



Freddy Escobar Rozas^(*) y Guillermo Cabieses Crovetto^(**)

La libertad bajo ataque: Contratos, regulación y retroactividad^(***)

Freedom under attack: Contracts, regulation and retroactivity

“SI BIEN LA MORAL Y LA EFICIENCIA INFLUYEN NECESARIAMENTE EN EL DISEÑO DE LAS REGLAS DEL SISTEMA CONTRACTUAL, ES NUESTRA DECISIÓN AUTÓNOMA DE VINCULARNOS LEGALMENTE LA QUE DETERMINA LA EXISTENCIA DEL CONTRATO”.

“In a legal system in which change is random or politically generated, predicting legal change is harder and burdening particular individuals with the costs of that change is unfair. The lawmaker’s ability to target precisely who will bear the costs of legal change through retroactive lawmaking also leads to greater concerns about retaliation or oppression if the legal change is politically motivated.”

Jill E. Fisch

Resumen: Este artículo analiza la legalidad del artículo 43 del nuevo Reglamento de Transparencia de Información y Contratación con Usuarios del Sistema Financiero, así como los efectos que puede generar en el mercado. En base a consideraciones morales, económicas y legales, los autores deducen que el referido dispositivo es inconstitucional e ilegal. Asimismo, los autores concluyen que el referido dispositivo no solo violenta la libertad de elección de las personas y empresas, sino que además tampoco garantiza que los costos que impone sean menores a los beneficios que supuestamente genera.

Palabras clave: Contrato - Decisiones - Ley - Precio - Regulación - Retroactividad

Abstract: This paper analyzes provision 43 of the new Regulation on Transparency and Information in Financial Consumer Contracts, as well as the effects it

-
- (*) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Máster en Derecho (LL.M.) por la Universidad de Harvard. Profesor de Análisis Económico del Derecho, Contratos y Teoría Legal Contemporánea en la Pontificia Universidad Católica del Perú y la Universidad del Pacífico. Socio de Ferrero Abogados. Miembro del Comité Consultivo Nacional de la Asociación Civil IUS ET VERITAS.
- (**) Abogado por la Universidad de Lima. Máster en Derecho (LL.M.) por la Universidad de Chicago. Profesor de Análisis Económico del Derecho, Economía y Medio Ambiente, Derecho de la Libre Competencia, Teoría Legal Contemporánea, Acto Jurídico y Contratos en la Pontificia Universidad Católica del Perú, la Universidad de Lima y la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Gerente Legal Regional de Credicorp Capital.
- (***) Las opiniones vertidas en este artículo son estrictamente personales y en nada comprometen a las entidades a las cuales los autores se encuentran vinculados.

La libertad bajo ataque: Contratos, regulación y retroactividad *Freedom under attack: Contracts, regulation and retroactivity*

may generate in the market. Based on moral, economic and legal considerations, the authors deduced that the aforementioned provision is both unconstitutional and illegal; likewise, the authors conclude that such provision not only violates the freedom of choice of both individuals and legal entities, but also imposes costs without guaranteeing that those costs are lower than the benefits it supposedly grants.

Keywords: Contracts - Decisions - Law - Price - Regulation - Retroactivity

1. Introducción

El 25 de octubre de 2012 la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (en adelante, SBS) aprobó el nuevo Reglamento de Transparencia de Información y Contratación con Usuarios del Sistema Financiero (en adelante, el Reglamento).

El artículo 43 del Reglamento⁽¹⁾ establece que en caso se dicten modificaciones normativas que tengan un impacto en las cláusulas generales de contratación aprobadas por la SBS⁽²⁾, las entidades sujetas a la supervisión de esta última deben modificar tales cláusulas, sin perjuicio de aplicar las normas imperativas desde el momento en que se encuentren vigentes. Esto significa que las referidas entidades se encuentran obligadas a alterar los contratos en ejecución, a fin de dar cumplimiento a las modificaciones normativas indicadas.

En este trabajo pretendemos demostrar que el artículo 43 del Reglamento es inconstitucional en la medida en que viola lo dispuesto por los artículos 62 y 103 de la Constitución e ilegal en la medida en que viola lo dispuesto por el artículo 1359 del Código Civil. Asimismo, pretendemos demostrar que el artículo 43 del Reglamento es inmoral en la medida en que priva de valor a decisiones tomadas por las personas en ejercicio de sus libertades. Finalmente, pretendemos demostrar que el artículo 43 del Reglamento es (presuntamente) ineficiente, en la medida en que genera

“HEMOS VISTO QUE CUANDO EL ESTADO IMPONE UNA REGLA EN DEFENSA DEL CONSUMIDOR, TAL REGLA TIENE UN EFECTO SIMILAR AL DE UN IMPUESTO. CONSECUENTEMENTE TODAS LAS EMPRESAS TRATARÁN DE ELUDIRLO LÍCITAMENTE A TRAVÉS DEL INCREMENTO EN EL PRECIO”.

un incremento en los costos de las empresas reguladas por la SBS, sin garantizar un beneficio cierto para los consumidores que supere tal incremento.

