

Libro Homenaje a
**Felipe
Osterling Parodi**



Comité de Honor:

Jorge Avendaño Valdez

Mario Castillo Freyre

Manuel de la Puente y Lavalle †

Oswaldo Hundskopf Exebio

Guillermo Lohmann Luca de Tena

Alfonso Rebaza González

Fernando Vidal Ramírez



LIBRO HOMENAJE A FELIPE OSTERLING PARODI - Volumen I
Primera edición, diciembre de 2008

Coordinador de la obra: Mario Castillo Freyre

Queda prohibida la reproducción total o parcial de esta obra sin el consentimiento expreso del Coordinador.

© Copyright 2008 : PALESTRA EDITORES S.A.C.
Calle Carlos A. Salaverry 187 - Lima 18 - Perú
Telefax: (511) 7197-626 / 7197-627
E-mail: palestra@palestraeditores.com
Website: www.palestraeditores.com

Impresión y encuadernación:
Grández Gráficos S.A.C.
Mz. E Lt. 15 Urb. Santa Rosa de Lima - Lima 39 - Perú

Diagramación : José Luis Huarcaya Camargo
Diseño de carátula : Macarena Rojas Osterling

HECHO EL DEPÓSITO LEGAL EN LA BIBLIOTECA NACIONAL DEL PERÚ N° 2008-15254

ISBN: 978-9972-224-92-8

Número de registro del proyecto editorial: 31501220800718

Tiraje: 800 ejemplares

Impreso en el Perú

Printed in Peru

08

No hay cláusulas abusivas sino mal informadas (o no leídas). ¿Hasta dónde regular la contratación en masa?

*Cecilia O'Neill de la Fuente**

«A lo mejor uno no sólo es responsable de lo que hace, sino también de lo que ve, o lee o escucha».

Javier Cercas**

SUMARIO: 1. Renovando paradigmas. — 2. Mala aplicación de una mala norma. — 3. No lo extrañaríamos. — 4. ¿Qué pasó con la contratación entre iguales? — 5. Conciliando intereses: menos costos: más protección. — 6. ¿Contratos sin acuerdo? — 7. Contratos con acuerdo: ¿qué hacer? — 8. Solamente sin la «vacuna» del Estado. — 9. Más responsabilidad, más costos. — 10. No suspender la ejecución, no rescindir, no resolver. ¿Nunca? — 11. El silencio no vale nada. — 12. La lista negra. — 13. La buena fe es un paradigma. Y como tal, evoluciona. — 14. La eficiencia del mercado. Eficiencia desde el mercado. 15. Competencia por cláusulas generales. — 16. Quiero ser ignorante. — 17. La información vale oro. — 18. Oro para los consumidores. — 19. ¿Quiénes son los radicales? — 20. ¿A favor de quién? — 21. ¿Quién es el descuidado? Quizá conviene serlo. — 22. ¿Qué hacemos? — 23. Libertad con responsabilidad.

* Agradezco a Andrés Pesaque Mujica por su colaboración, y a Alfonso Rebaza por convocarme para participar en este homenaje.

** Autor de la novela *Soldados de Salamina* entre otras publicaciones.

La Universidad crea lazos personales. La vida profesional un poco menos. Pero con Felipe ocurre algo curioso. El haberlo conocido recién durante el ejercicio profesional no fue impedimento para sentir por él la admiración suscitada por un profesor respetado, la complicidad propia de dos colegas, y la empatía que nos une con los amigos.

1. RENOVANDO PARADIGMAS

Hay que poner en la mesa de debates la posibilidad (mejor dicho, la necesidad) de reformular la aproximación al tema de la contratación en masa. Creo que luego de analizar las herramientas disponibles para regular el tema, corresponde escoger, como hizo el legislador de 1984, una regulación por estándares; la diferencia es que esta vez los estándares deberían ser informativos, no dirigistas que determinen *per se* qué es bueno y qué es malo para los consumidores.

Un estándar dirigista es el que determina los contenidos mínimos y máximos de la regulación. En el caso de un contrato de arrendamiento por ejemplo, es dirigista la norma que establece un plazo máximo de diez años. El estándar informativo, en cambio, pone el acento en la necesidad de brindar información para poder tomar decisiones responsables. Un típico estándar informativo es el asumido por la regulación de contratos de servicios financieros, según la cual para que una modificación unilateral del contrato entre en vigencia, es necesario comunicarlo a los clientes con cierta anticipación.

En el caso de la contratación en masa, si los estándares regulatorios giran del dirigismo a la información, los contratos no pueden ser vejatorios porque no pueden tener cláusulas abusivas. En determinadas circunstancias pueden ser ilegales o incluso pueden activar remedios como la lesión o la anulación, pero eso es cosa distinta que nada tiene que ver con las cláusulas generales de contratación o con los contratos por adhesión.

Naturalmente, esta afirmación corresponde al año 2008, cuando los conceptos de economía de mercado y de libre competencia no sólo ya han sido acuñados, sino además interiorizados por los agentes económicos. En 1984 la situación era otra: en el ámbito internacional, la *Perestroika* no se había implementado; y, en el ámbito nacional, pese a la profunda crisis económica, el gobierno se seguía resistiendo a la desestatización de la economía.

Ahora las cosas son distintas y, por tanto, merecen una aproximación también distinta, consecuencia de la necesaria adaptación a escenarios complejos y cambiantes.

Mi hipótesis es que el artículo 1398 del Código Civil debe derogarse. Espero demostrar en las líneas que siguen, que dicha eliminación es necesaria.

El artículo 1398 del Código Civil establece que:

«En los contratos celebrados por adhesión y en las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, no son válidas las estipulaciones que establezcan, a favor de quien las ha redactado, exoneraciones o limitaciones de responsabilidad; facultades de suspender la ejecución del contrato, de rescindirlo o de resolverlo, y de prohibir a la otra parte el derecho de oponer excepciones o de prorrogar o renovar tácitamente el contrato».

No discuto la necesidad de permitir la contratación en masa con las particularidades que le son propias, pues pretender lo contrario sería negar la realidad de una producción «estandarizada» y en masa de bienes y servicios, que favorece la rapidez de la circulación de los productos mediante la predisposición de esquemas contractuales uniformes. De allí que sea imprescindible aplicar un método casi automático, que prescinda de tratos individuales, salvo aquello que sea estrictamente necesario.

Mi interés en el tema empezó al enterarme de que la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores (CONASEV) adoptó una posición que en mi opinión no sólo suponía una aplicación equivocada del artículo 1398 del Código Civil, sino que, lo que es peor, revela que el propósito de dicha norma no ha sido cabalmente comprendido. De allí que me parezca ilustrativo reseñar un ejemplo de lo pernicioso que puede ser aplicar incorrectamente el artículo 1398.

Tengo como propósito demostrar que la norma en sí misma, incluso aplicada rigurosamente, es una mala norma, por ser contraria a la herramienta que se ha elegido en el país para abordar los desequilibrios propios de la contratación masiva: la provisión de información que permita al consumidor saber si el bien o servicio que se le provee es idóneo para satisfacer sus intereses.

2. MALA APLICACIÓN DE UNA MALA NORMA

Una compañía minera intentó inscribir un programa de emisión de bonos corporativos como parte del esquema de financiamiento de un proyecto minero. CONASEV hizo varias observaciones al Contrato Marco de Emisión, pero una llamó especialmente la atención.

El contrato establecía que si el emisor incumplía con pagar alguna cuota de principal o intereses en las fechas de vencimiento pactadas, contaría con cinco días calendario para subsanar el incumplimiento y evitar que se activen los remedios que asistían a los bonistas en tal escenario (aceleración de plazos, ejecución de garantías, etc.). Ello no es otra cosa que un «período de cura». Si bien había incumplimiento desde que el emisor dejaba de pagar capital o intereses en la fecha de vencimiento, los remedios que favorecían a los bonistas sólo se activaban una vez transcurrido el plazo de cura sin que el defecto hubiese sido corregido.

La función del plazo de cura era evitar que por un simple retraso en el pago de una cuota de principal o de intereses (atendiendo a la solvencia del emisor era prácticamente imposible que se debiera a un defecto de caja), quedara abierta la posibilidad para que los bonistas precipiten el vencimiento del íntegro del monto de la emisión comprometiendo irrazonablemente los intereses del emisor y del resto de sus acreedores.

CONASEV, sin embargo, no compartió este punto de vista y entendió que se trataba de un contrato por adhesión con una típica cláusula vejatoria, pues el período de cura era en realidad una cláusula que reservaba al emisor-estipulante la facultad de suspender la ejecución.

Estimo que CONASEV se equivocó de «protegido», pues el artículo 1398 regula facultades, no plazos de cura. Aunque en la práctica tanto una facultad de suspender la ejecución como un período de cura podrían conducir a escenarios análogos, esto es, a la posibilidad de que la ejecución de ciertas prestaciones se difiera, conceptualmente son nociones inconfundibles.

La noción de facultad hace alusión a una posición jurídica de ventaja que forma parte del contenido esencial de un derecho subjetivo. «La facultad de obrar, como posibilidad normativamente reconocida y

garantizada para actuar en cierto sentido, es, en nuestro concepto y de modo muy general todavía, la esencia del derecho subjetivo».¹

Quien es titular de una facultad tiene una prerrogativa para desarrollar determinada conducta según su discreción y para satisfacer un interés específico, siempre que dicha conducta no sea contraria a derecho. Ahora, para la satisfacción de un interés, puede bastar el mero ejercicio de la facultad por parte de quien es titular de la misma, en cuyo caso nos encontramos en el terreno de los poderes jurídicos o, además de la conducta del titular de la facultad, puede que se requiera del actuar de un tercero, en cuyo caso nos encontramos en el terreno de las pretensiones.

El artículo 1398 hace referencia más a un poder jurídico que a una pretensión, pues la posibilidad de que el estipulante pueda decidir, cuando estime conveniente, suspender la ejecución del contrato, no requiere de intervención alguna de su respectiva contraparte.

El concepto de «plazo» es distinto al de «facultad». El plazo con efectos suspensivos evita que una situación jurídica despliegue efectos hasta que transcurra el lapso predeterminado al constituirse dicha situación. Cabe preguntarse si establecer un plazo de cura en favor del deudor le otorga una «facultad». La respuesta es no.

Establecido un plazo suspensivo por acuerdo de las partes, el favorecido con él no goza de una facultad para suspender la ejecución del contrato cuando lo estime conveniente, pues no ostenta una posición jurídica de ventaja que le permita suspender la ejecución del contrato a su libre albedrío. Dicho plazo opera porque así lo han decidido las partes, en las condiciones previstas por ellas.

La confusión conceptual antes indicada terminó como una traba en una situación particular. Fue una mala aplicación del artículo 1398 del Código Civil, pero lo que sigue revela que independientemente de ello, éste es una mala norma.

3. NO LO EXTRAÑARÍAMOS

Es útil preguntarse qué pasaría si una institución jurídica determinada desaparece. La necesidad de reinstaurarla o de mantenerla derogada

¹ ESCOBAR, Freddy. «El derecho subjetivo, consideraciones en torno a su esencia y estructura». *Ius et Veritas*, revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, n.º 16, Lima, 1998, p. 286.

dependerá del impacto que su ausencia genera en la vida social. Si no hay impacto, o si éste es negativo, es conveniente que no exista.

En mi opinión, si el artículo 1398 del Código Civil desaparece, sí habría impacto: estaríamos mejor. No es esta norma la que se debe ocupar de combatir el desequilibrio de posiciones resultante de la contratación masiva. La forma de remediarlo sin poner en riesgo la utilidad de los contratos estándares es establecer obligaciones de información de cargo del estipulante, no prohibiciones a su libertad de llenar libremente el contenido de su relación contractual.

No siempre es fácil distinguir entre silencio y vacío. En el teatro, el dramaturgo Harold Pinter (ganador del Premio Nobel y autor de la célebre *Traición*) sí que es un maestro en el tema. Los silencios de su obra son elocuentes y no incomodan; por el contrario, enriquecen su contenido. De la misma forma, los operadores jurídicos deberían acostumbrarse a que muchas veces, menos es más. Si la Comisión Reformadora del Código Civil lo entendiera, terminaría admitiendo que el artículo 1398 debe ceder el paso a la legislación de libre competencia y de protección al consumidor para que ésta despliegue sus efectos sin interferencias paternalistas.

El novelista francés Stendhal,² sin ser abogado ni jurista, no ocultaba su admiración por el estilo de redacción del Código de Napoleón, por considerarlo lacónico, preciso y austero. Aunque seguramente estos comentarios estaban dirigidos a resaltar las virtudes de cierto estilo literario, me parece que además revelaban su predilección por una forma de expresarse que sin perder la elocuencia, no incurre en excesos que terminan generando confusiones.

Nada de ello ocurre con el artículo 1398, que coexiste con las normas de protección al consumidor, lo que lejos de conferirle utilidad, genera más bien incoherencias. Incoherencias en la regulación de los contratos y de la propiedad es lo último que quiere nuestra Constitución económica, teniendo en cuenta que la defensa de la propiedad privada y la protección de la libertad de contratación son los indiscutibles pilares del desarrollo económico. Si bien ello es claro en el siglo XXI, no estoy segura de que lo era en 1984. Dicho con otras palabras, la ideología

² Autor de *Rojo y Negro* y *La Cartuja de Parma*.

subyacente al artículo 1398 del Código Civil, es decir, la intervención del Estado en el contenido de los contratos, ya no es compatible con el fin declarado por éste en la Constitución que hoy nos rige.

