la decisión del consumidor es que, como Marco Polo respecto de los unicornios o Juan de Matienzo respecto de las ovejas de Castilla: seguimos presos de la idea del contrato como acuerdo y lo que nos

---

<sup>38</sup> SUNSTEIN, C., "Paradoxes of the Regulatory State", en *University of Chicago Law Review*, vol. 57 (1990). La razón de la paradoja regulatoria –es decir aquella situación en que la regulación favorece el efecto que desea evitar– es que si se considera que ciertas cláusulas cuya validez antes de la ley resultaba discutibles por su eventual carácter abusivo son lícitas por ser informadas y, a la vez, asumimos que los consumidores no leen los contratos, lo que en definitiva sucede es que el carácter abusivo de esas cláusulas –desconocidas para el consumidor– ya no puede discutirse, pues el hecho de informarlas, la legitimó.

interesa es que, aún cuando no haya negociación si exista un acuerdo que alcance a todo el contenido del contrato.

Sin embargo, en la mayoría de los contratos por adhesión, eso es absolutamente ilusorio y cuando intentamos conseguirlo, generalmente a través de la imposición de deberes de información, en el mejor de los casos alcanzamos progresos más bien irrelevantes, generalmente, no conseguimos nada y, en el peor de los casos, conseguimos parte de lo que queríamos evitar.

De esta manera, tratándose de la desigualdad en el poder de negociación debiésemos proceder, en algún sentido, de la misma manera que Wittgenstein con su filosofía en la célebre proposición 6.54 del *Tractatus*. Es decir, *mutatis mutandis*, una vez que hemos entendido la función de esa desigualdad, debemos despojarnos de la tentación de intentar nivelarla para corregir las desigualdades entre proveedores y consumidores. En este sentido hay que arrojar la escalera después de haber subido por ella.

O, quizás, haya alguna exageración en esto. Porque, hasta el momento me he limitado a los deberes de información. Pero, desde luego, no constituyen el único dispositivo para mejorar el poder de negociación de los consumidores en el sentido en que lo he entendido aquí. Margaret Jane RADIN se ha referido a otros.<sup>39</sup> Sin embargo, mi impresión es que dos de los tres que propone (*reputation and consumer pushback* y *automated filters*) únicamente sirven para contratos por adhesión electrónicos y exigen requisitos particularmente demandantes para funcionar. Más promisorio parece el tercero, agencias de certificación no gubernamentales o sellos de confianza. Sin embargo, como la misma autora señala este tipo de agencia presentan importantes riesgos de falta de independencia.

---

<sup>39</sup> RADIN (n. 5) pp. 189-197.

Por lo mismo, al menos respecto de una proporción importante del problema, parece ser necesario arrojar la escalera y renunciar a mejorar la posición negociadora de los consumidores.

Y esto significa dar vuelta la cara directamente hacia la igualdad respecto del contenido del contrato, sin pasar por el poder de negociación. Para decirlo de otra manera: significa entender que los rinocerontes no son unicornios, que las llamas no son ovejas y que no debemos tratar a los leones como si fueran gatos. En fin, significa, por así decirlo, descontractualizar –y no tratar de recontractualizar- los contratos por adhesión.

Este es el movimiento, digámoslo así, de un enfoque basado en cuestiones de justicia procedimental referidas a cómo se logra el acuerdo a cuestiones de justicia sustantiva referidas al contenido del acuerdo.<sup>40</sup> De esta manera, tratándose de los contratos por adhesión deberíamos poner de cabeza la célebre frase de Alfred Fouillée: *qui dit contractuel dit juste* y afirmar que quien dice justo dice contractual.

### 9. Dos cuestiones pendientes

Ahora bien, no resulta intelectualmente honesto pretender originalidad allí donde no la hay. Al menos en el mundo del *civil law* ha existido, desde hace largas décadas ya, una fuerte tendencia a desplazar la protección de los consumidores desde la tutela de la decisión hacia la mayor conmutatividad en el contenido del contrato. Sin embargo, creo que hay dos cuestiones que conviene apuntar al respecto.

La primera de ellas es que, desde hace ya tiempo, en Europa, han comenzado a proliferar las Directivas que imponen deberes de información<sup>41</sup> y mi sospecha es que esa proliferación arriesga disminuir los niveles de protección de los consumidores. La razón es algo así como *volenti non fit injuria* ¿Por qué deberíamos considerar como abusivas cláusulas que, con

---

<sup>40</sup> Sobre la idea de justicia procedimental y justicia sustantiva puede consultarse SANDEL. M., *Liberalism and the Limits of Justice*, Cambridge University Press, Cambridge, 1982, p. 106.