2. El contrato

2.1. Ideas normativas

Existen dos tipos de teorías: las normativas y las positivas. Las primeras operan sobre el plano del deber ser; las segundas sobre el plano de la realidad. Las teorías normativas del contrato prescriben los fundamentos que deben guiar las leyes en materia contractual. Las teorías positivas del contrato analizan los efectos que ocasionan las referidas leyes.

En materia contractual existen dos tendencias normativas: la que considera que el contrato se fundamenta en la moral y la que considera que el contrato se fundamenta en el utilitarismo (y posteriormente en la eficiencia).

- (1) El cuarto párrafo del artículo 43 del Reglamento establece que lo siguiente: “(...) en caso se presenten modificaciones a la normativa vigente que tengan un impacto en las cláusulas generales de contratación aprobadas, las empresas deberán presentar las cláusulas modificadas a la Superintendencia para la respectiva aprobación, dentro de los treinta (30) días de producida la modificación normativa. Lo expuesto no elimina la obligación que tienen las empresas de aplicar las normas legales de carácter imperativo desde la fecha en que éstas entren en vigencia”.
- (2) La SBS debe aprobar las cláusulas generales de contratación de créditos hipotecarios, créditos de consumo, depósitos de ahorro, depósitos a plazo, depósitos de compensación de tiempo de servicios, depósitos en cuenta corriente, contratos de custodia y contratos de alquiler de cajas. Asimismo, la SBS debe aprobar las cláusulas generales de contratación de cualquier producto o servicio ofrecido a los usuarios sujetos a la protección del Código de Protección y Defensa del Consumidor.



Freddy Escobar Rozas y Guillermo Cabieses Crovetto

La tendencia moral encuentra en Hugo Grocio a uno de sus principales exponentes⁽³⁾. Según esta tendencia el contrato encierra una o más promesas. Honrar esas promesas constituye un imperativo moral, en la medida en que las mismas permiten a sus beneficiarios realizar sus proyectos y de esta forma afirmar sus libertades individuales.

Imaginemos que A promete la acción X a B. Imaginemos también que la acción X permitirá a B realizar su proyecto Y. Si A no cumple su promesa, B no podrá realizar su proyecto Y. A puede tener motivos aceptables que justifiquen su inacción. Si A es víctima de un hecho imputable a C que le impide realizar la acción X, B no tendrá nada que reprocharle, aun cuando vea frustrado su proyecto Y. Pero si A decide no realizar la acción X o si A por descuido olvida realizar la acción X, entonces B se sentirá utilizado, engañado, defraudado, poco valorado. En este escenario, el comportamiento de A será moralmente reprochable.

Para esta tendencia el imperativo categórico de tratar a las personas como fin en sí mismas es el que justifica la obligatoriedad de los contratos⁽⁴⁾. Las promesas contractuales deben ser vinculantes porque ellas permiten realizar los proyectos personales de las partes y, consecuentemente, afirmar sus libertades.

El razonamiento descrito es innegablemente atractivo; sin embargo, no resulta del todo convincente. La promesa es, sin duda, una práctica social sumamente valiosa. Ordinariamente todos prometemos algo: ser mejores padres, hacer mejor nuestro trabajo, ser más tolerantes con los demás, etcétera. Y todos confiamos en menor o en mayor grado en las promesas de los demás. No obstante, no todas las promesas generan efectos legales. No todas las promesas otorgan a sus destinatarios derechos legalmente exigibles. El imperativo categórico de tratar a las personas como fin en sí mismas obliga a cumplir las promesas, pero no otorga, *per se*, derechos legales a los beneficiarios de tales promesas⁽⁵⁾.

La tendencia utilitaria encuentra en Jeremy Bentham a su principal exponente⁽⁶⁾. De acuerdo con esta tendencia, el contrato es útil porque permite lograr el mayor bienestar posible para los contratantes, al facilitar la circulación de los recursos escasos (bienes,

(3) "Unlike the Roman law tradition, Natural Law theory had made "promise" its central building block (...) Grotius adopts the focus on promise from Scholastic moral theology: a promise should be kept. To enter into an agreement is to make a promise, which helps to explain why not only Roman nominate contracts, but every agreement could be seen as binding according to Natural Law". Véase: DEDEK, Helge. *A Particle of Freedom: Natural Law Thought and the Kantian Theory of Transfer by Contract*. 2013. pp. 11-12. Disponible en web: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2208659. Referencia de 24 de agosto de 2013.

(4) "The obligation to keep a promise is grounded not on arguments of utility but in respect for individual autonomy and in trust. Autonomy and trust are grounds for the institution of promising as well, but the argument for individual obligation is not the same. Individual obligation is only a step away, but that step must be taken. An individual is morally bound to keep his promise because he has intentionally invoked a convention whose function it is to give grounds -moral grounds- for another to expect the promised performance. To renege is to abuse a confidence he was free to invite or not, and which he intentionally did invite. To abuse that confidence now is like (but only like) lying: the abuse of a shared social institution that is intended to invoke bonds of trust. A liar and a promise-breaker each use another person (...) The moralist of duty thus posits a general obligation to keep promises, of which the obligation of contract will be only a special case (...) But since a contract is first of all a promise, the contract must be kept because a promise must be kept". Véase: FRIED, Charles. *Contract as Promise*. Cambridge-Londres: Harvard University Press, 1981; pp. 16 y 17.