4. ¿QUÉ PASÓ CON LA CONTRATACIÓN ENTRE IGUALES?

La historia de la humanidad, y por tanto del Derecho, es pendular. En no pocos momentos se ha producido virajes de nociones individualistas a colectivistas, lo cual ha sido determinado por razones políticas, económicas y hasta religiosas.

La noción de contratación no existía en las sociedades primitivas, pues no era necesaria. Estas sociedades «estuvieron construidas como hermandades en las que todo estaba establecido, sea por la costumbre, sea por una normatividad elemental. Los derechos y obligaciones de sus miembros se encontraban inextricablemente ligados dentro de una estructura confusa, donde el individuo contaba poco y, consiguientemente, tampoco se individualizaban los derechos».³ No se reflexionaba acerca del tema pues el orden estaba configurado de manera estática, casi divina.

En Occidente la noción de individualismo empieza a construirse en la sociedad romana. Es en ella que se produce un notorio desarrollo del Derecho como lo conocemos ahora, como asignación de obligaciones y titularidades. Pero la influencia en la Alta Edad Media de la cultura germánica, mucho más tribal y primitiva, generó que la noción de individualismo se difuminara para crear una estructura más comunitaria en la que la propiedad individual se disolvió en la colectividad.

La otra influencia para el movimiento del péndulo en sentido contrario a la dirección impuesta por la sociedad romana, fue el cristianismo recalcitrante, que asocia la gracia divina con el desprendimiento por las cosas materiales y el desdén a cualquier forma de generar riqueza. Sin embargo, no puede negarse que un aporte del desarrollo del Derecho Canónico a la obligación de respetar la palabra empeñada es que hacer lo contrario es un engaño y, por tanto, un pecado. No puede negarse entonces la influencia religiosa en la importancia que adquirió el consenso como origen de un vínculo obligatorio entre las personas.

³ DE TRAZEGNIES, Fernando. Prólogo a libro de Carlos Alberto Soto Coahuila. En *Transformación del Derecho de Contratos*. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2005, pp. xi-xviii.

De otro lado, para entender la evolución de la noción de contrato es útil la observación de las transformaciones de las tendencias artísticas. En contraposición con la plástica auspiciada por la Iglesia Católica, para hacer de las obras de arte un medio de comunicación de la fe religiosa, el Renacimiento exalta la figura humana. «A medida que la sociedad y la economía se liberan de las cadenas de la Iglesia, el arte se vuelve también con rapidez progresiva a la realidad».⁴ Nos encontramos ante el origen del verdadero individualismo, que entre otros aportes, explica la propiedad y la contratación privada como fuente de desarrollo.

«Bien se ha dicho cuando se sostiene que igualdad y libertad forman el alma del individualismo moderno, su esencia. Individualismo que exigía el reconocimiento de la autonomía de la persona, una suerte de capacidad de autodeterminación. Libertad que tenía un cargado contenido filosófico, por estar enraizada en la persona misma, pero también un sentido político en contra del Antiguo Régimen (y sus vinculaciones) y un tinte económico conectado directamente con la libertad de comercio y el recurso a esa especie de fe en el orden natural (y libre de trabas) con la que se concibió al mercado».⁵

Para lograr ese objetivo era necesario «santificar» el contrato y para ello se acuñó la idea de que quien habla es esclavo de sus palabras (*pacta sunt servanda*). Esta noción de sometimiento a la palabra empeñada tenía que legitimarse, lo cual se logró equiparando a las partes del contrato. Así pues, era consustancial a la noción de contrato, la idea de igualdad entre los contrayentes de las obligaciones emanadas de él. Por supuesto, una igualdad jurídica, no económica ni social. Luego de santificado el contrato y de la equiparación de las partes, no cuesta trabajo entender que el paso siguiente fue la consagración de la libertad absoluta para llevarlo de contenido.

Un ejemplo de que el Derecho no está alejado de la realidad sino que es consecuencia de ésta, es que como consecuencia de la Revolución Industrial el mercado adquirió protagonismo, asomando así una contratación de masas y por tanto impersonal, en la que el anonimato se vuelve la regla.

⁴ HAUSER, Arnold. *Historia Social de la Literatura y el Arte*. Tomo I. Colombia: Grupo Editorial Quinto Centenario S.A., 1994, p. 335.

⁵ VEGA MERE, Yuri. *Código Civil Comentado*. Tomo VII. Lima: Gaceta Jurídica S. A., 2007, p. 247.

Aunque la consecuencia natural de la contratación en masa es que pone en evidencia la desigualdad económica y de negociación entre el productor y los consumidores, ello no es reprochable. La negociación pormenorizada es incompatible con el desarrollo económico. Y hay que preferir esto último.

A pesar de lo anterior, se llegó a decir que el contrato entró en decadencia o en crisis, sosteniéndose que luego del «auge del contrato y el desarrollo de una sociedad de mercado basada en el intercambio generalizado nos encontramos hoy en día que esa misma evolución, al seguir avanzando, comienza hoy a modificar las bases mismas de la propia teoría del contrato, de manera que los avances del contractualismo amenazan al propio contractualismo».⁶

Esto último, como consecuencia de la necesidad de que el Estado intervenga para amenguar el desequilibrio económico reflejado en el contenido de los contratos.

Así sin cuestionar que el principio de la autonomía privada es la piedra angular del contrato, se le ha criticado debido al abuso de unos contratantes sobre otros.

«Azuzados por las presiones sociales y económicas emergentes de la industrialización, desde fines de los siglos XIX los críticos del nuevo orden comenzaron a resaltar la desigualdad del poder de negociación entre las partes en el mercado y el uso de contratos estándares como una muestra de debilidad de los conceptos clásicos de la libertad contractual y la autonomía de la voluntad, promoviendo una mayor intervención del Estado en las actividades del mercado. Es precisamente dentro de este contexto que se comienzan a diseñar las primeras normas inspiradas en el afán de proteger a los consumidores de los supuestos abusos de los que serían materia».⁷

5. CONCILIANDO INTERESES: MENOS COSTOS: MÁS PROTECCIÓN

Mientras que los contratos por adhesión se caracterizan por la imposibilidad del adherente de proponer cambios al esquema contractual impuesto por el predisponente, que está en la disyuntiva de aceptar o

⁶ DE TRAZEGNIES, Prólogo a libro de Carlos Alberto Soto Coahuila.

⁷ PATRÓN SALINAS, Carlos. «Un acercamiento preliminar a la función económica de la protección al consumidor». *Advocatus*, revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, n.º 5, Lima, 2001, p. 299.

no íntegramente las estipulaciones contractuales («tómalo o déjalo»), las cláusulas generales de contratación están pre redactadas unilateralmente y por su generalidad o uniformidad son concebidas para integrar una serie indefinida de futuros contratos, los cuales pueden tener sus propias particularidades.⁸

En otras palabras, en el contrato por adhesión la contraparte pierde su libertad para configurar el contenido del contrato, mientras que las cláusulas generales dejan espacio para que las partes negocien las particularidades que estimen necesarias. De allí que la doctrina sea más complaciente con éstas que con aquél.

Así, se ha indicado que el «contrato por adhesión es el fruto del ejercicio del poder. Quien por razones de ocupar una situación de monopolio, de privilegio u otra que conlleve la posibilidad de forzar la voluntad de la contraparte, so pena de privarla de un bien o servicio necesario para ésta, no vacila en usar del contrato para manifestar ese poder y contratar en las condiciones que él desea».⁹

Nótese la fuerte carga peyorativa de la noción de contratos por adhesión, como si se tratase de una herramienta de sometimiento de la voluntad de la contraparte, que lejos de brindar los beneficios propios de una contratación inmediata y sin dilaciones, funge de una fuerza esclavizante que anula el libre albedrío para crear un estado psicológico de sumisión y de inferioridad.

Esta visión es claramente exagerada, pues parte de considerar que el destino inexorable de quienes suscriben este tipo de contratos es convertirse en víctimas sometidas a abusos irreparables. Esto no debería ocurrir si se adopta una herramienta adecuada para combatir los abusos. Esta herramienta es el establecimiento de estándares, pero no dirigistas como los que hoy tenemos, sino más bien informativos, como los que paradójicamente también tenemos, a propósito de la cautela a los consumidores.

⁸ Sobre el tema, véase SOTO COAGUILA, Carlos Alberto. «La Interpretación de los Contratos Predispuestos en el derecho peruano». En *Tratado de la Interpretación del Contrato en América Latina*. Tomo III. Lima: Editora Jurídica Grijley E.I.R.L., 2007, p. 2041 y ss.

⁹ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. «Cláusulas Generales de Contratación». *Contrato & Mercado*. Lima: Gaceta Jurídica S.A., 2000, p. 45.

Es más, no entiendo por qué se ha dicho «que existe una sumisión del cliente o consumidor a las cláusulas generales de contratación, pero ello no es tanto con la finalidad de colocarlo en una situación de sometimiento al predisponerte, como ocurre en el contrato por adhesión, cuanto para facilitar la contratación masiva».¹⁰ Decía que no entiendo la razón de una mayor simpatía a las cláusulas generales de contratación, cuando tanto éstas como los contratos por adhesión facilitan la contratación masiva, pero al mismo tiempo pueden prestarse a abusos si no se regulan los estándares informativos que deben cumplir. El abuso no estará determinado por el contenido sino por la información deficiente.

De lo que se trata es pues de conciliar dos intereses: de un lado, el interés de hacer la contratación eficiente; del otro, evitar que producto del excesivo protagonismo de una de las voluntades, el innegable desequilibrio que genera la contratación en masa se vuelva pernicioso.

A diferencia de quienes creen que basta el desequilibrio entre las partes para que determinadas cláusulas sean vejatorias, estimo que el efecto negativo se produce si el adherente no cuenta con la información necesaria para evaluar la conveniencia de seguir adelante; en otras palabras, si no es consciente de lo que firma.

6. ¿CONTRATOS SIN ACUERDO?

Llegados a este punto, es fácilmente deducible que el análisis de la contratación está afectado por una fuerte carga ideológica. Pero el tema se vuelve aún más interesante al observar que se ha llegado a sostener en doctrina que la falta de diálogo en la etapa de tratativas equivale a la ausencia de contratación. «Este dato ocupa el lugar central de toda la moderna teoría de los contratos en masa, la cual ha puesto en evidencia el «declive del papel del acuerdo» en la estandarización del contrato».¹¹

Sobre este tema, puede estudiarse el trabajo *Intercambios sin acuerdo*, que presenta la tesis siguiente: «el acuerdo es el resultado de un diálogo lingüístico; el capitalismo no puede tolerar la mutable y

¹⁰ *Ibid.*, p. 49.

¹¹ BIANCA, Massimo. «¿Son no contractuales los contratos en masa?». En *Estudios sobre el Contrato en General*. Lima: Ara Editores E.I.R.L., 2003, p. 396.

ambigua subjetividad del diálogo y, por lo tanto, simplifica, reduce y empobrece, progresivamente, el carácter personal de la relación; el declive de la palabra en el ámbito de un diálogo cede el paso frente a la pura objetividad de las cosas, las imágenes, los gestos anónimos y repetitivos».¹²

Nótese que la cita anterior, además de presentar una fuerte dosis anticapitalista, no admite la existencia de contrato sin diálogo previo sobre su contenido.

La idea no es nueva, pues en 1941, el teórico de las relaciones contractuales de hecho, Günter Haupt, escribía que «en la práctica moderna del comercio jurídico y a gran escala, las relaciones contractuales se constituyen distintamente de cómo se había concebido en las reglas del Código Civil, al margen del acuerdo de voluntades».¹³

En tal sentido, los contratos estándar, «de <contratos> no tenían más que el nombre».¹⁴ La única forma de explicar jurídicamente este fenómeno es que más que un contrato, existen dos actos unilaterales.

Creo que ello no resiste el menor análisis, pues se trata de una conclusión tan drástica como equivocada, de espaldas a la realidad efectiva del mercado. De hecho, la adhesión es una expresión de voluntad que complementando la del estipulante, da lugar a un acuerdo de voluntades. Aunque una de ellas está disminuida, siempre queda la posibilidad de contratar o no.

7. CONTRATOS CON ACUERDO: ¿QUÉ HACER?

No basta concluir que por ser producto de un acuerdo de voluntades, aunque con fuerzas desiguales, la posibilidad de abuso está descartada. Por el contrario, tomando conciencia de los beneficios de estandarizar transacciones homogéneas como la reducción de costos y agilidad del tráfico, dichas transacciones deben ser reguladas sin atentar contra sus propios fines, evitando restricciones que por excesivas terminan no aplicándose en la realidad, y a su vez atendiendo a la necesidad de brindar atención a quienes ameritan protección.

¹² IRTI, «Intercambios sin acuerdo». En *Estudios sobre el Contrato en General...*, p. 370.

¹³ Al respecto, véase BIANCA. «¿Son no contractuales los contratos en masa?»..., p. 394.

¹⁴ SALEILLES, citado por BIANCA, *ibid.*, p. 397.

Quienes ameritan protección son los que califican como consumidores, y respecto de ellos ya se ha estudiado y diseñado mecanismos de tutela adecuados. Esto ocurrió a inicios de los noventa, luego de la entrada en vigencia del Código Civil. Ahora, éste nada tiene que ver con el asunto, si no quiere tropezarse con la regulación especial.