<sup>41</sup> Ver n...

pleno conocimiento, el consumidor –una persona, después de todo, capaz- ha aceptado? ¿No resultará liberalmente más virtuoso –no será esto tomarse más en serio la calidad de agentes de los consumidores- permitirle que ella o él decida? La respuesta es, desde luego, no. Pero, mientras no entendemos la facticidad de los procesos de decisión de los consumidores, el argumento resulta muy tentador. Creo que la ley 20.555 que modificó la ley de protección de los consumidores chilenos constituye un buen ejemplo de esto.

La segunda cuestión se refiere a la forma de conseguir mayor igualdad en los términos del contrato –o, si se quiere, mayor conmutatividad. Aún cuando se acepte que, en general, no resulta demasiado eficaz –en términos de protección del consumidor- intentar nivelar el poder de negociación y que debemos concentrar nuestras fuerzas en equilibrar el contenido del contrato, no necesariamente estaremos de acuerdo en cómo debe lograrse esa meta. Después de todo, el remedio siempre puede ser peor que la enfermedad.

#### 9. *¿Una cuestión empírica?*

Para desarrollar esta última cuestión, quizás, convenga un pequeño rodeo. Corregir la desigualdad de las partes frente al contenido del contrato es, en definitiva, procurar la justicia conmutativa en ese negocio. Lo que James GORDLEY ha denominado “igualdad en el intercambio”.<sup>42</sup> Ahora bien, una buena pregunta se refiere a la métrica de esa igualdad. Y lo que es absolutamente evidente es que no pueden ser las preferencias reveladas de las partes – porque eso es, precisamente, lo que se quiere evitar. La métrica, entonces, debe ser externa a ellas. Ahora bien, aunque se acepte, como parece hacerlo GORDLEY que la métrica es alguna variación de lo que entendemos por precio de mercado<sup>43</sup> –en nuestro caso tendría que ser lo que las partes hubieran negociado si ambas hubieran tenido perfecto conocimiento de los términos del contrato. Aún así, todavía queda, por así decirlo, la pregunta institucional

---

<sup>42</sup> GORDLEY, J., “Equality in Exchange”, en *California Law Review*, vol. 69, 1981, pp. 1588-1656. Ver, también ZIMMERMANN, R., *The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Juta & Co., Cape Town, 1992, pp. 265-266.

<sup>43</sup> *Id.*, pp.1609-1617.

¿quién determina cuál es el precio de mercado? O, en lo que interesa exactamente aquí ¿quién determina qué contenido del contrato tutela adecuadamente la conmutatividad?

En general, al menos en el derecho continental, es, por una parte, el legislador a través de una definición de cláusula abusiva (como la de la Directiva 93/13/CEE) y listas de cláusulas sospechosas o directamente abusivas<sup>44</sup> y, desde luego, los jueces conociendo de las supuestas infracciones en que incurren los proveedores. Junto al control *ex-post* (es decir, que tienen lugar después de que los contratos circulan en el mercado) de los jueces, es posible reconocer controles *ex-ante* (es decir, controles que tienen lugar como una condición para que el contrato pueda salir al mercado) a cargo de agencias administrativas.<sup>45</sup>

De esta manera, en definitiva, una parte del contrato es impuesta, ya sea por el legislador, por agencias administrativas o por los jueces.

Ya sea respecto del legislador, respecto de las agencias administrativas o de los jueces, puede generalizarse una observación realizada por Clayton GILLETE respecto de un tipo de control *ex-ante*: la competencia institucional de las agencias que la realizan.<sup>46</sup> Creo que ese comentario puede generalizarse a los tres actores que, generalmente, se involucran en el control.<sup>47</sup>

---

<sup>44</sup> No es el caso de Estados Unidos que parece demostrar una preferencia por las soluciones de mercado. Ver RADIN (n. 5) pp. 227-230.

<sup>45</sup> He desarrollado esto con mayor detalle en DE LA MAZA GAZMURI, I., "El control de las cláusulas abusivas y la letra g". *Revista Chilena de Derecho Privado, Fernando Fueyo Laneri* N° 3, 2004, pp. 35-68.

