

UC Berkeley

Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) Annual Papers

Title

Asimetrías de Información y Análisis Económico de los Contratos de Adhesión

Permalink

<https://escholarship.org/uc/item/3mk2r7vb>

Author

Salazar, Diego F.

Publication Date

2006-06-01

Asimetrías de Información y Análisis Económico de los Contratos de Adhesión: Una Reflexión Teórica sobre el Ejercicio de la Libertad Contractual*

Diego F. Salazar[†]

Abstract

By using an economic model this paper describes and analyzes different forms of equilibrium within the market of the adhesion contracts where information is asymmetric and the agreement drafters decide which type of contract to offer considering that information is expensive for those who adhere. Under such conditions equilibriums are met in which contracts exist with the minimum possible quality associated to a price. In line with the economic analysis of law, the author concludes that the market is unable to correct inefficient agreements and this produces a limitation to the freedom of contract. This situation requires the implementation of controls over the contents of the adhesion contracts in order to ameliorate this result.

Key words: Adhesion contract, freedom of contract, contract quality, asymmetric information, limited rationality, economic analysis of law.

Resumen

Por medio de un modelo, este trabajo describe y analizan el equilibrio del mercado de los contratos de adhesión en un entorno de información asimétrica en el que los predisponentes deciden qué tipos de contratos ofrecen teniendo en cuenta que la información es costosa para los adherentes. En estas condiciones se presentan equilibrios en los cuales existen contratos con la mínima calidad posible asociada a un precio. Con herramientas del análisis económico del derecho, se llega a la conclusión de que el mercado es incapaz de corregir los contratos ineficientes, lo que constituye una limitación al ejercicio de la libertad contractual de los adherentes. Esto hace necesario que se implementen mecanismos previos de control de contenido para que se corrija, al menos parcialmente, este resultado.

Descriptores: Contratos de adhesión, libertad contractual, calidad del contrato, información asimétrica, racionalidad limitada, análisis económico del derecho.

* El presente artículo será publicado próximamente en la Revista de Derecho Privado, Universidad de los Andes.

[†] Abogado y Economista, Universidad de los Andes. Investigador del Centro de Investigaciones Sociojurídicas de la Facultad de Derecho (CIJUS), Universidad de los Andes. El autor agradece por sus valiosos comentarios a Marcela Castro de Cifuentes, Juan Camilo Cárdenas y Miguel Gandour. Correo electrónico: d-salaza@uniandes.edu.co

INTRODUCCIÓN

Como lo afirmaba Kessler en su artículo clásico de 1943 “Contracts of Adhesion-Some Thoughts about Freedom of Contract”, los contratos de adhesión surgieron inevitablemente con el desarrollo de las grandes empresas y la masificación del proceso de producción y distribución¹, lo que significó una importante reducción de los costos de transacción. Inicialmente se pensó que esta reducción estaba únicamente asociada a la supresión del proceso de negociación y a la consecuente automatización de la celebración de los contratos. Pero posteriormente algunos académicos, inspirados por las ideas de Coase sobre la naturaleza de la firma², reconocieron que los contratos de adhesión también eran útiles para que las empresas disminuyeran ciertos costos derivados de su funcionamiento interno gracias a la consolidación de su estructura de organización³. Entonces, los contratos de adhesión fueron considerados como un instrumento fundamental para que la empresa alcanzara la eficiencia económica y el mercado mejorara su funcionamiento⁴.

Sin embargo, lo que parecía un instrumento eficiente para que se cumpliera el objetivo de las firmas y se redujeran los costos de transacción en el mercado terminó siendo una fuente de disputas. Hacia los años 70's se promulgaron en Europa las primeras leyes de control sobre los contratos de adhesión⁵. La razón de esta intervención del Estado era que los contratos de adhesión se convirtieron en una forma de acentuar la posición ventajosa de las empresas a costa de los adherentes mediante la imposición de contenidos abusivos⁶. Por ejemplo, Albiez Dohrmann muestra como en Alemania se presentaron una serie de demandas sobre cláusulas que habían establecido las empresas en sus condiciones generales y que

¹Cfr. Kessler, Friedrich. (1943). Contracts of Adhesion-Some Thoughts about Freedom of Contract. Columbia Law Review, 43(5), 629-642. Pág. 629

² Según las cuales las empresas surgirían para organizar lo que sería de otra manera transacciones mercantiles, cuando sus costes sean menores que los costes de realizar dichas transacciones a través del mercado. Coase, Ronald Harry. (1994). La empresa, el mercado y la ley. Madrid: Alianza Editorial. Pág. 13.

³Principalmente: Rakoff, Todd. (1983). Contracts of Adhesion: An Essay in Reconstruction. Harvard Law Review, 96, 1174-1284. Pág. 1225 y Collins, Hugh. (1999). Regulating Contracts. New York City: Oxford University Press. Pág. 231;

⁴ En este sentido: Trebilcock, Michael J. (1993). The Limits of Freedom of Contract. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press. Págs. 119-120 y Posner, Richard A. (1998). *El análisis económico del derecho*. México, D.F.: Fondo de cultura económico. Pág. 113

⁵ Ver: Cepeda, Manuel José. (1985). Los contratos por adhesión: problemas y soluciones. Revista de Derecho Civil, 3, 7-63. y Suescún Melo, Jorge. (2003b). *Derecho Privado. Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo. Tomo II* (Segunda Edición ed.). Bogotá: Legis S.A. Págs. 192-210.

⁶ Alfaro Águila-Real, Jesús. (1991). Las condiciones generales de la contratación. Madrid: Editorial Civitas, S.A. Págs. 81-93

perjudicaban gravemente al adherente, principalmente en casos de exclusión y limitación de la responsabilidad y en la modificación de algunos plazos que se encontraban en las normas supletivas del BGB⁷. En el mismo sentido, Goldberg mencionaba las cláusulas de limitación de responsabilidad que los parqueaderos imponían a sus clientes en Estados Unidos⁸. Manuel José Cepeda también expuso la experiencia de Inglaterra, Francia, Israel e Italia, en donde los conflictos que se suscitaron con ocasión de la imposición de cláusulas desfavorables a los adherentes se resolvieron en los tribunales⁹.

En Colombia la situación era bastante similar. En su estudio de 1984, Jorge Pinzón Sánchez se refería a 14 sentencias en las que se analizaba la validez de distintos tipos de cláusulas impuestas utilizando contratos de adhesión¹⁰. El mismo autor, 11 años después, realizó un análisis similar con 10 nuevas sentencias en las que los adherentes demandaban el contenido de los contratos por ser contrario a sus intereses¹¹. En los últimos años, además de la Corte Suprema de Justicia, el análisis de validez de este tipo de cláusulas lo han desarrollado algunos tribunales de arbitramento, el Consejo de Estado y la Corte Constitucional¹².

Actualmente la gran mayoría de las transacciones que tienen lugar en el mercado se realizan utilizando contratos de adhesión¹³, por lo que se esperaría que la cantidad de cláusulas que desfavorecieran los intereses de los adherentes fueran mucho mayor y con ello los conflictos originados. Esta conclusión no es sostenida por todos los estudiosos del tema. Efectivamente existe un grupo de académicos que sostienen que existen buenas razones para creer que los contratos de adhesión que tengan cláusulas

⁷ Dohrmann señala como en la mayoría de estos casos el Tribunal Supremo alemán declaró la invalidez de estas cláusulas por violar el principio de buena fe consagrado en el artículo 9 de la AGBG, con lo que buscaba realizar una “clara protección de la parte más débil al sancionar con carácter general aquellas cláusulas de las condiciones generales del contrato que perjudican al adherente de forma no equitativa”. Albiez Dohrmann, Klaus Jochen. (1989). Exposición sucinta de la jurisprudencia alemana sobre la buena fe en las condiciones generales del contrato (artículo 9 de la Ley para la Regulación del Derecho de las Condiciones Generales del Contrato- AGBG). Anuario de derecho civil, 42(3), 869-886. Pág. 870

⁸ Goldberg, Victor P. (1974). Institutional Change and the Quasi-Invisible Hand. The Journal of Law and Economics, 17(2), 461-492. Pág. 462

⁹ Cepeda. Los contratos por adhesión: problemas y soluciones.

¹⁰ Pinzón Sánchez, Jorge. (1985). Comentarios a la jurisprudencia nacional sobre contratos por adhesión. *Revista de Derecho Civil*, 2, 169-197.

¹¹ Pinzón Sánchez, Jorge. (1995). Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas. *Revista de Derecho Privado*, 17, 73-124.

¹² Estos fallos aparecen mencionados en: Rengifo García, Ernesto. (2002). *Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante* (Primera ed.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia. y Suescún Melo. *Derecho Privado. Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo. Tomo II*.

¹³ David Slawson, señalaba en su artículo de 1971 que aproximadamente el 99% de los contratos celebrados, son contratos de adhesión. Slawson, David. (1971). Standard Form Contracts and Democratic Control of Lawmaking Power. *Harvard Law Review*, 84(3), 529-566.

desfavorables para los adherentes tienden a disminuir, aún cuando no sean controlados por ninguna autoridad, ya que el mercado está en capacidad de asegurar que los contratos que se transen beneficien por igual a las dos partes. Esta convicción refleja la confianza que tiene este grupo de académicos en el mecanismo del mercado como forma de asegurar que ambos contratantes maximicen sus intereses. Pero, ¿por qué en el mercado?

Inicialmente la aparición de cláusulas que tenían por objetivo beneficiar única y exclusivamente al predisponente del contrato fue explicada por la ausencia de negociación del contenido, lo que constituía una vulneración del principio de libertad contractual¹⁴. Este principio sugería que las relaciones entre las personas racionales e iguales deberían ser determinadas por acuerdos libremente aceptados entre ellos sin que nadie pudiera imponer a otro su voluntad¹⁵. Los acuerdos tendrían valor por haber sido queridos por los interesados y reflejarían la regulación que mejor se acomodara a sus intereses ya que: “nadie mejor que uno mismo para reconocer lo que es más justo y más conveniente”¹⁶. Entonces, según esta concepción, la única forma en que los contratantes alcanzarían la máxima satisfacción en una transacción determinada, era que ellos determinaran conjuntamente el contenido de la misma de acuerdo con sus intereses, lo que era la expresión de su libertad contractual. Así, la maximización del interés de cada una de las partes estaba garantizada por la posibilidad que cada uno tenía de negociar el contenido de sus transacciones. Luego, la ausencia del proceso de discusión del contenido que se presentaba en los contratos de adhesión era la causa de que los adherentes terminaran aceptando acuerdos que no reflejaran sus intereses de forma adecuada¹⁷. La falta de negociación constituía la violación del principio de libertad contractual y era la razón del problema.

Este contenido de la libertad contractual estaba vinculado a la época de los inicios del *laissez faire*, en donde los mercados no se habían desarrollado y los agentes que ofrecían bienes y servicios eran pequeños productores¹⁸. En este contexto histórico no existía la posibilidad de que los oferentes reaccionaran a las expectativas de cada uno de los demandantes, por lo que la discusión de los términos de cada transacción era la única forma de asegurar que ambas partes satisficieran de la mejor forma sus intereses. Efectivamente, en mercados poco competitivos no se ofrecen todos los bienes deseados por los demandantes y no se demandan todos los bienes producidos por los oferentes por lo que no existe la garantía de que las decisiones de cada uno

¹⁴ Alfaro Águila-Real. *Las condiciones generales de la contratación*. Págs. 56-66

¹⁵ *Ibíd.*

¹⁶ Ballesteros Garrido, José Antonio. (1999). *Las condiciones generales de los contratos y el principio de autonomía de la voluntad*. Barcelona: José María Bosch Editor. Pág. 20

¹⁷ *Ibíd.*

¹⁸ Cfr. Atiyah, Patrick S. (1989). *An Introduction to the Law of Contracts* (Fourth ed.). Oxford: Oxford University Press. Págs. 4-18

de los sujetos que intervienen buscando su propio bienestar sean compatibles entre si. En esta situación las partes deben discutir los términos de cada transacción hasta el punto en que cada uno de ellas se encuentre en una mejor situación después de realizar el intercambio.

Como lo muestra Atiyah, con el desarrollo de los mercados hacia situaciones en las que existía una mayor competencia, el contenido del principio de la libertad contractual debió ser redefinido, revaluándose el papel que jugaba la negociación en determinadas transacciones¹⁹. Cuando aumentó el número de los oferentes, de los demandantes y de los bienes y servicios transados, los mercados parecían acercarse cada vez más a la situación de competencia idealizada por la doctrina económica neoclásica según la cual la oferta estaba en capacidad de reaccionar a cada una de las expectativas de los demandantes²⁰; es decir, el mercado podía coordinar las decisiones de todos los agentes que actuaban independientemente movidos por sus propios intereses²¹. Luego, en mercados más competitivos, los mismos agentes libres, racionales e iguales no tenían que negociar el contenido de cada transacción ya que el propio mercado podía asegurar que cada quien obtuviera lo que maximizara sus intereses. Si esto era así, la negociación podía ser reemplazada por el mercado y de todas formas continuaría asegurando que los individuos obtendrían la máxima satisfacción posible como resultado de sus contratos. Bajo esta nueva concepción, la discusión del contenido de los contratos podía ser suprimida del concepto de libertad contractual. Como resultado de lo anterior, a partir del Siglo XIX, se consideró *que los agentes en un mercado ejercían su libertad contractual cuando escogían libremente con quien contratar*²². Este concepto fue aplicado plenamente en el caso de los contratos de adhesión²³. La definición modificada de la libertad contractual era idéntica al concepto de libertad de elección en el mercado. Por lo tanto, quienes confiaban en que el mercado aseguraba que las decisiones realizadas libremente por agentes racionales conducían a maximizar sus intereses, también aceptaban que el mercado era el mecanismo encargado de regular el contenido de los contratos de adhesión²⁴.

¹⁹ *Ibíd.*

²⁰ Cfr. Alfaro Águila-Real. *Las condiciones generales de la contratación*. Pág. 66-67

²¹ Con la aparición de los teoremas de la teoría del equilibrio general, se demostró que el mercado podía asegurar a todos sus usuarios las prestaciones que maximizaran sus utilidades ya que existiría una plena correspondencia oferta y demanda. Cataño, José Félix. (2004). *La teoría económica neoclásica básica: apuntes críticos sobre sus características, su metodología y sus resultados*. Unpublished manuscript, Bogotá. y Screpanti, Ernesto, & Zamagni, Stefano. (1997). *La Teoría Económica Contemporánea. Panorama de Historia del Pensamiento Económico*. Barcelona: Editorial Ariel. Pág. 378

²² Atiyah. *An Introduction to the Law of Contracts*. Pág. 13

²³ Lo que resolvió en gran parte el debate sobre su naturaleza jurídica.

²⁴ Esto lo sostienen Posner y Trebilcock. Posner. *El análisis económico del derecho*. Pág. 113 y Trebilcock. *The Limits of Freedom of Contract*. Pág. 119

Con el paso del tiempo el mercado ha mostrado su incapacidad de solucionar el problema de los contratos de adhesión con contenidos²⁵ que solamente favorecen los intereses del predisponente a costa del adherente. Entonces, esta situación ya no se explica por la ausencia de negociación sino por una falla en el proceso de elección y consecuentemente por una falla del mercado.

El presente escrito constituye una exposición de las razones por las cuales en el mercado existen contratos de adhesión cuyo contenido beneficia a los predisponentes en perjuicio de los adherentes. Aclarando esta cuestión pretendo aportar los elementos de análisis económico que justifiquen la necesidad de regulación ex ante del contenido de estos contratos.

Con el análisis que yo propongo se puede entender porqué la competencia entre los empresarios de un determinado ramo se realiza sobre las condiciones generales deteriorando la calidad de los contratos ofrecidos²⁶. A partir de la teoría desarrollada, es posible explicar porqué la gran mayoría, sino todos, de los contratos de depósito celebrados con los parqueaderos en la ciudad de Bogotá tienen incluidas una serie de cláusulas de limitación de responsabilidad. De hecho, la competencia entre los parqueaderos no ha podido asegurar que se supriman estas cláusulas, por el contrario, su uso se ha vuelto cada vez más generalizado. De la misma forma, se puede entender porque las prestadoras de servicios de Internet consagran en sus condiciones generales una serie de cláusulas de exclusión y limitación de su responsabilidad por la no prestación del servicio. En este caso, el aumento de la competencia ha producido una disminución de las tarifas pero no una supresión de este tipo de cláusulas. En materia de telefonía celular la situación ha sido idéntica; las empresas prestadoras han desarrollado una competencia sobre las tarifas pero mantienen en los contratos cláusulas que limitan su responsabilidad en lo relativo a la prestación del servicio.

El trabajo tiene dos capítulos. El primero de ellos está compuesto por dos partes. En la primera se plantea la definición de contratos de adhesión que se utilizará a lo largo del texto. En la segunda se realiza una exposición de las formas en que los contratos de adhesión pueden disminuir los costos de transacción de una empresa, por lo que su utilización supone una respuesta adecuada al problema de maximización de beneficios. Se pretende mostrar cuáles son los argumentos para sostener que los contratos de adhesión son un instrumento eficiente para que las empresas alcancen sus objetivos.

²⁵ En la definición de contenido del contrato incluyo las cláusulas y la ejecución del contrato consecuente con ese conjunto de cláusulas

²⁶ Como lo expresa Rakoff: "If discipline by competition is assumed, it is competition among institutions that is at issue". Rakoff. *Contracts of Adhesion: An Essay in Reconstruction*. Pág. 1224

El segundo capítulo está compuesto por cinco partes. En las dos primeras se explicará la relación existente entre el funcionamiento del mercado y el contenido que fijen los predisponentes en los contratos. En la tercera se mostrarán cuáles son los argumentos a favor de la posibilidad que ofrece el mercado de corregir los términos contractuales que tengan por finalidad beneficiar única y exclusivamente a quien los redactó. El objetivo de la exposición es mostrar las limitaciones que presentan estos argumentos.

En la cuarta parte se expondrán las razones que justifican la desconfianza en el papel correctivo del mercado según las restricciones expuestas en la sección anterior. De esta forma identificaré los elementos fundamentales que se deben tener en cuenta en la modelación económica de un mercado de las condiciones generales. El aporte fundamental del presente escrito es realizar una aplicación del modelo de Chan y Leland de 1982²⁷ a los contratos de adhesión para sostener que la existencia de cláusulas abusivas se debe principalmente a un problema de información asimétrica entre los predisponentes y los adherentes que no puede ser solucionado por el mercado. Esto proporciona una serie de incentivos para que los predisponentes desarrollen comportamientos estratégicos fijando cláusulas que maximicen sus intereses en perjuicio de los de los adherentes. La aplicación del modelo de Chan y Leland que propongo da cuenta de la dinámica del mercado en estas condiciones e incluye los elementos fundamentales que habían sido señalados como causas de la incapacidad del mismo para corregir la existencia de las cláusulas abusivas. Esta formulación analítica del problema abre la posibilidad de evaluar los impactos en el bienestar social que puede causar la implementación de políticas públicas dirigidas a regular el contenido de los contratos de adhesión; este es el tema que se desarrolla en la última parte. Se debe aclarar que este trabajo es netamente teórico y presenta un nuevo esquema de análisis para hacer futuras evaluaciones empíricas de los contratos de adhesión que efectivamente se transan en un mercado.

²⁷ Chan, Yuk-Shee, & Leland, Hayne E. (1982). Prices and Qualities in Markets with Costly Information. *Review of Economic Studies*, 49, 499-516.

CAPÍTULO I. LA UTILIZACIÓN DE LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN COMO UN PRESUPUESTO PARA QUE LAS FIRMAS ALCANCEN BENEFICIOS MÁXIMOS

En su artículo clásico de 1943, "Contracts of Adhesion-Some Thoughts about Freedom of Contract.", Friedrich Kessler afirma que con el desarrollo de un sistema de libertad empresarial basado en una división del trabajo sin precedentes, la sociedad capitalista necesitó una institución legal altamente elástica que permitiera salvaguardar el intercambio de bienes y servicios en el mercado²⁸. Esta necesidad fue suplida con la transformación del contrato de un instrumento que representaba la voluntad e intereses de las partes intervinientes en su negociación²⁹, a una "herramienta"³⁰ que permitía a la empresa³¹ hacer posible un cálculo racional de sus transacciones de mercado. Así, según Kessler, el desarrollo de empresas de gran escala con su producción y distribución en masa hicieron inevitable un nuevo tipo de contrato³² que permitió disciplinar de manera uniforme "las relaciones contractuales a los fines precisamente de una actividad sistemática que supone la posibilidad de comparar y por esto la homogeneidad de las relaciones, la posibilidad de un cálculo de costos, etc"³³. Este papel lo desempeñó la institución de los contratos de adhesión. Efectivamente, la supresión del proceso de negociación en las transacciones realizadas por las diferentes empresas condujo a una dramática disminución de los costos que la participación en el mercado suponía y con ello de los costos totales. Luego, los contratos de adhesión se convirtieron en un instrumento fundamental que las empresas deberían considerar al momento de

²⁸Cfr. Kessler. *Contracts of Adhesion-Some Thoughts about Freedom of Contract*. Pág. 629

²⁹ La formulación clásica de la teoría del contrato está directamente relacionada con la filosofía individualista que se desarrolló a partir del Siglo XVII, en particular con la concepción según la cual "el hombre es libre por esencia y no se puede obligar sino por su propia voluntad". La aplicación de este principio, conocido como autonomía de la voluntad, al derecho de los contratos, sugiere que las relaciones entre las personas deberán ser determinadas por acuerdos libremente aceptados entre ellos sin que nadie pueda imponer a otro su voluntad. Estos acuerdos tienen valor simplemente por haber sido queridos por los interesados y reflejan la regulación que mejor se acomoda a sus intereses ya que se parte de la premisa de que "nadie mejor que uno mismo para reconocer lo que es más justo y más conveniente". Cfr. Ballesteros Garrido. *Las condiciones generales de los contratos y el principio de autonomía de la voluntad*. Pág. 20

³⁰ Utilizando la denominación de Kessler. Kessler. *Contracts of Adhesion-Some Thoughts about Freedom of Contract*.

³¹ La noción de firma o empresa que adoptaremos en este trabajo será bastante sencilla. Por firma o empresa entenderemos la unidad económica organizada que produce bienes o servicios de forma habitual para que sean consumidos por otros. Cfr. Demsetz, Harold. (1997). *La economía de la empresa*. Madrid: Alianza Editorial, S.A. Pág. 21-24. Esta definición adoptada ofrece un beneficio adicional, y es que corresponde a la definición de empresa que se encuentra consagrada en el artículo 25 del Código de Comercio.

³² Kessler. *Contracts of Adhesion-Some Thoughts about Freedom of Contract*.

³³ Ascarelli, Tullio. (1964). *Iniciación al estudio del derecho mercantil*. Barcelona: Bosch, Casa Editorial. Pág. 338-339.

resolver el problema de maximización de beneficios³⁴ al que ineludiblemente se tenían que enfrentar si querían permanecer en el mercado³⁵.

Es fundamental, en primer lugar, establecer una definición de la institución de los contratos de adhesión que dé cuenta de los elementos fundamentales que la doctrina moderna ha reconocido como esenciales de esta figura. Posteriormente, presentaré una descripción de la forma en que este tipo de contratos reduce los costos de transacción. Teniendo en cuenta que la reducción de costos es el mecanismo mediante el cual el empresario asegura la maximización de los beneficios, y dado que los contratos de adhesión cumplen con tal objetivo respecto de los costos de transacción, la firma privilegiará su utilización. Luego, la utilización de contratos de adhesión por parte de las firmas es necesaria para asegurar la consecución de su objetivo maximizador.