Es innegable que la finalidad económica y jurídica de las cláusulas generales de contratación y de los contratos de adhesión es facilitar el tráfico masivo de bienes y servicios, «reduciendo al máximo los costos de negociación a fin de permitir la fluidez de las operaciones contractuales en una sociedad de masas como en la que actualmente vivimos».¹⁵

Es verdad que para cumplir esa finalidad la libertad contractual de una de las partes se ve sacrificada, al tener poca injerencia en la determinación del contenido del contrato. Sobre esto se ha dicho que, sin desconocer las virtudes de la contratación masiva, el propósito de los estipulantes de mejorar su posición contractual pierde legitimidad cuando se desplazan hacia los clientes los riesgos y obligaciones que corresponde asumir a los proveedores o cuando éstos se arrogan derechos y facultades excesivos.

En efecto:

«interés prioritario de contar con las cláusulas generales de contratación no son los clientes, es la necesidad de acoplar la organización de la empresa a un mercado masificado, es la necesidad de poner a la empresa a tono con su entorno y a la competencia con los demás agentes económicos, de calcular costos y prever riesgos, procurando minimizarlos o diluirlos. Lo grave es cuando se pretende maximizar los beneficios de la contratación estandarizada a costa de los adherentes o usuarios, negando importancia al desequilibrio contractual, a la desproporción que existe entre una y otra parte sacrificando la transparencia, la equidad, la conmutabilidad, la buena fe, la justicia, etc., en aras de la eficiencia y la rentabilidad empresarial como únicos valores».¹⁶

Queda claro que no se trata de satanizar la estandarización ni de desregular el tema por completo.

¹⁵ SOTO COAGUILA, Carlos Alberto. «Las cláusulas generales de contratación y las cláusulas abusivas en los contratos predispuestos». En *Contratación Privada*. Lima: Jurista Editores E.I.R.L., 2002, p. 230.

¹⁶ *Ibid.*, p. 258.

¿Qué hacer entonces para permitir gozar de las ventajas de la estandarización y a su vez controlar la ventaja estratégica de los estipulantes? En primer lugar, revisar el mecanismo de control impuesto por el artículo 1398 y determinar si éste es idóneo para conciliar dichos intereses. Luego de examinar los supuestos más importantes en que opera la norma y si la lista debería ser o no taxativa, veremos que dicha norma no es la idónea para conciliarlos, pues son las reglas de protección al consumidor las llamadas a encargarse del asunto.

8. SOLAMENTE SIN LA «VACUNA» DEL ESTADO

Artículo 1393 del Código Civil: «Las cláusulas generales de contratación aprobadas por la autoridad administrativa *se incorporan automáticamente* a todas las ofertas que se formulen para contratar con arreglo a ellas, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1395» (énfasis agregado).

Primer párrafo del artículo 1397 del Código Civil: «Las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente *se incorporan* a la oferta de un contrato particular *cuando sean conocidas* por la contraparte o haya podido conocerlas usando una diligencia ordinaria» (énfasis agregado).

El legislador partió de la premisa que la falta de aprobación por parte del Estado (o sea, de protección por parte de éste) puede ser sustituida con el conocimiento real y efectivo del contenido de las cláusulas. Es decir, se le da el máximo protagonismo al rol del Estado, de modo que el conocimiento efectivo del contenido de las cláusulas, aunque necesario, es subsidiario, cuando debería ser a la inversa: entender qué es lo que se firma es lo importante, sea que el Estado brinde su anuencia o no (los comentarios contenidos en este artículo no han sido formulados teniendo en cuenta la regulación de servicios públicos).

Si no hay aprobación administrativa es necesario que la contraparte conozca el contenido de las cláusulas generales. Parece razonable. Pero lo razonable es que dicho conocimiento se necesite siempre. Es absurdo que la aprobación del Estado sustituya la necesidad de conocimiento real y efectivo por el destinatario de las cláusulas para que éstas se incorporen a la oferta.

«En tal sentido, nuestro Código prohíbe los pactos de responsabilidad y establece que las cláusulas generales deben ser aprobadas administrativamente.

En esta opción legislativa, no solo observamos una postura paternalista, sino una cuestionable creencia de que las decisiones centralizadas (aprobación de las cláusulas generales) son superiores a los mecanismos de mercado (la contratación privada).¹⁷

Se equipara el «visto bueno» del Estado con el conocimiento cuidadoso del cliente de lo que va a firmar. Dejándonos de eufemismos, se ha declarado abiertamente que se puede contratar sin conocer el contenido del documento, pues el Estado sabe mejor que los particulares lo que conviene a sus intereses. La tutela no la debe ejercer un funcionario que forma parte de una organización burocrática que por su sola intervención «vacuna» al contrato frente a toda posibilidad de vejación y abuso por parte del estipulante.

«No pretendo que el predisponente ejerza docencia con cada adherente y que solo pueda considerar que sus módulos solo se aplican si la otra parte ha digerido y aprendido una lección. Lo que aspiramos es que se consagre una mejor tutela de aquellos que no participan en la decisión de los alcances de las condiciones generales de contratación».¹⁸

En otras palabras, lo importante es más bien que las cláusulas puedan ser aprehendidas fácilmente luego de actuar con el cuidado exigible a una persona diligente.

Mencionamos los artículos 1393 y 1397 del Código Civil, que equiparan la anuencia del Estado con la conciencia de los deberes y obligaciones asumidos, porque esta sustitución de roles (Estado por conocimiento) genera consecuencias de lo más absurdas de cara al artículo 1398.

Recordemos que el propósito de éste es calificar de inválidas las cláusulas vejatorias. Lo curioso es que esta finalidad opera sólo si el Estado no cubrió con su manto de protección las condiciones del contrato. Dicho otro modo, la sanción opera solamente tratándose de cláusulas generales no aprobadas administrativamente que sean vejatorias. «*Contrario sensu*, una cláusula vejatoria aprobada por la autoridad administrativa recibe una póliza de buena conducta y se convierte en

¹⁷ PATRÓN SALINAS, Carlos. «¿Mentiras verdaderas?: reflexiones en torno de la regulación del derecho contractual». En *¿Por qué hay que cambiar el Código Civil?* Lima: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas - UPC, 2001, p. 144.

¹⁸ VEGA MERE, *Código Civil Comentado...*, p. 278.

inatacable». ¹⁹ En el mismo sentido, no está «justificada la exclusión de las cláusulas generales de contratación aprobadas administrativamente, en la medida en que tal aprobación no puede concebirse como equivalente a una convalidación de una estipulación vejatoria». ²⁰ Efectivamente, qué absurdo.

9. MÁS RESPONSABILIDAD, MÁS COSTOS

La norma sanciona con invalidez las estipulaciones que establezcan, a favor de quien las ha redactado, exoneraciones o limitaciones de responsabilidad. Así, a secas.

Por su parte, el artículo 1328 del Código Civil señala que son nulas las estipulaciones que excluyan o limiten la responsabilidad por dolo o culpa inexcusable. Esta norma es de alcance general, y aplica a todos los contratos, sean o no por adhesión, contengan o no cláusulas generales de contratación, y sean o no aprobados por una autoridad administrativa.

Cabe preguntarse entonces a qué se refiere el artículo 1398. El único espacio que le queda son las limitaciones o exoneraciones de responsabilidad por culpa leve. Efectivamente, «la norma contenida en el artículo 1398 relativa a la exoneración o limitación de responsabilidad se refiere, sin duda, a la derivada de culpa leve, pues de otra manera tal norma sería absolutamente innecesaria». ²¹

¿Tiene algún sentido impedir liberarse de responsabilidad si se actuó con culpa poco importante? Evidentemente que no. En primer lugar, recordemos que cuando se actúa con culpa leve, el daño causado se limita a lo que pudo preverse al tiempo en que se contrajo la obligación, de modo que podría ocurrir que no todo el perjuicio ocasionado deba ser resarcido (artículo 1321 del Código Civil). No parece tan grave entonces excluir la responsabilidad por un descuido.

¹⁹ BENAVIDES TORRES, Eduardo. «La contratación moderna y el Código Civil peruano». *Ius et Veritas*, revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, n.º 12, Lima, 1996, p. 35.

²⁰ CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. «Las cláusulas generales de contratación y el control de las cláusulas abusivas». *Contrato & Mercado*. Gaceta Jurídica S.A., Lima, 2000, p. 99.

²¹ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El Contrato en general*. Biblioteca para leer el Código Civil. Vol. XI. Primera Parte. Tomo III. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1991, p. 204.

Limitar la responsabilidad por culpa leve (porque por dolo o culpa grave no se puede) puede ser razonable desde el punto de vista económico, pues podría ocurrir que una de las partes decida sacrificar la posibilidad de reclamo, en caso de descuido de la otra, a cambio del ahorro de costos por la inexistencia de negociación de cláusulas específicas, lo que finalmente se refleja en precios más bajos o en beneficios mayores.

Imaginemos, por ejemplo, lo que ocurriría con los pasajeros que contratan con un hotel (con cláusulas generales) y exigen un pacto que responsabilice al hotel por la pérdida de cualquier objeto en cualquier circunstancia. La empresa tendría que contratar un seguro y encarecer sustancialmente la tarifa por habitación.

El productor puede así «comprarle» su propia irresponsabilidad al cliente, pagando para ello un «precio» representado en beneficios contractuales. Ante la negativa del legislador de permitir este intercambio, «no me ayudes, compadre» podría decirle el «pobre» cliente al Estado. Total, es el cliente el que debe decidir si paga más a cambio de responsabilidad integral, o si paga menos a cambio de responsabilidad limitada.

Tampoco tiene sentido impedir que las obligaciones de saneamiento del estipulante sean restringidas o suprimidas, pues el artículo 1489 del Código Civil permite, salvo un supuesto que no viene al caso comentar, que los contratantes amplíen, restrinjan o supriman las obligaciones de saneamiento. No veo por qué ello no debe permitirse en caso de cláusulas generales de contratación.

Es interesante anotar además la relación entre las restricciones de responsabilidad y la competencia. Aunque en referencia a las limitaciones en general, y no sólo a los casos de culpa leve, se ha señalado que,

«previa la observación del régimen que para las cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad contractual establece el comercio internacional, el derecho interno en la medida que implante un mayor grado de permisión al principio de la validez de estas cláusulas de reparación, hará las empresas más competitivas. En sentido contrario, a mayor restricción, resultarán empresas menos competitivas. De este modo, las cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad constituyen un factor que desarrolla en mayor o menor grado la economía nacional».²²

²² GUAL ACOSTA, José Manuel. «Validez de las cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad contractual». *Advocatus*, revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, n.º 8, Lima, 2003, p. 105.

10 NO SUSPENDER LA EJECUCIÓN, NO RESCINDIR, NO RESOLVER. ¿NUNCA?

El artículo 1398 considera inválidas las estipulaciones que otorgan a quien las ha redactado, la facultad de resolver el contrato, de rescindirlo o de resolverlo. Es evidente que la norma impide que ello ocurra sólo cuando las causales son distintas a las previstas por la ley. Aunque en mi opinión no debería haber restricciones, lo cierto es que esta «limitación es limitada».

La norma, como no podría ser de otra manera, sí permite al estipulante oponer la excepción de incumplimiento del artículo 1426 si cumple los requisitos allí establecidos y, por tanto, suspender la ejecución hasta que se satisfaga la prestación o se garantice su cumplimiento. Con la misma razón, el artículo 1398 también admite la aplicación de los mecanismos de resolución contractual previstos en el Código Civil. Así lo ha indicado expresamente la Corte Suprema.

En efecto, mediante Casación n.º 2047-2007-LIMA del 24 de julio de 2007, la Corte Suprema declaró infundado el recurso de casación interpuesto por la compradora de un *stand* en Gamarra que había perdido el proceso de declaración de nulidad de su contrato de compraventa. Al parecer, la recurrente había incumplido con el pago del precio del bien, y la Caja de Pensiones Militar Policial resolvió el contrato al amparo de una cláusula que se lo permitía.

En primer lugar, la forma en que la Corte Suprema ha abordado el problema, más allá de la discusión sobre el fondo, me parece no sólo sorprendente, sino además intachable. La Corte no se limitó a aplicar la ley con criterios exclusivamente jurídicos sino que, señalando una nueva pauta en el ámbito judicial, introduce en su análisis nociones de libre competencia como una alternativa frente al intervencionismo del Estado. En efecto, en su considerando octavo la Corte señala que «de existir condiciones idóneas para la libre competencia que permita a los consumidores elegir entre una y otra alternativa al momento de adquirir un bien o servicio, ello impondrá a los proveedores el establecimiento de cláusulas razonables».

En segundo lugar, partiendo de la existencia del artículo 1398 que la Corte se ve obligada a aplicar, la Sala con buen criterio indicó que dicha norma no es impedimento para permitir a quien redactó el

contrato, resolverlo por los supuestos previstos en el Código Civil. En otras palabras, sería nocivo y desproporcionado impedir que cuando se trate de contratación en masa, quien redactó el contrato no pueda resolverlo ante el incumplimiento del deudor.

La restricción del artículo 1398 se limita entonces a aquellos casos en que el estipulante decida unilateralmente suspender la ejecución o dejar sin efecto el contrato. Si nos aseguramos de que esta posibilidad sea efectivamente entendida por el cliente, y en condiciones de competencia, la actitud del proveedor del bien o servicio no sería arbitraria, pues, repito, la protección se confiere por la vía de la información, no de la intervención estatal.