(5) "We are morally and ethically obliged to keep our promises, but it does not follow that promises should be legally enforceable on that account alone. Legal enforceability raises the stakes considerably. Holding a promise legally enforceable empowers one private citizen to call on the state to use force (if necessary) against another. It is not something done lightly, especially when the judge must try to reconstruct the promise in question from evidence that can be conflicting and incomplete". Véase: BAIRD, Douglas G. *Reconstructing Contracts*. Cambridge-London: Harvard University Press, 2013; p. 25. En el mismo sentido: BIX, Brian. *Contract Law. Rules, Theory and Context*. Cambridge: University of Cambridge Press, 2012; p. 142.

La libertad bajo ataque: Contratos, regulación y retroactividad *Freedom under attack: Contracts, regulation and retroactivity*

servicios) hacia sus usos alternativos más eficientes. Esta tendencia encontró un respaldo fundamental en la teoría del valor subjetivo de Menger. Según esta teoría el contrato genera ganancias para ambas partes, incrementa el bienestar de ambas partes, dado que el intercambio solo se produce en la medida en que cada una de ellas valora más lo que recibe que lo que entrega⁽⁷⁾. Esto genera que los contratos sean eficientes en términos económicos bajo el criterio de Pareto, según el cual una situación X es eficiente cuando quienes participan de ella mejoran su posición sin perjudicar la de los demás.

Posteriormente, bajo la lógica de Kaldor y Hicks, esta tendencia retomó el camino del utilitarismo. En efecto, buscando el (supuesto) bienestar de la mayoría, Kaldor y Hicks introdujeron un elemento objetivo en la ecuación: una situación X es eficiente cuando los ganadores pueden potencialmente compensar a los perdedores y aún así estar mejor que antes⁽⁸⁾. Como quiera que no existe forma cierta de conocer en cuánto valoran los ganadores y los perdedores los recursos involucrados en una situación X, solo objetivizando

los valores de tales recursos es que se puede aplicar el criterio de Kaldor-Hicks.

Siguiendo esta lógica, los sistemas legales establecen que el remedio ante el incumplimiento obliga a la parte que incumple a colocar a la otra en la posición que hubiese tenido en caso de cumplimiento. Esto significa que las partes tienen incentivos apropiados (eficientes) para cumplir. Ninguna de ellas dejará de hacer lo prometido a menos que exista un tercero que valore más el recurso (bien o servicio)⁽⁹⁾ y, por tanto, ofrezca un uso alternativo más eficiente. A debe entregar el recurso X a B, a cambio de 10. B puede obtener el mercado el sustituto del recurso X por 12. Si C ofrece 15 por el recurso X, A incumplirá el contrato con B y entregará dicho recurso a C. A recibirá 15, entregará 2 a B para que este pueda adquirir el sustituto del mercado sin perjudicarse y

- (6) "Economic theories of contracts (...) are most often of the normative variety. The normative underpinning of economic analysis of contracts (...) is the philosophical ethical premise by which the goodness or badness of actions and rules are to be evaluated by their results in practice. This type of philosophy is called consequentialist because it is the consequences that render actions and rules good or bad. In this worldview, results are better if they result in greater aggregate maximization of something important and worse if they result in less. The important something to be maximized (the 'maximand') was 'happiness' for Jeremy Bentham, the founder of this type of philosophy (...)". Véase: RADIN, Margaret Jane. *Boilerplate. The Fine Print, Vanishing Rights and The Rule of Law*. Princeton-Oxford: Princeton University Press, 2013; p. 63.
- (7) MENGER, Carl. *Principles of Economics*. Alabama: Ludwig Von Mises Institute, 2007; pp. 51-76.
- (8) "(...)the debate - rapidly becoming familiar in the legal literature- over the concepts of Pareto-superiority and Kaldor-Hicks efficiency. The criterion of Pareto-superiority would made every buyer and ever seller better off or, at least, no worse off. The Kaldor-Hicks criterion is weaker, requiring only that those who gain from a particular rule gain enough so that they could compensate those who lose, without requiring that such compensation actually be paid. Overall efficiency analysis is usually based on the weaker Kaldor-Hicks analysis criterion, for it looks only to the size of the total gains rather than to the identity of the individual winners or losers. Thus, the Kaldor-Hicks analysis would support a rule under which sellers gained and buyers lost, as long as the sellers' gains exceeded the buyers' losses". Véase: CRASWELL, Richard. *Passing On the Costs of Legal Rules: Efficiency and Distribution in Buyer-Seller Relationships*. En: *Stanford Law Review*. No. 361. Volumen XLIII. Palo Alto: 1991; p. 365.
- (9) "Briefly, the modern economic analysis began in the early 1970s, with articles that did indeed focus on the efficiency of the promised actions. These articles emphasized two points. First, there were some circumstances in which it might not be efficient to perform a contract. Second, contract law could be seen as encouraging nonperformance in precisely those circumstances, by allowing a nonperforming party to choose to breach and pay damages (rather than trying to compel performance by injunctive remedies, or by the threat of more punitive sanctions). To be sure, the economists had not themselves argued that the inefficiency of performance should be a complete defense. Instead, the economists had argued for something closer to strict liability, in which a breaching party would have to pay damages whether or not her nonperformance was justified. Their argument was that the threat of having to pay such damages-especially if those damages were set at the proper level-would give the nonperforming party the proper incentive to *choose* between performance and breach. For example, under this system the nonperforming party would not have any incentive to breach unless doing so would save her more than she would have to pay out in damages to the nonbreaching party. But this is precisely the situation in which a breach would be efficient (or so the argument ran): when the savings from not performing exceeded any damages that nonperformance could