1. DEFINICIÓN DE LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN

La doctrina moderna define los contratos de adhesión con dos elementos básicos³⁶. El primero de ellos es “la predeterminación del contenido del contrato por una de las partes mediante el recurso a condiciones generales que se emplean para celebrar un número indeterminado de negocios, o formularios inmodificables”³⁷. El segundo de ellos es “la presentación de ese contenido al que se quiere contratar, con la opción única de aceptarlo o rechazarlo”³⁸. De esta definición se desprenden las tres

³⁴ Problema que se soluciona a través de la minimización de costos. De hecho, la minimización de costos constituye la formulación dual del problema de maximización del beneficio. Véase por ejemplo: Nicholson, Walter. (2002). *Microeconomic Theory* (Eighth ed.). Pág. 302

³⁵ La maximización del beneficio de las firmas que actúan en el mercado es un supuesto de trabajo incuestionable para la economía. En este trabajo también se adoptará. Considero apropiada su utilización ya que según lo han explicado economistas como David Kreps y Harold Demsetz, solo aquellas firmas que tengan un comportamiento maximizador permanecerán por más tiempo en el mercado y crecerán más. Básicamente, Kreps sostiene que las firmas deberán maximizar su beneficio o de lo contrario serán sacadas del mercado por un proceso de "selección natural". Kreps, David. (1990). *A Course in Microeconomic Theory*. New Jersey: Princeton University Press. Págs. 724-735. Por su parte Demsetz había dado una explicación del comportamiento maximizador basada en el mismo argumento. En su libro "La economía de la empresa" dice que: "el entorno empresarial parece mas proclive a poner los recursos a disposición de las empresas sobre la base de las previsiones de la magnitud de futura rentabilidad. (...) Los propietarios de los recursos se comportan como si buscasen un mayor beneficio, no solamente beneficio positivo. El criterio de selección del capitalismo parece ser la expectativa de un mayor beneficio, no solamente de un beneficio positivo". El argumento de este autor es que las empresas que no produzcan los beneficios máximos no podrán captar capitales, ya que el comportamiento de los capitalistas será de búsqueda de la mayor rentabilidad posible, por lo que la subsistencia de estas empresas no estará garantizada ya que sus dueños preferirán invertir sus capitales en otras firmas. Demsetz. *La economía de la empresa*. Págs. 89-97.

³⁶ Cepeda. Los contratos por adhesión: problemas y soluciones. Pág. 9

³⁷ *Ibíd.*

³⁸ *Ibíd.*

características básicas de un contrato de adhesión³⁹; a saber, que es i) un *contrato*, cuyo contenido está ii) *predispuesto* y es iii) *impuesto*⁴⁰.

1.1. CARÁCTER CONTRACTUAL

Según Cepeda, la discusión derivada de la naturaleza jurídica de los contratos de adhesión surgió desde la misma introducción de este concepto por parte de Salilles⁴¹. Sin embargo, el debate entre la teoría contractualista y la teoría reglamentaria ha perdido vigencia con el paso de los años ya que las legislaciones comparadas han reconocido la adhesión como una manifestación, aunque mínima⁴²,

³⁹ Tal y como lo señala Ballesteros, la diferencia tenue que existía entre los contratos de adhesión ha terminado por desdibujarse en la doctrina moderna ya que los dos términos se resultan aplicando de forma indistinta al mismo conjunto de situaciones. En un comienzo se empezó hablando de “condiciones generales de los contratos”, o “de la contratación” para referirse al resultado de la predisposición del contenido del contrato por el empresario, es decir, a las cláusulas o estipulaciones que van a regir la relación contractual entre el predisponente y el adherente, por lo que constituyen una realidad previa al contrato; mientras que “contrato de adhesión” hace alusión a la forma en que se concluye el contrato, por medio de la simple aceptación o firma del documento en que se recogen aquellas condiciones generales -de la “adhesión” a estas-. De esta forma se puede apreciar que el concepto de “condiciones generales” queda subsumido en el de contrato de adhesión, tal y como está en la definición de Cepeda. Ballesteros Garrido. *Las condiciones generales de los contratos y el principio de autonomía de la voluntad*. Pág. 61

⁴⁰ Aunque esta es la denominación que le da Alfaro a las características del contrato de adhesión, los conceptos que constituyen cada categoría son compartidos por muchos doctrinantes. Véase: Arrubla Paucar, Jaime Alberto. (1998). *Contratos mercantiles* (Tercera ed. Vol. II). Medellín: Biblioteca Jurídica Dike. Pág. 70; Cepeda. *Los contratos por adhesión: problemas y soluciones*. Pág. 9; Rengifo García. *Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante*. Pág. 184.

⁴¹ Saleilles sostenía que: “Indudablemente hay contratos y contratos [...] existen unos pretendidos contratos que no tienen de tales más que el nombre, y cuya construcción jurídica está aún por hacer [...] se le podría llamar, a falta de otra denominación más adecuada, contratos de adhesión, en los cuales se da un predominio exclusivo de la voluntad de una de las partes contratantes actuando como voluntad unilateral, la cual dicta su ley no ya solo al individuo, sino a una colectividad indeterminada, y que se vincula por anticipado unilateralmente, salvo la adhesión de quines deseen aceptar su *lex contractus* y entrar a formar parte del acuerdo ya creado por sí mismo”. Tomado de Rengifo García. *Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante*. Pág. 183.

⁴² Según esta teoría en su expresión más básica, el acto de adhesión representa el consentimiento contractual consistente en firmar el documento en que se recogen las condiciones generales. Esto se fundamenta en el hecho de que la firma de un documento implica hacer propias las declaraciones que contiene. Sin embargo, las nuevas tendencias reconocen que no en todos los casos el acto de adhesión representa una aceptación. Alfaro, establece ciertos criterios para que debe cumplir el acto de adhesión para que sea considerado como una aceptación.

- a. Que se trate de un ámbito reservado por el legislador a la libre decisión de los particulares;
- b. Que los acuerdos se adopten voluntariamente;
- c. Es irrelevante que no exista negociación;
- d. Que el contratante tuviera como alternativa razonablemente disponible frente a la celebración del contrato la renuncia a contratar para lo cual.
- e. El acuerdo ha de haberse realizado en un marco de competencia efectiva.

Alfaro Águila-Real. *Las condiciones generales de la contratación*. Págs. 68-69.

de la voluntad de los adherentes ya que pueden escoger si se contrata o no y con quien⁴³. En Colombia, ante la ausencia de solución legislativa, la jurisprudencia también ha acogido el mismo criterio⁴⁴. Como veremos mas adelante, el carácter limitado que se le reconoce al consentimiento del adherente se explica por la existencia de una asimetría de información frente al predisponente, lo que rompe radicalmente el supuesto de igualdad que se había hecho en los modelos contractuales clásicos. Debo aclarar que mi objetivo no es aportar nuevos argumentos al debate sobre la naturaleza jurídica de los contratos de adhesión y teniendo en cuenta que existe un respaldo suficiente en el derecho nacional y extranjero a la posición que le atribuye carácter contractual a los contratos de adhesión, es suficiente establecer que el acto de adhesión es una manifestación limitada de la voluntad del adherente de obligarse⁴⁵.

1.2. PREDISPOSICIÓN DEL CONTENIDO

La segunda característica básica de un contrato de adhesión es que exista predisposición del contenido. Esto significa que el clausulado ha sido redactado previa y unilateralmente por una de las partes, conocido como predisponente para ser utilizado en una pluralidad de contratos. Se debe destacar que lo relevante de esta característica es que las cláusulas utilizadas hayan sido redactadas *previa* y *unilateralmente* por un empresario o grupo de empresas para aplicarlas a una serie de contratos⁴⁶, y no que hayan sido redactadas por aquel empresario que

En la misma línea, Ballesteros pretende interpretar el acto de adhesión indagando sobre cual es la verdadera intención del adherente al prestar su firma. Desde esta perspectiva se concluye que el contrato de adhesión es efectivamente un contrato (naturaleza contractual), "pero con una eficacia delimitada por el alcance de la voluntad real del adherente (lo que el adherente cree razonable y legítimamente que esta contratando cuando manifiesta su intención de concluir un contrato con el empresario firmando el formulario que este le presenta, con independencia del contenido real de las cláusulas insertas en dicho formulario". Ballesteros Garrido. *Las condiciones generales de los contratos y el principio de autonomía de la voluntad*. Pág. 150-155.

⁴³ "Se aceptan que las condiciones generales valen porque son aceptadas contractualmente, y se establecen unos requisitos para asegurar su contractualidad (requisitos de inclusión en el contrato) y otros para impedir que tengan un contenido abusivo (normas de control del contenido); cumplidos estos requisitos son eficaces no por delegación de un poder normativo o porque lo disponga la ley, sino porque se reconoce su carácter contractual, porque cumplidas esas exigencias se estima, o mejor, se presume, que el adherente ha podido manifestar su consentimiento contractual real" (121). Ballesteros Garrido. *Las condiciones generales de los contratos y el principio de autonomía de la voluntad*.

⁴⁴ Cfr. Suescún Melo, Jorge. (2003a). *Derecho privado. Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo* (Segunda ed. Vol. I). Bogotá: Legis Editores S.A. Pág. 6

⁴⁵ Cuando se trata de contratos de adhesión reales o solemnes, a parte de la concurrencia de voluntades sería necesario el cumplimiento de las características adicionales necesarias para el perfeccionamiento de cada tipo de contrato.

⁴⁶ Incluso, "en nada debe cambiar la situación el hecho de que los contratos de adhesión hayan sido elaborados por encargo del empresario a un despacho de abogados o hayan sido copiados de un

directamente las utiliza. Por lo tanto, igual se podrá hablar de contratos de adhesión en aquellos eventos en que cierta empresa utiliza cláusulas redactadas por otra empresa diferente⁴⁷.

1.3. IMPOSICIÓN DEL CONTENIDO CONTRACTUAL

En tercer lugar está la característica de la imposición. Esta se refiere a que la incorporación de las cláusulas, previamente redactadas por el predisponente, al contrato no se produce tras un proceso de negociación entre las partes sino a iniciativa exclusiva del predisponente sobre la base de lo toma o lo deja. Esto significa que los contratos de adhesión se presentan como “inseparables de la prestación ofrecida por el empresario de modo que no le es dado al cliente obtener el bien o servicio sin adherirse a las condiciones generales. Así, el cliente solo tiene dos opciones reales: contratar conforme a las condiciones preestablecidas o renunciar a contratar”⁴⁸.

2. FUNCIÓN E IMPORTANCIA DE LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN

Rakoff señala que la estandarización de las relaciones contractuales es fundamental para la firma ya que reduce los costos de transacción⁴⁹. La noción de costos de transacción fue inicialmente desarrollada por Coase en su artículo “La naturaleza de la firma”⁵⁰ e incluía todos los costes derivados de utilizar el mecanismo del mercado. El propio Coase expuso el concepto en los siguientes términos: “para llevar a cabo una transacción de mercado se hace necesario descubrir con quién se quiere hacer un trato, informar a las personas correspondientes que se intenta llegar a un arreglo y los términos del mismo, concretar negociaciones para alcanzar un acuerdo satisfactorio, redactar un contrato, realizar inspecciones para comprobar que se cumplen las condiciones estipuladas, etc.”⁵¹. Entonces, según Coase, la existencia de los costos de transacción lleva a que quienes desean comerciar instrumenten prácticas que conduzcan a la reducción de aquellos, siempre que las pérdidas que se produzcan sean menores a los costos de transacción que se ahorran⁵². Esta es la justificación de la existencia de las firmas. Coase dice que “la producción podría llevarse a cabo de una forma completamente descentralizada a través de contratos entre individuos. Pero cuesta dinero acceder a esas transacciones. Es así que las

libro de formularios”. Lo importante es que los términos establecidos por una parte, a cuenta suya o por encargo, sean los únicos en que éste se basaría para celebrar el contrato. Alfaro Águila-Real. *Las condiciones generales de la contratación*. Pág. 124

⁴⁷Ibíd.

⁴⁸Ibíd. Pág. 127.

⁴⁹ Rakoff. *Contracts of Adhesion: An Essay in Reconstruction*. Pág. 1221

⁵⁰Coase, Ronald Harry. (1937). *The Nature of the Firm*. *Economica*, 4, 386-405.

⁵¹ Coase. *La empresa, el mercado y la ley*. Pág. 13.

⁵² Ibíd.

empresas surgirían para organizar lo que sería de otra manera transacciones mercantiles, cuando sus costos sean menores que los costos de realizar dichas transacciones a través del mercado”⁵³. Luego, en virtud de su naturaleza, la firma utilizará todos los mecanismos, como los contratos de adhesión, que le garanticen que puede realizar sus transacciones al menor costo posible. A continuación se presentará una exposición de las formas en que los contratos de adhesión son útiles para que las firmas reduzcan sus costos de transacción y con ello puedan maximizar sus beneficios.

2.1. REDUCCIÓN DE COSTOS DERIVADOS DE LA CELEBRACIÓN DE LOS CONTRATOS CELEBRADOS POR LA EMPRESA

El empleo de contratos de adhesión permite simplificar y acelerar radicalmente la celebración de transacciones. La reducción de costos se logra volviendo más eficiente la etapa previa a la celebración del contrato; esto es, la empresa destina menos recursos a concluir un número determinado de contratos ya que con la presentación de unas condiciones generales a un grupo de clientes potenciales, el proceso de celebración del contrato se convierte en algo casi automático gracias a la ausencia de negociación del contenido⁵⁴.

2.2. DISCIPLINA DE LA ACTUACIÓN DE LOS EMPLEADOS Y REDUCCIÓN DE LOS COSTOS DE AGENCIA

La empresa debe invertir una serie de recursos para disponer de una cantidad determinada de personal capacitado para realizar sus negocios. Si un empleado está dotado de la capacidad de celebrar contratos a nombre de la empresa, debe estar suficientemente cualificado para que sus decisiones afecten únicamente, y en la forma prevista, la esfera de responsabilidad que le fue delegada. En el caso de los contratos de adhesión, dado que su contenido no está sujeto a modificaciones, éstos pueden ser celebrados aún por personal que no posea conocimientos jurídicos profundos. De esta forma, un reducido número de personal de ventas puede celebrar una gran cantidad de contratos complejos de una forma rutinaria⁵⁵, los cuales han

⁵³ *Ibíd.* Pág. 13

⁵⁴ Habitualmente estos costos se les denomina costos de redacción del contrato. Bullard los explica de la siguiente forma: “(...) necesitamos redactar el documento que contendrá la declaración de voluntad, para lo que, de ordinario, necesitaremos los servicios de un abogado. Ello lleva, en ocasiones, a largas discusiones, muchas de ellas referidas a aspectos accidentales del contrato, y que, sin embargo, generan demoras importantes para llegar a un acuerdo. Esto produce, a su vez, costos adicionales (que se denominan costos de oportunidad), y que se derivan de la demora en la utilización de la relación jurídica”. Bullard González, Alfredo. (2003). *Derecho y economía. El análisis de las instituciones legales*. Lima: Palestra Editores. Págs. 338-339. En el mismo sentido Alfaro Águila-Real. *Las condiciones generales de la contratación*. Pág. 29.

⁵⁵ Respecto de la celebración rutinaria de negocios Alfaro adiciona que el empleo de contratos de adhesión reduce las necesidades de comunicación en el seno de la empresa y con ello los costos

sido diseñados por un departamento jurídico especializado atendiendo a todas las necesidades de la empresa y las contingencias que se puedan presentar. Se produce así, una utilización eficiente de los recursos humanos con los que cuenta la empresa; los empleados que concluyen contratos con el público no deben ser entrenados para negociar los términos de las transacciones, ya que en nada pueden variar el contenido previamente establecido. Este fenómeno es que el Rakoff ha denominado “uso eficiente de capacidades jurídicas y gerenciales costosas”⁵⁶.

Este fenómeno trae otras importantes consecuencias adicionales en el ahorro de costos. El uso de contratos de adhesión sirve como una forma de vigilancia automática de las consecuencias que pueden traer las actuaciones del personal de “ventas rebelde”. En algunas ocasiones, cuando las firmas utilizan como incentivo para sus trabajadores compartir utilidades con ellas en razón los esfuerzos realizados, existe una cierta motivación para que se celebren contratos aún en situaciones no del todo beneficiosas para las firmas. Por ejemplo, aquellos vendedores a quienes se les remunera en razón del número de contratos celebrados, por el afán de vender pueden cambiar los términos del contrato ubicándolos por debajo del nivel óptimo para la firma. Los contratos de adhesión disciplinan tal tipo de comportamientos al establecer una serie de términos inmodificables⁵⁷.

No menos importante, tal y como lo muestra Rakoff, es el hecho de que este tipo de contratos solidifica las estructuras de poder dentro de una empresa. A medida que los subordinados cuentan con una mayor discreción para realizar sus tareas, existe mayor probabilidad de que se alejen de los objetivos que les fueron encomendados y empiecen a considerar la búsqueda del propio beneficio al momento de desarrollar su labor. Esta disociación de propósitos entre los empleados y los dueños puede producir un fracaso en la realización del objetivo maximizador de beneficios de la firma. Esta situación es conocida como el problema de agencia⁵⁸. Con el uso de contratos de adhesión los agentes solamente podrán realizar transacciones en los

derivados. La explicación es la siguiente: “(...) las eventuales incidencias no necesitan ser consultadas al encontrarse previstas en las condiciones generales, de forma que todos los miembros de la organización saben a qué atenerse (cobro o no de reparaciones por el servicio post-venta, plazos de entrega, accesorios que incorporan al objeto vendido, quejas que deben ser atendidas (...)).” Alfaro Águila-Real. *Las condiciones generales de la contratación*. Págs. 30-31.

⁵⁶ Rakoff. *Contracts of Adhesion: An Essay in Reconstruction*. Pág. 1223

⁵⁷ *Ibíd.*

⁵⁸ Este es el problema de agencia que se presenta al interior de las firmas. El problema se puede explicar de la siguiente forma: Por varias razones el (los) dueño (s) de la firma, conocido como el principal, debe delegar algunas tareas en unos agentes para que estos le colaboren en la consecución de sus objetivos. Sin embargo, los agentes que reciben el encargo pueden tener objetivos diferentes al del agente. El problema surge cuando los objetivos se contraponen entre si, de forma que la actividad de los agentes puede afectar la consecución del objetivo de la firma. Laffont, Jean-Jacques, & Martimort, David. (2002). *The Theory of Incentives. The Principal-Agent Model*. New Jersey: Princeton University Press. Pág. 2

específicos términos consagrados en las condiciones generales, los cuales, al ser inmodificables, no darán espacio al ejercicio de su discrecionalidad y consecuentemente, como se dijo arriba, limitarán la posibilidad de la nociva disociación de objetivos⁵⁹. Entonces, los contratos de adhesión afirman la estructura jerárquica de la empresa y restringen las posibilidades de agencia.

Por lo tanto, la utilización de los contratos de adhesión no solo está basada en las eficiencias alcanzadas en la distribución masiva. Su utilización reporta grandes beneficios a las firmas comoquiera que reducen los costos de agencia.

2.3. FACILITAN EL CÁLCULO ANTICIPADO DE COSTOS Y CON ELLO LIMITAN LA INCERTIDUMBRE Y EL RIESGO

Una de las funciones principales que cumplen los contratos es que limitan la incertidumbre que rodea las transacciones y que las pueden afectar, con lo que se asegura que las partes obtengan aquello que las motivó a contratar. Sin embargo, la identificación de todas las contingencias que se pueden presentar es una labor sumamente compleja y costosa, por lo que se puede afirmar que los contratos son invariablemente incompletos⁶⁰. Aunque los abogados planeen la forma de regular las contingencias que se pueden presentar en una transacción⁶¹, esto nunca puede ser realizado totalmente, según Collins, por tres razones⁶². La primera de ellas está relacionada con las limitaciones de la capacidad de previsión humana y parte de la idea de que no todas las eventualidades pueden ser previstas. “Eventos inesperados o improbables pueden ocurrir y destruir las asunciones en las cuales se basaba la transacción”⁶³. Ante este riesgo las partes contratantes procuran redactar contratos en los que se asignen los riesgos de forma precisa para asegurar que el cálculo de beneficios derivados de la transacción efectivamente se cumpla y con ello las partes puedan obtener, con mayor certeza, lo que las determinó a contratar.

La segunda razón de incompletitud en los contratos se debe a aquellos eventos que no pueden ser previstos de forma precisa anticipadamente. Aunque este tipo de eventos han sido estipulados en el contrato, no existe certeza respecto de la forma en que se realicen y como pueden afectar el contrato, esto hace que probablemente exista una falta de correspondencia, debida a la incompletitud del contrato, entre lo

⁵⁹ Rakoff. *Contracts of Adhesion: An Essay in Reconstruction*. Pág. 1224

⁶⁰ Por contratos con información incompleta o contratos incompletos se entienden aquellos en que no se prevén todos los estados de la naturaleza posibles que pueden afectar el cumplimiento del contrato. Cfr. Hart, Oliver, & Moore, John. (1999). *Foundations of Incomplete Contracts*. *Review of Economic Studies*, 66, 115-138. Pág. 115

⁶¹ Por esta función es que Williamson acepta el tratamiento de los abogados como ingenieros de los costos de transacción propuesto por Gilson. Williamson, Oliver. (1989). *Las Instituciones Económicas del Capitalismo*. México, D.F.: Fondo de Cultura Económica. Pág. 397.

⁶² Collins. *Regulating Contracts*. Pág. 160-161.

⁶³ *Ibíd.* Pág. 160

que las partes esperaban de la transacción y lo que está escrito en el contrato. Una tercera causa de incompletitud puede ser descrita como “incompletitud por diseño”⁶⁴. Esta se debe a que el contrato puede carecer de la flexibilidad necesaria para ajustar la transacción a cambios en las condiciones del mercado o en la tecnología⁶⁵.

Todas estas razones están de algún modo relacionadas con el problema de información limitada de que disponen las partes que realizan una transacción. Como veremos en detalle en el siguiente capítulo este problema puede ser parcialmente solucionado con la adquisición de información. El problema es que adquirir y procesar la información necesaria para establecer un modelo contractual que se acerque al ideal de contrato completo, es muy costoso⁶⁶. Sin embargo, cuando la adquisición de información está justificada por la celebración de una gran cantidad de transacciones en condiciones idénticas la cuestión es bastante distinta. En este caso, los predisponentes podrán diluir estos costos en una serie de contratos uniformes que disciplinarán las transacciones que ellos realicen. Por lo tanto, el uso de contratos de adhesión justifica que la empresa incurra en los costos derivados de preparar un contrato lo más completo posible y con ello asegurar un cálculo adecuado de los riesgos y las contingencias que le permita asegurar una limitación de los sucesos que podrían alterar la obtención los beneficios que la motivaron a contratar. Rakoff explícitamente consideraba este argumento al señalar que las firmas utilizaban los contratos de adhesión para minimizar su exposición a los riesgos externos⁶⁷.

⁶⁴ *Ibíd.* Pág. 161

⁶⁵ *Ibíd.*

⁶⁶ Cuestión que será explicada en detalle en la sección 4.4. del siguiente capítulo.

⁶⁷ Particularmente los derivados de las contingencias que pueden originar debates judiciales. Rakoff. *Contracts of Adhesion: An Essay in Reconstruction*. Pág. 1227.

CAPÍTULO II. EL MERCADO COMO MECANISMO INCAPAZ DE CORREGIR LAS INEFICIENCIAS DE LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN

1. LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN Y LA LIMITACIÓN DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD. DOS PREGUNTAS ASOCIADAS

En el apartado anterior vimos los resultados deseables que pueden traer, tanto para la firma como para el mercado, el uso de los contratos de adhesión. De ellos, tal vez el más importante es la disminución de costos de transacción. Así mismo se estableció que la utilización de contratos de adhesión por parte de las firmas, es necesaria para asegurar la maximización de su beneficio. Pero a estas cuestiones se contraponen la limitación al principio de libertad contractual causada por los contratos de adhesión⁶⁸. La libertad contractual comprende dos aspectos: en primer lugar, la libertad de contratar que se refiere a la capacidad de poder decidir si se contrata y con quien se hace; y en segundo lugar, la libertad de configuración interna del contrato que comprende la posibilidad de que las partes participen conjuntamente en la elaboración del mismo⁶⁹. Al ser el adherente excluido del proceso de negociación, el segundo aspecto no puede materializarse. Esto plantea dos preguntas relevantes. La primera de ellas es la referente a la fuerza obligatoria que tienen los contratos de adhesión.

Efectivamente, el modelo contractual presente en los códigos decimonónicos, de los cuales el Código Civil colombiano es un ejemplo, se basa en la idea de que el Estado reconoce a los individuos un poder para regular sus relaciones como tengan por conveniente⁷⁰. Con este fundamento no se necesita de legitimaciones ulteriores para considerar vinculantes los acuerdos adoptados libremente por los particulares: “estos valen porque han sido queridos por los individuos en el ejercicio de su libertad”⁷¹. Así, por autorización de la propia ley, las personas pueden definir el contenido deseado de las relaciones jurídicas con entera libertad⁷². Luego, “el contrato pactado es plenamente efectivo y vinculante para las partes simplemente porque ha sido querido”⁷³.

⁶⁸ Ver Ballesteros Garrido. *Las condiciones generales de los contratos y el principio de autonomía de la voluntad*. Pág 17-21

⁶⁹ *Ibíd.* Pág. 42.

⁷⁰ Alfaro Águila-Real. *Las condiciones generales de la contratación*. Pág. 57. En Colombia, el Código Civil consagra este principio principalmente en los artículos 1494 y 1502.