Además, en algunos casos el remedio resulta peor que la enfermedad, pues ante la prohibición de terminar anticipadamente el contrato contenida en el artículo 1398, podría ser más conveniente para el proveedor no indicar plazo alguno y así acogerse al beneficio general del artículo 1365 del Código, según el cual, en los contratos de ejecución continuada que no tengan plazo determinado, cualquiera de las partes puede ponerle fin mediante aviso a la otra con anticipación de treinta días. Transcurrido el plazo el contrato queda resuelto de pleno derecho.

11. EL SILENCIO NO VALE NADA

El artículo 1398 también prohíbe otorgar al predisponerte facultades de prorrogar o renovar tácitamente el contrato.

Es práctica comercial que, en determinadas relaciones contractuales, se establezca un plazo inicial, pero se asume que una nueva negociación es innecesaria, pues es más barato presumir que las partes quieren permanecer atadas que incurrir permanentemente en costos de negociación. Es más, suele indicarse que si dentro de un marco temporal determinado ninguna de las partes expresa su interés en finalizar la relación contractual, se entenderá que ésta sigue vigente por un período similar al inicialmente pactado. ¿Eso es vejatorio? Vejatorio es más bien prohibirlo.

Es vejatorio impedir la renovación automática porque con ello no sólo se aumentan innecesariamente los costos de transacción, sino que además ello configura una restricción al principio recogido en el artículo 142 del Código Civil: el silencio sí puede expresar voluntad.

Hace poco CONASEV completó el marco legal aplicable al canje o redención de las acciones de inversión, para propiciar que éstas desaparezcan paulatinamente del mercado con la mayor transparencia posible. Recordemos que estas «acciones» (no integran el capital) tuvieron su origen en las acciones laborales del régimen militar de los años setenta, que asignaban derechos especiales a sus titulares, trabajadores de la empresa emisora. No es difícil entender entonces que las razones para su existencia han desaparecido: ya no hay preferencia o privilegio especial en la distribución de dividendos.

Para desaparecer del mercado esas acciones se creó un procedimiento que tenían que seguir los emisores de las acciones de inversión, los cuales deben efectuar una oferta pública dirigida a sus titulares. Éstos pueden redimirlas (obteniendo el pago de efectivo) o canjearlas por otro tipo de valores.

Las normas establecen una serie de precauciones para cautelar el derecho de los titulares de acciones y garantizar que no sean timados en el canje o redención (la idea es que no se les dé «gato por liebre»), de modo que la existencia de interés público es evidente. A pesar de esto último, y como señal de que la rapidez derivada de una manifestación de voluntad tácita no es *per se* perniciosa, la ley indica que si el tenedor de las acciones de inversión guarda silencio luego de efectuada la oferta, se entiende que ha aceptado el canje o redención.

Si mediando interés público es posible atribuir significado al silencio, no entiendo por qué, tratándose de intereses privados, impedir que el silencio revele interés en extender el plazo del contrato sin incorporar nuevos términos en él.

Por si las restricciones anteriores fuesen insuficientes, no faltan quienes preferirían que la «lista negra» que tenemos ahora sobreviva con una «lista gris».

12. LA LISTA NEGRA

Empecemos negando toda posibilidad de extender por analogía la sanción prevista en el artículo 1398 a supuestos no comprendidos en la norma. Desde que dicha norma constituye una excepción al principio general contenido en el artículo 1354 sobre la libertad de determinar el contenido del contrato, es aplicable el artículo IV del Título Preliminar

del Código Civil, según el cual la ley que establece excepciones o restringe derechos no se aplica por analogía.

Existen varias técnicas legislativas para el tratamiento de las cláusulas «vejatorias» que se traducen en dos clases de listas.

La técnica elegida por el legislador de 1984 es la de una «lista negra», rígida y absoluta. Este elenco de prohibiciones no admite incorporar en un contrato a las disposiciones que han sido precalificadas como vejatorias. A diferencia de lo que piensan algunos, pienso que la norma es tan implacable como restrictiva, y que no cabe interpretarla extensivamente y con soltura.

La otra técnica es la de una «lista gris», que como es fácil imaginar le baja el tono a la lista negra, pues confiriéndole carácter «ejemplificativo» le resta su carácter taxativo. Ello se logra insertando una disposición general que permita al juez, atendiendo a las circunstancias, establecer los factores determinantes de la «vejatoriedad».

Aunque en realidad sería mejor que no haya listas, o sea, que desaparezca el artículo 1398, es preferible el mal menor de la lista negra que restringe el paso al arbitrio del juez, pues éste, lejos de proteger a los débiles, puede perjudicarlos con la falta de certeza y predictibilidad.

No todos piensan lo mismo. Varios autores nacionales preferirían que el modelo acogido en el Perú fuese distinto. Se ha dicho que, aunque taxativa, la enumeración es notoriamente incompleta,²³ que «fuera de la estricta relación de esa norma han quedado una serie de cláusulas que podrían consagrar situaciones muchísimo más abusivas e injustas»,²⁴ y que, por último, «el catálogo pequeño y mezquino del artículo citado deja a los adherentes en un estado de indefensión que no es comparable en la legislación comparada».²⁵

No estoy de acuerdo.

De los defectos contractuales el peor es la invalidez. Y la sanción correlativa es la nulidad. Aunque el artículo 1398 se refiera al vicio y no

²³ CÁRDENAS QUIRÓS, «Las cláusulas generales de contratación y el control de las cláusulas abusivas». *Contrato & Mercado...*, p. 98.

²⁴ BENAVIDES TORRES, «La contratación moderna y el Código Civil peruano». *Ius et Veritas*, p. 34.

²⁵ VEGA MERE, *Código Civil Comentado...*, p. 263.

a su consecuencia («no son válidas las estipulaciones...»), es obvio que ante una cláusula vejatoria corresponde hablar de nulidad. Ciertamente, «esta es la sanción, pero no la situación jurídica del negocio, que es la invalidez, en virtud de criterios valorativos derivados del esquema legislativo. Así, pues, en varios lugares se utilizan otros vocablos que, a estos efectos, pueden ser asimilados a la nulidad o invalidez».²⁶ A pesar de la contundencia de tal afirmación, se ha sostenido —equivocadamente, en mi opinión— que como según el Código Civil peruano la invalidez legal no está sancionada, de por sí, ni con la nulidad ni con la anulación, las cláusulas vejatorias son en realidad ineficaces.²⁷

La gravedad de la sanción es razón suficiente para que lo más conveniente sea restringir la lista negra a los casos considerados más graves. Pretender una interpretación extensiva, como propugnan algunos, es también inconveniente y, por lo demás, incoherente con el principio de conservación en la interpretación de los negocios jurídicos.

Hay abundante literatura jurídica acerca del asunto, pero vale la pena anotar que si «una cláusula determinada diere lugar a dos interpretaciones, de manera que, según una, la cláusula tendría valor y según la otra, carecería de efectos, en principio debe preferirse la primera interpretación, en razón de la regla que predica el máximo significado útil de las cláusulas contractuales».²⁸

Que la lista sea taxativa, que no se aplique por analogía y que no se interprete extensivamente. Todas son herramientas que evitan el efecto contagio del virus del dirigismo estatal. A pesar de ello, tal y como está planteado, el artículo 1398 es «la mano que borra lo que se logró con la otra» (la que acogió la contratación en masa). Como sabemos, es un requisito para que el Congreso emita leyes, efectuar un «análisis costo-beneficio» (que en la mayoría de los casos deja mucho que desear). Dudo que el legislador de 1984 haya sido consciente de la necesidad de hacerlo, por lo menos con ese nombre, pero al estudiar la contratación en masa y su forma de implementarla debe haber analizado su conveniencia.

²⁶ LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. *El negocio jurídico*. Lima: Editora Jurídica Grijley E.I.R.L., Lima, 1994, p. 543.

²⁷ DE LA PUENTE Y LAVALLE, *El Contrato en general...*, p. 213.

²⁸ VALENCIA ZEA, Arturo. *Derecho Civil*. Bogotá: Editorial TEMIS, 5.ª ed., 1978, tomo III, p. 183.

Una vez medidas las ventajas y desventajas de restringir la injerencia de una de las partes en la elaboración del contenido del contrato, se hizo el balance correspondiente y se determinó que es mejor otorgar esa posibilidad que no hacerlo. Sin embargo, más de veinte años después, y habiéndose creado un nuevo paradigma de protección a los consumidores por la vía de la información, ha quedado claro que la subsistencia del intervencionismo resta eficacia a una herramienta que fue revolucionaria en sus inicios, pero que ha terminado siendo anacrónica. Dicho con otras palabras, el resultado aritmético de la ecuación costo-beneficio no es tan favorable como debería serlo.

Y el tantas veces invocado concepto de buena fe no es suficiente para amparar una conclusión contraria.

13. LA BUENA FE ES UN PARADIGMA. Y COMO TAL, EVOLUCIONA

Se ha dicho que el «status de las partes contratantes no debe ser determinante para la definición de las cláusulas vejatorias; pero sí puede servir como indicador frente a los requisitos de la buena fe y equilibrio contractual, que sí son determinantes para tal efecto [...]». Lo que resulta relevante para determinar que nos encontramos frente a una cláusula vejatoria es que ese desequilibrio sea de mala fe»²⁹. Con esta tesis, el estatus de las partes (consumidor frente a un proveedor importante en el mercado) es indicador de la buena o mala fe y, por tanto, de si la cláusula es vejatoria o no. No lo creo.

En primer lugar, porque en mi opinión, no hay cláusulas vejatorias sino mal informadas o no leídas, ya que el contenido de lo que se firma, siempre que no sea ilícito, debe ser respetado. En segundo lugar, incluso si se sostuviera que puede haber cláusulas abusivas, ello no lo determina el estatus de las partes sino el contenido de aquéllas.

Lo que he podido observar al analizar las posiciones doctrinarias sobre el tema, es que la discusión sobre la «lista negra» es permanentemente reconducida al tema de la buena fe que sin duda debe regir en toda relación negocial. Ello no me parece necesario. Ni siquiera sirve

²⁹ ESPINOZA ESPINOZA, Juan. «Las cláusulas vejatorias en los contratos estipulados unilateralmente». En *Estudios sobre el Contrato en General...*, p. 584.

al objetivo de los defensores de la lista, si partimos de que la buena fe es una noción alimentada no solamente de criterios jurídicos sino, afortunadamente, por criterios culturales, económicos, sociales; en buena cuenta, la buena fe es un paradigma que se adapta a los tiempos.

«Con esto, la tarea asumida por la buena fe contractual, ciertamente, no cambia radicalmente respecto a la confiada en las décadas precedentes. Ella continúa expresando deberes de colaboración entre las partes y por consiguiente, prescribiendo la adecuación de las finalidades individuales a las finalidades tuteladas por el ordenamiento. Y estas últimas continúan siendo identificadas con la estabilidad del sistema y con el crecimiento económico, a las cuales la adecuación de la actividad privada debe tender inmediatamente».³⁰

El tema es que mientras en 1984 se creía que una mayor participación del Estado asegura bienestar, ahora se piensa lo contrario. Hasta la Constitución lo señala: su rol en la economía es subsidiario, y en lo que a la protección de los consumidores se refiere, debe limitarse a garantizarles el acceso a información y a velar por su seguridad (artículo 65). Y me permito anotar que numerosos comentarios al artículo 1398 del Código Civil califica como «consumidores» a los destinatarios de las cláusulas generales.

Lo interesante de la buena fe es que se mimetiza con la realidad. Así lo hizo siempre. Mientras que en el Derecho Romano su función era reforzar el vínculo de la palabra dada fomentando un comportamiento colaborador, en el siglo XXI el concepto de la buena fe en el ámbito de los contratos sigue impregnado de fidelidad y lealtad, pero con el propósito de que las transacciones no sólo sean justas sino además eficientes.

14. LA EFICIENCIA DEL MERCADO. EFICIENCIA DESDE EL MERCADO

La economía está a la vanguardia respecto del Derecho, pues éste debe seguir sus pasos. No se puede poner la carreta delante de los caballos. Y los mercados no se forman como consecuencia de su regulación,

³⁰ SOMMA, Alessandro. «La buena fe contractual». *Revista Crítica de Derecho Privado*. Publicación del Taller de Derecho Civil «José León Barandiarán» de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Lima: Editora Jurídica Grijley E.I.R.L., 2007, p. 108.

sino a la inversa: debe regularse si las características del mercado lo ameritan.

Es común escuchar que la justificación de la regulación son las fallas del mercado, como, por ejemplo, la existencia de monopolios, las restricciones significativas a la competencia, las externalidades por las actividades que afectan a terceros sin que ello se refleje en los precios, así como la información inadecuada o asimétrica que afecta las relaciones entre consumidores y proveedores.

Mientras que al regular una industria se debe propender a su eficiencia, con la abstención de regular los mercados que no lo necesitan, la idea es que la competencia cumpla la misma función: generar eficiencia. Ésta se logra, en el caso de un mercado con fallas, con la regulación y, en los demás casos, con la competencia.

Lograda la eficiencia del mercado, aquélla debe trasladarse a la contratación, siempre que ésta lo permita. Y creo que el artículo 1398 no lo hace.

Una economía de mercado es impensable sin propiedad privada y ésta es inviable sin la libertad de contratar. Sin embargo, incluso en las economías de mercado más consolidadas los desequilibrios son frecuentes. Aunque esto último amerite la participación del Estado para supervisar que la competencia es lícita y que la información circula, para tutelar a los consumidores no se justifica una política dirigista que, en lugar de fijar estándares de información, se inmiscuya en el contenido del acuerdo.