Freddy Escobar Rozas y Guillermo Cabieses Crovetto

retendrá el diferencial. C estará mejor (obtiene el recurso X). A estará mejor (ganará 13 en lugar de 10). B estará igual (con los 2 entregados por A podrá adquirir el sustituto del mercado sin asumir el diferencial). Si, en cambio, C ofrece 10 por el recurso X, A entregará dicho recurso a B, ya que de lo contrario asumiría una pérdida (tendría que entregar 2 a B para que obtenga el sustituto del mercado, por lo que al final del día obtendría 8). En consecuencia, el contrato es un mecanismo que asegura la circulación eficiente de los recursos.

El razonamiento descrito es tan o más atractivo que el anterior; no obstante, tampoco es del todo convincente. Si bien en materia contractual el derecho más importante es el derecho al resarcimiento, los sistemas legales suelen reconocer también el derecho a la ejecución forzada. Este derecho dificulta que el recurso sea asignado a quien más lo valora. Por otro lado, es posible que a pesar de que el contrato genere pérdidas (no asociadas con los riesgos asumidos por las partes), los sistemas legales no excusen su incumplimiento. Esto ocurre, por ejemplo, cuando existe error, pero este no es conocible.

Si el imperativo categórico de tratar a las personas como fin en sí mismas no es el fundamento del contrato, si la circulación eficiente de los recursos tampoco es el fundamento del contrato, ¿cuál es?

El contrato es vinculante porque así lo decidimos, porque al celebrarlo manifestamos nuestro deseo de asumir compromisos exigibles⁽¹⁰⁾. El ordenamiento, recogiendo las costumbres morales desarrolladas a lo largo de la historia, reconoce nuestra libertad

para vincularnos legalmente. Está en nosotros decidir si ejercemos esa libertad en un sentido positivo o en un sentido negativo. Hacemos promesas vinculantes y promesas no vinculantes. Elegimos relacionarnos con los demás a través de la fábrica legal o al margen de dicha fábrica.

Si bien la moral y la eficiencia influyen necesariamente en el diseño de las reglas del sistema contractual, es nuestra decisión autónoma de vincularnos legalmente la que determina la existencia del contrato.

2.2. Aproximación Positiva

El fundamento del contrato no explica qué es el contrato; solo explica por qué es vinculante. Para describir al contrato desde una perspectiva positiva, dos preguntas son importantes: ¿por qué contratamos? ¿Qué hacemos cuando contratamos?

Contratamos porque necesitamos o deseamos algo valioso que la contraparte tiene (una casa, un auto, ciertos conocimientos, etcétera). La contraparte contrata porque tenemos algo valioso que ella necesita o desea. El contrato permite que nosotros y la contraparte accedamos a lo que necesitamos o deseamos (y no tenemos o tenemos en una cantidad insuficiente)⁽¹¹⁾.

inflict on the other party. Thus, the economists did not need to argue that breaching parties should be excused from liability entirely. In their model, breachers could be held strictly liable for all breaches and still have the correct incentives". Véase: CRASWELL, Richard. *Two Economic Theories on Enforcing Promises*. En: *Readings in the Theory of Contracts*. Editado por Peter Benson. Cambridge: Cambridge University Press, 2001; p. 21.

- (10) "The personal sovereignty account is committed to respecting the right of individuals not only to choose their ends but also to choose how to pursue their ends, consistent with a like liberty for others. Personal sovereignty therefore must endorse the objective theory as necessary to vindicate the right of individuals to choose to make objectively binding promises as a means of pursuing their ends, unless doing so is inconsistent with respect for the personal sovereignty of others". Ver: KRAUS, Jody S. *The Correspondence of Contract and Promise*. En: *Columbia Law Review*. No. 7. Volumen CIX. Nueva York: 2009; p. 1624.
- (11) "Notwithstanding the self-interest with which persons typically approach their contracts, each party to a contract forms self-consciously interlocking intentions, in which she adopts the success of certain intentions of the other party as her own ends. Moreover, each party intends to give the other authority over her intentions: She intends for the other party to exert a claim against her in connection with these interlocking intentions, a claim not to be the first to defect from the joint performance that the intentions characterize". Véase: MARCOVITZ, Daniel. *Contract and Collaboration*. En: *The Yale Law Journal*. Volumen 113. New Haven: 2004; pp. 1461 y 1462.