⁷¹ *Ibíd.* Pág. 57

⁷² Ballesteros Garrido. *Las condiciones generales de los contratos y el principio de autonomía de la voluntad*. Pág. 18

⁷³ *Ibíd.* Págs. 20-21

Pero al no existir la configuración mutua del contenido de los contratos de adhesión, la libertad contractual como fundamento de obligatoriedad es puesta en duda. Esto ha dado lugar a un intenso debate entre los juristas que se puede resumir en dos posiciones⁷⁴. Básicamente existe un grupo de doctrinantes que consideran que el acto de adhesión es una expresión de la libertad contractual⁷⁵, por lo que el fundamento de obligatoriedad de los contratos de adhesión es el mismo que en los contratos negociados.

Otros doctrinantes señalan que no hay dos declaraciones de voluntad concurrentes para formar un contrato sino dos declaraciones de voluntad de distinto alcance. Por un lado la declaración de la parte que predispone el reglamento contractual, realizando la oferta; se trata de un estado de hecho objetivo permanente al que pueden adherirse los interesados. Por otro lado esta la adhesión, que constituye un requisito para que la primera declaración tenga eficacia respecto del aceptante. Estas doctrinas que han recibido el nombre de normativistas han tratado de justificar la fuerza vinculante de los contratos de adhesión en una especie de "delegación de autoridad"⁷⁶ que hace el Estado a los predisponentes para que determinen el contenido de las relaciones negociales que establezcan con los adherentes.

Estos debates jurídicos se han concentrado en clarificar la naturaleza jurídica de los contratos de adhesión para determinar el fundamento de su fuerza vinculante. Según Alfaro, lo que se busca es explicar "desde nuestro sistema de Derecho privado que unas cláusulas que un contratante impone a su contraparte sean reconocidas por el ordenamiento como vinculantes"⁷⁷.

Pero la búsqueda del fundamento de obligatoriedad está justificada en últimas por la necesidad de establecer cuáles son los mecanismos de control que se deben aplicar a los contratos de adhesión. Es decir, si de los mecanismos de control existentes en un determinado sistema jurídico, se debe optar por los de los actos de tipo normativo o

⁷⁴ Alfaro por ejemplo cataloga las posiciones como contractualistas y anticontractualistas. Alfaro Águila-Real. *Las condiciones generales de la contratación*. Pág. 41. Ver nota 42 y 43 del Capítulo I infra.

⁷⁵ Como se mostró en el capítulo anterior, estas doctrinas reciben el nombre de contractualistas. Aunque algunos autores han llegado a aceptar que la manifestación de voluntad tiene ciertas limitaciones y por ello la fuerza vinculante del acuerdo debe ser restringida, igual parten de la idea de que la suscripción del contrato por parte del adherente equivale a una manifestación, aunque limitada, de la voluntad de obligarse. Estas doctrinas aparecen explicadas con particular profundidad en Ballesteros Garrido. *Las condiciones generales de los contratos y el principio de autonomía de la voluntad*., Capítulo Tercero y Alfaro Águila-Real. *Las condiciones generales de la contratación*., Capítulo Primero, Secciones 3 y 4. También se recomienda ver nota 11 del Capítulo I infra.

⁷⁶ Siguiendo la terminología de Rakoff. Rakoff. *Contracts of Adhesion: An Essay in Reconstruction*. Pág. 1215.

⁷⁷ Alfaro Águila-Real. *Las condiciones generales de la contratación*. Pág. 38

por los de los actos de tipo contractual. Pero, ¿se debe controlar el contenido y la ejecución de los contratos de adhesión? Esta es la segunda pregunta.

En los contratos negociados, habitualmente dos partes se ponen de acuerdo respecto de las prestaciones mutuas a que se obligan al momento de realizar la transacción sobre un bien o servicio determinado (o conjunto de ellos). Ambas partes se miran como libres, iguales y actúan de forma racional en el ámbito del mercado, esto es, conforme a sus propios intereses. Entonces, el acuerdo alcanzado por ambas partes, las cuales en igualdad de condiciones tuvieron la posibilidad de discutir su contenido, se supone que será justo para ellas. Como lo expone Ballesteros, "además de libres, todos los hombres son iguales, por lo que sus relaciones deberán ser determinadas por acuerdos libremente aceptados entre ellos, sin que nadie pueda imponer a otro su voluntad (como los hombres son iguales, nadie puede imponer su voluntad, ya que cualquier acto de disposición emanado de cualquier persona tiene el mismo valor); como nadie va a actuar contra sus propios intereses, las obligaciones que asuman han de ser necesariamente justas"⁷⁸. Bajo este esquema contractual, o si se quiere, forma de concluir contratos entre partes iguales, se puede afirmar que el mecanismo contractual tiene una cierta garantía de justicia en cuanto que la exigencia de consentimiento asegura que el acuerdo aceptado se acomoda de la mejor forma posible a los intereses de las dos partes, porque ha de suponerse que los acuerdos que no cumplan esta condición serán rechazados por individuos racionales. Ahora bien, determinar lo que es justo e injusto en un contrato negociado dentro de un ordenamiento basado en la libertad contractual corresponde a las decisiones individuales de cada uno de los sujetos, decisiones que no pueden ser sustituidas por valoraciones traídas desde afuera⁷⁹. En este escenario, los mecanismos de control de los contratos velan porque se cumplan los supuestos que garantizan que el acuerdo alcanzado por las partes sea justo; es decir, que ambas partes realicen su negociación libremente, de forma consciente y tomando en cuenta todos los elementos necesarios para que el acuerdo alcanzado represente de la mejor forma posible sus intereses⁸⁰.

⁷⁸Ballesteros Garrido. *Las condiciones generales de los contratos y el principio de autonomía de la voluntad*. Pág. 19

⁷⁹ Alfaro Águila-Real. *Las condiciones generales de la contratación*. Pág. 58

⁸⁰ En este mismo sentido, Manuel José Cepeda afirma que "los requisitos de validez de los actos jurídicos pueden verse como unos mecanismos para vigilar el proceso de negociación que antecede a la celebración del contrato. La capacidad controlaría el status de los contratantes. Los vicios del consentimiento y la causa cuidarían el proceso mismo de negociación. El objeto y la lesión vigilarían la sustancia del contrato. Esos mecanismos estarían justificados en la medida en que sean útiles para impedir abusos, garantizar la igualdad de las partes y el equilibrio de las prestaciones". Cepeda. *Los contratos por adhesión: problemas y soluciones*. Pág. 39. De igual forma, Juan Pablo Cardenas dice que: "Para que la libertad contractual produzca resultados equitativos es necesario que se desarrolle en un entorno que permita a cada parte tomar las decisiones que le interesan en materia contractual con suficiente conocimiento de causa. De esta manera, la tarea primordial del Estado es asegurar que existan condiciones adecuadas que permitan el desarrollo de la libertad

La noción de justicia que subyace en este modelo contractual entre iguales es que lo que recibe cada una de las partes en una transacción, brinda la máxima satisfacción a sus intereses⁸¹. Bajo esta perspectiva, el concepto de justicia contractual se puede expresar en términos económicos de la siguiente forma: un contrato es justo cuando lo que recibe cada una de las partes en virtud del intercambio, maximiza su función de utilidad o su función de beneficio según sea el caso⁸². Dado que los intercambios realizados por sujetos racionales en un contexto de economía de mercado se explican fundamentalmente por la búsqueda del propio interés (tal y como se sustentó en el Capítulo I), esta definición de justicia es compatible con el comportamiento de los individuos y con los objetivos que los llevan a contratar. Adicionalmente, se puede incorporar en un análisis económico de los contratos de adhesión mediante la comparación entre un contrato “ideal” que maximiza la función de utilidad de los agentes involucrados en el intercambio (lo que constituiría un contrato justo) y lo que realmente se termina transando.

Aunque la existencia de negociación garantiza que los acuerdos alcanzados por las partes sean justos, la ausencia de negociación no es una condición suficiente para que el acuerdo alcanzado sea injusto. Es decir, verificar que un contrato ha sido realizado sin negociación de su contenido no implica que sea injusto en el sentido antes descrito.

2. LA AUSENCIA DE NEGOCIACIÓN DEL CONTENIDO NO IMPLICA NECESARIAMENTE QUE EL CONTRATO SEA INJUSTO

Teóricamente, el mercado como mecanismo de coordinación de las decisiones descentralizadas⁸³ de los individuos hace posible que las decisiones de cada uno de los sujetos que intervienen buscando su propio bienestar sean compatibles entre sí. Entonces es posible que cualquier individuo, con sus gustos y preferencias, encuentre aquellos bienes o servicios que los suplan de la mejor forma, siempre y cuando el mercado funcione adecuadamente y los precios transfieran toda la información necesaria para que los individuos tomen decisiones⁸⁴. Si esto es así, aún

contractual e intervenir cuando la misma se ve afectada y por ello no permite lograr soluciones justas”. Cárdenas, Juan Pablo. (1996). Justicia contractual. En *Ensayos jurídicos Liber Amicorum* (Primera ed.). Bogotá: Ediciones Rosaristas. Pág. 301

⁸¹ Ballesteros Garrido. *Las condiciones generales de los contratos y el principio de autonomía de la voluntad*. Pág. 20

⁸² De ahora en adelante la función de utilidad representara los intereses del consumidor o de quien esté en su lugar (puede ser otra firma) y la función de beneficios representará los intereses de las firmas.

⁸³ Esto significa, decisiones que los agentes toman de forma independiente.

⁸⁴ Efectivamente, la aparición del modelo Arrow-Debreu se consideró como la demostración formal de la idea de Smith según la cual “una economía liberal y mercantil es la organización ideal para obtener un resultado óptimo para todos pues, a pesar de que el individuo solo piensa en su ganancia

en ausencia de negociación es posible encontrar en el mercado aquel producto (contratos en nuestro caso⁸⁵) que maximice la utilidad⁸⁶ de los agentes; es decir contratos justos. Entonces un mercado perfecto constituye una garantía suficiente para que los agentes, aún sin negociar el contenido de sus relaciones, encuentren el producto que maximiza sus intereses.

La pregunta relevante que se desprende del principio de libertad contractual debería ser la siguiente: ¿Para qué se les da a los sujetos la posibilidad de autorregularse? La respuesta que se desprende de la argumentación anterior es que la libertad contractual tiene sentido en la medida en que permite a los sujetos encontrar los acuerdos que se ajustan de la mejor forma a sus intereses. Pero, ¿cuál es el problema de que los sujetos terminen aceptando acuerdos que maximizan sus intereses, aún cuando ellos no han participado en su conformación? La respuesta debería ser: ninguno. En la medida en que el mercado cumpla con el objetivo encomendado a la libertad contractual, la limitación de la posibilidad de que los individuos regulen sus relaciones según les parezca no resulta ser problemática. Lo relevante es que los individuos puedan escoger libremente, en el ámbito del mercado, la posibilidad que maximiza sus intereses. Como lo mencionamos antes, esto influyó en la creación de un nuevo concepto de libertad contractual que era plenamente compatible con la idea de elección en el mercado.

Alfaro llama a esto la posibilidad de autodeterminación que tiene un individuo en el mercado y lo explica en los siguientes términos: "Simplificando mucho, si el mercado funciona correctamente, es decir, si existe competencia relevante, el poseedor de un bien puede optar entre diversos compradores y el comprador puede igualmente hacerlo entre diversos vendedores. La celebración voluntaria del intercambio debe calificarse como un acto de autodeterminación en cuanto que el que celebra el contrato tenía otras alternativas a su disposición y optó por una determinada. (...) Puede afirmarse entonces que un contrato se ha celebrado mediante un acto de libre determinación cuando existe la posibilidad de que el sujeto interesado en adquirir el bien o servicio pueda realizar una selección entre opciones alternativas y transparentes"⁸⁷. Esto significa que cualquier adherente puede acudir a distintos predisponentes y encontrar un contrato que maximice sus intereses, ya que ellos contaron con la reacción de los adherentes debiendo adaptar

propia... es conducido por una mano invisible a promover un fin que entraba en sus intenciones". Así, el modelo Arrow-Debreu se presenta como la prueba cinética de que los individuos actuando de forma descentralizada y persiguiendo sus propios intereses pueden llegar a una situación de equilibrio que sea óptima para el conjunto social. Cfr. Cataño. *La teoría económica neoclásica básica: apuntes críticos sobre sus características, su metodología y sus resultados*. Unpublished manuscript. y Screpanti, & Zamagni. *La Teoría Económica Contemporánea*. Pág. 378.

⁸⁵ La caracterización de los contratos como productos será explicada en la página 32 infra.

⁸⁶ De ahora en adelante se utilizarán como sinónimas las expresiones maximizar la utilidad, maximizar los intereses.

⁸⁷ Alfaro Águila-Real. *Las condiciones generales de la contratación*. Págs. 66-67

su oferta a lo que estos demandan⁸⁸. Esta es la garantía que ofrece el mercado a sus participantes de que puedan ejercer su libertad contractual y que hace innecesaria la existencia de negociación para asegurar que cada quien obtenga en sus transacciones los resultados que satisfagan de la mejor forma posible sus intereses.

Los contratos de adhesión son las instituciones que aseguran que muchas de las transacciones que tienen lugar en el mundo actual se puedan realizar respondiendo a las exigencias del comercio de masas gracias a la reducción de los costos de transacción. Pero, ¿es posible que la utilización de contratos de adhesión impida que el mercado brinde a cada uno de sus participantes la posibilidad de maximizar sus intereses?; si es así, ¿se debería modificar este resultado? Las justificaciones que se dieron en el primer capítulo sobre la importancia que tienen los contratos de adhesión en el tráfico comercial, deben ser reexaminadas bajo la óptica de las fallas del mercado⁸⁹ en la medida en que estas instituciones, como las denominaría Kessler⁹⁰, pueden constituir un impedimento para que los adherentes encuentren los contratos que satisfacen de la mejor manera sus intereses⁹¹.

Esta nueva forma de contratación constituye un problema en la medida en que su uso limita las posibilidades de elección que tienen los adherentes en el mercado. Este es el ámbito en el que deben ser evaluadas las consecuencias de los contratos de adhesión. Con la posibilidad de negociación existe la garantía de que los acuerdos celebrados representen al menos en forma cercana los intereses de las partes intervinientes, pero al omitirse el proceso de negociación, ¿sería el mercado capaz de asegurar que los contratos de adhesión ofrezcan esta misma posibilidad? Esta es una cuestión difícil de resolver. Nuestro objetivo primordial es demostrar que el mercado no ofrece los incentivos necesarios para que los contratos de adhesión ofrecidos maximicen los beneficios de los predisponentes y la utilidad de los adherentes al mismo tiempo. Se debe aclarar, antes de comenzar la exposición, que el análisis se realizará en un marco de un mercado competitivo. Esto se justifica por la creencia de que si un mercado con competencia perfecta no puede corregir una determinada falla, mucho menos lo podrá hacer un mercado con funcionamiento imperfecto.

⁸⁸ *Ibíd.*

⁸⁹ Esto recoge el planteamiento de Korobkin según el cual para explicar porque en algunos casos los contratos de adhesión tienen términos desfavorables a los adherentes es necesario realizar un análisis desde las fallas de mercado. Mas adelante en este capítulo caracterizaremos cuales son las fallas de mercado que se deben tener en cuenta para realizar este análisis. Korobkin, Russell. (2003). Bounded Rationality, Standard Form Contracts, and Unconscionability. *University of Chicago Law Review*, 70, 1203-1295. Pág. 1206

⁹⁰ Kessler. Contracts of Adhesion-Some Thoughts about Freedom of Contract. Pág. 629

⁹¹ Lo que supone una modificación del concepto de autonomía de la voluntad según se mencionó en la introducción.

3. ¿EXISTE LA POSIBILIDAD DE QUE LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN LIMITEN EL EJERCICIO DE LA LIBERTAD CONTRACTUAL DEL INDIVIDUO? ARGUMENTOS EN CONTRA

De ahora en adelante, para simplificar el planteamiento del problema expuesto en la sección anterior, se entenderá que los contratos de adhesión limitan la libertad contractual⁹² de los adherentes cuando en un mercado se ofrecen condiciones generales que no maximicen su utilidad⁹³ y el mercado no pueda hacer nada al respecto para solucionarlo. La justificación de este supuesto es, a nuestro parecer, sencilla. Según lo expuesto anteriormente, la materialización de la idea de libertad contractual es la posibilidad que el mercado ofrece para que los adherentes puedan maximizar su utilidad. En la medida en que los resultados alcanzados con los contratos de adhesión difieran de esta posibilidad se entenderá que los adherentes no han podido ejercer su capacidad de autodeterminación en un mercado y con ello que el contrato celebrado ha sido impuesto. La respuesta a esta pregunta aparentemente compleja será bastante sencilla, y se construirá a partir de la comparación entre los resultados ideales que produce el mercado con la utilización de contratos negociados⁹⁴ y los que se producen con los contratos de adhesión. En la medida en que los resultados obtenidos no maximicen la función de utilidad de los adherentes y que no exista posibilidad teórica de que se produzca este resultado, se concluirá que los contratos de adhesión han limitado la posibilidad de autodeterminación que tienen los adherentes en el mercado. Esta reflexión no se dirigirá a los predisponentes ya que los contratos de adhesión si deberían maximizar sus beneficios.

Esta es una cuestión que ha suscitado un fuerte debate entre aquellos académicos que consideran que es teóricamente viable que el mercado pueda asegurar que los contratos de adhesión maximicen la utilidad de los adherentes y aquellos que piensan que esto es imposible ya que los predisponentes maximizarán su beneficio a costa de la utilidad de los predisponentes. A continuación presentaremos los argumentos fundamentales que apoyan cada una de estas posiciones, pero antes desarrollaré el concepto de calidad del contrato de adhesión que resulta fundamental para simplificar nuestro análisis.

⁹² O la posibilidad de autodeterminación, según los términos utilizados por Alfaro. Alfaro Águila-Real. *Las condiciones generales de la contratación*. Págs. 56-58

⁹³ De ahora en adelante se utilizará la expresión “maximización de la utilidad” como sinónima a la expresión “maximización de los intereses”.

⁹⁴ A saber, la maximización de la utilidad de cada una de las partes del contrato.

3.1. UNA CUESTIÓN PREVIA. LA DEFINICIÓN DE CALIDAD DEL CONTRATO

La calidad del contrato por adhesión es la forma en que el contrato satisface los intereses de las dos partes intervinientes⁹⁵, *tanto con sus cláusulas como por la ejecución consecuente que se realiza del mismas*. Si el contrato, en particular el de adhesión, maximiza el interés de las dos partes, tanto la predisponente como la adherente, entonces deberá entenderse que es un contrato de alta calidad o calidad óptima. Los contratos de alta calidad son los que se deberían transar cuando ambas partes ejercen su libertad contractual. En caso tal de que los términos presentes en el contrato de adhesión no maximicen los intereses de una de las dos partes o incluso el de ninguna de ellas, se dirá que es un contrato de baja calidad. En adelante se seguirán utilizando los términos contratos de alta calidad, contratos óptimos o contratos que maximizan la utilidad de las dos partes, como sinónimos.

Sin embargo, en el caso de los contratos de adhesión, la baja calidad se puede definir en términos mucho más restrictivos. Dado que los contratos de adhesión son preparados por el predisponente, quien es un agente maximizador del beneficio que cuenta con los recursos para pagar servicios jurídicos especializados para proteger sus intereses; y dado que cuenta con mucha más información que los adherentes sobre el giro de sus negocios y el tipo de bienes y servicios que comercia, es poco probable que el contrato por él redactado y su ejecución no maximicen sus beneficios⁹⁶, por lo que se puede descartar de la definición de baja calidad aquellos contratos que no maximicen los intereses de ambas partes ya que se puede suponer, con buenas razones, que el interés del predisponente siempre va a estar maximizado. Entonces se debe entender por contrato de baja calidad, en el marco de los contratos de adhesión, aquel que no maximiza la utilidad del adherente.

La baja calidad puede tener un rango de calificación bastante amplio que debe ser analizado en cada tipo de contrato a la luz de sus prestaciones específicas. Para que las conclusiones a las que se llega más adelante tengan algún grado de generalidad

⁹⁵ El término "calidad" de un contrato de adhesión aparece frecuentemente en varios textos en los que se utilizan las conclusiones de los modelos de calidad de producto que se desarrollaron en el área de la organización industrial. Al respecto se pueden consultar: Korobkin. *Bounded Rationality, Standard Form Contracts, and Unconscionability.*; Schwartz, Alan, & Wilde, Louis L. (1979b). *Intervening in Markets on the Basis of Imperfect Information: A Legal and Economic Analysis. University Of Pennsylvania Law Review*, . 127, 630-682., citado por Gazal, Oren. (1999). *Economic Analysis of Unfair Terms in Standard Form Contracts. Erasmus Programme in Law and Economics. Discussion Pappers on Law and Economics, 100.* Pág. 16; Trebilcock. *The Limits of Freedom of Contract.* Pág. 120

⁹⁶ Goldberg, realizando una reflexión al respecto de los contratos de adhesión que utilizan los parqueaderos señala que: "The lot owner who will enter into a large number of agreements will find it in his best interest to have a lawyer "mass produce" a standard contract: this contract should reflect the owner's interest in the best possible manner". Goldberg. *Institutional Change and the Quasi-Invisible Hand.* Pág. 462

sin que se incluyan complicaciones derivadas de la graduación de la baja calidad de un contrato, solamente se va a considerar una clasificación bipartita de los contratos de baja calidad. Por un lado, están los contratos de adhesión que tienen un estándar de calidad determinado por el ordenamiento jurídico en la normas supletivas e imperativas que regulan las obligaciones y los contratos en general y algunos contratos en particular⁹⁷. Este estándar de calidad establecido por el ordenamiento jurídico lo denominaremos *estándar de mínima calidad*. Por otro lado están los contratos que cumplen con los requisitos apenas necesarios para que no se vean afectados por ninguna vicisitud⁹⁸ y que puedan generar todos los efectos jurídicos que les concede la ley. Estos son los *contratos de mínima calidad permitida por el ordenamiento jurídico*. Básicamente la diferencia entre los contratos con *estándar mínimo de calidad* y los de *calidad mínima permitida por el ordenamiento jurídico* son las normas de derecho supletivo presentes en ellos. En los contratos de estándar mínimo de calidad están presentes todas las normas de derecho imperativo y supletivo que tiene un ordenamiento jurídico para regular un contrato⁹⁹ y su ejecución. En los contratos de mínima calidad permitida por el ordenamiento jurídico solamente estarán presentes las normas de derecho imperativo y las de derecho supletivo que beneficien al predisponente.

3.2. ARGUMENTOS A FAVOR DE LA POSIBILIDAD DE CORRECCIÓN QUE PUEDE TENER EL MERCADO. LA POSICIÓN DE POSNER

Posner en su libro "El Análisis Económico del Derecho"¹⁰⁰ establece que existen dos tipos de explicaciones sobre la decisión del predisponente de presentar al adherente un contrato de adhesión para que regule una determinada transacción. La primera es la "explicación inocente" según la cual se opta por un contrato de adhesión en la medida en que esto le evita a la firma que tiene la posición de predisponente, los

⁹⁷ La regulación está relacionada con las cláusulas que pueden conformar cada contrato como con la forma en que se ejecutan las obligaciones a cargo de cada una de las partes, como es del principio de ejecución contractual de buena fe.

⁹⁸ Básicamente con los requisitos necesarios para que no sean inválidos, inexistentes, ineficaces o inoponibles.

⁹⁹ En el caso de aquellas disposiciones contractuales establecidas por el predisponente y que no tienen regulación alternativa en el ordenamiento jurídico, como también en el caso de los contratos atípicos, la cuestión es algo mas complicada. Acogiendo la idea central de Alfaro sobre la eficacia declarativa de las condiciones generales, entenderemos que en este caso los estándares mínimos de calidad están compuestos por las cláusulas del contrato siempre y cuando estas reflejen las normas principios legales.

La idea de Alfaro se encuentra expuesta en el Capítulo Primero, Páginas 93 a 97 en el que se expone la teoría de la eficacia declarativa de las condiciones generales y en los capítulos Cuarto y Quinto que plantean la metodología para establecer cuando una cláusula determinada tiene eficacia declarativa. Alfaro Águila-Real. *Las condiciones generales de la contratación*.

¹⁰⁰ Posner. *El análisis económico del derecho*. Pág. 113-114

costos de la negociación y redacción de un acuerdo separado con cada contratante¹⁰¹.