<sup>46</sup> GILLETE, C., "Pre-Approved Contract for Internet Commerce", en *Houston Law Review*, vol 42, 2005, pp. 1000-1005. Como un ejemplo de capacidad institucional de los controles *ex-ante* realizados por órganos administrativos en el ámbito chileno puede considerarse el caso de un contrato que disciplinaba el uso de una tarjeta de crédito operada por una empresa de retail (Cencosud). Antes de salir al mercado, el emisor de la tarjeta de crédito solicitó a la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras que se pronunciara sobre el contrato. La Superintendencia no emitió comentarios. La validez del contrato se discutió posteriormente en tribunales. La Corte Suprema consideró que contenía cláusulas abusivas y emitió una sentencia que condenó a restituir ciertas cantidades cobradas indebidamente a los consumidores. Se trata, por lejos, de la cantidad más abultada que, históricamente en Chile, los tribunales han ordenado pagar a un proveedor. La sentencia se encuentra disponible en <http://www.elmostrador.cl/media/2013/04/Fallo-Suprema-Cencosud.pdf> (visitado 07/03/2015). Sobre la participación de la Superintendencia puede consultarse el considerando noveno de la sentencia.

<sup>47</sup> Respecto del escepticismo del control judicial en términos que los jueces no entienden correctamente el funcionamiento de los mercados puede consultarse BAIRD, D., "The Boilerplate Puzzle", en BEN-SHAHAR, O.,

Una cosa es que estemos bastante seguros o seguras de que el mercado no protege adecuadamente a los consumidores de las cláusulas abusivas en los contratos por adhesión, otra es que aceptemos, sin más, que la intervención de estos tres actores institucionales va a mejorar las cosas. Después de todo, del hecho que el mercado funcione plagado de imperfecciones no se sigue, en ningún sentido, que los tres actores institucionales funcionen perfectamente. CRASWELL lo ha puesto con elocuencia:

...the appropriate comparison here (as in so many other areas) is not between an imperfect market and a perfectly functioning legal system, Instead , the relevant comparison is between an admittedly imperfect market, on the one hand; and an admittely imperfect legal system, on the other.<sup>48</sup>

En mi lectura, al menos, el comentario puede interpretarse de una manera más neutra de la que, probablemente, lo haría CRASWELL (es decir, desde una posición muy escéptica frente a la intromisión del Estado en el mercado). Puede interpretarse en clave de problematizar el desplazamiento de la decisión a la conmutatividad (aunque, todo habrá que decirlo, a CRASWELL lo que le interesa es la eficiencia).

Concluir que, en general, debemos despreocuparnos de la igualdad respecto del poder negociador y enfocarnos en la igualdad respecto de los términos solución a un problema (el de la igualdad respecto del poder negociador) y abre otro (el de la igualdad respecto a los términos del contrato).

De esta manera, *a priori* al menos, es difícil saber si la intervención de estos tres agentes genera o no mayor conmutatividad en el contrato, porque si bien es cierto que los proveedores suelen introducir cláusulas abusivas, en teoría al menos, es perfectamente posible que la falta de competencia institucional –y, podríamos añadir, el riesgo de captura del regulador en algunos casos- de los tres actores institucionales genere un número importante de falsos positivos (es decir cláusulas que, en realidad no alteran la

---

*Boilerplate. The Foundation of Market Contracts*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007, pp. 131-144.

<sup>48</sup> CRASWELL (n. 17) p. 97.



conmutatividad del contrato y son consideradas como abusivas) y falsos negativos (es decir, cláusulas que si la alteran y no son consideradas como abusivas).

Esta no es –no es lo que pretendo al menos- una llamada al repliegue del Estado en el control de las cláusulas abusivas. Su objetivo es mucho más modesto, menos ideológico y más académico. A la fecha disponemos de una cantidad enorme de ideas respecto de los contratos por adhesión, pero, en la situación en que nos encontramos llegamos a un punto en donde necesitamos más información empírica. Para decirlo de una manera algo restringida, pero que, creo, captura la cuestión: determinar si es el proveedor o una corte de justicia quien está en mejores condiciones de fijar las cláusulas de un contrato por adhesión para que éstas cautelen adecuadamente la conmutatividad es, en parte importante, una investigación empírica. Esa dirección debería orientar, en parte importante, la investigación futura sobre los contratos por adhesión y las cláusulas abusivas