La libertad bajo ataque: Contratos, regulación y retroactividad *Freedom under attack: Contracts, regulation and retroactivity*

Las personas solo contratan cuando los recursos son objeto de diferentes valoraciones. A desea el recurso X y está dispuesto a pagar US\$ 15 (precio de reserva)⁽¹²⁾. Esto significa que A prefiere obtener el recurso X en lugar de mantener US\$ 15 en su patrimonio. B desea dinero y está dispuesto a vender el recurso X por US\$ 10 (precio de reserva). Esto significa que B prefiere obtener US\$ 10 en lugar de mantener el recurso X en su patrimonio. Las partes pueden celebrar un contrato con un precio de US\$ 15. En tal caso el precio del contrato igualará al precio de reserva del comprador, por lo que el vendedor capturará el 100% del valor asignado por el comprador al recurso X. Las partes también pueden celebrar un contrato con un precio de US\$ 10. En tal caso el precio del contrato igualará al precio de reserva del vendedor, por lo que el comprador capturará el 100% del valor asignado por el vendedor al dinero. Las partes finalmente pueden celebrar un contrato con un precio de US\$ 12.5. En tal caso el precio del contrato no igualará al precio de reserva del comprador ni al precio de reserva del vendedor, por lo que tanto el comprador como el vendedor capturarán una parte del beneficio correspondiente a la diferencia entre el precio pactado y su propio precio de reserva.

En cualquiera de los casos el contrato solo habrá sido posible debido a que A valora más el recurso X que B. Si A y B valorasen de la misma manera el recurso X, A y B no celebrarían contrato alguno, pues no tendrían incentivos para incurrir en costos de transacción (negociación, etcétera) con el fin de transferir 10 y recibir 10 a cambio.

Si asumimos que existen costos de transacción, la valoración simétrica del recurso tornaría imposible la celebración del contrato. Supongamos que A y B valoran el recurso X en US\$ 15. Supongamos además que ambos deben asumir costos de transacción de US\$ 2. En esas circunstancias A ofrecerá,

como precio máximo, US\$ 13; mientras que B exigirá, como precio mínimo, US\$ 17. Como es obvio, A y B no contratarán.

La difundida idea de la simetría o equilibrio contractual parte del error de equiparar el precio del contrato con el precio de reserva (valoración). El precio de contrato es solo un punto de la curva del precio de reserva y, como tal, puede coincidir con el punto más alto, con el punto más bajo o con el punto intermedio de dicha curva.

Cuando contratamos conferimos a la otra parte un derecho⁽¹³⁾. Este derecho le permite acceder al recurso que desea o necesita. El contrato, por tanto, es un mecanismo que confiere derechos, intereses o situaciones legalmente protegidas. Esto es cierto incluso cuando el contrato deshace otro contrato. Si A está obligado a realizar la acción X a favor de B y luego A y B celebran un contrato de mutuo disenso, A recupera su libertad de acción, adquiere el derecho de no llevar a cabo la acción X.

Nosotros podemos conferir derechos a través del contrato debido a que tenemos poder de disponer sobre nuestras propias acciones y sobre los bienes que forman parte de nuestro patrimonio. Al celebrar el contrato nosotros restringimos nuestra libertad: antes podíamos no realizar la acción X sin consecuencia alguna; ahora tenemos que realizar tal acción bajo pena de tener que pagar una

(12) El precio de reserva es el precio máximo al que una persona está dispuesta a comprar o el precio mínimo al que una persona está dispuesta a vender, según se trate del comprador o el vendedor.

(13) "A consent theory of contractual obligation views certain agreements as legally binding because the parties bring to the transaction certain rights and they manifest their assent to the transfer of these rights. This approach accurately captures what is at stake when individuals seek to exchange or bestow entitlements that they have acquired or will acquire. It provides a coherent account of both the traditional common law preference for an objective interpretation of contracts and its exceptions". Ver: BARNETT, Randy. *A Consent Theory of Contract*. Columbia Law Review. Volumen LXXXVI. No. 2. 1986. p. 319. "When a promisee successfully meets the conditions of the promise, he justly acquires a property interest in the promised performance. In other words, the promisee acquires property in the promisor's future actions through his relation to the promise's terms". Véase: GOLD, Andrew S. *A Property Theory of Contract*. En: *Northwestern University Law Review*. No. 1. Volumen CIII. Chicago: 2009; p. 103.



Freddy Escobar Rozas y Guillermo Cabieses Crovetto

indemnización. ¿Y por qué restringimos nuestra libertad? Muy simple. Porque la otra parte también lo hace, expandiendo la nuestra. Y para nosotros el costo de la restricción de nuestra libertad es menor al beneficio de la expansión de nuestra libertad que nos otorga la contraparte a través de la restricción de su propia libertad.