La otra es la “explicación siniestra”. Según ésta, el vendedor (predisponente en todo caso), se rehúsa a negociar por separado con cada comprador porque “éste no tiene otra elección que aceptar sus condiciones. Ello no supone una ausencia de competencia en el mercado. Si un vendedor ofrece condiciones poco atractivas, un vendedor rival, deseando ganarse las ventas, ofrecerá condiciones más atractivas. El proceso continuará hasta que las condiciones sean óptimas”¹⁰². Por lo que, para Posner, el mercado puede asegurar que las condiciones generales que se terminen transando sean las que maximicen la utilidad de los adherentes. Aun más, esta conclusión que es clara en el caso de los mercados competitivos, tiene cierta validez en el caso de los mercados monopolísticos. Según Posner, “(...) bajo el monopolio, por definición, el comprador no tiene buenas alternativas a la negociación con el vendedor, quien puede así, dentro de ciertos límites, obligar al comprador a aceptar condiciones que en un mercado competitivo serían mejoradas por otro vendedor. Sin embargo, no se deduce de aquí que el comprador será indiferente a las condiciones del contrato ofrecido por el vendedor. Por el contrario, dado que un producto monopolizado alcanzará un precio mayor que el que tendría bajo competencia, los compradores potenciales invertirán más, no menos, en la búsqueda; y una forma de la búsqueda del consumidor es la lectura cuidadosa de los términos de un contrato. También es falsa la conclusión de que no le convendrá al consumidor leer el contrato si sabe que el vendedor monopolístico no negociará (regateará) con él, ya que el consumidor todavía debe decidir si comprará o no el producto”¹⁰³. Por lo tanto, concluye Posner, “desde el punto de vista de la protección de un consumidor, el monopolista también es una empresa competitiva”. Esto significa que no necesariamente se producirá un detrimento de los términos contractuales, pero si un aumento en el precio que pagan los adherentes por disfrutar de los términos contractuales que ellos juzgaron como óptimos¹⁰⁴.

¹⁰¹ Cfr. *Ibíd.* Pág. 113

¹⁰² Cfr. *Ibíd.* Se debe recordar que los términos, contratos óptimos, eficientes y justos se usan como sinónimos, ya que en todo caso, estos términos expresan la misma idea; a saber, que maximizan los intereses de las partes, en particular los del adherente. De la misma forma, los contratos sub óptimos, ineficientes e injusto serán aquellos que no maximizan los intereses del adherente.

¹⁰³ *Ibíd.* Pág. 113-114

¹⁰⁴ *Ibíd.* Korobkin en este mismo sentido aclara que: "Relaxing the assumption of perfect competition and instead assuming a single monopolist seller (or a small group of oligopolist sellers) does not affect the conclusions presented above: Sellers will still provide efficient terms in form contracts and buyers would be made worse off if courts were to refuse to enforce those terms. Although sellers with market power will capture some of the consumer surplus that buyers would enjoy under conditions of market competition, under reasonable assumptions, rational monopolists will offer the same non-price terms as would competitive sellers. By offering only terms that buyers value more than such terms cost to provide, sellers maximize the willingness of buyers to pay relative to the costs of production. By first providing efficient terms and then raising price above its

En todo caso, cuando se trata de un mercado competitivo, concluye Posner, la presencia de términos no tan favorables para el adherente en un contrato de adhesión, se verá acompañada de una reducción del precio a pagar. Entonces, cuando se trate de juzgar si un determinado contrato maximiza los intereses de las partes intervinientes, en particular del adherente, se debe observar el precio que cada una de ellas pagó ya que según Posner, la presencia de términos sub óptimos en un contrato de adhesión, siempre viene acompañada de una reducción equivalente en el precio pagado¹⁰⁵. En conclusión, Posner plantea que por efecto de la competencia, los términos presentes en los contratos de adhesión serán óptimos y por lo tanto no se necesita de ninguna regulación diferente a la que realiza el mercado¹⁰⁶.

competitive-market level, sellers can maximize total profits". Korobkin. Bounded Rationality, Standard Form Contracts, and Unconscionability. Pág. 1212

¹⁰⁵ Korobkin explica esta conclusión con un ejemplo bastante ilustrativo. En un mercado de un producto determinado, los vendedores deben decidir si incluir una garantía completa ("termino de alta calidad") del producto o una garantía limitada del producto ("termino de baja calidad") en el contrato que acompaña la venta de su producto. Si los vendedores deciden incluir el término de garantía completa, en lugar que el de garantía incompleta, sus costos se incrementarían en \$10. Los compradores por su parte están dispuestos a pagar \$15 más por una venta que venga acompañada de un término de alta calidad. En este ejemplo, según lo muestra Korobkin, todos los vendedores decidirán incluir el termino de alta garantía ya que si uno de ellos decidiera incluir el termino de baja calidad pero no bajar el precio, dado que todos los adherentes podrían darse cuenta de la verdadera calidad del contrato, perdería a todos sus clientes por lo que tendría que salir del mercado. Aun si la firma decidiera ofrecer un término de baja calidad y realizar sus ventas \$10 por debajo de sus competidores, teóricamente ningún comprador elegiría comprar de esa firma ya que aunque ahorraría \$10 en su compra, perdería los \$15 en que valoró el término de alta calidad. En cualquier caso, solo cuando las firmas ofrezcan términos eficientes al precio del mercado pueden permanecer en el negocio, por cuanto los beneficios económicos en estructuras de mercado competitivas van a ser cero.

En caso de que se relaje el supuesto de que todos los consumidores son homogéneos y en consecuencia tienen la misma disposición a pagar se llegara a un equilibrio en que existirán dos calidades ofrecidas en el mercado a sus respectivos precios. Korobkin, afirma que este análisis hace que la existencia de negociación sea en últimas innecesaria para asegurar términos eficientes. Korobkin. Bounded Rationality, Standard Form Contracts, and Unconscionability. Pág. 1213.

¹⁰⁶ Se debe añadir que esta conclusión tiene importantes consecuencias respecto de la forma en que se deben controlar los contratos de adhesión. Si se acepta esta conclusión se debe aceptar también que sustituir un término ineficiente en un contrato de adhesión hará que tanto los compradores como los vendedores estén peor. Por lo tanto, en ausencia de externalidades negativas significativas para terceras partes, las cortes no deben rehusarse a hacer cumplir los contratos de adhesión, ya que de hacerlo el resultado obtenido sería socialmente ineficiente haciendo que tanto los predisponentes como los adherentes estén peor. Korobkin ilustra la anterior afirmación mediante una ampliación del ejemplo expuesto en la nota anterior. Dice Korobkin que si por ejemplo el término de alta calidad tuviera un valor para los compradores de \$5, ningún vendedor tendría incentivos para ofrecerlo (ya que la valoración de los compradores es inferior al costo en el que tienen que incurrir los vendedores) lo que le ocasionaría a la firma o bien, perder todos sus clientes (si incrementa sus costos en más de \$5) o quebrarse (en el caso de que incrementara su precio solamente en \$5 o incluso menos). Sin embargo, si mediante una decisión judicial o por mandato de un organismo de control estatal, las firmas son obligadas a incluir el término de alta calidad, su oferta se desplazaría

Korobkin señala que este análisis se fundamenta en dos supuestos algo restrictivos: En primer lugar, que los mercados tienen funcionamiento perfecto y en segundo lugar, que tanto los adherentes como los predisponentes cuentan con información completa¹⁰⁷ respecto del contenido del contrato y las posibles contingencias que puedan surgir durante su ejecución¹⁰⁸, sin necesidad de incurrir en grandes costos. Pero generalmente los adherentes no cuentan con toda la información necesaria para escoger el contrato óptimo y con ello asegurar que el mercado elimine la posibilidad de que los predisponentes ofrezcan contratos sub óptimos.

Efectivamente, la selección entre los diversos predisponentes es una cuestión que tiene costos en la vida real. Para que los adherentes cuenten con suficiente información deben invertir tiempo y esfuerzo en la búsqueda, lectura y comprensión de los términos contractuales para seleccionar los que mejor representen sus intereses. Este gasto de recursos al momento de contratar hace que sea necesario relajar el supuesto de información perfecta, luego, se debe suponer que los adherentes deben invertir recursos para obtener toda la información necesaria. Como lo ha supuesto la literatura económica, a partir del artículo de Stigler "The Economics of Information"¹⁰⁹, la decisión de adquirir información por parte de agentes racionales depende de que el costo de hacerlo no supere los beneficios esperados de hacerlo. Esto sencillamente quiere decir que un agente decidirá adquirir información por un costo determinado, siempre y cuando ese costo no supere los beneficios que él obtendrá con la información¹¹⁰.

Así, en un entorno en que la información tiene un costo y por ello los agentes tienen una información limitada a la hora de decidir¹¹¹, la cuestión de si el mecanismo del

hacia arriba, reflejando un aumento de los costos de \$10. Pero el desplazamiento de la demanda no sería equivalente (ya que los consumidores valoran el término de lata calidad en \$5), por lo que se llegarían a un nuevo equilibrio en el que las cantidades transadas serían menores y el precio mayor al inicial, dejando a todos en una situación peor (este análisis se puede completar con un simple análisis de excedentes de consumidor y productor). *Ibíd.* Pág. 1208.

¹⁰⁷Se deben aclarar una serie de términos fundamentales en el análisis que se va a exponer a continuación. Por contratos con información asimétrica se entiende aquellos en los que alguna de las partes intervinientes posee más información que la otra. Por contratos con información incompleta o contratos incompletos se entienden aquellos en que no se prevén todos los estados de la naturaleza posibles que pueden afectar el cumplimiento del contrato. Cfr. Hart, & Moore. *Foundations of Incomplete Contracts*. Pág. 115

¹⁰⁸ Korobkin. *Bounded Rationality, Standard Form Contracts, and Unconscionability*. Pág. 1208

¹⁰⁹ Stigler, George J. (1961). *The Economics of Information*. *The Journal of Political Economy*, 69(3).

¹¹⁰ En el caso de los contratos de adhesión esto significa que los costos derivados de buscar diversos contratos, leerlos y entenderlos, no deben superar los beneficios que obtendría el agente al concluir el contrato que mejor represente sus intereses.

¹¹¹ El hecho de que la información tenga un costo hace que los agentes solamente puedan conocer algunas opciones y no todas. Esto altera el supuesto de racionalidad de los agentes planteado en los

mercado asegurará que los términos contractuales ofrecidos sean los óptimos, no es tan sencilla como lo planteó Posner.

3.3. ARGUMENTOS A FAVOR DE LA POSIBILIDAD DE CORRECCIÓN QUE PUEDE TENER EL MERCADO CUANDO EXISTEN ADHERENTES DESINFORMADOS. LA POSICIÓN DE SCHWARTZ Y WILDE

Los argumentos a favor del papel correctivo que tiene el mercado sobre los contratos de adhesión cuando se reconoce la existencia de adherentes que no están plenamente informados acerca del contenido fueron desarrollados por Schwartz y Wilde, para el caso de bienes homogéneos en 1979¹¹² y ampliada para el caso de bienes heterogéneos en 1985¹¹³. Estos dos modelos han tenido gran incidencia en la literatura sobre contratos de adhesión, hasta el punto que Trebilcock los utiliza como justificación para no intervenir un mercado de las condiciones generales ya que existe la posibilidad teórica de que los adherentes informados corrijan los términos contractuales ineficientes¹¹⁴.

Aunque estos dos modelos se desarrollaron para explicar los equilibrios de mercado cuando existe información imperfecta y se introduce la calidad como una variable del producto ofrecido, su aplicación a los contratos de adhesión se justifica por tres razones¹¹⁵.

capítulos anteriores. Al tener en cuenta los costos de informarse, se reduce el espectro de posibilidades que tienen en cuenta los agentes a la hora de tomar su decisión. Sin embargo, se supone que esto no provoca que ellos actúen de forma. Simplemente, dado que el conjunto de opciones de decisión es menor, se habla de racionalidad limitada o acotada. Williamson. *Las Instituciones Económicas del Capitalismo*. Pág. 40. Véase además la reflexión planteada por Korobkin al respecto, que será expuesta con mayor detalle posteriormente. Korobkin. Bounded Rationality, Standard Form Contracts, and Unconscionability. Págs. 1222-1235

¹¹² Schwartz, Alan, & Wilde, Louis L. (1979a). Equilibrium Comparison Shopping. *Review of Economic Studies*, 45, 543-553.

¹¹³ Schwartz, Alan, & Wilde, Louis L. (1985). Product Quality and Imperfect Information. *Review of Economic Studies*, 52, 251-262.

¹¹⁴ Trebilcock lo expone en los siguientes términos: "(...) In this respect, I have argued first that problems of unfairness resulting from imperfect information are not so severe as they might seem at first sight. To the extent that there is a margin of informed, sophisticated, and aggressive consumers in any given market, who understand the terms of the standard form contracts on offer and who either negotiate over those terms or switch their business readily to competing suppliers offering more favorable terms, they may in effect discipline the entire market". De hecho, reafirma este argumento más adelante cuando comenta que el control judicial solamente debe realizarse en mercados con serios problemas de información donde no existe un grupo suficientemente grande de consumidores informados capaz de corregir el mercado. Trebilcock. *The Limits of Freedom of Contract*. Pág. 120

¹¹⁵ Gazal. Economic Analysis of Unfair Terms in Standard Form Contracts.

La primera de ellas es que si se considera un contrato como un conjunto de prestaciones que generan utilidad¹¹⁶ (en el caso de los derechos) y costos (en el caso de las obligaciones) para cada una de las partes intervinientes, se puede relacionar el grado de utilidad neta (obligaciones menos derechos) que genera un contrato de adhesión con la utilidad derivada de la calidad de un producto¹¹⁷. La segunda de ellas es que la calidad de un producto está determinada por la firma que lo produce y no puede ser modificada por el consumidor¹¹⁸. De la misma forma, el contenido de los contratos de adhesión está determinado por el predisponente (que en muchos casos coincide con el concepto de firma) y no puede ser alterado por solicitud del adherente. La tercera es que la distinción entre prestaciones esenciales y no esenciales que frecuentemente realiza la doctrina para mostrar sobre cuales elementos del contrato se ha prestado efectivamente el consentimiento¹¹⁹ se puede representar en los modelos de calidad de producto. Normalmente, en la literatura de calidad de producto, se distinguen atributos del bien que pueden ser observados fácilmente por el consumidor, en particular el precio, y por lo tanto son tenidos en cuenta a la hora de realizar su decisión (el equivalente a las prestaciones esenciales en los contratos de adhesión)¹²⁰, de aquellos atributos que no puede observar y de los cuales no es consciente al momento de decidir, en particular la calidad (el equivalente a las prestaciones no esenciales en los contratos de adhesión)¹²¹.

¹¹⁶ Entendida como el grado de satisfacción que obtiene una parte. Este es el contenido esencial que el término tiene para los economistas. Al respecto se puede consultar los siguientes manuales básicos de microeconomía: Pindyck, Robert S., & Rubinfeld, Daniel L. (1995). *Microeconomía*. Bogotá: Prentice Hall. Pág. 85 y Mankiw, N. Gregory. (2004). *Principios de economía* (Tercera ed.). Madrid: Mc Graw Hill. Pág 284.

¹¹⁷ De la misma forma que un bien de alta calidad genera un mayor grado de utilidad en la persona que lo consume.

¹¹⁸ En caso de que el consumidor no se sienta satisfecho con la utilidad de un determinado producto no le queda más remedio que buscar otro producto. Esto tiene el supuesto implícito de que una vez el producto ha sido terminado, la firma no puede variar sus cualidades; lo que aplica a una gran variedad de productos.

¹¹⁹ Alfaro Águila-Real. *Las condiciones generales de la contratación..* y Ballesteros Garrido. *Las condiciones generales de los contratos y el principio de autonomía de la voluntad*.

¹²⁰ De hecho, el precio siempre se reconoce como una prestación esencial. *Ibíd.*

¹²¹ Gazal reconoce las siguientes diferencias entre el problema de la calidad de producto y los contratos de adhesión: "First, problems of asymmetric information in product quality can be, at least partly, solved by warranties. In standard form contract, the contract itself can be the warranty and there is no way to assure the quality of its set of terms other than by rewriting the contract into the warranty. Therefore, warranties cannot serve to reduce the problem. Second, in form contract it is much easier for a third party to observe the quality of the contract in case of dispute. If the third party is a legal expert, like a judge, it might be easier for him than it is for the consumer. Third, a supplier of a form contract can control the quality in a much easier way than the control of product quality. Product quality is substantially influenced by the supplier's qualification, her know-how and sometimes even pure luck. Thus, sometimes two suppliers can produce different qualities with the same costs. If form contracts, the supplier's control of the terms is much more obvious. In addition, the quality choice of a supplier is much closer to a continuous function in a form contract, than it is in other products. While in other products, the typical issue addressed by the producer is

Ahora que existe claridad respecto de la posibilidad de aplicar las conclusiones de los modelos de calidad de producto al caso de los contratos de adhesión, se presentará la argumentación de Schwartz y Wilde¹²².

Estos autores suponen que existen dos tipos de bienes que pueden ser producidos por las empresas: bienes de alta calidad y bienes de baja calidad. Las empresas pueden escoger producir uno de los dos bienes pero no los dos. La función de costos de las empresas está compuesta por unos costos fijos y unos costos marginales que varían según el tipo de bien que escojan producir; es decir, existen unos costos asociados a producir bienes de alta calidad y unos costos menores o iguales asociados a producir bienes de baja calidad. El precio competitivo al que venden las empresas está definido como aquel que cubre los costos promedio de las empresas. La ventaja comparativa de las empresas está definida como el número de consumidores (adherentes)¹²³ que una empresa, ofreciendo un producto al mayor precio al que los consumidores están dispuestos a comprar, debe tener para cubrir sus costos (y no tener beneficios negativos).

Por otro lado están los consumidores (adherentes), quienes están imperfectamente informados acerca de los precios y las calidades de los productos, por lo que no conocen cuáles firmas venden qué calidad de producto (alta o baja) y qué precio cobran (competitivo o no). La búsqueda de información la realizan sobre los dos atributos del producto (precio y calidad) al mismo tiempo (cuando los precios son conocidos también lo es la calidad asociada a ellos). Los consumidores (adherentes) están divididos en dos grupos según su estrategia de búsqueda de información. Por un lado están aquellos consumidores (adherentes) que visitan una firma aleatoriamente antes de decidir si compran o no el producto. Estos consumidores (adherentes) no invierten mucho tiempo ni mucho esfuerzo en la búsqueda de la combinación de precio y calidad más favorable a sus intereses. Por otro lado están

whether to use material of type A or B in the production, in form contract the supplier enjoys a much higher variety in the selection of quality. In many cases she enjoys a whole continuum range of quality choices. For example, many labor contracts forbid an employee to compete with the employer for some time after the labor relationship has been terminated. The duration of the limitation influences the "quality" of the contract, and it can be determined on a continuum scale. Another example is the typical term in many form contracts, exempting the supplier from liability in case of a short delay in delivering the service for a duration mentioned in the contract. Exemption clauses for damages that exceed some defined sum of money can also be mentioned here. In fact, almost every measurement of time, money and so on that is mentioned in a contract can be varied continuously. Such a range of choices, which is fully and easily controlled by the supplier, is less obvious for other products". Gazal. *Economic Analysis of Unfair Terms in Standard Form Contracts*. Pág. 4.

¹²² El vocabulario que se utilizará para exponer la argumentación de Schwartz y Wilde es el de la calidad de producto, no el de la calidad de los contratos de adhesión.

¹²³ En nuestra aplicación.

los que visitan dos firmas aleatoriamente¹²⁴. Schwartz y Wilde suponen que una vez se realiza la labor de "Shopping" los consumidores conocen completamente el precio y la calidad de los productos ofrecidos y con ello pueden decidir cuál maximiza su utilidad¹²⁵. Estos consumidores (adherentes), si invierten recursos en la búsqueda de la combinación de precio y calidad óptima¹²⁶. A los consumidores (adherentes) que están en el primer grupo se les denomina "non shoppers" y a los que están en el segundo grupo se les denomina "shoppers". La función de utilidad de los consumidores (adherentes), en general, está definida como la utilidad que perciben por consumir un determinado producto con determinada calidad, menos el precio que deben pagar.

Schwartz y Wilde determinan los equilibrios de mercado en dos casos distintos: cuando todos los consumidores (adherentes) prefieren comprar productos de alta calidad y cuando todos prefieren comprar productos de baja calidad¹²⁷. El equilibrio de mercado al que se llega depende fundamentalmente del porcentaje de "shoppers"¹²⁸. Así, cuando la mayoría de los consumidores (adherentes) prefieren

¹²⁴ En el documento de 1985 se optó por tener clientes que visitan dos firmas. Sin embargo, en el documento de 1979 en el cual se discutía la estructura de búsqueda de información que podían tener los consumidores, se generalizó el caso para los consumidores que visitaban más de una firma. Lo importante en todo caso es distinguir entre consumidores que realizan la búsqueda (en más de una firma) y los que no (solamente deciden si comprar o no visitando una firma). Schwartz, & Wilde. Equilibrium Comparison Shopping. y Schwartz, & Wilde. Product Quality and Imperfect Information.

¹²⁵ Este supuesto no se plantea de forma explícita, sin embargo al establecer que los "shoppers" realizan la comparación entre los productos ofrecidos por dos firmas diferentes, se asume que tienen información completa sobre todos los atributos de los objetos de comparación. Esta crítica la anota Korobkin respecto de todos los modelos que el denomina "de razonamiento económico estándar" entre los que se cuentan los modelos de Schwartz y Wilde. La cuestión es que en estos modelos los adherentes pueden conocer todos los atributos de un contrato de adhesión a un costo determinado. Korobkin señala que este no es un supuesto de conducta razonable ya que el costo de adquirir toda la información resulta ser tan alto que los adherentes no solamente pueden conocer una pequeña parte del conjunto de atributos. En concordancia con lo anterior desarrolla una aplicación del concepto de racionalidad limitada a los contratos de adhesión, el cual será explicado con cierto detalle en la sección 4.4.

¹²⁶ Según Schwartz y Wilde, esta estructura de búsqueda es realista y compatible con el comportamiento real de los consumidores ya que "la evidencia muestra que una cantidad sustancial de consumidores siempre visita varios almacenes antes de comprar". Sin embargo, para que el modelo tenga cierta generalidad se considera el caso en el que los consumidores no visitan más de una tienda antes de tomar su decisión de comprar o no. Adicionalmente se hace el supuesto de que los consumidores no conocen la distribución de precios. Schwartz, & Wilde. Equilibrium Comparison Shopping. Pág. 544

¹²⁷ La preferencia por alta calidad significa que cuando el consumidor tiene la oportunidad de comprar un producto de alta calidad a su precio competitivo o uno de baja calidad a su precio competitivo, comprara el de alta calidad. La preferencia por baja calidad se define en los mismos términos.

¹²⁸ Korobkin comenta de forma bastante clara estos resultados: "In this situation, sellers should behave as they were expected to behave in section A, when it was assumed that buyers had costless

alta calidad, el equilibrio al que llega el mercado es un equilibrio competitivo si y solo si, el porcentaje de "shoppers" es suficientemente grande¹²⁹. Pero si el porcentaje de "shoppers" es pequeño para sostener un equilibrio competitivo, pero las firmas tienen una ventaja comparativa vendiendo productos de alta calidad, el equilibrio de mercado serán productos de alta calidad pero a un precio supra competitivo. En caso tal de que el porcentaje de "shoppers" sea lo suficientemente pequeño como para no sostener un equilibrio competitivo y las empresas tengan ventaja comparativa vendiendo productos de baja calidad, el equilibrio de mercado será productos de baja calidad a precios supra competitivos. Finalmente, en el caso en que los consumidores prefieran baja calidad, el equilibrio de mercado no presentará problemas de calidad (solo se ofrece la baja calidad que es la que quieren todos los consumidores), pero los productos se venderán a precios supra competitivos¹³⁰.