Es lamentable que para justificar lo contrario, se haya invocado argumentos dogmáticos como el hecho de que la «libertad no es un elemento que purifique los actos del hombre. No hay que olvidar que en nombre de la libertad se han cometido atroces injusticias. Y en el ejercicio de la libertad muchas veces se ha atropellado derechos».³¹

Argumentos como éste son tan bienintencionados como poco efectivos. Creer que cuanto más «meta la mano» el Estado en la contratación privada, mayores beneficios se generan, es no sólo iluso sino también ineficiente. Muchos años de historia económica así lo revelan.

³¹ GUTIÉRREZ CAMACHO, «Economía de Mercado y Contratación». *Contrato & Mercado...*, p. 142.

Quienes nacimos en los años setenta o antes, recordaremos que en cada distrito se publicaba un listado con las farmacias de turno. La idea era que en determinados días de la semana atendieran durante la madrugada, garantizando así la posibilidad de que durante las 24 horas de cada uno de los 365 días del año fuese posible conseguir medicinas. Se creía que así se garantizaba la salud pública. Ahora, cadenas de farmacias más agresivas, instaladas por condiciones de mercado atractivas, decidieron hacer lo mismo sin que el Estado las obligue. Algo así ocurrió cuando los Bancos empezaron a atender en horario corrido y los fines de semana.

El sistema financiero es otro sector en el que el intervencionismo puede llegar a ser un *boomerang*. No puede dudarse de la necesidad que la entidad supervisora verifique que las empresas toman las medidas prudenciales necesarias para proteger el ahorro del público. Lo que no se entiende tanto es que la ley se inmiscuya excesivamente en el contenido contractual, como ocurrió hace un tiempo al tratar de mejorar la regulación de la hipoteca sábana (aquella que garantiza incluso obligaciones no especificadas). Seguramente con las mejores intenciones, se prohibió este tipo de garantía en caso que el constituyente del gravamen no era el deudor. La necesidad de los Bancos de hacer negocios y la de los clientes de recibir dinero condujo a que el mercado genere una solución «ingeniosa»: los terceros pasaron de ser garantes hipotecarios a fiadores (para así convertirse en deudores), de modo que vieron expuesto no sólo el bien gravado sino todo su patrimonio. La medida proteccionista duró sólo seis meses porque la realidad pudo más.

El carácter tuitivo del artículo 1398 del Código Civil también trae implícita una forma de paternalismo estatal que asume que el Estado sabe mejor que los privados lo que maximiza su bienestar. Esto ocurre porque la norma ha elegido mal: en lugar de un estándar informativo, ha elegido una regulación dirigista.

Hay varias formas de clasificar las formas de regular, pero una de ellas distingue entre la regulación taxativa y la regulación por estándares.

«Mientras la taxativa regula o tipifica conductas o normas de comportamiento de manera expresa y detallada, la regulación por estándares o principios lo hace en base a enunciados generales en los que las circunstancias y el

contexto de cada caso determina fundamentalmente el contenido y la forma como serán aplicados».³²

Aunque la regulación «relajada» o por estándares es la que corresponde a un mercado en el que el flujo de información basta para corregir las fallas, la historia demuestra que la predisposición del Estado es intervenir cuando ello no es realmente necesario.

En el caso peruano, lo curioso es que desde el punto de vista constitucional la tutela de los consumidores ya no se logra «metiendo la mano» en el contenido del contrato, sino garantizando la provisión de información necesaria para evaluar la idoneidad de los bienes o servicios, y cautelando la salud y seguridad.

Sobre esto último, los individuos:

«no tienen preferencias homogéneas en relación a la seguridad y calidad: unos prefieren un paquete de mayor seguridad y calidad, a un mayor precio; otros prefieren menor calidad y seguridad, a un precio menor. Si la regulación obliga a los proveedores a relevar información adecuada acerca de calidad y seguridad, sobre la base en la cual los consumidores puedan ejercer su elección, las transacciones del mercado garantizarán que las preferencias sean satisfechas [...]. Más aun, el mandato de revelar información reducirá costos cuando el consumidor sea el evitador más barato del costo, normalmente respondiendo a las advertencias publicadas».³³

En la contratación en masa es mejor un «régimen de transparencia» y no un «régimen de control». Ello quiere decir entonces que la intervención del Estado a través de normas de carácter general o de pronunciamientos en casos concretos debe apuntar a paliar o mitigar una falla de mercado específica: la asimetría de información.

Ahora bien, como no se puede conducir esta situación a un extremo que termine atentando contra el orden público, en algunos casos, como aquellos en los que un error del consumidor al analizar la información

³² TORRES PÉREZ, Narghis. «Regulando por estándares: el estándar del inversionista razonable en el mercado de valores». *Themis*. Revista de Derecho, revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, n.º 54, Lima, 2007, p. 262.

³³ OGUS, Anthony. «Estructuras e instituciones regulatorias». *Themis*. Revista de Derecho, revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, n.º 54, Lima, 2007, p. 277.

puede costarle caro a la sociedad (peligro para la salud, por ejemplo), es mejor forzar a los proveedores a ajustar su producto o servicio a lo que los consumidores esperarían para maximizar sus beneficios sin arriesgar sus vidas. Pero esto no es el principio, sino la excepción. Lo ideal es que las fuerzas del mercado logren que las preferencias sean satisfechas. Bienvenida sea la competencia.

15. COMPETENCIA POR CLÁUSULAS GENERALES

Se ha indicado que hay razones para esperar que las condiciones de un contrato serán más o menos las mismas en una situación monopólica y en situaciones de competencia (claro, el precio en el primer caso sería mayor). La razón es que si quiere maximizar beneficios, el monopolista tiene el incentivo de atraer la mayor demanda posible, y ello se lograría: (i) dando al consumidor productos de buena calidad a condiciones razonables; y (ii) conociendo las preferencias individuales para así establecer precios diferenciados.

Mientras que para algunos es una ilusión, se ha llegado a sostener que hay:

«evidencia empírica sobre el hecho que las cláusulas suelen ser incluso menos favorables al consumidor en mercados sumamente competitivos y desconcentrados que en supuestos de monopolio u oligopolio. Son comunes las cláusulas abusivas en servicios como lavanderías, playas de estacionamiento, seguros, corretaje de inmuebles o contratos de crédito. En estas situaciones existen mercados competitivos y el carácter abusivo de las prácticas parece deducirse más de la actitud del consumidor (que no lee las cláusulas que se le presentan) que de la concentración de poder económico por parte de la empresa».³⁴

No he tenido acceso a dicha evidencia ni a las técnicas para su validación, pero el punto es no perder de vista el propósito de conciliar intereses: los beneficios de la estandarización y la necesidad de evitar las injusticias derivadas de las ventajas estratégicas de los estipulantes de los contratos en masa.

³⁴ BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. *Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales*. Lima: Palestra Editores, 2006, p. 511.

Esta conciliación no se logra con decisiones centralizadas y paternalistas sino a través de mecanismos de mercado complementados con estándares de información, que en lugar de indicar lo que el contrato debe decir, indiquen la información esencial que se debe proporcionar. A eso se llama «libertad con responsabilidad» que en buena cuenta es el fin último de la ideología liberal, a la que el país no es ajeno.

«Neither the drafting of the terms by the seller, nor the seller's offering them on a take-it-or-leave-it basis, nor the absolute size of the seller affects the buyer's power in any sense we should care about it. If there is competition among sellers, and good information about buyer preferences, sellers will offer whatever terms they think buyers will pay for».³⁵ (Traducción libre: «No debemos preocuparnos de que sea el proveedor quien redacta las estipulaciones, ni que se trate de un contrato de adhesión, ni de la dimensión del proveedor. Si hay competencia entre productores y adecuada información sobre las preferencias de los consumidores, los vendedores ofrecerán las condiciones que creen que los consumidores pagarían»).

Ya vimos que la contratación masiva importa la coincidencia de voluntades y no la emisión de dos actos unilaterales, y esto deriva del hecho «que un contrato sea ofrecido como un «todo o nada» no equivale ni remotamente a un problema de coerción. Nadie obliga a una persona a contratar. De hecho, como adherentes siempre tenemos otra opción: la de no firmar y buscar una alternativa más favorable en el mercado».³⁶

Para que las alternativas existan y sean asequibles no hay que reducir las opciones de consumo, sino más bien evitar los abusos de posiciones dominantes, eliminar las barreras de acceso al mercado y evitar las restricciones a la libre competencia. Son el abuso, las barreras y las restricciones —y no la pretendida coerción para contratar— las fallas de mercado que se deben corregir.

Además del desinterés de los consumidores por informarse, la causa de las distorsiones generadas por la contratación en masa es que la falta de estándares informativos legitima el uso de caracteres

³⁵ KENNEDY, Duncan. «Distributive and Paternalist Motives in Contract and Torts Law». En *Foundations of Contract Law*. Richard Craswell y Alan Schwartz (eds.). Nueva York: Foundation Press, 1994, p. 310.

³⁶ PATRÓN SALINAS, «¿Mentiras verdaderas: reflexiones en torno de la regulación del derecho contractual»..., p. 144.

ininteligibles, la ausencia de datos relevantes, terminología compleja, información engañosa, etc. Estas estrategias son las verdaderas causas de la vejación. Apuntemos pues al blanco adecuado: no es a controlar el contenido contractual a lo que debemos dirigir nuestros esfuerzos, sino a atacar a la verdadera causa del problema: hay que incentivar a los consumidores a ser informados, y lo que es mejor, a querer serlo.

16. QUIERO SER IGNORANTE

Recordemos lo que pasa cada cinco años cuando elegimos congresistas (ojalá que esa periodicidad se mantenga). Con el sistema de votación preferencial, si queremos que nuestro voto cuente, no basta con indicar el partido de nuestra preferencia sino que es necesario marcar el número asignado a los dos candidatos que más nos simpatizan.

En realidad, ni aún así nuestro voto cuenta, porque para ello hay que informarse no sólo sobre los dos postulantes que intuitivamente más nos gustan, sino sobre los 118 restantes, para estar seguros de que los «nuestros» son los mejores.

Casi podría apostar que la mayoría no lo hace (por supuesto, me incluyo). Es que es tan costoso y engorroso ilustrarse, que preferimos «cruzar los dedos» y esperar que la decisión colectiva sea lo menos mala posible. Total, la psicología electoral nos dirá que las probabilidades de que un voto sea decisivo son muy reducidas.

Algo parecido ocurre con las decisiones de consumo. Muchas veces son equivocadas por las dificultades de acceso y análisis de información, de modo que es más eficiente ser ignorante y asumir el riesgo de error, que invertir recursos en informarse adecuadamente antes de decidir. Recordemos que el costo de un producto equivale al precio más los recursos invertidos para informarse sobre él.

«Given all of the above, well –educated middle– class consumers in this market have decided that the risk of being cheated, injured or abused by sellers in one of the inevitable risks of like in our economy, and that it is not worth it to invest time or money in the obviously futile enterprise of fighting over contract language. It is more rational simply to ignore the terms and hope that you have happened on an honest seller who is more interested in building a reputation for fair dealing than in extracting the maximum possible

gain each individual transaction»³⁷ (en síntesis, lo que señala el autor es que los consumidores razonables asumen que la posibilidad de sufrir engaños o abusos por parte de los proveedores es un riesgo propio del mercado y que no vale la pena invertir recursos para desentrañar el sentido del contrato, pues lo más racional es ignorar sus estipulaciones y confiar en que el productor tiene más interés en construir y mantener su reputación que en obtener las máximas ganancias posibles de cada transacción individualizada).

Puede ocurrir entonces que sea racional ser ignorante. Si ello es así, el Estado debe evitar que la ignorancia sea la mejor alternativa. Para ello debe establecer estándares informativos, sin convertirse por eso en un intruso de la relación contractual. Como ocurre en todos los campos del conocimiento, la información es pues el arma para combatir la ignorancia.

17. LA INFORMACIÓN VALE ORO

Uno de los factores más dinamizadores de la economía es la capacidad para tomar decisiones adecuadas, y ello se logra con la información.

«En el lenguaje económico, no llama la atención, pues, que la información sea vista como un «bien» o como un «recurso», que, en opinión de un autor, se caracterizaría: (i) por su capacidad expansiva y de crecimiento, a medida que es usada; (ii) porque su generación no requiere tantos recursos como los que demandan otras actividades; (iii) por su carácter sustitutivo de otros recursos (capital, trabajo y recursos materiales); (iv) porque es transportable, a veces de modo instantáneo; (v) por su fluidez (de aquí lo contradictorio que resultaría un «monopolio de la información»); y (vi) porque puede compartirse».³⁸

Parece ser que desde una perspectiva económica, más que jurídica, la información es reconocida como bien intercambiable en el mercado, con el propósito de ser usada para fines comerciales. Y como todo bien, es ideal que éste sea empleado en su uso más valioso y al menor costo posible.

«For a competitive market to function well, buyers must have sufficient information to evaluate competing products. They must identify the range

³⁷ KENNEDY, «Distributive and Paternalist Motives in Contract and Torts Law»..., p. 316.

³⁸ LEÓN, Leysser L. *El Problema Jurídico de la Manipulación de Información Personal*. Lima: Palestra Editores S.A.C., p. 62.

of buying alternatives and understand the characteristics of the buying choices they confront. At the same time, information is a commodity that society must spend resources to produce». ³⁹ Como indica el autor, para que el mercado funcione correctamente es necesario que los consumidores tengan información suficiente para evaluar los productos en competencia, identificar el rango de posibilidades y entender las características de cada una de las opciones. Igualmente, el autor señala que la información es un bien para cuya producción la sociedad debe invertir recursos.