A tiene US\$ 100. A podría utilizar esa suma para viajar, comprar un televisor o realizar una pequeña inversión. A, sin embargo, desea aprender a tocar la guitarra porque es un gran aficionado a la música. B tiene conocimientos musicales. B podría usar su tiempo para viajar, para leer o para encontrar un trabajo fijo. B, sin embargo, desea dar clases de guitarra a quien se lo solicite. Cuando A y B acuerdan que A recibirá clases de guitarra de B los lunes y los miércoles de 17.00 a 19.00 a cambio del pago de US\$ 100, ambos restringen sus libertades: A ya no puede hacer lo que quiera con los US\$ 100, mientras que B ya no puede hacer lo que quiera los lunes y miércoles de 17.00 a 19.00. Pero ambos también amplían sus libertades: A puede disfrutar de la música en una forma diferente: ejecutándola. Y B puede usar los US\$ 100 para seguir evitando la necesidad de buscar un trabajo fijo. A y B contratan porque el costo de restringir su libertad es menor que el beneficio de ampliar su libertad a través del acceso al recurso ofrecido por la contraparte.

El derecho que conferimos a la otra parte sobre nuestros recursos (futuras acciones, bienes) debe estar definido por nosotros mismos. Como el contrato genera una restricción de nuestra libertad, no resulta moralmente aceptable que perdamos la posibilidad de determinar el grado de dicha restricción. En otras palabras, si a través del contrato renunciamos a la posibilidad de hacer lo que queramos con nuestros recursos, en la medida en que hemos otorgado a la contraparte una titularidad legal sobre los mismos, lo menos que podemos pretender es mantener el control sobre el alcance de nuestra renuncia. Si el sistema legal no nos permitiera mantener tal control, entonces la contratación se convertiría en una actividad riesgosa. Si un tercero pudiera modificar *ex post* el grado de privación de nuestra libertad, entonces nosotros tendríamos menos incentivos para contratar, por la aversión al riesgo que sentimos respecto de actividades cuyas consecuencias no podemos razonablemente prever⁽¹⁴⁾.

Evidentemente, las decisiones que tomemos han de respetar el marco constitucional y legal aplicable en un momento determinado. Dentro de ese ámbito nosotros debemos ser los únicos llamados a determinar qué bienes transferimos, qué precios pagamos, qué plazos otorgamos, etcétera.

La Constitución y el Código Civil garantizan que mantengamos el control del nivel de nuestras restricciones a través de, cuando menos, tres preceptos. El primero dispone que las leyes no pueden afectar el contenido de los contratos válidamente celebrados (artículo 62 de la Constitución). El segundo dispone que las leyes no pueden ser retroactivas (artículo 103 de la Constitución). El tercero dispone que no existe contrato mientras las partes mantengan la más mínima discrepancia (artículo 1359 del Código Civil).

2.3. Intangibilidad

La Constitución de 1993 responde a una orientación política opuesta a la que inspiró a la Constitución de 1979. En efecto, a diferencia de esta última, la Constitución vigente se basa en el individuo, en el libre mercado y el principio de subsidiariedad estatal, que establece que la actividad del Estado en la economía debe ser residual, es decir, debe operar solo en los casos en los que las personas y las empresas no estén dispuestas a participar (arriesgando su capital).

En base a esta filosofía el artículo 62 establece lo siguiente:

“La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase (...).”

(14) RABIN, Matthew y Richard THALER. *Anomalies: Risk Aversion*. En: *The Journal of Economic Perspectives*. No. 1. Volumen XV. Pittsburgh: 2001; p. 219.

La libertad bajo ataque: Contratos, regulación y retroactividad *Freedom under attack: Contracts, regulation and retroactivity*

Como se podrá advertir, el artículo glosado impide que una ley o una norma de cualquier otro tipo (por ejemplo una Resolución de la SBS) modifiquen o alteren pactos válidamente adoptados por las partes contratantes. Esto significa que ante un supuesto de sucesión normativa, las normas que derogaron a las que permitieron la adopción de un pacto determinado no pueden desconocer ese pacto⁽¹⁵⁾.

A pesar de la claridad del texto del artículo 62 de la Constitución, algunos han argumentado que dicho artículo no se aplica a las normas imperativas sino a las supletorias⁽¹⁶⁾, mostrando de ese modo resistencia a la adopción del régimen de los derechos adquiridos en materia contractual.

Esta tesis, sin embargo, es incorrecta. Desde la perspectiva del *enforcement*, las normas se distinguen en imperativas y dispositivas, dependiendo de si pueden o no ser dejadas de lado por las personas. Las normas imperativas son aquellas que no admiten abrogación convencional, por lo que deben ser cumplidas bajo pena de sanción. Las normas dispositivas, por el contrario, son aquellas que sí admiten abrogación convencional, por lo que pueden dejar de ser observadas sin que ello genere la imposición de una sanción⁽¹⁷⁾.

Las normas supletorias son, *per se*, dispositivas, en la medida en que solo se aplican en caso que las partes no hayan decidido regular por sí mismas los aspectos que aquellas normas regulan.