3.4. CRITICAS AL MODELO DE SCHWARTZ Y WILDE

Gazal critica estos modelos de selección calidad de producto por varias razones, todas ellas muy poderosas. En primer lugar, se asume que los consumidores

access to the product attributes of all sellers. Sellers will offer the efficient terms at a competitive price. Sellers that offer inefficient terms (at a competitive price given those terms) or efficient terms (at a supracompetitive price) will lose customers to competitors and will face the choice of quickly changing their behavior or going out of business". Korobkin. Bounded Rationality, Standard Form Contracts, and Unconscionability. Pág. 1214

Korobkin explica para el caso en que la proporción de shoppers sea bastante pequeña que: "In this situation, each seller is effectively a monopolist relative to each buyer who considers that seller's widgets, and sellers should determine contract terms and price as would any other monopolist. That is, each seller should offer the efficient set of contract terms and charge a supracompetitive price designed to maximize profits. Should a seller offer inefficient terms, it either will earn less profit per widget sold (because the difference between the cost of producing the widget and buyers' willingness to pay declines), or, if it attempts to reap the same amount of profit per widget, it will sell fewer widgets (because the price will exceed the maximum that more buyers are willing to pay)". Korobkin. Bounded Rationality, Standard Form Contracts, and Unconscionability. Pág. 1215

¹²⁹En el mismo sentido y basándose en los trabajos de Schwartz y Wilde, Korobkin comenta esta afirmación de la siguiente forma: "Assuming that the seller cannot discriminate between shoppers and non-shoppers, it must offer a single set of terms, including price, to all buyers. If it wishes to appeal to shoppers, the seller will offer efficient terms and a competitive price. This will maximize sales, but the seller will earn less profit per nonshopper than it potentially could earn. If the seller instead targets non-shoppers, it will offer efficient terms at a monopoly price, thus maximizing its revenue from non-shoppers but forfeiting potential sales to shoppers, who will buy elsewhere. Which of these two strategies is optimal depends on two factors: the percentage of shoppers versus non-shoppers and the size of the potential monopoly profits that can be earned from sales to the non-shoppers. Since sellers might have different production costs and a different mix of shoppers and non-shoppers, all sellers may not adopt the same strategy". Korobkin. Bounded Rationality, Standard Form Contracts, and Unconscionability..

¹³⁰ Por precio supra competitivo se entenderá aquel precio mayor al que se obtendría bajo circunstancias de competencia perfecta.

(adherentes) buscan por calidad y precio o ninguna de las dos, lo que es controvertible ya que la búsqueda por precio es mucho más barata para los consumidores, en la medida en que los precios pueden ser fácilmente observados y comparados. Adicionalmente se requiere que los costos fijos sean grandes y que la capacidad de producción de las firmas sea bastante pequeña¹³¹. Estos dos supuestos son bastante restrictivos y no funcionan en muchas industrias¹³².

Sin embargo, el problema más importante que tienen estos dos modelos es que fundamentan sus resultados en la proporción de consumidores (adherentes) que realizan la búsqueda por calidad y precio entre las diferentes empresas, suponiendo que, una vez realizan la búsqueda, los consumidores (adherentes) adquieren información completa sobre el precio y la calidad de los productos comparados. Recuérdese que la conclusión era que, a medida que el porcentaje de "shoppers" fuera mayor, se podía asegurar que no hubiera distorsiones de calidad ni de precio en el mercado. Pero la variable que sustenta los resultados optimistas del modelo es una variable exógena. Luego, la justificación acerca de por qué es razonable admitir que la proporción de "shoppers" en un mercado determinado es grande, se debe realizar a partir de la ponderación de distintos elementos que son totalmente ajenos al modelo y que influyen las decisiones de búsqueda de los consumidores mediante la afectación del costo de obtener información (tiempo, posibilidad de encontrar la información, etc.)¹³³. Adicionalmente, en un entorno como el colombiano en que las asociaciones de defensa de los adherentes no tienen un papel

¹³¹Schwartz y Wilde expresamente reconocen respecto del teorema 1 que: "Theorem 1 is the more likely to be satisfied: (1) the larger is the ratio of shoppers to total consumers, (2) the smaller is capacity, (3) the larger are the fixed cost and (4) the smaller is the difference between consumers' willingness to pay for the product (of higher quality) and the marginal cost of producing it. The intuition underlying the first condition is obvious. Respecting the second, smaller capacity implies that more firms will enter the market; thus a deviant firm will get a smaller share of nonshoppers. A firm also is less likely to deviate from the competitive price when fixed costs are large -condition (3)- for then it needs more nonshoppers to recover these costs. Finally, noncompetitive behaviour varies inversely with the difference between consumers' willingness to pay and marginal cost -condition (4)-because the smaller is this difference the less super plus is there for deviant firms to exploit". Schwartz, & Wilde. Product Quality and Imperfect Information. Págs. 254-255

¹³²En particular en todas aquellas industrias con economías a escala

¹³³En el documento de Schwartz de 1979 no se da ninguna razón adicional que corresponde con la evidencia actual del comportamiento de los consumidores, respecto de la viabilidad de suponer que el número de "shoppers" es grande. Gazal añade que: "Schwartz and Wilde did not disregard this problem. In an earlier paper they referred to models that show that in price search no consumer has any incentives to search. They criticized these models for their assumption that consumers know the price distribution but do not know the price each supplier offers. Thus they conclude that taking the portion of searching consumers as exogenous better represent reality. However, even if it is likely that more than few consumers would search for prices, it is much less likely that the same applies for search for qualities, since the search cost are much higher. Criticizing the assumption that consumers know the quality distribution is not a sufficient justification to assume a high portion of searching consumers as an exogenous factor." Gazal. Economic Analysis of Unfair Terms in Standard Form Contracts. Nota 49.

protagónico en el mercado y la información disponible es escasa, la justificación de que el porcentaje de consumidores que buscan información es grande, es mucho más difícil de sostener¹³⁴. Por estas razones debemos considerar la posibilidad de que la predicción de Posner acerca de la posibilidad correctiva que tiene el mercado sobre los términos sub óptimos en los contratos de adhesión sea errada.

4. ¿EXISTE LA POSIBILIDAD DE QUE LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN LIMITEN LA AUTODETERMINACIÓN DEL INDIVIDUO? ARGUMENTOS A FAVOR

4.1. EN EL CAMINO DE AKERLOF

Con el influyente artículo de Akerlof "The Market for Lemons: Quality Uncertainty and the Market Mechanism"¹³⁵, se demostró que cuando en un mercado determinado existe una asimetría de información entre los diferentes agentes y un costo asociado a la búsqueda de la misma, la calidad de productos en el mercado será inferior a la óptima. Efectivamente, cuando se tiene un mercado en el que los vendedores de los productos tienen una mayor información que los compradores¹³⁶(quienes no pueden averiguar fácilmente la verdadera calidad de los productos antes de comprarlos), es de esperarse que se ofrezcan productos de "baja calidad" y que estos terminen desplazando a los productos de "alta calidad". Piénsese por ejemplo en el caso de empresas que ofrecen contratos de seguros en un mercado competitivo con intervención mínima del gobierno. Llamemos a una de estas empresas X. En este caso la empresa X puede reducir el precio al que ofrece su producto mediante una reducción en la calidad del mismo, por ejemplo una póliza con menor cubrimiento. Como los consumidores del contrato no conocen la calidad del mismo debido a que es costoso adquirir tal información, entonces no se darán cuenta de que la baja de precio obedeció a una disminución de calidad. Por lo tanto, al tener un precio inferior al de sus competidores, esta empresa atraerá más clientes. Las otras empresas en el mercado, para enfrentar la competencia planteada por la empresa X, deberán bajar el precio de los contratos que ellas ofrecen y con ello su calidad. Esto producirá que la calidad ofrecida en el mercado sea mas baja. Adicionalmente, los consumidores al enterarse que los contratos de seguro tienen una calidad mas baja que la que antes tenían (al tener un menor cubrimiento), demandarán menos contratos. La conclusión a la que llegó Akerlof es que esto producirá una disminución de la calidad de los productos y del total de ventas¹³⁷.

¹³⁴Ya que esto aumenta los costos de informarse. *Ibíd.*

¹³⁵ Akerlof, George. (1970). The Market for Lemons: Quality Uncertainty and the Market Mechanism. *Quarterly Journal of Economics*, 84, 488-500.

¹³⁶El ejemplo planteado por Akerlof era el de los carros usados en el que los vendedores conocen la historia del carro y su estado, mientras que los compradores no pueden distinguir, al menos sin incurrir en un costo, la calidad del carro. *Ibíd.*

¹³⁷Este ejemplo fue tomado de Goldberg. Goldberg. Institutional Change and the Quasi-Invisible Hand. Pág. 486. La conclusión de Akerlof en últimas es que los problemas de información

La idea planteada por Akerlof sirvió como punto de partida a muchos trabajos que mostraron la incapacidad del mercado para asegurar que las transacciones realizadas en un entorno de información asimétrica y costosa produjeran resultados eficientes¹³⁸. En los modelos económicos que formalizaron esta idea generalmente está presente la cuestión de que los agentes económicos que poseen mayor información, los vendedores (predisponentes en nuestro caso), se enfrentan a la posibilidad de obtener un mayor beneficio aprovechándose de la desinformación de los compradores, ya sea mediante una reducción de la calidad o un aumento del precio, que no puede ser detectada. Por ejemplo, si comparar las diferentes calidades ofrecidas en el mercado tiene un costo determinado para los compradores, un empresario X puede reducir la calidad sin miedo a perder compradores, siempre y cuando la disminución en la utilidad producida por la reducción de calidad sea inferior a los costos de búsqueda en que deben incurrir los compradores para obtener la calidad óptima. Esto desalentaría a los compradores a buscar información, ya que los costos de hacerlo superarían los beneficios, y terminarían comprando al empresario X¹³⁹.

incentivan a que se transen en el mercado calidades inferiores a las deseadas por los compradores, lo cual crea la necesidad de que se produzca la intervención gubernamental para mejorar el bienestar de las partes. Akerlof. *The Market for Lemons: Quality Uncertainty and the Market Mechanism*.

¹³⁸Salop, Steven, & Stiglitz, Joseph. (1977). Bargains and Ripoffs: A Model of Monopolistically Competitive Price Dispersion. *Review of Economic Studies*, 44, 493-510. y Chan, & Leland. Prices and Qualities in Markets with Costly Information.

¹³⁹El ejemplo también se puede plantear para el caso de los precios, tal y como lo hicieron Salop y Stiglitz en "Bargains and Ripoffs". La idea central de éste artículo la resume Gazal de la siguiente forma: "In their model, which was later elaborated by many others, all consumers know about the distribution of prices but do not know which firm charges each price. The result is then a monopolistic price. That can be shown in the following example. Assume all suppliers charge the same price, which is lower than the monopolistic price. In that case every firm can increase the price by a little less than the cost of search. Any consumer that will randomly find himself at that firm will buy and not pay the costs of search for a better price. Thus all firms will be encouraged to increase prices by this amount. This process will reoccur in the new price too and will continue until the monopolistic prices for which an increase in price will reduce profits. That price will sustain, because reducing the price cannot be profitable. If one firm decide to reduce prices in order to obtain consumers that would seek it, it needs consumers to search for it. But the chances of finding one firm among many are very low so no consumer will be willing to bare the cost of searching on, in order to find that firm. All firms know that so no firm will reduce the prices. Thus monopolistic prices are the Nash equilibrium of the model. The excessive monopolistic profits will be eroded along time due to new entry. The result is a monopolist price for consumers, regular profits for suppliers and hence substantial welfare loses." Gazal. *Economic Analysis of Unfair Terms in Standard Form Contracts*. Nota 36

En últimas, la posibilidad de modificar la calidad o el precio para aprovecharse de la desinformación de los adherentes dependerá de cual de los dos atributos es mas fácilmente observable, o dicho de otra forma para cual de los dos atributos es menos costoso obtener información. Como se argumentará mas adelante, la hipótesis mas realista es que es más costoso obtener información sobre la calidad de un producto.

El supuesto de maximización de beneficio sustenta la idea de que en todo caso, cuando los empresarios se enfrenten a la disyuntiva de obtener un beneficio determinado sin aprovecharse de la desinformación de sus clientes u obtener un beneficio mayor en caso contrario, escogerán la segunda si no tienen obstáculos legales para hacerlo¹⁴⁰. En caso de no hacerlo, como se demostrará más adelante, no podrán permanecer en el mercado. Bajo esta hipótesis, la conducta oportunista, derivada del aprovechamiento de la desinformación del otro, resulta ser una condición necesaria para que las firmas participen en el mercado¹⁴¹.

4.2. EL ESTABLECIMIENTO DE REGLAS COMO FORMA DE MAXIMIZAR EL BENEFICIO. LA POSICIÓN DE GOLDBERG

Goldberg, basado en estas ideas¹⁴² afirma que las personas no solamente perseguirán su propio interés dentro de un marco institucional dado; ellos destinarán recursos para cambiar las reglas en su propio beneficio¹⁴³. En el campo de los contratos de adhesión, la implicación de esta afirmación es que los predisponentes fijarán el contenido de los contratos de la forma que más convenga a sus intereses aprovechándose de la desinformación de los adherentes. Esto significa, según Goldberg, que el contenido de los mismos será protector de los intereses de los predisponentes en lugar de los intereses de los adherentes.

La conclusión se basa en el supuesto de que los agentes económicos pueden obtener un beneficio adicional cambiando las reglas en beneficio propio. Entonces, dice Goldberg, un agente maximizador con posibilidad de cambiar reglas, invertirá recursos en hacerlo hasta que el beneficio marginal esperado fuera igual al costo marginal. Goldberg asimila la influencia que pueden tener ciertos grupos de interés en el proceso legislativo para establecer marcos institucionales que maximicen sus intereses, a los contratos de adhesión¹⁴⁴. Para aplicar el análisis de cambio institucional propuesto, supone que los contratos de adhesión son legislación realizada por los particulares, quienes reciben delegación de este poder por parte del

¹⁴⁰ Entendiendo los obstáculos legales como normas que impidan tal situación, por ejemplo mediante la exigencia de un estándar mínimo de calidad.

¹⁴¹ Con la demostración de la unicidad del equilibrio en el que se ofrecen dos calidades, una óptima a los adherentes informados (acompañada de un precio óptimo) y una calidad mínima a un precio óptimo a los desinformados, se prueba esta afirmación. Chan, & Leland. *Prices and Qualities in Markets with Costly Information*.

¹⁴² Goldberg. *Institutional Change and the Quasi-Invisible Hand*.

¹⁴³ *Ibíd.* Pág. 461-462

¹⁴⁴ Este es un supuesto necesario para utilizar las herramientas de análisis propuestas por Goldberg, pero que no aparece reflejado de ninguna forma en las conclusiones planteadas, es decir, las conclusiones se pueden sostener aún sin él.

Estado¹⁴⁵; además que el contenido del contrato representa los intereses de las empresas puesto que ellas asumen los costos de su producción. Ahora bien, el contenido de los contratos no puede ser balanceado con los intereses de los adherentes, ya que ellos no tienen capacidad de negociación, ni pueden asumir los costos de redacción de los contratos, ni individualmente ni como grupo. Adicionalmente, el mercado no puede asegurar que se ofrezcan contratos de alta calidad¹⁴⁶.

La falla del mercado se explica por dos razones. La primera de ellas es que el costo de adquirir y procesar información sobre los términos del contrato es mucho mayor que el precio que los adherentes pagan, a menos que la empresa haga de algunos términos un punto importante de la venta, adquiriendo así el carácter de prestaciones esenciales dentro de la transacción¹⁴⁷. Por esta razón pocos adherentes podrán detectar el carácter desfavorable de algunos términos del contrato, lo que abre la posibilidad que la empresa los incluya sin ninguna restricción. La segunda razón está estrechamente relacionada con la primera, y es que los adherentes que asumen los costos de buscar por mejores contratos son la minoría en un mercado, debido a los altos costos en que deben incurrir¹⁴⁸. Lo que Goldberg sugiere es que el mercado no puede corregir los términos ineficientes en los contratos de adhesión, por lo que los adherentes terminan siendo regulados por disposiciones que representan los intereses de los predisponentes y no los suyos. La cuestión vuelve a ser que los adherentes no cuentan con la misma información que los predisponentes y además buscar la información faltante tiene un costo considerable.

4.3. LA REAFIRMACIÓN DE GOLDBERG REALIZADA POR RAKOFF

Basándose en el trabajo de Goldberg, Rakoff también afirma que los adherentes no pueden generar suficiente presión para que el mercado discipline a los predisponentes, haciéndolos ofrecer contratos de adhesión eficientes. Rakoff afirma que aunque la comparación entre diferentes contratos es una posibilidad, para la mayoría de transacciones que realizan los adherentes, la lectura atenta y la

¹⁴⁵ En el sentido descrito por Slawson. Goldberg. Institutional Change and the Quasi-Invisible Hand. Págs. 483-485

¹⁴⁶ *Ibíd.*

¹⁴⁷ Se puede considerar como un ejemplo el caso en que las firmas hacen promoción sobre la cobertura de la garantía que acompaña al producto. Normalmente la extensión de la garantía no es un elemento completamente conocido por los adherentes, sin embargo, cuando un oferente determinado hace una importante labor de promoción para diferenciar la garantía ofrecida por él de la ofrecida por sus competidores, el adherente puede adquirir mucha más información sobre este aspecto a un bajo costo. En estas circunstancias la garantía junto con el precio serían los dos elementos totalmente conocidos por el adherente al momento de realizar su selección.

¹⁴⁸ Lo que reafirma la aseveración de que los “shoppers” son la minoría.

comparación de los términos es extremadamente ardua¹⁴⁹; por lo que la no lectura de los contratos es más que una cuestión de pereza, es una renuncia racional a asumir los enormes costos de búsqueda, comprensión y comparación de los diferentes contratos de adhesión para elegir el que maximice la utilidad de cada predisponente.

El resultado de esta situación es el mismo que había expuesto Goldberg, a saber, que los contratos de adhesión ofrecidos en el mercado serán ineficientes. Rakoff ejemplifica esta afirmación con el caso de las cláusulas de repartición del riesgo en los contratos de adhesión de la siguiente manera: los predisponentes, dice Rakoff, introducen los contratos de adhesión para minimizar su exposición al riesgo externo y problemas de organización interna¹⁵⁰. Los adherentes, por su parte, responden no leyendo los contratos y concentrándose en unas pocas cláusulas. Entonces, los predisponentes compiten respecto a los términos tenidos en cuenta por los consumidores, pero tienen el incentivo de convertir aquellos términos no considerados por los consumidores, en protectores de sus propios intereses para obtener los máximos beneficios posibles¹⁵¹, con lo que se ofrece una calidad inferior que hace que los predisponentes ahorren costos y con ello obtengan mayores beneficios¹⁵². La cuestión en últimas termina siendo que el mercado no puede mejorar los resultados ineficientes que los predisponentes tienen incentivo de producir¹⁵³.

¹⁴⁹Rakoff dice que: "It is notoriously difficult for most people, who lack legal advice and broad experience concerning the particular transaction type, to appraise these sorts of contingencies. And the standard forms -- because they are drafted to cover many such contingencies -- are likely to be long and complex, even if each term is plainly stated. Once form documents are seen in the context of shopping (rather than bargaining) behavior, it is clear that the near-universal failure of adherents to read and understand the documents they sign cannot be dismissed as mere laziness. In the circumstances, the rational course is to focus on the few terms that are generally well publicized and of immediate concern, and to ignore the rest. The ideal adherent who would read, understand, and compare several forms is unheard of in the legal literature and, I warrant, in life as well." Rakoff. *Contracts of Adhesion: An Essay in Reconstruction*. Pág. 1226

¹⁵⁰ Aquellos señalados en el Capítulo I.

¹⁵¹ Es la misma conclusión que extrae Goldberg del ejemplo de los parqueaderos. Goldberg. *Institutional Change and the Quasi-Invisible Hand*. Págs. 483-485

¹⁵² El texto es el siguiente: "Drafting parties introduce contracts of adhesion to minimize their exposure to external risks and to further internal organizational aims. Adherents respond not by reading, but instead by focusing on a few terms. The firms compete in regard to those items. The incentive for the firms is to save whatever they can with defensive form terms and employ the savings to compete with respect to the shopped terms. Strong competition, far from ameliorating the situation, will only exacerbate it. As early as 1930, Llewellyn observed that the practice of contracting by standard form tends to the "accumulation of seller-protective instead of customer-protective clauses," even in "highly competitive" industries. As he later pointed out, this happens "often by whole lines of trade." Rakoff. *Contracts of Adhesion: An Essay in Reconstruction*. Pág. 1226.

¹⁵³ Rakoff considera que el establecimiento de contratos de adhesión desequilibrados (que favorecen los intereses del predisponente y no los del adherente) es la posibilidad más compatible con los objetivos maximizadores de la firma. No puede esperarse entonces, que los contratos de adhesión

El argumento de Goldberg, recogido por Rakoff, se fundamenta en dos planteamientos alternativos de las cuestiones más problemáticas del modelo de Schwartz y Wilde. Frente a la condición de que el mercado necesita de un porcentaje elevado de adherentes que realicen la labor de comparación de los diversos contratos de adhesión para corregir los términos ineficientes, Goldberg señala que solamente una pequeña minoría de adherentes estaría en capacidad de realizar tal tarea debido a los altos costos que implica. Respecto del supuesto de que los "shoppers" realizan una comparación entre diferentes productos con conocimiento pleno de los atributos de precio y calidad, Goldberg parte de la misma consideración respecto al inmenso costo que tiene para los adherentes adquirir y procesar la información objeto de comparación, para concluir que la decisión de contratación se basa únicamente en unos pocos aspectos de los contratos.

4.4. KOROBKIN Y LOS PROBLEMAS DE RACIONALIDAD LIMITADA DE LOS ADHERENTES

Cuando un contrato es negociado se espera que las dos partes que participan en su elaboración conozcan cada una de las cláusulas que lo conforman, al fin y al cabo cada una de ellas es una expresión de ambas voluntades. En el caso de los contratos de adhesión la cuestión parece ser bastante diferente. El contrato es elaborado por una de las partes para ser aplicado en una serie de negocios. En la mayoría de los casos la parte predisponente es una empresa que cuenta con los recursos para producir un contrato que le permita racionalizar todos los costos y las ganancias asociados a las transacciones que debe realizar. En consecuencia, las empresas predisponentes, que cuentan con economías de escala en la producción de contratos de adhesión¹⁵⁴, tienen los incentivos para regular de la manera más completa posible cada una de las transacciones que realizan¹⁵⁵. El resultado será contratos extensos y detallados¹⁵⁶.

favorezcan un interés distinto al de la firma, por ejemplo, un interés social. Al respecto, este autor aclara que "There is no reason to think that the form draftsman will ever stop to consider how large these costs might be, or whether they exceed the costs entailed in having firms cover the same risks; for whatever the costs to adherents, disowning the obligation saves the draftsman's client, the firm, money. The argument may thus suggest that the legal system, in constructing legally implied rules, should consider, among other things, the institutional costs to firms of adopting to various responsibilities, but it does not justify general deference to the terms stipulated by the drafting party". *Ibíd.* Pág. 1235

¹⁵⁴Goldberg. *Institutional Change and the Quasi-Invisible Hand*. Pág. 484.

¹⁵⁵ Ballesteros lo explica en los siguientes términos: "Así, mientras el empresario, como queda dicho, puede permitirse contratar con expertos que redacten las condiciones generales a utilizar puesto que va a distribuir su costo entre un gran número de contratos, el adquirente no puede realizar un gasto correlativo para reunir la información de los distintos condicionados generales existentes en el mercado y encargar a un abogado que analice cual le conviene elegir; de hecho, el costo sería proporcionalmente tan grande, en relación con la entidad de la mayoría de las transacciones de consumo, que lo más racional será que el adherente contrate en los términos de la

Numerosos estudios citados por Korobkin acerca del comportamiento del consumidor muestran que en un entorno competitivo es bastante difícil que existan agentes que tomen sus decisiones basados en una comparación completa de todos los atributos de un producto determinado. En el caso de los contratos de adhesión, en los cuales se representa una regulación detallada de cada transacción para fines de racionalización de los costos de la empresa, también se espera que los adherentes no tengan en cuenta todos los aspectos del contrato al momento de realizar la comparación. Si esto es verdad, muy pocos adherentes contarían con toda la información sobre la calidad del contrato ya que esto implica un costo que superaría los beneficios obtenidos de la contratación. Luego, aún los adherentes que realizarán una búsqueda y comparación de algunos contratos (los "shoppers" del modelo de Schwartz y Wilde), contarían solamente con una porción de información al momento de tomar su decisión. Esta es la diferencia que existe entre aquellos que confían en la corrección de los términos ineficientes por parte del mercado y aquellos que desconfían¹⁵⁷.

A continuación realizaremos una breve exposición de las razones que brinda Korobkin para aceptar que los adherentes no pueden tomar sus decisiones de contratación basados en todos los factores que determinan la calidad de un contrato. Posteriormente determinaremos cuál es el resultado esperado en un mercado competitivo, cuando la calidad de un contrato no puede ser conocida plenamente por los adherentes. Finalmente mostraremos cuáles pueden ser las ganancias sociales derivadas de la exigencia, por parte del Estado, de un estándar mínimo de calidad en los contratos de adhesión, conforme a lo recomendado por Akerlof.