Pese a que hay dudas acerca de su condición jurídica de «bien», no puede negarse que sobre el tema de la información el Derecho y la Economía llegan a puntos convergentes: la ley que regula las centrales privadas de información de riesgos permite a las empresas que operan en este mercado adquirir y negociar información, la cual es requerida como paso previo para hacer transacciones.

Que jurídicamente la información califique o no como bien es irrelevante. Lo importante es que la información «vale oro».

18. ORO PARA LOS CONSUMIDORES

Una utopía es atractiva porque aunque propone una situación inalcanzable, a su vez es una denuncia de lo perfectible.

Tomás Moro decía de los habitantes de la isla de Utopía creada por él, que «Tienen pocas leyes; a un pueblo así gobernado le basta con poquísimas. Lo que primeramente critican en los demás pueblos es el volumen de leyes e interpretaciones, que, aun siendo innumerables, nunca son suficientes. Consideran extremadamente injusto encadenar a los hombres con tantas leyes, más numerosas de lo que es posible leer y más obscuras de lo que cualquiera puede comprender [...]. Todas las leyes — dicen — son promulgadas para que cada cual sepa cómo debe proceder [...], al paso que, cuanto más sencillo y obvio sea el sentido de una ley, tanto más abierto estará a la comprensión de todos». ⁴⁰

³⁹ BREYER, Stephen G. «Analizando el fracaso en la regulación: sobre malas combinaciones, alternativas menos restrictivas y reforma». *Themis*. Revista de Derecho, revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, n.º 54, Lima, 2007, p. 26.

⁴⁰ MORO, Tomás. *Utopía*. Lima: Ediciones Peisa, 1969, p. 106.

La situación ideal —espero que no utópica— es que las normas «no se pisen los talones». Eso es lo que, por supuesto con mayor sofisticación, trató de decir Tomás Moro en el siglo XVI. El divorcio entre las leyes y la realidad también fue apuntado por Erasmo de Rotterdam en *Elogio de la Locura*, al denunciar a los abogados de autosuficientes, que son renuentes a conciliar las leyes con la realidad: «Los abogados reclaman para sí el primer puesto entre la gente culta. Ninguna otra clase está más satisfecha de sí misma. No cesan de dar vueltas a la roca de Sísifo, ordenando más de seiscientas leyes con el mismo espíritu sin importar si sirven para algo. Y viven amontonando glosa tras glosa. Y una opinión sobre otra, como para dar a entender que su profesión en la más difícil de todas».⁴¹

Aunque en el tema que nos ocupa algunos creen que la regulación de las cláusulas abusivas debe encontrarse tanto en las normas del Código Civil como en la legislación de protección al consumidor, estimo que poco importa que las normas que cautelan a los consumidores estén en el Código Civil o en un cuerpo distinto, como ocurre en el Perú. Lo importante es evitar que la duplicidad de regulación, en vez de mejorarla, genere situaciones de perplejidad. Además, creo que el abuso se produce ante la falta de información y eso se corrige imponiendo la obligación de suministrarla.

Efectivamente, tal y como están las cosas ahora, mientras que bajo la lógica del Código Civil el estipulante de cláusulas generales no puede prorrogar tácitamente el contrato, con la lógica de protección al consumidor ello es perfectamente posible, siempre que la contraparte sea debidamente informada. Ello es mejor que diseñar un medio de corrección de excesos que en lugar de analizar la situación *ex post*, haga presumir, *ex ante*, la existencia del abuso.

Por ello, discrepo con quienes consideran que la regulación exclusiva de las cláusulas generales en las leyes de defensa de los consumidores es inconveniente por ser discriminatoria. Salvo supuestos especiales a los que no me referiré porque ameritan una regulación especial (servicios públicos, por ejemplo), el medio natural de corrección en un mercado que presenta condiciones de competencia es el flujo de

⁴¹ DE ROTTERDAM, Erasmo. *Elogio de la Locura*. Madrid: Alianza Editorial, 1984, p. 101.

información. Ésta es un «bien» porque el mercado la valora, y fluye no sólo en los casos en que la ley impone el traslado de la información sino además porque el propio mercado premia a quien la suministra.

En efecto, no hay que olvidar que el prestigio de los productos y servicios y, por tanto, el de las marcas con que se comercializan o el de los nombres de las empresas que los brindan, no se explica solamente a través de la publicidad y de la transparencia de información suficiente. El prestigio se gana básicamente cuando se brinda la calidad que el consumidor espera. Y esto depende de lo que el cliente considera «idóneo». En el caso de los contratos de adhesión, la idoneidad del servicio no se ve afectada por el hecho que el proveedor pueda terminar anticipadamente el contrato, por ejemplo, siempre que al decidir contratar, el cliente haya sido consciente de ello.

«Como ya indicamos, en realidad los problemas de idoneidad y de información pueden ser considerados como las dos caras de la misma moneda. La idoneidad es la falta de coincidencia entre lo que el consumidor espera y lo que el consumidor recibe. Pero a su vez lo que el consumidor espera depende del nivel de información que ha recibido [...]. Para determinar si el proveedor cumplió con sus obligaciones se construye un modelo de idoneidad, que se compara con lo que el consumidor recibió. Si lo que recibió es menos que el modelo no hay idoneidad y entonces hay responsabilidad del proveedor».⁴²

La consecuencia lógica es que en vez de regular el contenido de los contratos en masa, es mejor concebir un sistema legal que genere el traspaso de información necesaria para que el consumidor decida lo que más le conviene.

«Encouraging fully informed choice is not only a means to an economic end; it is in a sense an end in itself. Choices made in comparative ignorance are more like guesses than choices. The production of information facilitates genuine choice and thereby serves the interest of autonomy and freedom of contract, as well as economic efficiency».⁴³ Es decir, una elección informada no es sólo un medio para lograr eficiencia, sino que es la eficiencia misma. Por el contrario, una decisión desinformada, en vez de una elección, parece más una apuesta.

⁴² BULLARD GONZÁLEZ, *Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales...*, p. 625.

⁴³ CRASWELL, Richard y Alan SCHWARTZ. *Foundations of Contract Law*. Nueva York: Foundation Press, 1994, p. 301.

La pregunta que surge de inmediato es qué y cuánta información debe fluir en el mercado. No solamente no hay una respuesta absoluta, sino que no debería haberla, pues ello dependerá de la industria y de las circunstancias. Ya vimos que información e idoneidad son las dos caras de una misma moneda, de modo que el nivel de información a suministrar dependerá de las legítimas expectativas de los consumidores y de lo que éstos consideran idóneo. ¿Y qué consumidores marcan las expectativas? Aquellos que sean razonables. Los casos concretos deberán llenar de contenido a la categoría «consumidor razonable». Además, una pauta para determinar la relevancia de la información es analizar la posibilidad que la omisión o revelación de dicha información hubiera podido cambiar la decisión del consumidor de adquirir o no el servicio o producto.

La Ley n.º 28587, Ley Complementaria a la Ley de Protección al Consumidor en Materia de Servicios Financieros y su Reglamento son un intento —no por completo exitoso— de establecer estándares mínimos de información que un consumidor razonable esperaría de su Banco. La idea es que las empresas del sistema financiero provean a sus clientes información oportuna y adecuada antes de realizar cualquier operación bancaria.

Aunque se ha discutido mucho sobre la proporcionalidad de la medida, por ejemplo, se ha indicado el tamaño mínimo de los caracteres de los formularios de los contratos, que además deben utilizar un lenguaje comprensible. Más allá de que pueda parecer un exceso determinar el tamaño de la letra, lo cierto es que la norma refuerza la tendencia a ponderar mejor los mecanismos para proteger a los consumidores: más que el contenido del contrato, lo que le preocupa al legislador es que los proveedores colaboren con sus clientes en la etapa previa a su celebración. Por lo demás, esta cooperación no sólo beneficia a los clientes, sino además a los productores, pues como sabemos, la información es un atenuante del riesgo. Y a menores riesgos, menores posibilidades de controversias.

Ahora bien, si el cliente recibe información, lee el contrato, entiende su sentido, no está de acuerdo con alguna cláusula, pero sabe que sería muy costoso negociarla, tiene la opción de no celebrar el contrato. Si son muchos los consumidores que están en la misma situación, los competidores detectarán la existencia de un nuevo nicho de mercado compuesto por consumidores insatisfechos. Por el contrario, si el consumidor opta por firmar, el Estado no debe intervenir, pues ya cumplió

con su deber de protección al brindarle ciertos remedios, como la acción de rescisión o de anulación, por ejemplo.

De otro lado, en lo que se refiere al rol informativo de la publicidad, afortunadamente el «Precedente Hipermercados Metro» (Resolución n.º 1602-2007/TDC-INDECOPI) modificó recientemente el «Precedente Telmex» (Resolución n.º 0901-2004/TDC-INDECOPI) en lo referido al contenido esencial del derecho a la información. El caso Telmex indicaba que en la publicidad televisiva y radial no bastaba con mencionar las advertencias y precauciones de los productos o las condiciones para la adquisición, sino que debía mencionarse expresamente en qué consistían. De lo contrario, el derecho a la información se vería vaciado de contenido.

El contenido fue vaciado en realidad por el propio Precedente Telmex, según el cual la «difusión de advertencias, restricciones o limitaciones, cuando el medio utilizado sea la televisión o la radio, deberá tener una exposición al consumidor no menor del tiempo que demore una lectura ininterrumpida de todo el texto o la escucha de la lectura del mismo en el caso de la radio». Ello podía ser conducido a extremos de poca seriedad. ¿Se trata de una lectura en voz alta o en voz baja?, ¿cuáles son las habilidades de lectura promedio en los ciudadanos peruanos?

Si queremos consumidores razonables y proactivos, hay que brindar las condiciones necesarias para que se informen de forma adecuada antes de decidir si contratan o no. Pero las dimensiones de la información a proporcionar, así como los medios para difundirla, dependerán de diversos factores. En el caso de la televisión, cuyos anuncios suelen ser costosos y de corta duración, es más eficiente poner a los consumidores en posibilidad de informarse, que desincentivar a los proveedores a usar uno de los medios de comunicación más efectivos. Por su parte, para evitar el aumento de los costos la publicidad radial terminaba siendo un trabalenguas.

En cambio, el Precedente Hipermercados Metro ha puesto las cosas en su lugar, al señalar que se debe ponderar de forma realista las capacidades de los consumidores para recibir información, la cantidad de información a incluir en el anuncio, las particularidades del mercado, el desarrollo tecnológico, entre otros factores. De lo contrario, el remedio termina siendo peor que la enfermedad.

La tendencia a los estándares informativos razonables debe ser reforzada aún más, hasta que quede descartada aquella que propone

una conducta intervencionista del Estado en la relación contractual para imponer condiciones comerciales y publicitarias o requisitos de calidad innecesarios (el tema de la salud y de los servicios públicos merece, naturalmente, consideraciones distintas).

Es interesante anotar que el traslado de información se produce por una doble vía: no de los proveedores a los clientes únicamente, sino además de éstos al mercado en su conjunto, alimentando y delimitando así las preferencias de la industria. En realidad, hay una tercera vía por la que transcurre la información, pues los proveedores de bienes y servicios y de la información concerniente a éstos, también se ven beneficiados ya que pueden recoger las preferencias del mercado a través del circuito de información, y adecuar así sus ofertas a lo que piden los consumidores. Un círculo virtuoso.

A pesar de lo anterior, y aunque la información completa y adecuada para alcanzar una decisión racional esté disponible, algunos sostienen que ante el riesgo de que los destinatarios de la información tomen una decisión equivocada, es necesaria la regulación gubernamental. Como si el Estado supiera mejor lo que quieren las personas y lo que es mejor para ellas. Para esta tesis, una visión más liberal y menos intervencionista es demasiado radical.

19. ¿QUIÉNES SON LOS RADICALES?

La Escuela de Derecho de la Universidad de Nueva York publicó en el año 2007 un interesante trabajo denominado *Consumer Contracts: Behavioural Economics vs. Neoclassical Economics*, que recoge el pensamiento de Richard Epstein, de la Universidad de Chicago, y Oren Bar-Gill, de la Universidad de Nueva York.⁴⁴

Partiendo de la premisa que los individuos se equivocan al tomar decisiones que deberían maximizar sus preferencias, se plantea la pregunta de si ello amerita o no la intervención del Estado a través de la regulación. Por razones de espacio no me referiré en detalle a cada uno de los pasos a seguir en el análisis de las dos posiciones recogidas en el documento, que en el caso de Oren Bar-Gill, representante de la corriente «conductual» (*Behavioral Economics*), favorece una tesis más

⁴⁴ <http://lsr.nellco.org/nyu/lewp/papers/91>

intervencionista que califica a la tesis propugnada por Richard Epstein como demasiado radical.

El profesor Epstein cree que los errores del mercado se corrigen con el aprendizaje de los consumidores, gracias a los esfuerzos de estos últimos y de los propios productores, que por razones de competencia tienen interés en educar a aquéllos. En cambio, la tesis «conductual» sostiene que estas dos fuerzas no son lo suficientemente correctivas.