El artículo 62 de la Constitución impide que las normas modifiquen o alteren contratos válidamente celebrados. El efecto de este dispositivo constitucional es, entonces, privar a ciertas normas de la capacidad de imponerse a los pactos contractuales.

¿Qué tipo de norma puede modificar o alterar un contrato? Desde una perspectiva teórica, solo la norma imperativa tiene la capacidad de imponerse a los pactos contractuales válidamente adoptados. La norma dispositiva (incluyendo la supletoria) no posee dicha capacidad, en la medida en que por naturaleza cede frente a lo que las partes decidan.

(15) "La teoría de los derechos adquiridos, recogida en el artículo 62, que dice que si un acto jurídico -en este caso un contrato- se realizó al amparo de cierta normatividad, es dicha normatividad la que rige para los hechos sucesivos que se desprendan de ese contrato, aunque en el transcurso del tiempo dichas reglas originales sean modificadas o derogadas. Los derechos adquiridos son, entonces, los de regirse por un acuerdo de voluntades que se tomó como válido en el momento de ser establecido". Véase: BERNALES, Enrique. *La Constitución de 1993*. Lima: Idemsa. 2012. p. 379. "El artículo 62 (...) se refiere a que los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase (...) Consideramos, por tanto, que el principio de los derechos adquiridos ha sido establecido para todos los contratos, sea cual fuere su naturaleza". Véase: RUBIO, Marcial. *Estudio de la Constitución Política de 1993*. Tomo III. Lima: Fondo Editorial PUCP, 1999; pp. 286 y 291.

(16) "A propósito de lo prescrito por el artículo 62 de la Constitución, autorizada doctrina nacional ha sostenido que existe incompatibilidad entre el artículo 1355 del Código Civil y el artículo 62 de la Constitución, y no ha faltado quien haya opinado que se ha derogado el artículo 1355 del Código Civil. Otro sector de la doctrina nacional, interpretando que, con el artículo 62 de la Constitución, se ha retornado a la teoría de los derechos adquiridos, rompiendo el esquema de los hechos cumplidos, reconocido por el artículo III del Título Preliminar del Código Civil, ha propuesto la modificación del artículo 62 ya citado (...) Una interpretación atenta a estos modelos jurídicos impone una lectura restrictiva del artículo 62 de la Constitución haciéndolo aplicable solo al caso de las normas supletorias. Con ello la coexistencia con el artículo 1355 del Código Civil sería posible, ya que esta última (sic) sí se refiere a las normas imperativas". Ver: ESPINOZA, Juan. *Los Principios Contenidos en el Título Preliminar del Código Civil Peruano de 1984*. Lima: Fondo Editorial PUCP, 2003; pp. 154 y 155. En el mismo sentido: CÁRDENAS, Carlos. *La Supuesta Santidad de los Contratos*. En: *Contrato y Mercado*. DE LA PUENTE, Manuel; CÁRDENAS Carlos y Walter GUTIÉRREZ. Lima: Gaceta Jurídica, 2000; p. 153.

(17) HERNÁNDEZ, Rafael. *Introducción a la Teoría de la Norma Jurídica*. Madrid-Barcelona: 1998; pp. 221 y 222. IRTI, Natalino. *Introducción al Estudio del Derecho Privado*. Traducción de Rómulo Morales Hervias y Leysser L. León. Lima: Grijley, 2003; pp. 199-202.



Freddy Escobar Rozas y Guillermo Cabieses Crovetto

Imaginemos que A y B negocian un contrato de préstamo y que están de acuerdo en establecer una tasa anual de interés moratorio de 10%. Imaginemos que la norma X, aplicable a los contratos de préstamo, establece que la tasa del interés moratorio anual es de 5%. Si la norma X es imperativa, entonces A y B no podrán válidamente pactar la tasa que desean aplicar (10%). En cambio, si la norma X es dispositiva, A y B podrán válidamente pactar la referida tasa (10%), en la medida en que la norma X solo se aplica en caso que las partes no hayan pactado algo distinto a lo que ésta dispone.

Como quiera que las normas dispositivas no pueden *per se* alterar o modificar un pacto contractual, es obvio que el impedimento establecido por el artículo 62 de la Constitución solo puede tener como referente a las normas imperativas. En otras palabras, como quiera que solo las normas imperativas pueden alterar o modificar un pacto contractual, la prohibición constitucional de que tal cosa ocurra solo puede comprender a dichas normas. Contrariamente a lo que sostienen algunos, las normas supletorias son las únicas a las que el artículo 62 de la Constitución no afecta.

Sostener que las normas imperativas pueden seguir modificando el contenido de contratos en ejecución implica desconocer tanto el sustento político del artículo 62 de la Constitución como el significado elemental de los términos que emplea.

2.4. Irretroactividad

Al igual que la Constitución de 1979, la Constitución de 1993 establece que las leyes, salvo excepciones expresamente contempladas a nivel constitucional, no son retroactivas.