Normalmente los trabajos académicos sobre contratos de adhesión reconocen que los adherentes normalmente no leen los contratos, o en caso de hacerlo, no entienden

primera oferta sin averiguar el contenido de ninguna otra. Como, además, el mercado moderno es enormemente complejo, con oferta de innumerables bienes y servicios que en muchos casos ya no es posible dilucidar si son o no necesarios, ni cual es el mas adaptado a las necesidades o caprichos de cada individuo, unido a las sofisticadas técnicas de comercialización y a la falta de transparencia de las condiciones generales que impiden que el adquirente pueda valorarlas y discriminar entre unas y otras, el resultado es que no existe competencia en cuanto a su contenido sino solo en cuanto al precio, lo que conduce a que la propia competencia de lugar a condiciones cada vez peores: las empresas de cada sector competirán entre ellas bajando los precios, lo que les obliga a imponer condiciones contractuales cada vez peores para mantener sus beneficios, aprovechándose de que sus clientes no llegan a estudiarlas". Cfr. Ballesteros Garrido. *Las condiciones generales de los contratos y el principio de autonomía de la voluntad*. Pág. 223-224

¹⁵⁶ Nótese que en ningún punto nos estamos refiriendo a la eficiencia de los contratos, solamente estamos realizando estas afirmaciones conforme a los planteado en el Capítulo II.

¹⁵⁷ Korobkin establece que "the principal problem is one of information acquisition". Korobkin. *Bounded Rationality, Standard Form Contracts, and Unconscionability*. Pág. 1217

gran parte de su contenido¹⁵⁸. Sin embargo, como lo anota Korobkin, no profundizan en las razones de esta afirmación. Adicionalmente, la crítica de la falta de lectura implica que la resultante falla de mercado desaparecería si los adherentes leyeran los términos del contrato o si una institución pudiera informarlos al respecto. Korobkin establece que, para que se alcance la eficiencia es necesario que los adherentes incorporen plenamente la información sobre el contenido de los contratos de adhesión al momento de tomar su decisión pero, dado que los adherentes no pueden realizar tal labor debido a sus grandes costos, es muy improbable que la falla de mercado desaparezca y se alcance el resultado óptimo (calidad óptima del contrato a precios competitivos).

Los modelos económicos que sustentaban la posibilidad de que el mercado corrija los contratos de adhesión ineficientes se basan en el supuesto de que los adherentes pueden incorporar toda la información sobre los atributos de cada contrato al momento de tomar su decisión. Esto significa que los adherentes utilizan conscientemente un análisis de costo-beneficio de cada alternativa y seleccionan aquella que ofrece la combinación óptima de atributos (calidad y precio)¹⁵⁹. Esta decisión debe tener la propiedad de ser no selectiva y compensatoria si se quiere asegurar que el mercado produzca un resultado eficiente. Por decisión no selectiva se entiende aquella en que el adherente compara todos los atributos de cada contrato antes de escoger cual prefiere¹⁶⁰. Por análisis compensatorio se entiende aquel en el que quien realiza la decisión pondera los atributos deseables de un contrato frente a

¹⁵⁸ Al respecto Rakoff. *Contracts of Adhesion: An Essay in Reconstruction*. Pág. 1179. Korobkin cita como datos empíricos al respecto los siguientes: "One court recently reported that AT&T found that only 30 percent of its customers would read its entire form agreement updating contract terms, 10 percent would not read it at all, and 25 percent would throw away the mailing without even opening it. A related argument is that adhering parties, especially consumers, will find it irrational to bear both the "search and deliberation" costs necessary to understand the form terms". Korobkin. *Bounded Rationality, Standard Form Contracts, and Unconscionability*. Nota 45. Entre los estudios sobre contratos de adhesión escritos en idioma castellano, el que toma en cuenta este factor como un punto fundamental en la problemática, es el de Alfaro. Al respecto escribe que: "A nuestro juicio, el elemento mas esencial para justificar el control es el de la predisposición. Ello no es difícil de justificar. según lo expuesto en el capítulo primero, el control se justifica porque el empleo de las cláusulas predispuestas genera defectos de información que hacen prohibitivo para los adherentes seleccionar entre las diferentes condiciones generales existentes en el mercado." Alfaro Águila-Real. *Las condiciones generales de la contratación*. Pág. 182

¹⁵⁹ Cfr. Korobkin. *Bounded Rationality, Standard Form Contracts, and Unconscionability*. Pág. 1219

¹⁶⁰ Korobkin ejemplifica el concepto, para el caso de un producto, no de un contrato, de la siguiente forma: "Not only, for example, does the buyer have to compare a red car to one with a stereo; he must compare a red car with a sun roof, a generous financing provision, and a warranty disclaimer, to a blue car with an advanced technology steering system, anti-lock brakes, no financing, and an arbitration clause". *Ibíd.* Pág. 1220

los atributos deseables de otro, siendo ambos contratos que compiten en la decisión del adherente¹⁶¹.

Para tomar decisiones que satisfagan estos requerimientos el adherente debe reconocer todos los atributos de cada producto y posteriormente darles una ponderación distinta según su importancia, siendo más grande la ponderación para los atributos que tengan una mayor importancia. Posteriormente se sumarían todos los valores ponderados de cada producto. La comparación se realizaría entre los valores de la suma ponderada de los atributos de cada producto; aquel producto que tuviera el mayor valor sería que el maximizará la utilidad del adherente, dadas las opciones disponibles¹⁶². Este es el análisis que se espera que realicen los adherentes al momento de comparar dos contratos de adhesión diferentes (shoppers)¹⁶³.

Como lo anota Korobkin, la decisión tomada con base en estos dos criterios tiene la máxima exactitud, entendida como la coincidencia entre el producto seleccionado y las preferencias del seleccionador¹⁶⁴. Sin embargo, esta estrategia de decisión requiere un gasto considerable de esfuerzo en términos de tiempo y atención mental¹⁶⁵. Por otro lado, está la estrategia de decisión de escogencia aleatoria en la que los consumidores invierten mucho menos esfuerzo que en la de suma ponderada y consiste en que "se selecciona un producto tirando dardos en una lista de las alternativas viables"¹⁶⁶. Bajo esta estrategia es improbable que quien toma la decisión escoja el producto que maximice su utilidad¹⁶⁷.

¹⁶¹ Korobkin ejemplifica el concepto, para el caso de un producto, no de un contrato, de la siguiente forma: " If an automobile buyer values a red car and a stereo, and one available car is red but has no stereo while another has a stereo but is not red, he must be able to determine which of the two cars is more desirable. If the buyer values both a low price and the ability to take the manufacturer to court should a dispute arise under the contract, and one car comes with a mandatory arbitration provision while another has no such provision and is \$ 100 more expensive, he must be able to determine whether he prefers the extra \$ 100 in his pocket to keeping the courthouse door open". Korobkin. Bounded Rationality, Standard Form Contracts, and Unconscionability.

¹⁶² Korobkin ejemplifica la estrategia de la siguiente forma: "To see how weighted adding is accomplished, consider a relatively simple hypothetical choice between three product alternatives, each of which has six different attributes of varying importance, as provided in Figure 1 below. In this example, the weighted-adding approach, which gives each attribute its appropriate weight and compares all three alternatives on each attribute, tells us that the decisionmaker will maximize his expected utility by selecting Alternative C. Although Alternative C is the least attractive of the choices on the most important attribute, it is so much more attractive than the other alternatives on attributes 3-6 that it is the optimal choice overall". *Ibíd.* Pág. 1221

¹⁶³ Y que es un supuesto para que el mercado pueda corregir los contratos ineficientes. *Ibíd.* Pág. 1219

¹⁶⁴ Para revisar la literatura relacionada, se recomienda ver: *Ibíd.* Nota 60

¹⁶⁵ *Ibíd.*

¹⁶⁶ *Ibíd.*

¹⁶⁷ *Ibíd.*

El problema al que se enfrentan los agentes encargados de escoger entre distintos contratos es en últimas, como tomar la decisión más adecuada empleando la menor cantidad de esfuerzo¹⁶⁸. Las soluciones a este problema planteadas por los teóricos de la toma de decisiones, muchas veces basados en estudios empíricos, caen entre las estrategias de suma ponderada y la de escogencia aleatoria¹⁶⁹. Con la revisión de esta literatura Korobkin concluye que 1) en muchas circunstancias los agentes toman decisiones de una forma que no es consistente con lo asumido por la literatura estándar sobre contratos de adhesión¹⁷⁰; y que 2) la *gran mayoría* de los adherentes toman decisiones basados en estrategias mucho más simples que la suma ponderada por lo que alguna información es ignorada¹⁷¹, ya que reconocen solamente una porción de los atributos de cada contrato al momento de tomar sus decisiones¹⁷². Por lo tanto, la conclusión de los modelos de Schwartz y Wilde no puede ser sostenida.

Con fundamento en algunos de los estudios citados por Korobkin, se puede asegurar que la calidad de los contratos de adhesión no puede ser totalmente *observada* por la *gran mayoría* de adherentes ya que no consideran cierta información cuando toman la decisión¹⁷³. Aún en el caso en que los adherentes sean otras empresas, se puede

¹⁶⁸ Que no es más que una aplicación del problema básico del consumidor, en la esfera de la toma de decisiones. Korobkin. Bounded Rationality, Standard Form Contracts, and Unconscionability.

¹⁶⁹ Korobkin expone una serie de modelos de toma de decisiones para ejemplificar las múltiples alternativas que se han desarrollado entre la estrategia de suma ponderada y la de escogencia aleatoria. En todo caso, según Korobkin, la conclusión a la que han llegado los trabajos de investigación líderes en esta materia, es que los agentes al momento de decidir combinan elementos de diferentes estrategias de decisión en lugar de adoptar totalmente una de ellas. *Ibíd.* Pág. 1225

¹⁷⁰ Que es la literatura que apoya la conclusión de Posner

¹⁷¹ Korobkin establece que dos son los aspectos que incrementan la complejidad en las decisiones de los consumidores en general y de los adherentes en particular. La primera de ellas es el número de alternativas y la segunda es el número de atributos relevantes por cada una de ellas. Korobkin basado en una serie de estudios empíricos concluye que, dado que la mayoría de productos y servicios proveídos por la economía moderna y que son acompañados por contratos de adhesión, están caracterizados por un número relativamente alto de atributos concernientes a la funcionalidad, la estética, el costo y los términos de cada producto, los adherentes normalmente toman en cuenta solo un puñado de atributos. Por lo tanto, una cantidad considerable de los términos que acompañan las transacciones serán no consideradas por los adherentes. Para consultar la literatura empírica en que se basa Korobkin, por favor remitirse a las páginas. Korobkin. Bounded Rationality, Standard Form Contracts, and Unconscionability. Págs. 1227-1229.

¹⁷² Al respecto Rakoff afirma que: “Drafting parties introduce contracts of adhesion to minimize their exposure to external risks and to further internal organizational aims. Adherents respond not by reading, but instead by focusing on a few terms” Rakoff. *Contracts of Adhesion: An Essay in Reconstruction.* Pág. 1227.

¹⁷³ Esto puede suceder aún cuando algunos términos del contrato son informados al adherente. Korobkin brinda dos razones al respecto. La primera de ellas es que pueden existir ciertos atributos que generan conflicto emocional en quien toma las decisiones al momento de ser ponderados por lo que no podrán tomarse decisiones compensatorias. La segunda de ellas es que algunos individuos tratan las situaciones que regulan riesgos poco probables como si no existieran por lo que aquellos términos que regulan riesgos con poca probabilidad de ocurrir no serán tomados en cuenta por los

aplicar esta conclusión. Cuando una empresa contrata con otra mediante condiciones generales, la empresa predisponente cuenta con la posibilidad, al igual que en los contratos con consumidores, de obtener economías de escala mediante la repartición del costo de elaboración de un tipo de contrato en un gran número de transacciones. Dado que los predisponentes cuentan con ventajas en la adquisición e inclusión de información, algunos de los aspectos regulados en el contrato no serán conocidos o considerados por el predisponente al momento de contratar. Pero, aunque las firmas adherentes pueden contar con servicios jurídicos especializados que las asesoran, la asimetría de información a la que se enfrentan las llevarán a que no puedan considerar todos los aspectos del contrato predispuestos por la otra empresa. La situación es entonces cualitativamente igual a la que se enfrentan los consumidores¹⁷⁴. Pero no se puede negar que existe una diferencia cuantitativa. Gracias a la asesoría que tienen las empresas adherentes, el número de aspectos no considerados será sustancialmente menor al de los consumidores. Esto tendrá importancia al momento de determinar las diferencias en la calidad mínima que

individuos. Korobkin. Bounded Rationality, Standard Form Contracts, and Unconscionability. Págs. 1233-1234

¹⁷⁴ Rakoff afirma que: “Commercial parties with greater expertise, and with more at stake in individual deals, can reasonably be expected to shop or bargain for a greater number of terms. When this rationale is not applicable, deals between businesses ought not to be treated differently.

The concept of the “customary shopper,” as applied to consumers or to businesses, recognizes that it is not only common, but also reasonable in light of the institutional dynamics for adherents to shop only some of the terms of a prospective transaction. It is thus at odds with the traditional conceptions underlying the imposition of a “duty to read,” and with some of the more recent doctrinal formulations that retain traces of that approach. For example, courts sometimes state that one of the factors helpful, or perhaps necessary, in showing that the term at issue is adhesive, is proof that no other drafting party in the same industry was offering a more favorable corresponding term. The point, presumably, is to show what would have happened had the adherent shopped for a better deal. If, however, it would be unreasonable for adherents to shop the term in question, the doctrine taxes the adhering party with the hypothetical consequences of what would have been unreasonable behavior. The asserted relevance of the inquiry depends on the erroneous assumption that the practice of using contracts of adhesion, far from having any internal logic, creates problems only when coupled with an independent distortion of the marketplace”. Rakoff. *Contracts of Adhesion: An Essay in Reconstruction*. Pág. 1254

En el mismo sentido Alfaro dice que: “La limitación de aplicación del control de las condiciones generales a solo un consumidor no se justifica ya que “la ausencia de control de mercado de las condiciones generales se produce de la misma forma en las empleadas frente a consumidores como en las empleadas frente a empresarios o profesionales.

La consecuencia lógica e inmediata de tal conclusión parece ser prima facie la de negar, por tanto, relevancia a la noción de consumidor, en cuanto el control del contenido se aplicaría tanto a condiciones generales utilizadas frente a consumidores como a empresarios.” Alfaro Águila-Real. *Las condiciones generales de la contratación*. Pág. 180

Korobkin también señala que es posible aplicar un control del contenido de los contratos de adhesión cuando la parte adherente sea un empresario ya que: “The strength of a party's relative bargaining position is defined not by its size but by the availability of other contracting options.” Korobkin. Bounded Rationality, Standard Form Contracts, and Unconscionability. Pág. 1263

estarían dispuestas a aceptar las empresas frente a la que eventualmente aceptarían los consumidores.

La distinción entre los atributos de un contrato de adhesión que pueden ser tenidos en cuenta por los adherentes al momento de tomar su decisión de adhesión y aquellos que no pueden serlo es fundamental al momento de analizar la corrección que puede realizar un mercado sobre las condiciones generales ineficientes. Como lo expresa Korobkin, aunque las fuerzas del mercado deberían asegurar que los predisponentes ofrecieran como términos eficientes aquellos que son considerados por los adherentes, los términos que no son sobresalientes¹⁷⁵ son sujetos de ineficiencias producidas por el comportamiento estratégico de los predisponentes para aumentar sus beneficios a expensas de los adherentes desinformados sobre ciertos atributos que no toman en cuenta¹⁷⁶.

4.5. LA DEMOSTRACIÓN ANALÍTICA DE LA INCAPACIDAD DEL MERCADO PARA CORREGIR LOS CONTRATOS INEFICIENTES. UNA APLICACIÓN DEL MODELO DE CHAN Y LELAND

Existen un par de modelos en los que se utilizan herramientas de análisis económico para explicar los resultados ineficientes de los contratos de adhesión. La explicación de estos dos modelos se realiza a partir de la falta de lectura de los adherentes, explicada por los inmensos costos que esto trae para ellos. De todas formas, ambos modelos consideran que si existen formas de informar a los adherentes sobre el contenido de los contratos, el problema podría ser parcialmente resuelto. Esto desconoce el punto fundamental de la argumentación sobre racionalidad limitada de los adherentes, y es que muchos de los adherentes no podrán en ningún caso estar plenamente informados sobre la calidad de un contrato de adhesión. Por lo que los modelos diseñados por Gazal¹⁷⁷ y Katz¹⁷⁸ no son los más apropiados para explicar el problema mostrado por Korobkin, aunque sus conclusiones sean bastante cercanas a

¹⁷⁵ Korobkin llama a los términos que no son considerados por los adherentes al momento de tomar la decisión sobre a que contrato adherir su voluntad, “non-salient”, que puede ser traducido como no sobresalientes. Korobkin. Bounded Rationality, Standard Form Contracts, and Unconscionability. Págs. 1225-1226

¹⁷⁶ *Ibíd.* Pág. 1234

¹⁷⁷ De hecho, el trabajo de Gazal en ningún momento menciona el trabajo de Korobkin continuamente citado. Este se explica porque el supuesto sobre el papel del adherente es opuesto. En el modelo de Gazal se acepta que los contratos de adhesión pueden ser plenamente conocidos por los adherentes, pero a un costo alto; por lo que la fuente de la ineficiencia de mercado se podría solucionar disminuyendo los costos de acceso a la información y los adherentes podrían corregir el mercado. La explicación de Korobkin se fundamenta en que para muchos adherentes el costo de la información es prohibitivo, por lo que los adherentes no pueden actuar como un factor de corrección del mercado. Gazal. Economic Analysis of Unfair Terms in Standard Form Contracts.

¹⁷⁸ Katz, Avery. (1990). Your Terms or Mine? The Duty to Read the Fine Print in Contracts. *Rand Journal of Economics*, 21(4), 518-537.

las que nos proponemos sustentar. Esto se debe a que una vez que los predisponentes entiendan que los adherentes no pueden conocer la calidad del contrato, el mercado generará una dinámica que no podrá corregirse con la simple reducción de algunos costos asociados a la información¹⁷⁹. Luego, al asumir que los adherentes tienen un costo prohibitivo de acceder a toda la información se está descartando que tengan posibilidad de corregir la falla del mercado. Se debe escoger la teoría que explique el problema partiendo de la decisión de los predisponentes.

El desarrollo que yo sugiero es el siguiente: supóngase que en un mercado competitivo determinado se ofrece un contrato de adhesión que acompaña un producto o servicio determinado. Se consideran dos atributos: el precio y la calidad del contrato. El precio puede ser observado sin costo por los adherentes¹⁸⁰; esto significa que ellos pueden conocer el valor de esta variable y tomarlo en consideración al momento de tomar su decisión, sin incurrir en costo alguno.

Sin embargo, la calidad no puede ser observada sin costo¹⁸¹. Ya que los adherentes deben incurrir en grandes costos para conseguir, procesar y comparar toda la información sobre la calidad de cada contrato, *muchos de ellos* no estarán dispuestos a asumirlos ya que superaran sus beneficios esperados. Así, la calidad no podrá ser totalmente reconocida y muchos de los elementos que la integran no serán

¹⁷⁹ Rakoff lo explica de la siguiente forma: “Once the practice comes to exist generally, the fact that a particular adherent reads and understands the particular form that he signs is irrelevant. The internal rigidity of the firm will itself be likely to prevent a knowledgeable adherent’s objection to any form term from generating bargaining behavior, even if the objection is coupled with a threat to take his trade elsewhere. Yet the effect is magnified when both the adherent and the drafter know, or at least sense, that other adherents are not attempting to bargain, for then the request that the firm change its standard practice becomes mere eccentricity. Similarly, that the adherent reads one form does not establish that he has read or shopped many others, or that it would be rational for him to do so. But even if a particular adherent undertakes that task, the widespread ethos of not shopping form terms submerges his effort and contributes to the likelihood that, regarding most matters, the terms on all the various forms will be protective of the drafting parties. Shopping can protect shoppers only when it is a widespread activity. When contracts of adhesion become commonplace, even the individual who reads and understands is, and may well perceive himself to be, essentially helpless. The consumer’s experience of modern commercial life is one not of freedom in the full sense posited by traditional contract law, but rather one of submission to organizational domination, leavened by the ability to choose the organization by which he will be dominated”. Rakoff. *Contracts of Adhesion: An Essay in Reconstruction*. Pág. 1229

¹⁸⁰ Korobkin afirma que el precio es un atributo sobresaliente en los contratos de adhesión. Korobkin. *Bounded Rationality, Standard Form Contracts, and Unconscionability*. Rakoff también asume que el precio es uno de los términos del contrato que capta la atención de los adherentes. Rakoff. *Contracts of Adhesion: An Essay in Reconstruction*. Pág. 1227.

¹⁸¹ Chan y Leland efectivamente reconocen que es más costoso obtener información acerca de la calidad de un producto, que acerca de su precio. Chan, & Leland. *Prices and Qualities in Markets with Costly Information*. Pág. 500. En apoyo de éste supuesto Goldberg afirma que: “On the one hand the cost of acquiring and processing information on contract term is much greater than for price”. Goldberg. *Institutional Change and the Quasi-Invisible Hand*. Pág. 485.

considerados en el proceso de decisión de la mayoría de los adherentes¹⁸². Para simplificar nuestra explicación asumiremos dos grados diferentes de observación de calidad; la calidad observada y la inobservada. Basados en los resultados de Korobkin deberíamos considerar viable que se observe plenamente la calidad pero solamente por un grupo muy pequeño¹⁸³ de adherentes. Partiendo de la caracterización del problema planteada por Chan y Leland¹⁸⁴, supongo que:

➤ EL COMPORTAMIENTO DE LOS ADHERENTES

En este mercado existe un gran número de adherentes N . Cada uno de ellos tiene una demanda inelástica e idéntica sobre uno y solo un contrato de adhesión¹⁸⁵. El precio de reserva¹⁸⁶ de cada consumidor está designado por $f(q)$ que es una función que depende de la calidad del contrato. Es decir que a mayor calidad, los adherentes estarán dispuestos a pagar un precio de reserva mayor. Cuando el precio p es cobrado por un contrato de adhesión de calidad q , la función de utilidad de cada adherente es:

$$U(p, q) = f(q) - p$$

Se puede considerar que existen dos grupos de adherentes diferentes en términos de los costos de información a los que se enfrentan para observar la calidad. Los adherentes del primer grupo tienen costos de información c_1 que son inferiores a los costos de información c_2 , de los adherentes del segundo grupo y que en todo caso son mayores o iguales a cero. Por lo que se cumple que:

$$c_2 > c_1 \geq 0$$

¹⁸² Cabe aclarar que Chan y Leland asumen que la información sobre la calidad es totalmente conocida por los compradores una vez adquieren el producto. En nuestro análisis la calidad es conocida por los adherentes una vez se han ejecutado totalmente las obligaciones derivadas del contrato. De todas formas es importante resaltar que el atributo inobservado puede ser conocido únicamente de forma ex post.

¹⁸³ El ejemplo podría ser el de una empresa que ha tomado la posición de adherente durante un tiempo considerable y que cuenta con todos los recursos para tener en cuenta toda la información sobre las características que definen la calidad de un producto o servicio. Este sería un hecho bastante extraño, pero de todas formas posible. Sin embargo se debe incluir para aumentar el grado de generalidad de nuestra explicación.

¹⁸⁴ Chan y Leland aceptan que el caso en el que la información no puede ser observada sin costo es el es el realmente importante y el más ajustado a la realidad. Chan, & Leland. *Prices and Qualities in Markets with Costly Information*. Pág. 506

¹⁸⁵ Dado que es un mercado específico, de un producto determinado es viable suponer que los consumidores son homogéneos en sus preferencias.

¹⁸⁶ En términos generales el precio de reserva es la máxima disposición a pagar que tiene el consumidor sobre un producto determinado. Pindyck, & Rubinfeld. *Microeconomía*. Pág. 675.

N_1 Es exógeno y representa el número de adherentes con costos de información c_1 . Por lo que el número de adherentes con costos de información c_2 será igual a:

$$N_2 = N - N_1$$

Posteriormente se consideran los casos, teóricamente posibles, en que existen adherentes informados y en que no existen adherentes informados, lo que alterará la caracterización del equilibrio alcanzado.