Según el profesor Bar-Gill, la tesis de Epstein no solamente descarta los beneficios de la regulación en materia de contratos de consumo, sino que además la considera inviable y perniciosa. Ambas posiciones coinciden en que la regulación genera costos e incluso que en algunos casos puede generar más perjuicios que beneficios. Sin embargo, aplicando analógicamente los principios del Derecho de la Competencia, mientras que el profesor Epstein apoya una regla anti regulación *per se*, el profesor Bar-Gill favorece un análisis con la regla de la razón. Aunque ambas tendencias consideran que la información es el remedio adecuado para corregir las distorsiones en las percepciones de los consumidores, las dos posiciones difieren por razones conceptuales.⁴⁵

En un caso, el objeto de la información son los atributos de los bienes y servicios, mientras que para la posición «conductual» ello no es suficiente, pues los proveedores deberían revelar también la información sobre la tendencia del consumidor a usar el producto y servicio. Si pensaba que el artículo 1398 del Código Civil es paternalista, ahora pienso que una tesis como ésta lo es más todavía.

En efecto, el profesor Bar-Gill señala que incluso una revelación completa y efectiva de las características del producto no corrige los errores en la toma de decisiones de consumo en los casos en que el

⁴⁵ Al respecto, Bar-Gill señala: «Professor Epstein does more than merely dismiss any potential benefit from regulation. He argues that regulation is both not feasible and would likely do more harm than good. [...] Like Professor Epstein I recognize the costs and risks of legal intervention, and I recognize that in certain cases, perhaps in most cases, these costs and risks overweight the benefit from regulation. [...] Drawing upon analogy from the related field of antitrust law, while Professor Epstein supports a *per-se* no regulation rule, I argue for a rule of reason analysis. [...] I too believe that disclosures mandates should one of the main regulatory responses to the problem of consumer misperception. The kind of disclosure that I advocate is, however, conceptually different from the traditional disclosure mandates that Professor Epstein endorses».

consumidor que recibe dicha información está equivocado acerca de la forma en que utilizará el producto. Esta tesis «conductual» propone un ejercicio, para el cual nos pide asumir que en el caso de un contrato de tarjeta de crédito la revelación de la información es efectiva, que en el documento se indica la comisión por pago tardío, que se define además el concepto de «pago tardío», que el cliente lee esta definición y que no es posible cambiar unilateralmente las condiciones. La conclusión, que me parece errada, es que toda esa información es inútil si el cliente equivocadamente cree que nunca se retrasará en el pago.⁴⁶

Y pensar que la tesis «conductual» considera «radical» a aquella que favorece revelar sólo la información del producto. Por eso me preguntaba en el subtítulo de esta sección, quiénes son los radicales.

En el trabajo que ahora comento se ha llegado a proponer que debería informarse en los puntos de venta a los consumidores de tarjetas de crédito, por ejemplo, cuándo han llegado a su límite de consumo, para evitar así que «involuntariamente» superen el umbral (que seguramente genera costos de sobregiro). Es más, se llega al extremo de sugerir (inicialmente pensé que era broma) que en los estados de cuenta se inserte una advertencia que indique, por ejemplo: «con este ritmo de pagos, a usted le tomará 34 años pagar su crédito y terminará pagando el 300% del principal» (como en el caso de los cigarrillos, que son dañinos para la salud).

No podría discrepar más. A diferencia del profesor Bar-Gill, considero que existe un mínimo no negociable exigible a los consumidores: saber si serán o no responsables y asumir las consecuencias si la respuesta es que no. De lo contrario, la tesis de la ignorancia racional se lleva a tal extremo, que termina convirtiéndose en un descuido irracional. Y esto no puede ser protegido por el Derecho.

⁴⁶ En efecto, según Bar-Gill: «But even perfectly effective disclosure of all product attributes would not solve the problem. The reason is that in many cases consumers are not mistaken about product attributes; they are mistaken about their future use of the product. [...] Assume that disclosure is perfectly effective and consumers understand not only the magnitude of the late fee, but also the precise meaning of «late» as defined in the contract's fine print. Assume further that unilateral change provision does not exist or, alternatively, that consumers are fully aware of this provision and its repercussions. All this information is completely useless if the consumer mistakenly believes that she will never be late».

Si tuviese que escoger, prefiero la tesis de los civilistas clásicos que fundamentan la necesidad de protección frente a las cláusulas generales en la presunción de que los estipulantes son *per se* abusivos. Ello parece menos malo que un argumento que parte de la premisa que los consumidores son *per se* estúpidos, o como más elegantemente lo decía Lorenzzeti, que son «hiposuficientes jurídicos».

Ojalá que en este punto nos encontremos cerca del consenso. Dicen que una vez le preguntaron al Presidente del Gobierno español, Felipe González por qué tomaba medidas similares a las de Margaret Thatcher si ella era conservadora y él socialista. Su respuesta fue una síntesis perfecta de la necesidad de formar consensos: «si tú gastas más de lo que tienes no eres ni socialista ni conservador; eres un incompetente».

20. ¿A FAVOR DE QUIÉN?

El artículo 1401 del Código Civil señala que «Las estipulaciones insertas en las cláusulas generales de contratación o en formularios redactados por una de las partes, se interpretan, en caso de duda, a favor de la otra». Disposición similar contiene la Ley del Protección al Consumidor, modificada en este sentido en el año 2000, de modo que en caso de duda, se debe favorecer al consumidor.

El Código Civil peruano podría haber ido incluso más lejos, si como en otros países hubiese adoptado la regla de la cláusula más beneficiosa, conforme a la cual, cuando haya contradicciones entre una cláusula general y una cláusula particular, se aplicará la cláusula más beneficiosa para el adherente, sea general o particular.

El principio contra el estipulante, que tiene su origen en el Derecho romano clásico, señala que en caso de duda insalvable sobre el sentido de las cláusulas generales debe favorecerse a quien no es el estipulante. En la práctica, a favor del consumidor. Los Principios de Derecho Europeo de los Contratos y el Código Europeo de los Contratos contienen disposiciones similares.

Estoy de acuerdo con quienes cuestionan que a este procedimiento se le llame «interpretación», pues mientras que ésta es una herramienta que permite desentrañar el sentido de un pacto cuando no hay claridad sobre él, el principio contra el estipulante elimina las dudas por disposición legal. La posibilidad de interpretar es pues incompatible con la aplicación

de una norma respecto de cuya claridad no hay dudas: si el sentido no es claro, no interpretemos; más bien, favorezcamos al consumidor.

Como se ha indicado, el «Derecho no necesita subterfugios para llevar a cabo el justificadísimo propósito de responsabilizar al predisponerte por la oscuridad o ambigüedad de las estipulaciones que ha redactado. Como afirma Lando, la técnica de utilizar la interpretación para efectuar un control indirecto de las cláusulas generales de contratación se presta a crítica pues el problema debe encararse abiertamente»⁴⁷.

Como veremos después, de lo que se trata en realidad es de imponer una sanción a los estipulantes de cláusulas generales o a los proveedores de las relaciones de consumo por incluir cláusulas ambiguas: la sanción consiste en no ser favorecidos con la interpretación. No estoy convencida de que así tenga que ser; pero, en todo caso, luego veremos algunas razones para apoyar la norma o para criticarla.

Algunos consideran que esta regla es consecuencia de la aplicación del principio de buena fe en sede interpretativa. Pero no cabe la interpretación ni la buena fe. Ni interpretación, porque ésta es incompatible con la existencia de una regla clara que impone favorecer un sentido; ni buena fe, porque este principio no es el que subyace al interés en sancionar a una de las partes con una interpretación que le sea contraria. No se necesita hablar de buena fe cuando la política regulatoria que sustenta la norma (ya en Roma había política regulatoria) fue pensada para sancionar al descuidado.

21. ¿QUIÉN ES EL DESCUIDADO? QUIZÁ CONVIENE SERLO

La teoría de las funciones de la responsabilidad civil pasó por dos fases identificables claramente. Inicialmente se puso el acento en el carácter reproable del hecho ilícito, acentuando así el aspecto sancionatorio de la responsabilidad y de la culpa. Luego se incidió en el carácter indemnizatorio de la responsabilidad civil, es decir, en el hecho que debía servir básicamente para resarcir a la víctima.

⁴⁷ CÁRDENAS QUIRÓS, «Las cláusulas generales de contratación y el control de las cláusulas abusivas». *Contrato & Mercado...*, p. 104.

El análisis económico del derecho plantea una visión distinta, interesada en los incentivos para el comportamiento eficiente. Desde esta perspectiva, la responsabilidad civil tiene la función de inducir a quienes toman decisiones a considerar los daños que pueden ocasionar a los demás.

«Adviértase el problemático contraste que existe entre la justicia «correctiva» y la eficiencia. La justicia se encamina hacia el restablecimiento de la distribución del bienestar que preexistía a la lesión. La eficiencia, en cambio, tiende hacia la desincentivación de aquellos actos que ocasionan más daños que beneficios».⁴⁸

Si la asignación de responsabilidad se basa en el criterio de eficiencia, es necesario saber qué parte estuvo en mejor posición para evitar el daño. Adviértase que en cierto sentido la teoría tradicional comparte este criterio al establecer que la responsabilidad es objetiva cuando se desarrolla una actividad riesgosa o peligrosa: el único responsable, sin posibilidad de atenuar las consecuencias con la idea de culpa, es quien causó el peligro. Si tratamos de combinar dichas nociones, resulta entonces que cuando la prevención es unilateral, la responsabilidad suele ser objetiva.

En otras situaciones, la prevención también es de cargo del consumidor, que debe ser cuidadoso al usar el producto y seguir las instrucciones correspondientes, en cuyo caso la prevención es bilateral y por tanto la culpa sí debe ser relevante para distribuir la responsabilidad.

«Dejando a un lado, momentáneamente, los problemas distributivos y los costos de transacción, se pueden analizar los errores que derivan de una decisión equivocada en torno de los esquemas de responsabilidad. Se puede examinar, en otras palabras, si es peor emplear la responsabilidad objetiva en una situación de prevención bilateral o si es peor emplear la culpa en casos de prevención unilateral».⁴⁹

Es un error asignar responsabilidades sin tener en cuenta quién pudo prever mejor el daño (*cheapest cost avoider* o «mejor evitador del daño»). Y la identificación de este «evitador» depende de dos circunstancias:

⁴⁸ MONATERI, Giuseppe. «Hipótesis sobre la responsabilidad civil en nuestro tiempo». En *Estudios sobre la Responsabilidad Civil...*, p. 109.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 128.

(i) que la prevención sea unilateral y que la responsabilidad sea subjetiva; y (ii) que la prevención sea bilateral y que la responsabilidad sea objetiva. En el primer caso, la culpa es relevante; en el segundo, no cuenta.

Si la prevención sólo la podía adoptar quien fabricó un producto riesgoso, por ejemplo, y a pesar de ello la culpa interviene como factor atributivo de responsabilidad, lo que podría terminar pasando es que si la víctima no logra demostrar que el productor fue doloso o negligente, tenga que soportar los daños derivados de la supuesta diligencia del productor, o reciba una indemnización diminuta pues se presume que aquél actuó con culpa leve.

A la inversa, si la prevención es bilateral pues es razonable esperar que el usuario del bien sea cuidadoso y respete las instrucciones de uso, y a pesar de ello se adopta el criterio de responsabilidad objetiva, se crea una suerte de «riesgo moral», en virtud del cual las víctimas no tienen incentivos para ser diligentes, pues incluso si actúan con desidia serán indemnizados.

Una conclusión que parece razonable es entonces que, para asegurarnos que las cargas derivadas de un sistema de responsabilidad sean asignadas inteligentemente, es mejor que en caso de duda se utilice la culpa (responsabilidad subjetiva) como criterio relevante.

En resumen, quien está en mejor posición de prever y, por tanto, de impedir el daño, debe tomar las medidas adecuadas para evitarlos, y de no hacerlo deberá responder sin replicar. Si no nos queda claro quién es ese sujeto, lo aconsejable es optar por un sistema en el que el factor de atribución (dolo/culpa) sí cumpla un rol.

De otro lado, es interesante establecer una conexión entre el sistema de responsabilidad a elegir y el desarrollo tecnológico y de la competencia en la industria que corresponda.

Así, si el Estado tiene interés en facilitar la entrada de productores a una determinada industria, uno de los mecanismos para hacerlo es el diseño de un sistema de responsabilidad atractivo para ellos. Los posibles entrantes se verán más estimulados a apostar por el mercado si la atribución de responsabilidad por daños es algo flexible. En una etapa incipiente del desarrollo del mercado (y a menos que haya consideraciones especiales que lo ameriten) puede ser atractivo

enviar una señal en el sentido que el productor puede descargar la responsabilidad que se le asigna con el fundamento de la diligencia. De lo contrario, el productor pensará con más cuidado si le conviene «jugársela».

Claro, hay que analizar el asunto a la inversa, pues alguien podría sostener que la responsabilidad subjetiva como medio para estimular el desarrollo de una industria atenta contra el interés público, pues no se tutela suficientemente a los usuarios. Sin embargo, esta posición puede combatirse con tres razones. Primero, el sistema de responsabilidad subjetiva no excluye la responsabilidad, sino que introduce criterios de conducta en el análisis. Segundo, porque en cualquier caso, está prohibido eximirse de responsabilidad por dolo o culpa inexcusable. Y en tercer lugar, porque más allá de las consideraciones jurídicas o morales, no es razonable pensar que el productor va a tener pocos incentivos para mejorar sus productos.