➤ LAS CARACTERÍSTICAS DE LOS PREDISPONENTES

Los predisponentes son empresas cuyo objetivo es maximizar sus beneficios. Cada uno puede escoger que el contrato de adhesión ofrecido tenga cualquier calidad que se encuentre entre el rango de mínima calidad y el de la máxima calidad posible¹⁸⁷. Así $q \in [q_0, q_H]$. También puede cobrar por el contrato un precio que se encuentre entre cero e infinito¹⁸⁸. Así, $p \in [0, \infty)$. El costo de producción de cada contrato dependerá de la calidad escogida y del número de unidades producidas. Se asume que cada una de las empresas predisponentes tiene una función de costos promedio idéntica: $AC(q, n)$

Que es el costo promedio que tiene un predisponente determinado dado una calidad y un número de contratos. Se supone que para cualquier n , los AC son crecientes en q , lo que significa que a mayor calidad, mayores son los costos medios del predisponente. Adicionalmente que la función de costos medios tiene forma de U con respecto a n dado un nivel de calidad. Finalmente, se supone que existe libertad de entrada y salida de firmas a cualquier nivel de calidad.

Sea:

$\underline{n}(q)$: Es el mínimo nivel de costo promedio de producción por un contrato de calidad q . Esto es:

$$\underline{n}(q) \text{ Minimiza } AC(q, n) \text{ dado } q.$$

¹⁸⁷ La máxima calidad posible sería aquella que favorece totalmente los intereses del adherente sin importar los costos en que debe incurrir la firma para asegurarlos.

¹⁸⁸ El precio del producto al igual que su calidad se encuentra contenida dentro del contrato puesto que pueden existir derechos u obligaciones adicionales que alteren la utilidad del adherente, pero que no dependen del disfrute material del producto o servicio objeto de la transacción. Por esta razón se asumirá que una parte del costo fijo en la función de costos representará la producción del producto. Los costos adicionales representan los asociados al contrato de adhesión. Esto es una forma de simplificar el problema y enfocar nuestra atención en el problema fundamental que nos ocupa y que es, para un producto o servicio determinado, que contrato de adhesión ofrecerá el predisponente.

$\underline{p}(q)$: Es el más bajo precio de break even¹⁸⁹ al cual una unidad de calidad q puede ser vendida. Esto es que:

$$\underline{p}(q) = AC(q, \underline{n}(q))$$

$\bar{p}(q)$: Es el precio más alto al cual los adherentes tomarán un contrato de adhesión con una calidad q . Esto es que: $\bar{p}(q) = f(q)$. A este precio la utilidad será 0. Es decir:

$$U(\bar{p}(q), q) = 0$$

$\underline{q}(p)$: Es el mínimo nivel de calidad al cual los consumidores se adherirán a un contrato determinado con precio p . Esto significa que: $f(\underline{q}(p)) - p = 0$. Con este nivel de calidad se tiene que:

$$U(p, \underline{q}(p)) = 0$$

q^* : Es la calidad óptima del contrato de adhesión, esto es la calidad que maximiza la utilidad dado el menor precio $\underline{p}(q)$ para el cual los beneficios no son negativos. Luego:

$$q^* \text{ Maximiza } f(p) - \underline{p}(q)$$

p^* : Es el menor precio al cual q^* puede ser ofrecido sin que el predisponente tenga beneficios negativos. Por lo que:

$$p^* = \underline{p}(q^*)$$

$\hat{n}(p, q)$: Es el menor nivel de contratos n tal que una firma hará cero beneficios cuando produce un contrato de calidad q cuyo precio de venta es p . Es decir, es el número mínimo de contratos de adhesión de calidad q que un predisponente necesita contratar, cobrando un precio p , para cubrir los costos medios. Esto es:

$$AC(q, \hat{n}) = p$$

➤ LA ESTRUCTURA DE INFORMACIÓN

Para simplificar el análisis se supone que todos los adherentes desinformados conocen la calidad del contrato de adhesión de forma posterior a la celebración del mismo. Adicionalmente se supone que conocen la distribución (frecuencia) de todas las combinaciones de precio y calidad en equilibrio, pero no conocen su

¹⁸⁹ Aquel que cubre los costos medios

ubicación¹⁹⁰. Esto quiere decir que saben cuantos predisponentes ofrecen cada combinación de precio y calidad pero no saben quienes son estos predisponentes. Como el precio puede ser observado sin ningún costo, pero no la calidad, los adherentes desinformados (aquellos que no adquirieron información) conocen la distribución de calidad condicional al precio¹⁹¹. Si la distribución de precios fuera diferente por la existencia de diferentes niveles de calidad, entonces los adherentes que ignoraran esta diferencia al momento de contratar actuarían irracionalmente ya que se supone que ellos escogen aleatoriamente entre los predisponentes cuyas características, que se pueden observar sin costo, son las mismas.

Se supone que los adherentes informados conocen la distribución y la ubicación de cada combinación de precio y calidad ofrecida por los predisponentes. Ellos escogerán la combinación (\hat{p}, \hat{q}) que maximizará su utilidad.

La decisión de adquirir información por parte de los adherentes desinformados se tomará si y solo si la utilidad derivada de adherirse al contrato que tiene la combinación de precio y calidad que maximiza su utilidad menos el costo de adquirir la información para encontrar esa calidad, es superior a la utilidad esperada¹⁹² de comprar aleatoriamente entre los predisponentes con la misma característica observable. Esto es, si y solo si:

$$U(\hat{p}, \hat{q}) - c_i > EU(p, q)$$

¹⁹⁰ Supuesto realizado siguiendo el trabajo de Salop y Stiglitz. Salop, & Stiglitz. Bargains and Ripoffs: A Model of Monopolistically Competitive Price Dispersion. Citado por Chan, & Leland. Prices and Qualities in Markets with Costly Information. Pág. 501.

¹⁹¹ En esta estructura de información los adherentes solamente pueden observar la calidad una vez se han adherido al contrato, las decisiones de los prediponentes y los adherentes se toman sin información acerca de la decisión del otro, por lo que son independientes en lugar de secuenciales. Entonces el problema es de teoría de juegos. La estrategia dominante para cada predisponente será ofrecer la mínima calidad ya que obtendrá mayores beneficios independientemente de la decisión del adherente. El equilibrio de Nash en este juego es $\{\underline{q}(p), -Adherirse\}$, luego los predisponentes no ofrecerán una calidad superior a la mínima. Entonces, la estrategia de ofrecer la mínima calidad posible asociada a un precio no es solamente un supuesto del modelo, es un resultado derivado de la naturaleza del equilibrio de Nash asociado a la estructura de información supuesta.

¹⁹² La utilidad esperada es igual a la sumatoria de la probabilidad de que cada estado de la naturaleza se realice, multiplicado por la utilidad que se recibe en este estado.

➤ **EL EQUILIBRIO EN UN MERCADO DE CONTRATOS DE ADHESIÓN**

El equilibrio estará caracterizado por un conjunto de combinaciones de precio y calidad

$$\{(p_1, q_1); (p_2, q_2); \dots; (p_k, q_k)\}$$

ofrecido por los predisponentes. Asociado con este equilibrio existe un número endógenamente determinado de firmas ofreciendo estas combinaciones (M_1, M_2, \dots, M_k) , y el número de adherentes que deciden adquirir información a un precio.

En equilibrio se deben satisfacer las siguientes condiciones:

- *CONDICIÓN 1.* Un adherente decidirá comprar información si y solo si

$$\text{Max}_k U(p_k, q_k) - c_1 > EU(p, q)$$

En donde la utilidad esperada está tomada con respecto a las frecuencias relativas de los predisponentes ofreciendo combinaciones (p, q) que es condicional al precio observado por los adherentes. El adherente informado contratará con el predisponente que ofrezca la combinación (p, q) que maximice su utilidad.

- *CONDICIÓN 2.* La combinación (p, q) escogida por el predisponente k produce al menos los mismos beneficios de cualquier otra combinación (p, q) que pudiera ofrecer, dado:
 - La estructura de información anteriormente asumida
 - El comportamiento de Stackelberg frente a los consumidores¹⁹³.
 - El comportamiento de Nash frente a otras firmas¹⁹⁴.
- *CONDICIÓN 3.* Existe libertad de entrada, por lo que todas las firmas obtienen cero beneficios.
- *CONDICIÓN 4.* La oferta de los predisponentes a cada combinación (p, q) debe ser igual a la demanda, dadas las decisiones de los adherentes de adquirir información. Chan y Leland suponen además que la ley de los grandes números se cumple por lo que la demanda efectiva es igual a la demanda esperada¹⁹⁵.

¹⁹³ Esto significa que se toma en consideración las posibilidades de comportamiento de los adherentes antes de que el predisponente tome la decisión.

¹⁹⁴ Esto significa que la estrategia dominante para los predisponentes será ofrecer $\hat{q}(p)$.

¹⁹⁵ Chan, & Leland. Prices and Qualities in Markets with Costly Information. Pág. 505

Se puede establecer que en equilibrio no existe la posibilidad teórica de que todos los adherentes sean informados.

DEMOSTRACIÓN. Si todos los adherentes están informados, todos escogerán la combinación de (\hat{p}, \hat{q}) que maximiza su utilidad. Entonces, solo estas combinaciones (\hat{p}, \hat{q}) serán ofrecidas por los predisponentes, pues de lo contrario tendrán beneficios negativos. Pero, si solo estas combinaciones óptimas van a ser ofrecidas, no existe razón para que los adherentes adquieran información. Ya que

$$EU(p, q) = U(\hat{p}, \hat{q}) > U(p, q) - c_i \quad i = 1, 2.$$

Luego, existe una contradicción ya que los adherentes no querrán adquirir información. Entonces, debe haber al menos, algunos adherentes desinformados

Basados en estas condiciones se puede concluir que los posibles equilibrios que alcanza un mercado de contratos de adhesión pueden ser los siguientes:

- **EQUILIBRIO 1.** Para $c_1 < Y \leq c_2$, existe un equilibrio de forma única en el cual se ofrecen contratos de adhesión a un precio óptimo pero con dos calidades diferentes; una calidad óptima y una calidad mínima asociada al precio óptimo. Por lo que el equilibrio en el mercado será:

$$\{(p^*, q^*), (p^*, \underline{q}(p^*))\}$$

En el cual algunos adherentes están informado y otros no. Donde:

$$Y \equiv U(p^*, q^*) - EU(p^*, q)$$

Es un número determinado exógenamente y $EU(p^*, q)$ es la utilidad esperada de escoger aleatoriamente entre los contratos de adhesión que tengan el precio p^* . Esto significa que a los adherentes que no puedan observar la calidad de los contratos se les ofrecerá la mínima calidad posible a un precio competitivo. Sin embargo, dado que la decisión de adhesión se realiza aleatoriamente, un adherente puede toparse con la combinación de precio y calidad óptima (que es la que se le ofrece a los adherentes informados) o con una combinación de precio óptimo y calidad mínima asociada.

DEMOSTRACIÓN.

1. **SUFICIENCIA:** $\{(p^*, q^*), (p^*, \underline{q}(p^*))\}$ Es un equilibrio.

- i. Si $\{(p^*, q^*), (p^*, \underline{q}(p^*))\}$ es ofrecido y se tiene $c_1 < Y \leq c_2$, entonces, todos los adherentes informados tomarán los contratos que tengan la combinación (p^*, q^*) . Los adherentes desinformados (aquellos que no deciden incurrir en los costos de adquirir y procesar toda la información sobre la calidad del contrato antes de adherirse a él) contratarán aleatoriamente entre los diferentes contratos ofrecidos por los predisponentes. Sin embargo, dado que los adherentes pueden observar el precio, ellos no se alejarán de p^* . La CONDICIÓN 3 implica que las firmas obtienen cero beneficios.
- ii. Considérese que se ofrece un nuevo contrato a cualquier precio diferente al óptimo, es decir $p \neq p^*$. Este nuevo contrato, solamente se puede ofrecer a los adherentes desinformados. Pero, dado que el precio es un atributo observable, al ver que $p \neq p^*$, los adherentes desinformados sabrán que son los únicos a quienes se les ofrece este nuevo contrato, por lo que asumirán que el predisponente ofreció $\underline{q}(p)$, que es la calidad mínima asociada al nuevo precio. Entonces, los adherentes esperarán que su utilidad asociada a firmar un contrato con ese predisponente será 0. Pero, dado que la utilidad esperada de adherirse aleatoriamente a un contrato de precio p^* será positiva¹⁹⁶; entonces los adherentes preferirán contratar aleatoriamente entre los predisponentes con el precio p^* , por lo que los contratos de adhesión con $p \neq p^*$ no serán seleccionados. Conociendo esto, los predisponentes no ofrecerán un precio diferente a p^* , ya que de hacerlo obtendrán beneficios negativos. Se concluye que ningún precio diferente al óptimo será ofrecido por los predisponentes.
- iii. Considérese que los predisponentes están considerando ofrecer un nuevo contrato con una nueva calidad q tal que:

$$\underline{q}(p^*) > q > q^*$$

¹⁹⁶ Ya que existen dos calidades diferentes en el mercado se considera que (α) es la probabilidad de contratar con el predisponente que ofrece la combinación (p^*, q^*) a los adherentes informados. Se considera además que $(1-\alpha)$ es la probabilidad de contratar con el predisponente que ofrece $(p^*, \underline{q}(p^*))$. Dado que $U(p^*, q^*) > 0$ y que $U(p^*, \underline{q}(p^*)) = 0$. Entonces

$$EU = \alpha[U(p^*, q^*)] + (1-\alpha)[U(p^*, \underline{q}(p^*))] > 0$$

Por lo que el adherente preferirá contratar aleatoriamente entre los predisponentes que ofrezcan el mismo precio.

Como se supuso libertad de entrada, los predisponentes harán cero beneficios ofreciendo $\underline{q}(p^*)$. Ya que la nueva calidad no puede ser observada y en todo caso es inferior a la óptima, entonces solamente se adherirán (de forma aleatoria) a este nuevo contrato los adherentes desinformados. Pero, dado que incluir esta nueva calidad en el contrato genera un aumento de costos para los predisponentes y no un aumento en el número esperado de adherentes con quien contratar; ellos (los predisponentes) obtendrán beneficios negativos. Por lo tanto los predisponentes no ofrecerán una nueva calidad.

De lo anterior se concluye que en el mercado no se transarán contratos de adhesión que contengan nuevas calidades ni nuevos precios, por lo que $\{(p^*, q^*), (p^*, \underline{q}(p^*))\}$ es un equilibrio.

2. *UNICIDAD*. En el equilibrio solamente se tendrán dos combinaciones de precio y calidad. Los contratos de adhesión que ofrecen los predisponentes a los adherentes informados tendrán una combinación óptima de precio y calidad (p^*, q^*) . Los contratos de adhesión que ofrecen los predisponentes a los adherentes desinformados tendrán una combinación de precio y calidad $(p^*, \underline{q}(p^*))$.

i. Supóngase que los predisponentes que ofrecen contratos a los adherentes informados ofrecen alguna otra (s) combinación (es) de precio y calidad (\hat{p}, \hat{q}) tal que no obtienen beneficios negativos. Por definición se tiene que la utilidad asociada a la combinación de precio y calidad óptima es mayor que la asociada a cualquier otra combinación de precio y calidad. Esto es que $U(p^*, q^*) > U(\hat{p}, \hat{q})$. Entonces, un predisponente puede ofrecer un precio óptimo p^* y una calidad solo un poco inferior a la óptima. Por lo que la combinación $(p^*, q^* - \varepsilon)$ atraerá a todos los adherentes informados y generará beneficios positivos. Por lo tanto, (\hat{p}, \hat{q}) no puede ser el equilibrio ofrecido a los adherentes informados. Ya que para p^* todos los adherentes informados decidirán adherirse al contrato ofrecido por el predisponente con la máxima calidad, (p^*, q^*) será el equilibrio ofrecido a los adherentes informados.

ii. Recuérdesse que los predisponentes que ofrecen contratos a los adherentes desinformados tienen $\underline{q}(p)$ como una estrategia dominante

de la calidad, para cualquier \hat{p} . Supóngase que un predisponente ofrece $\hat{p} \neq p^*$. Ningún adherente contratará con este predisponente ya que al ofrecerse la menor calidad asociada a ese precio, la utilidad será 0. Por lo que los adherentes preferirán adherirse a contratos con p^* ya que su utilidad esperada es positiva en la medida en que pueden contratar con un predisponente que ofrezca (p^*, q^*) , según se mostró en el numeral ii. de la demostración de suficiencia. Teniendo en cuenta que ningún adherente contratará con los predisponentes que ofrezcan precios diferentes al óptimo y que los predisponentes sin clientes tienen beneficios negativos, no se ofrecerá un precio distinto del óptimo a los adherentes desinformados; por lo que tampoco se ofrecerá una calidad distinta a $\underline{q}(p)$.

Por las razones anteriores se demuestra que en el equilibrio solamente se ofrecerán contratos que tengan las combinaciones de precio y calidad $\{(p^*, q^*), (p^*, \underline{q}(p^*))\}$. Es decir, no es viable que exista en el mercado ningún contrato de adhesión que tenga una combinación de precio y calidad diferente a (p^*, q^*) y a $(p^*, \underline{q}(p^*))$.

En virtud de la suficiencia y la unicidad queda demostrado que $\{(p^*, q^*), (p^*, \underline{q}(p^*))\}$ es un equilibrio de forma única.

- **EQUILIBRIO 2.** Para cualquier parámetro de c_1 y c_2 existe un equilibrio de forma única:

$$\{[p^{**}, \underline{q}(p^{**})]\}$$

En el cual todos los adherentes permanecen desinformados sobre la calidad de los contratos de adhesión. Este es el caso teóricamente posible en el que ningún adherente decidirá incurrir en los costos de adquirir y procesar información sobre la calidad del contrato, puesto que utilidad esperada de no hacerlo es mayor que la utilidad obtenida de adherirse al contrato con la combinación de precio y calidad óptima menos el costo de la información. Esto significa que:

$$Y \leq c_1 < c_2$$

Donde p^{**} maximiza $p - AC(\underline{q}(p), \hat{n})$ dado $\hat{n} = \hat{n}[p^{**}, \underline{q}(p^{**})]$. Es decir, p^{**} maximiza los beneficios promedio¹⁹⁷ de cada predisponente, dado el número mínimo de contratos que necesita transar para cubrir los costos promedios en los que incurre por ofrecer contratos de adhesión a ese precio y a la calidad mínima asociada.

Este es el equilibrio al que se llega una vez se omite el supuesto de que algunos adherentes pueden informarse acerca de la calidad de los contratos de adhesión. Aunque la generalización de que todos los adherentes en un mercado son desinformados es complicada de sostener, según las aproximaciones de Korobkin, esta es una posibilidad que también debe ser considerada, al menos teóricamente.

DEMOSTRACIÓN:

1. *SUFICIENCIA.* Si $\{[p^{**}, \underline{q}(p^{**})]\}$ es ofrecida, todos los adherentes permanecerán desinformados acerca de la calidad de los contratos de adhesión y contratarán aleatoriamente. Considérese el caso en que un predisponente ofrece una combinación de calidad diferente a la de equilibrio que genera utilidad mayor o igual que cero en los predisponentes; es decir, $(p, q) \neq (p^{**}, \underline{q}(p^{**}))$, tal que $U(p, q) \geq 0$. Esto atraerá el mismo número de adherentes aleatorios. La cantidad demandada no cambiará para esta firma ya que los adherentes solo puede observar el precio, por lo que asumirán que los predisponentes ofrecerán la mínima calidad asociada; luego, los adherentes supondrán que la utilidad derivada de este nuevo contrato será igual 0 y no mayor o igual (como realmente es). Entonces, los adherentes serán indiferentes entre contratar (p, q) o $(p^{**}, \underline{q}(p^{**}))$. Luego, dado que la escogencia es aleatoria y los adherentes no creerán que la nueva combinación ofrecida hace su utilidad mayor o igual que cero, el número contratos que transará este predisponente no aumentará.

¹⁹⁷ Recuérdese que los beneficios se definen como la diferencia entre los ingresos, que es el precio que obtiene el predisponente por cada contrato multiplicado por el número de contratos de adhesión que tranza, menos los costos totales en que incurre. Esto es:

$$\Pi = p \cdot \hat{n} - CT(\underline{q}(p), \hat{n})$$

Dividiendo esta expresión por n se llega a los beneficios promedios de cada predisponente, que son:

$$\bar{\Pi} = p - AC(\underline{q}(p), \hat{n})$$

Esta es la expresión que los predisponentes quieren maximizar.

Como el número de contratos no aumenta, pero la nueva combinación de precio y calidad escogida hace que los costos para el predisponente sean mayores, entonces el beneficio será negativo. Dicho de otra forma, si no cambia la cantidad demandada, cualquier otra combinación de precio y calidad diferente a $(p^{**}, \underline{q}(p^{**}))$, causará beneficios negativos. Por lo tanto la nueva combinación de precio y calidad no será ofrecida. Luego, $(p^{**}, \underline{q}(p^{**}))$ es un equilibrio.

2. *UNICIDAD*. Si p no maximiza $p - AC(\underline{q}(p), \hat{n})$ dado $\hat{n} = \hat{n}[p^{**}, \underline{q}(p^{**})]$, entonces el predisponente que ofrece $(p, \underline{q}(p))$, percibe que puede tener un beneficio positivo alterando su nivel de precios. Es decir, si el predisponente ofrece un precio diferente al óptimo, tiene incentivos para alterarlo hasta llegar al óptimo, ya que esto le generaría mayores beneficios (y beneficios maximiza en el óptimo). Dichos incentivos se mantendrán hasta que el predisponente llegue a p^{**} . Una vez ofrezca ese precio, ofrecerá $\underline{q}(p^{**})$. Luego el único equilibrio al que se puede llegar es $(p^{**}, \underline{q}(p^{**}))$. Como se demostrará en el apéndice, esta solución es equivalente a ofrecer la calidad óptima pero a un precio supra competitivo. La explicación intuitiva de esta conclusión es que dado que el precio es un indicador de calidad ($\underline{q}(p)$), la calidad bajará hasta el mínimo nivel posible pero el precio no. Por lo tanto, el precio podrá bajar hasta el punto p^{**} , en el que la calidad asociada será la óptima, es decir, q^* .

La relación existente entre p^{**} y p^* será explicada en el Apéndice 1.

La conclusión de todas estas proposiciones es clara; el mercado no puede asegurar que se ofrezca una calidad óptima en los contratos de adhesión cuando una porción de adherentes está desinformada sobre la calidad de los mismos. Estos resultados ya habían sido expuestos por Katz y Gazal, a partir de modelos en los que se explicaba la falla de mercado a partir del problema de la falta de lectura de los contratos por los adherentes¹⁹⁸. Estos autores terminaban demostrando que, como para los adherentes era demasiado costoso leer los contratos, lo predisponentes, concientes de este hecho, terminaban ofreciendo baja calidad. Sin embargo, como lo anotamos anteriormente, estos modelos representan una comprensión errada del problema, que

¹⁹⁸ Katz señala que: “And, if no one will read a form offer, then the seller should always choose the minimum implied quality”. Katz. Your Terms or Mine? The Duty to Read the Fine Print in Contracts. Pág. 527.

cierra el círculo de aplicación de sus conclusiones¹⁹⁹. Efectivamente, la teoría expuesta en este trabajo está construida a partir del problema de los predisponentes, tal y como lo sugirió Goldberg²⁰⁰.

De todas formas, estos resultados contradicen los argumentos basados en Schwartz y Wilde y el argumento según el cual la menor calidad de los contratos de adhesión vendrá compensada por una rebaja equivalente en el precio de la mercancía o del servicio²⁰¹. Es claro que el mercado no puede sacar los contratos de adhesión con cláusulas sub óptimas (cuya combinación de precio y calidad es diferente a la óptima) y que la baja calidad no se compensa por un precio equivalente, en la medida en que en los equilibrios encontrados está presente la combinación de precio óptimo y calidad mínima asociada.

5. LAS CONSIDERACIONES SOBRE EL *ESTÁNDAR DE MÍNIMA CALIDAD EN LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN*

Conforme a los resultados anteriormente presentados, es claro que a los adherentes desinformados se les ofrecerán contratos de adhesión que extraigan totalmente su excedente. Sin embargo, por los efectos de la competencia, los predisponentes continuarán haciendo cero beneficios; entonces la ineficiencia que producen los contratos de adhesión en el mercado es clara. Sin embargo, la posibilidad de exigir un *estándar mínimo de calidad* mejoraría este resultado sustancialmente en la medida en que permitiría que los adherentes conservaran parte de su excedente²⁰².

Este tipo de soluciones para mejorar las ineficiencias del mercado ya ha sido enunciado por algunos académicos. La propuesta que mejor representa esta idea fue la realizada por Alfaro sobre la eficacia declarativa que deben tener las condiciones generales. Al exigir que la validez de los contratos de adhesión esté sujeta a que su contenido sea conforme con las normas y principios legales de un ordenamiento jurídico, Alfaro afirma que los contratos de adhesión deben reflejar los criterios de distribución de las cargas contractuales y la equivalencia de las prestaciones que ha estimado el legislador como deseables. Asegurar este resultado mediante el control del contenido de los contratos de adhesión no es más que exigir que la calidad de los mismos no sea inferior a la determinada por el ordenamiento jurídico. Pero este

¹⁹⁹ De hecho, bajo los planteamientos de Katz y Gazal, es difícil justificar que la ausencia de lectura es la razón por la cual ciertas firmas, en calidad de adherentes, resultan firmando contratos de adhesión de baja calidad.

²⁰⁰ Goldberg. Institutional Change and the Quasi-Invisible Hand..

²⁰¹ Alfaro Águila-Real. *Las condiciones generales de la contratación*. Pág. 72

²⁰² “El excedente del consumidor es la diferencia entre la cantidad que los consumidores están dispuestos a pagar por un bien y la que pagan realmente”. Pindyck, & Rubinfeld. *Microeconomía*. Pág 113.

control se debe realizar siempre de forma anterior a la celebración del contrato²⁰³ ya que los costos acudir a los tribunales son, en muchos casos, prohibitivos para los adherentes. Los altos costos de acudir a los tribunales impiden que efectivamente se corrija la calidad en la mayoría de contratos de un mercado determinado, por lo que un control exclusivamente ex post no podría asegurar una mejora significativa en el bienestar social. La solución debe buscarse en una etapa anterior a la celebración del contrato para que todos los adherentes queden cobijados por la mejora en la calidad y no solamente quienes pudieron obtenerla gracias a la costosa intervención de los jueces.

En esta sección mostraremos como los resultados encontrados anteriormente se pueden mejorar para los adherentes mediante la inclusión de un estándar mínimo de calidad. La discusión sobre cuál es el estándar mínimo que se debe incluir, que es en últimas la pregunta sobre cuál es el contenido de un contrato de adhesión determinado que mejor refleja los principios de un ordenamiento jurídico para una transacción determinada, escapa al objetivo del presente trabajo, por lo que no será abordada. Esto significa que se considerará un estándar mínimo de calidad y no un estándar óptimo de calidad mínima. Un nivel de calidad mínimo en los contratos de adhesión que regulan una transacción determinada puede ser ofrecido por el predisponente si²⁰⁴:

- Puede ser producido a un precio mínimo rentable $P_0 = \underline{p}(q_0)$; y
- A este precio, $\underline{q}(p_0) < q_0$, por lo que los adherentes conservan parte de su excedente.
- En consecuencia, $U(p_0, q_0) = U(\underline{p}(q_0), q_0) > 0$

Con estas consideraciones, el nivel mínimo de calidad q_0 tiene las siguientes implicaciones para el equilibrio.

- **EQUILIBRIO 3.** Para $c_1 < X \leq c_2$ existe un equilibrio de la forma:

$$\{(p^*, q^*), (p^*, \underline{q}_0(p^*))\}$$

Donde $\underline{q}_0(p^*) = \max(\underline{q}(p^*), q_0)$, en el cual algunos adherentes están desinformados y otros no.

$$X \equiv U(p^*, q^*) - E_0 U(p^*, q)$$

²⁰³ Lo que no impide que también se realice de forma posterior.

²⁰⁴ Chan, & Leland. Prices and Qualities in Markets with Costly Information.

$E_0U(p^*, q)$ Es la utilidad esperada de contratar aleatoriamente al precio p^* . Bajo ciertas circunstancias (p_0, q_0) será ofrecida en equilibrio, donde $p_0 = \underline{p}(q_0)$

DEMOSTRACIÓN:

Según lo demostrado en la proposición 2, las combinaciones (p^*, q^*) y $(p^*, \underline{q}_0(p^*))$ serán ofrecidas. Se tiene además que $E_0U(p^*, q)$ es la utilidad esperada de los adherentes por adherirse a los contratos ofrecidos por los predisponentes cuando solamente existen estas dos combinaciones de precio y calidad. Ahora considérese un predisponente que ofrece una combinación de precio y calidad mínima (p_0, q_0) . Si $U(p_0, q_0) < E_0U(p^*, q)$ ningún adherente será atraído por esta nueva combinación de precio y calidad presente en los contratos de adhesión y por ello ningún predisponente la ofrecerá. Además, ya que los predisponentes siempre escogen la mínima calidad dado el precio, ninguna combinación de precio y calidad les dará a los adherentes una utilidad esperada mayor a $E_0U(p^*, q)$. Esto se debe a que el precio óptimo es el mínimo al cual se produce la calidad óptima. Luego, cualquier precio diferente al óptimo no va a ser el precio mínimo al que se ofrece la calidad máxima, por lo que la utilidad esperada va a ser menor que $E_0U(p^*, q)$.

Si $U(p_0, q_0) > E_0U(p^*, q)$ los adherentes desinformados preferirán adherirse a contratos ofrecidos al precio p_0 ; entonces la combinación (p_0, q_0) se ofrecerá en el mercado. Pero, como en todo caso, dado que $U(p_0, q_0) < U(p^*, q^*)$, algunos predisponentes en equilibrio continuarán ofreciendo a $(p^*, \underline{q}_0(p^*))$ ya que la calidad de los contratos no puede ser observada y en todo caso se va a seguir ofreciendo la combinación de precio y calidad óptima. Entonces, algunos predisponentes oportunistas continuarán ofreciendo la mínima calidad permitida para el precio óptimo. Como estos predisponentes tendrán más beneficios que aquellos que ofrecen la combinación (p_0, q_0) , entonces más predisponentes continuarán entrando al mercado y ofreciendo $(p^*, \underline{q}_0(p^*))$ hasta que se llegue a que:

$$U(p_0, q_0) = E_0U(p^*, q)$$

Cuando se llegue a esta condición los adherentes serán indiferentes entre adherirse a contratos a un precio p^* o a p_0 . En esta situación no puede cobrarse un precio superior a p_0 por los predisponentes que ofrecen la

combinación (p_0, q_0) , ya que los adherentes sabrán que la calidad asociada a este nuevo precio debe ser q_0 y no se adherirán.

- **EQUILIBRIO 4.** Cuando existe un nivel de calidad mínimo q_0 , para cualquier parámetro de c_1, c_2 existe un equilibrio de forma única:

$$\{(p_0, q_0)\}$$

En el cual todos los adherentes están desinformados sobre la calidad de los contratos de adhesión existentes. Este es el caso, teóricamente posible, en que ninguno de los adherentes está informado sobre la calidad de los contratos de adhesión existentes en un mercado determinado.

DEMOSTRACIÓN:

Para cualquier precio tal que $q_0 > \underline{q}(p)$, la utilidad para los adherentes será mayor que cero, esto es $U(p, q_0) > 0$. Entonces, estos precios atraerán a los adherentes desinformados ya que, de no existir calidad mínima $q = \underline{q}(p)$ generaría utilidad igual a cero. La existencia de esta calidad mínima haría que la reducción de precios no estuviera acompañada por cambios en calidad, entonces los predisponentes competirían por precios, que pueden ser observados por los adherentes, por lo que el precio llegaría hasta el punto mínimo que permite hacer beneficios no negativos, esto es $p_0 = \underline{p}(q_0)$.

Queda demostrado que en todo caso un *estándar de mínima* calidad en los contratos de adhesión mejora el resultado de un mercado determinado puesto que permite que los adherentes desinformados conserven parte de su excedente.

La cuestión fundamental que debe ser analizada en los contratos de adhesión es si el mercado es capaz de asegurar que los adherentes participen en contratos que maximicen sus intereses y con ello se garantice el ejercicio de su libertad contractual. La respuesta es no. El mercado es incapaz de corregir los contratos ineficientes cuando los adherentes tienen una racionalidad limitada y existe información asimétrica entre ellos y los predisponentes. El resultado que se debe esperar es que a los adherentes desinformados se les ofrezcan contratos de adhesión con combinaciones de precio y calidad en que se brinda la mínima calidad posible asociada a un precio óptimo, lo que constituye una limitación del ejercicio de su libertad contractual. Esta incapacidad del mercado para asegurar la existencia de contratos óptimos para los adherentes se debe compensar con la exigencia de estándares mínimos de calidad; esto corrige parcialmente la falla del mercado en la medida en que los adherentes pueden conservar una parte de su excedente, lo que mejora los resultados globales de las transacciones realizadas utilizando contratos de adhesión.

CONCLUSIONES

Los contratos de adhesión son uno de los instrumentos mas apropiados para que las empresas disminuyan los costos asociados a su participación en el mercado. Esto se logra gracias a la supresión del proceso de negociación, a la consolidación de la estructura interna de la firma y a la disminución de la incertidumbre presente en las transacciones mercantiles. Cuando Coase clarificó con su famoso artículo de 1937 cual era la naturaleza de la firma, aportó los elementos necesarios para entender la búsqueda constante que debían realizar las firmas por disminuir los costos de transacción. Luego, la utilización de estos contratos está inevitablemente ligada a la actividad empresarial en una economía de mercado de grandes escalas de producción.

Pero lo que parecía ser un instrumento ideal para que las firmas solucionaran su problema de maximización de beneficios empezó a generar desconfianza entre los adherentes. Las eficiencias generadas para las firmas predisponentes no se reflejaban en el mercado; por el contrario, con el paso de los años, aumentaban las disputas entre quienes celebraban estos contratos. Al parecer, los contratos de adhesión no satisfacían todas las expectativas de quienes los suscribían ya que los predisponentes procuraban obtener un beneficio máximo a costa de la disminución de la utilidad de los adherentes.

Como se demostró, este problema no tenía su explicación en la ausencia de negociación de los términos ya que el mercado debería ser capaz de asegurar que las dos partes que realizan una transacción determinada obtuvieran el resultado que maximizara sus intereses. Este argumento suponía que si los predisponentes y los adherentes se comportaban de acuerdo con los postulados de la teoría de la escogencia racional, el mercado proveía los incentivos necesarios para que se incluyeran solo términos eficientes en los contratos.

Pero la teoría económica, a partir del trabajo de Akerlof, brindó buenas razones para desconfiar del funcionamiento del mercado cuando los agentes no contaban con toda la información necesaria para tomar sus decisiones conforme a los axiomas de la escogencia racional. Desde el trabajo de Goldberg se aplicó esta idea al tema de los contratos de adhesión. Sin embargo, con el trabajo de Korobkin se estableció de forma detallada cuales eran las causas de que los agentes que se adherían al contrato actuaran de forma racional pero limitada. Esta modificación en los supuestos de comportamiento de los contratantes hacia imperativo que se desarrollara un nuevo análisis sobre si el mercado podría asegurar que los contratos de adhesión tuvieran solamente términos eficientes. Entonces, la búsqueda de las causas de insatisfacción de los adherentes se debería realizar en la teoría de las fallas del mercado²⁰⁵.

²⁰⁵ Korobkin. Bounded Rationality, Standard Form Contracts, and Unconscionability. Pág. 1206

El problema fundamental que se presenta en estos contratos es que la información necesaria para que los adherentes tomen sus decisiones con pleno conocimiento de los atributos de un contrato determinado, solo está disponible a un costo muy alto. Esto conlleva a que exista una asimetría de información entre los adherentes y predisponentes que no se puede solucionar. Entonces, los predisponentes tienen los incentivos para reducir la calidad en los atributos de un contrato que no pueden ser conocidos por los adherentes, lo que provoca que se llegue a una situación en la que los contratos ofrecidos tienen la mínima calidad posible asociada a un precio determinado, con lo que los predisponentes extraen todo el excedente de los adherentes. Como el problema de información es demasiado costoso de solucionar, el resultado final es que no existe la posibilidad teórica de que los términos de baja calidad sean corregidos. Esto hace necesaria la intervención de un tercero que, mediante la imposición de un estándar mínimo de calidad, mejore la situación que el mercado no puede corregir. Desde esta perspectiva, el presente artículo constituye un esfuerzo para explicar la necesidad de que los contratos de adhesión sean regulados por el ordenamiento jurídico.

Todos los argumentos anteriores constituyeron una aproximación teórica al problema de los incentivos que tienen los predisponentes para fijar contenidos de baja calidad en los contratos de adhesión, lo que no es más que una explicación del comportamiento de la firma bajo ciertas condiciones. Con este marco teórico se pueden analizar la gran mayoría de las cláusulas de exclusión y limitación de responsabilidad en los contratos de seguros y de transporte, las cláusulas de limitación de garantía en los contratos de compra venta, las cláusulas de limitación de responsabilidad del banco por mal pago de cheques, las cláusulas incluidas en las listas negras y grises de las legislaciones que regulan el contenido de los contratos de adhesión, como manifestaciones idénticas de un mismo comportamiento que debe ser controlado.

En cada uno de estos ejemplos se debe identificar la información que no puede ser observada por los adherentes y la consecuente modificación a la calidad realizada por los predisponentes. Con el análisis propuesto se puede entender porqué la competencia entre los empresarios de un determinado ramo se realiza sobre las condiciones generales deteriorando la calidad de los contratos ofrecidos²⁰⁶. Por ejemplo, este modelo ofrece muy buenas razones para explicar porqué la gran mayoría de los contratos de depósito celebrados con los parqueaderos en la ciudad de Bogotá tienen incluidas una serie de cláusulas de limitación de responsabilidad aún cuando la Corte Suprema de Justicia ya ha determinado, en algunos casos

²⁰⁶ Como lo expresa Rakoff: "If discipline by competition is assumed, it is competition among institutions that is at issue". Rakoff. *Contracts of Adhesion: An Essay in Reconstruction*. Pág. 1224

particulares, que este tipo de restricciones son inválidas²⁰⁷. La competencia entre los parqueaderos no ha podido asegurar que se supriman estas cláusulas, por el contrario, su uso se ha vuelto cada vez más generalizado. Lo mismo sucede en la agencia comercial en donde la disminución de la calidad del contrato se ha realizado frecuentemente mediante la renuncia a la cesantía comercial. En este tema también se ha visto como varios empresarios de un mismo sector, que están en situación de aparente competencia, terminan ofreciendo contratos con el mismo patrón de calidad²⁰⁸. En todos estos casos se hace necesaria la regulación ex ante del contenido ya que, debido a los altos costos que tiene iniciar un debate judicial, la ineficiencia del mercado en muchos casos no puede ser ni siquiera conocida por los jueces.

Estos son ejemplos que ilustran la falla de mercado que representan los contratos de adhesión en Colombia, sin embargo corresponde a futuros estudios clarificar las desviaciones de calidad producidas en cada contrato particular y los problemas de información asociados, lo que aportaría nuevos criterios prácticos para el control de su contenido.

²⁰⁷ Sentencia de Casación Civil de 6 de marzo de 1972. Magistrado ponente Humberto Murcia Ballén.

²⁰⁸ Un ejemplo ilustrativo es el caso de los operadores de telefonía celular. La cesantía comercial fue suprimida de los contratos ofrecidos tanto por Bellsouth como por Comcel, que en ese momento eran las únicas empresas en el mercado. Prueba de ello fueron los procesos arbitrales en los que los agentes alegaron la irrenunciabilidad de la cesantía comercial. Al respecto se pueden consultar los siguientes Laudos: Laudo Arbitral de Valores y Descuentos Ltda. Vs. Bell South Colombia S.A. de 4 de junio de 2002; y Laudo Arbitral de Cellular Trading de Colombia Ltda.

APÉNDICE

Pero ¿cuál es la relación que se observa entre p^{**} y p^* ? Para aclarar esto, primero se debe considerar el problema del predisponente cuando el atributo observable es el precio. Matemáticamente se demostrará que la solución de este problema es la misma que la del problema anterior. Esto se debe a que cuando todos los adherentes están desinformados se ofrecerá la combinación de precio y calidad que los deje sin ningún excedente y al tiempo que maximice los beneficios de los predisponentes. Esto solamente lo logrará una combinación de precio y calidad que es, la calidad óptima pero a precios monopólicos.

Cuando el predisponente se enfrenta al problema de determinar el precio que compra a los adherentes suponiendo que la calidad es el atributo observable, se debe hallar q^{**} tal que maximice $\bar{p}(q) - AC(q, \hat{n})$ dado $\hat{n} = \hat{n}[\bar{p}(q^{**}), q^{**}]$. El equilibrio en este caso será $\{[\bar{p}(q^{**}), q^{**}]\}$ ²⁰⁹. Entonces q^{**} Satisface

$$(1.1) \frac{d\Pi}{dq} = \frac{d\bar{p}}{dq} - AC_q = 0.$$

Despejando AC_q se llega a que:

$$(1.2) AC_q = \frac{d\bar{p}}{dq}$$

Por definición se tenía que $\bar{p}(q) = f(q)$ y que $q(p) = f^{-1}(p)$; y dado que la derivada de una función por la derivada de la función inversa es igual a 1, se llega a:

$$(1.3) \frac{d\bar{p}}{dq} \cdot \frac{dq}{dp} = 1$$

Despejando $\frac{dq}{dp}$ se tiene

$$(1.4) \frac{dq}{dp} = \frac{1}{\frac{d\bar{p}}{dq}},$$

²⁰⁹ La demostración se puede realizar a partir de la realizada en la PROPOSICIÓN 3. Chan, & Leland. Prices and Qualities in Markets with Costly Information. Pág. 512

Se debe agregar que en este problema $q^{**} = q^*$ ya que $\bar{p}(q^{**}) = f(q)$.

Ahora considérese de nuevo el caso en que se deba maximizar el precio ya que la calidad no es un atributo observable. El problema del predisponente era encontrar p^{**} que maximiza $p - AC(q(p), n)$ dado $n = n[p^{**}, \underline{q}(p^{**})]$. Entonces p^{**} debe satisfacer $\frac{d\Pi}{dp} = 1 - AC_q \frac{dq}{dp} = 0$. Despejando esta expresión para AC_q se llega a que:

$$(1.5) \frac{1}{\frac{dq}{dp}} = AC_q$$

Reemplazando (1.4) en (1.5) se concluye que

$$\frac{d\bar{p}}{dq} = AC_q$$

Por lo que los dos problemas tienen la misma solución. Entonces $p^{**} = \bar{p}(q^{**})$ y $\underline{q}(p^{**}) = q^{**}$. El equilibrio de mercado cuando todos los adherentes estaban desinformados respecto a la calidad era $(p^{**}, \underline{q}(p^{**}))$. Utilizando el hecho de $p^{**} = \bar{p}(q^{**})$ y $\underline{q}(p^{**}) = q^{**}$ se llega a

$$\{[\bar{p}(q^{**}), q^{**}]\}$$

Finalmente, reemplazando $q^{**} = q^*$ se tiene que el equilibrio de mercado será:

$$\{[\bar{p}(q^*), q^*]\}$$

Esto significa que cuando todos los adherentes están desinformados se va a ofrecer una calidad óptima en el contrato pero a precios supra competitivos, lo que es equivalente al resultado cuando el mercado es monopolístico.

BIBLIOGRAFÍA

- Akerlof, George. (1970). The Market for Lemons: Quality Uncertainty and the Market Mechanism. *Quarterly Journal of Economics*, 84, 488-500.
- Albiez Dohrmann, Klaus Jochen. (1989). Exposición sucinta de la jurisprudencia alemana sobre la buena fe en las condiciones generales del contrato (artículo 9 de la Ley para la Regulación del Derecho de las Condiciones Generales del Contrato- AGBG). *Anuario de derecho civil*, 42(3), 869-886.
- Alfaro Águila-Real, Jesús. (1991). *Las condiciones generales de la contratación*. Madrid: Editorial Civitas, S.A.
- Arrubla Paucar, Jaime Alberto. (1998). *Contratos mercantiles* (Tercera ed. Vol. II). Medellín: Biblioteca Jurídica Dike.
- Ascarelli, Tullio. (1964). *Iniciación al estudio del derecho mercantil*. Barcelona: Bosch, Casa Editorial.
- Atiyah, Patrick S. (1989). *An Introduction to the Law of Contracts* (Fourth ed.). Oxford: Oxford University Press.
- Ballesteros Garrido, José Antonio. (1999). *Las condiciones generales de los contratos y el principio de autonomía de la voluntad*. Barcelona: José María Bosch Editor.
- Bullard Gonzáles, Alfredo. (2003). *Derecho y economía. El análisis de las instituciones legales*. Lima: Palestra Editores.
- Cataño, José Félix. (2004). *La teoría económica neoclásica básica: apuntes críticos sobre sus características, su metodología y sus resultados*. Unpublished manuscript, Bogotá.
- Cepeda, Manuel José. (1985). Los contratos por adhesión: problemas y soluciones. *Revista de Derecho Civil*, 3, 7-63.
- Coase, Ronald Harry. (1937). The Nature of the Firm. *Economica*, 4, 386-405.
- Coase, Ronald Harry. (1994). *La empresa, el mercado y la ley*. Madrid: Alianza Editorial.
- Collins, Hugh. (1999). *Regulating Contracts*. New York City: Oxford University Press.
- Chan, Yuk-Shee, & Leland, Hayne E. (1982). Prices and Qualities in Markets with Costly Information. *Review of Economic Studies*, 49, 499-516.
- Demsetz, Harold. (1997). *La economía de la empresa*. Madrid: Alianza Editorial, S.A.
- Gazal, Oren. (1999). Economic Analysis of Unfair Terms in Standard Form Contracts. *Erasmus Programme in Law and Economics. Discussion Pappers on Law and Economics*, 100.
- Goldberg, Victor P. (1974). Institutional Change and the Quasi-Invisible Hand. *The Journal of Law and Economics*, 17(2), 461-492.
- Hart, Oliver, & Moore, John. (1999). Foundations of Incomplete Contracts. *Review of Economic Studies*, 66, 115-138.
- Katz, Avery. (1990). Your Terms or Mine? The Duty to Read the Fine Print in Contracts. *Rand Journal of Economics*, 21(4), 518-537.
- Kessler, Friedrich. (1943). Contracts of Adhesion-Some Thoughts about Freedom of Contract. *Columbia Law Review*, 43(5), 629-642.
- Korobkin, Russell. (2003). Bounded Rationality, Standard Form Contracts, and Unconscionability. *University of Chicago Law Review*, 70, 1203-1295.
- Kreps, David. (1990). *A Course in Microeconomic Theory*. New Jersey: Princeton University Press.

- Laffont, Jean-Jacques, & Martimort, David. (2002). *The Theory of Incentives. The Principal-Agent Model*. New Jersey: Princeton University Press.
- Mankiw, N. Gregory. (2004). *Principios de economía* (Tercera ed.). Madrid: Mc Graw Hill.
- Nicholson, Walter. (2002). *Microeconomic Theory* (Eighth ed.).
- Pindyck, Robert S., & Rubinfeld, Daniel L. (1995). *Microeconomía*. Bogotá: Prentice Hall.
- Pinzón Sánchez, Jorge. (1995). Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas. *Revista de Derecho Privado*, 17, 73-124.
- Posner, Richard A. (1998). *El análisis económico del derecho*. México, D.F.: Fondo de cultura económico.
- Rakoff, Todd. (1983). Contracts of Adhesion: An Essay in Reconstruction. *Harvard Law Review*, 96, 1174-1284.
- Rengifo García, Ernesto. (2002). *Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante* (Primera ed.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Salop, Steven, & Stiglitz, Joseph. (1977). Bargains and Ripoffs: A Model of Monopolistically Competitive Price Dispersion. *Review of Economic Studies*, 44, 493-510.
- Screpanti, Ernesto, & Zamagni, Stefano. (1997). La Teoría Económica Contemporánea. *Panorama de Historia del Pensamiento Económico*. Barcelona: Editorial Ariel.
- Schwartz, Alan, & Wilde, Louis L. (1979a). Equilibrium Comparison Shopping. *Review of Economic Studies*, 45, 543-553.
- Schwartz, Alan, & Wilde, Louis L. (1979b). Intervening in Markets on the Basis of Imperfect Information: A Legal and Economic Analysis. *University Of Pennsylvania Law Review*, . 127, 630-682.
- Schwartz, Alan, & Wilde, Louis L. (1985). Product Quality and Imperfect Information. *Review of Economic Studies*, 52, 251-262.
- Slawson, David. (1971). Standard Form Contracts and Democratic Control of Lawmaking Power. *Harvard Law Review*, 84(3), 529-566.
- Stigler, George J. (1961). The Economics of Information. *The Journal of Political Economy*, 69(3).
- Suescún Melo, Jorge. (2003a). *Derecho privado. Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo* (Segunda ed. Vol. I). Bogotá: Legis Editores S.A.
- Suescún Melo, Jorge. (2003b). *Derecho Privado. Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo. Tomo II* (Segunda Edición ed.). Bogotá: Legis S.A.
- Trebilcock, Michael J. (1993). *The Limits of Freedom of Contract*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press.
- Williamson, Oliver. (1989). *Las Instituciones Económicas del Capitalismo*. México, D.F.: Fondo de Cultura Económica.