«Obviamente, si ya se ha alcanzado ese grado de desarrollo tecnológico medianamente aceptable, aplicando la función sistemática de incentivación de actividades de la responsabilidad civil, utilizando la culpa, aun en casos de prevención unilateral, la persistencia en la aplicación de esta situación límite, aparentemente contraria a la regla del *cheapest cost avoider*, sí produciría una situación de ineficiencia en los niveles de prevención de quien está en mejor posición de prever los daños».⁵⁰

Una siguiente conclusión es que el principio general es que tratándose de actos de prevención unilateral, la responsabilidad debería ser objetiva, mientras que si la prevención es bilateral, la responsabilidad debería ser subjetiva. Una salvedad posible es la necesidad de generar incentivos para desarrollar la industria.

Lo antes indicado es claro cuando se trata de responsabilidad en la producción de bienes, pero no lo es tanto en el caso de la responsabilidad por la falta de claridad de las estipulaciones contractuales. Este asunto tiene sus particularidades, de cara a las cuales debe analizarse el artículo 1401 del Código Civil y el artículo 2 de la Ley de Protección al Consumidor, teniendo en cuenta además que dichas normas, lejos

⁵⁰ FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. «Las transformaciones funcionales en la responsabilidad civil». En *Estudios sobre la Responsabilidad Civil...*, pp. 276-277.

de recoger un criterio de interpretación como equivocadamente se ha sostenido, establecen un sistema de responsabilidad civil.

Podría sostenerse que el principio pro consumidor obedece a responsabilidad objetiva (sufrir las consecuencias de la ambigüedad) porque en tal caso la prevención es unilateral (la redacción de las cláusulas es de cargo del predisponente). Como éste es el evitador más barato del daño por la falta de claridad, es quien debe ser sancionado objetivamente al incumplir su deber de «hablar claro». Veamos.

«La información es el antídoto del error. No obstante que la producción de información es costosa, un individuo puede estar en posición de obtener información relevante a un menor costo que otro. Si las partes en un contrato actúan de manera racional, ellos pueden minimizar el costo conjunto de un error potencial asignando el riesgo de su ocurrencia a la parte que está en mejor posición para recolectar información a un menor costo [...]. Cuando las partes hayan asignado el riesgo [...] tal asignación debe ser respetada. Cuando no lo hayan hecho —y, en ese caso, se produce un vacío en el contrato— una corte preocupada por la eficiencia económica debería imponer el riesgo en cabeza del mejor recolector de información».⁵¹

Admito que se trata de un buen argumento, pero no me persuade completamente. En efecto, aunque el daño que genera la responsabilidad tiene su origen en una deficiencia de claridad en la etapa previa a la celebración del contrato, derivada del incumplimiento del deber de hablar claro, no puede negarse que la contraparte también incurrió en el incumplimiento de su obligación de mitigar los daños, lo cual podría haberse logrado mediante la solicitud de una aclaración.

Claro, no puede negarse que tratándose de contratación masiva la exigencia de aclaraciones y consiguientes modificaciones a los términos pre-dispuestos no es tarea sencilla. Y no lo es porque ello supondría la asunción de costos que probablemente el cliente no está dispuesto a asumir: gastos en asesores, en negociaciones, variaciones de precios como consecuencia de las modificaciones de los términos inicialmente propuestos, etc.

Dicho cliente creerá que es más racional (más barato) permanecer ignorante y gozar de la rapidez y costos propios del contrato estándar,

⁵¹ KRONMAN, Anthony T. «Error, deber de revelar información y derecho de contratos». *Themis*. Revista de Derecho, revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, n.º 54, Lima, 2007, p. 562.

que «mitigar el daño» proveniente de la oscuridad del contrato asumiendo el costo de la clarificación. A su vez, la ambigüedad podría ser conveniente tanto para el productor como para el consumidor, pues cuanto más perfecto es el contrato, más caro es el resultado. Y esto ocurre no sólo porque aclarar un contrato cuesta, sino porque además, si es incuestionable que determinada cláusula favorece al cliente, a lo mejor el producto se encarece.

El temor a abusos y arbitrariedades además no tiene demasiado sustento, porque no hay que olvidar que lo que hace el principio pro consumidor es acortar el camino de la interpretación contractual, o mejor dicho, sustituir la interpretación por una norma clara y directa que ordena favorecer al consumidor en caso de duda. Si desaparece el principio, nada impide llevar a cabo una tarea interpretativa completa que permita encontrar el sentido que corresponde a la naturaleza y circunstancias del caso, teniendo en cuenta las prácticas de la industria y diversos principios, incluyendo el de la buena fe.

En mi opinión, es el contrato el que debe hablar claro; no sólo una de las partes. Con ello no creo estar inventando nada, sino más bien invitando a ser coherentes con un enfoque acorde con los tiempos.

«La norma jurídica y los diferentes textos jurídicos (en sentido lato) son el reflejo de las tensiones, las luchas, los conflictos sociales, económicos y religiosos o políticos subyacentes, los precarios equilibrios que se obtienen, las evoluciones y revoluciones, avances y retrocesos [...] hechos todos estos que finalmente acaban reflejándose en el campo jurídico, por cuanto que éste es espejo de la realidad social, de ese conglomerado variado de intereses y de valores, que no solamente hace nacer el derecho, sino que marca su vivir, su éxito o su fracaso, su actuación positiva o negativa, su madurez y decadencia según los tiempos. La validez formal da paso después a la eficacia práctica de la norma y de las instituciones que contiene. La primera puede verificarse desde un punto de vista exclusivamente formal, externo; la segunda requiere salir del círculo jurídico y sumergirse en la vida social. Para la primera sirve sólo el derecho: basta la dogmática; para la segunda, el derecho es claramente insuficiente».⁵²

⁵² MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Faustino. «Derecho Común y Literatura: dos ejemplos de los siglos XVI y XVII». En: www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/hisder/cont/17/cnt/cnt6.pdf

22. ¿QUÉ HACEMOS?

La respuesta es buscar un empujón.

El ejercicio profesional enseña que cuanto mayor es el rango de una norma infringida, mayor impacto causamos y mayor solidaridad creamos con nuestra causa. Así, si logra demostrarse que la constitucionalidad de las normas que hemos comentado está en duda, a lo mejor el debate sobre la necesidad de expulsarlas se vuelve más animado.

Si logramos discutir la constitucionalidad del artículo 1398, aunque ésta quede luego confirmada, habremos logrado siquiera poner sobre la mesa un tema que merece ser abordado nuevamente.

Asumiendo que el legislador actúa de buena fe, qué duda cabe de que las instituciones jurídicas tutoras de los más «débiles» nacieron con buenas intenciones, pero esa buena fe inicial puede perderse si los legisladores de turno no se dan cuenta de que los «débiles» no lo eran tanto porque tienen herramientas de protección que la evolución social y económica ha ido implementando. La imposición de iguales derechos a favor de ambos cónyuges y no sólo a favor del marido, y la eliminación de los plazos de los contratos preparatorios, son ejemplos de la necesidad de estar alertas ante la protección excesiva derivada de una equivocada concepción de debilidad. De lo contrario, insistir en proteger al supuestamente débil mediante herramientas desproporcionadas puede ser tan insensato como matar un insecto con una bazuca.

Una de las herramientas para combatir esa insensatez es hacer una distinción entre legislación protectora y legislación paternalista.

La legislación es protectora cuando establece un privilegio a favor de una categoría de personas que ameritan una protección especial. Así por ejemplo, la licencia postnatal es un ejemplo típico de «privilegio», pero sustentado en un bien superior que es el bienestar del recién nacido. El privilegio es conferido en atención a la condición de madre, no de mujer.

En cambio, establecer cuotas de mujeres en el Congreso nos confiere un privilegio que en mi opinión carece de sustento constitucional. A diferencia de la Constitución de 1979, que nos confería derechos «no menores» que los del hombre y que, por tanto, podían ser mayores, la Constitución actual nos equipara. Aunque se ha puesto a debate un proyecto de artículo 2 de la Constitución que impone al Estado el

deber de adoptar medidas positivas a favor de grupos discriminados o marginados (acción afirmativa), no creo que la medida comentada encaje en el supuesto.

Como puede apreciarse, el primer ejemplo (madre-lactante) es uno de medida protectora, mientras que el segundo (número mínimo de mujeres congresistas) es uno de medida paternalista y, por lo demás, discriminatoria.

«El paternalismo jurídico sostiene que siempre hay una buena razón a favor de una prohibición o de un mandato jurídico, impuesto también contra la voluntad del destinatario de esta prohibición o mandato, cuando ello es necesario para evitar un daño (físico, psíquico o psicológico) de la persona a quien se impone la medida».⁵³

Se ha indicado que se justifica el paternalismo cuando la conducta o la norma: (i) está encaminada a conseguir el bien objetivo de una persona o colectividad; (ii) los individuos o la colectividad a quien se aplica la medida no pueden prestar su consentimiento por poseer algún tipo de incapacidad básica; y (iii) se puede presumir racionalmente que prestarían su consentimiento si no fuesen incapaces y, por tanto, supieran qué les hace bien.⁵⁴

Claro, en la práctica, no siempre es sencillo saber si el paternalismo es o no justificado, pues en cada caso es necesario definir cuáles son los bienes jurídicos que corresponde asignar y quiénes son incompetentes para procurárselos por sí mismos. Para ello se necesita llegar a un consenso racional.

Una forma de determinar si el paternalismo del artículo 1398 es o no admisible, es evaluar en qué medida se puede lograr el objetivo de la norma con un remedio diferente. A lo largo de este trabajo hemos señalado que una medida más acorde con los tiempos es asegurar el tráfico de información (recordemos que la información sobre el bien o servicio; no la información sobre el comportamiento del consumidor). Siendo así, hay que concluir que la forma de abordar el asunto es propiciar los esfuerzos

⁵³ GARZÓN VALDÉS, Ernesto. «¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?». *Doxa Publicaciones Periódicas*, n.º 5, año 1988, p. 156.

⁵⁴ ATIENZA, Manuel. «Discutamos sobre paternalismo». *Doxa Publicaciones Periódicas*, n.º 5, año 1988, p. 203.

para proveer más información y crear así un nuevo paradigma para regular la contratación en masa.

¿A quiénes se piensa que se beneficia con el artículo 1398? A los consumidores. ¿Y realmente se les beneficia? No. Lo que necesitan es estar mejor informados. ¿A quiénes se perjudica con el artículo 1398? A los proveedores de bienes y servicios. ¿Y realmente se les perjudica? Sí.

Lo peor es que ese perjuicio no es tolerado por la Constitución, que consagra la libertad de contratación, materializada en la práctica con el rechazo de la injerencia del Estado en el contenido del contrato. Como quiera que la libertad de contratación ha sido acogida constitucionalmente, no se trata de una declaración simplemente programática, sino que por el contrario, en su doble vertiente (decidir libremente con quién celebrar el contrato y cómo llenarlo de contenido) vincula a los poderes públicos, que de un lado se ven obligados a llevar a cabo la regulación de las políticas públicas ponderando diversos bienes jurídicos a proteger, pero respetando la autonomía de la voluntad en la contratación privada.

En el caso analizado, el argumento según el cual se crearía un estado de indefensión si no hubiese restricciones no es lo suficientemente resistente, pues los contratantes cuentan con herramientas para remediar situaciones ilícitas y/o injustas (que no es lo mismo). Si hubo aprovechamiento del estado de necesidad y otros requisitos para la rescisión por lesión, ésta será posible; si medió error esencial y conocible por la otra parte, se podrá anular el contrato; si el objeto es ilícito, se podrá declararlo nulo; si se generó un daño, se podrá pedir una indemnización.

Partiendo de la premisa que la injerencia en la libertad de los individuos sólo debe ser excepcional y no la regla, no puede perderse de vista el hecho de que cualquier intervención estatal en la libertad de los particulares debe ser sincera o coherente con los intereses generales que buscan ser tutelados y no ser más gravosa que lo estrictamente necesario.

Un atentado contra la libertad de contratación de un cierto grupo de personas nos coloca en un escenario parecido a la granja de Orwell: viviríamos en una sociedad en la que todos somos iguales, pero unos más iguales que otros.⁵⁵

⁵⁵ *Rebelión en la Granja* fue publicado por George Orwell en Londres en 1945.

23. LIBERTAD CON RESPONSABILIDAD

Marcel Proust decía que cada lector es lector de sí mismo. En el caso de la literatura, ello significa que cada obra es una lectura o relectura de la sociedad en la que emerge, y se interpreta a sí misma por medio de sus creaciones culturales.

Lo mismo ocurre con las normas. Si éstas no se mimetizan con los tiempos que les toca regular, su utilidad es puesta en duda. Lejos de ser inamovibles y producto de un destino inexorable, las normas están hechas no para servirse a sí mismas, sino a la sociedad. Como ésta evoluciona, suele ocurrir por ello que las normas, originalmente concebidas, no duran para siempre.

Así, por ejemplo, el artículo 1398 del Código Civil servía originalmente a un fin dirigista, pero ahora debe servir a una sociedad en la que la información es el nuevo paradigma. La norma fue concebida como patrón para fijar las condiciones de la oferta, mientras que ahora lo que nos hace falta es una guía para que el usuario tome una decisión madura, sin tener que cobijarse en el regazo del Estado.

Quienes tienen en sus manos la reforma del Código Civil tienen la responsabilidad de convertirlo en un espejo de nuestros tiempos, pues como indicamos al inicio, uno no sólo es responsable de lo que hace, sino también de lo que ve o lee o escucha.