¿Por qué las leyes no pueden ser retroactivas? Las leyes establecen un marco dentro del cual las personas pueden

planificar sus actividades, tomar decisiones y asignar sus recursos de una forma u otra. Si las leyes fuesen retroactivas, las personas tendrían que planificar y tomar decisiones adivinando qué es lo que establecerán las futuras normas⁽¹⁸⁾. Esto, evidentemente, es imposible. Para no paralizar a la sociedad, los Estados de Derecho establecen como regla casi absoluta la irretroactividad de las leyes. De esta forma, un cambio en el marco normativo solo puede afectar a las decisiones que aun no han sido tomadas.

Los contratantes, en consecuencia, solo deben tomar en consideración el marco legal vigente al momento de la celebración del contrato. Las decisiones políticas que en el futuro tomen las autoridades no pueden afectar los acuerdos adoptados por los contratantes en el presente o en el pasado. Esto significa que, si al amparo de la Norma 1, A y B pactan /X/W/Z/, A y B deben actuar en base a /X/Y/Z/ durante el plazo del contrato. Si una norma posterior, la Norma 2, prohíbe el pacto /Z/, A y B deben seguir actuando en base al pacto /Z/. La prohibición impuesta por la Norma 2 no puede afectar la decisión tomada por A y B, ya que aquella norma no existía en el momento en que A y B pactaron /X/Y/Z/.

2.5. Libre Determinación

A pesar de su marcada influencia controlista⁽¹⁹⁾ y de haber sido adoptado en un contexto intervencionista propiciado por la Constitución de 1979, el Código Civil no ha podido dejar

(18) "Taken by itself, and in abstraction from its possible function in a system of laws that are largely prospective, a retroactive law is truly a monstrosity. Law has to do with the governance of human conduct by rules. To speak of governing or directing conduct today by rules that will be enacted tomorrow is to talk about a blank prose. To ask how we should appraise an imaginary legal system consisting exclusively of laws that are retroactive only, is like asking how much pressure there is in a perfect vacuum". Véase: FULLER, Lon L. *The Morality of the Law*. New Haven-London: Yale University Press. 1964; p. 53.

(19) "El Código Civil ha sido elaborado en función de modelos legislativos que reflejan acuerdos políticos contradictorios, opuestos e irreconciliables. En efecto, los Libros de Derechos Reales y de Obligaciones han sido elaborados a la luz del Código Civil francés, mientras que el Libro de Contratos ha sido elaborado a la luz del Código Civil italiano de 1942. El Código Civil francés se basó en dos pilares fundamentales: la razón y la libertad. En función a los mismos consagró principios y reglas que protegían la voluntad individual, la propiedad privada, el libre mercado y la culpa como factor de internalización de

La libertad bajo ataque: Contratos, regulación y retroactividad *Freedom under attack: Contracts, regulation and retroactivity*

de reconocer un principio elemental en materia contractual: las partes y no las autoridades son las que fijan las reglas del contrato.

El artículo 1359 del Código Civil establece que no existe contrato si las partes no han logrado ponerse de acuerdo sobre todos los aspectos que deseen regular, aun cuando la discrepancia que tengan sea mínima, secundaria u objetivamente irrelevante. Esto significa que A no puede forzar a B a cumplir una promesa si es que B aun tiene discrepancias en torno al acuerdo, aun cuando tales discrepancias sean irrelevantes para A⁽²⁰⁾. De otro lado, esto también significa que ninguna autoridad estatal (judicial o administrativa) puede actuar en lugar de los contratantes: si estos mantienen una discrepancia, no se genera vínculo contractual alguno. Los únicos que pueden tomar las decisiones que se requieren para que la ley reconozca la existencia de derechos, obligaciones, responsabilidades y demás situaciones jurídicas de origen contractual son los propios interesados.

Existe la idea de que el artículo 1355 del Código Civil⁽²¹⁾ permite que el Estado modifique los términos de un contrato

en ejecución por consideraciones de interés social, público o ético. Esta idea, sin embargo, no solo es contraria al artículo 103 de la Constitución y al artículo 1359 del Código Civil, sino también infundada. En efecto, en primer lugar no es posible reconciliar la idea de que la ley no puede ser aplicada de manera retroactiva con la idea de que el Estado puede alterar una decisión de las partes tomada en el pasado. Tampoco es posible reconciliar la idea de que solo las partes pueden definir los términos del vínculo contractual con la idea de que el Estado puede intervenir para desconocer tales términos.

En segundo lugar no es correcto considerar que el artículo 1355 del Código Civil necesariamente requiere ser interpretado en el sentido de que las disposiciones legales que imponen reglas o limitaciones resultan vinculantes para los contratos en ejecución⁽²²⁾. Ni la literalidad ni la racionalidad del referido precepto autorizan

costos (...). A pesar del surgimiento de la corriente romántica que sostenía que el hombre no solo actuaba en función de la razón sino también en función de sus emociones, el Código Civil alemán no pudo resistir la tentación del orden científico ni la fuerza del pensamiento liberal. Al igual que el Código Civil francés, el *Bürgerliches Gesetzbuch* ("BGB") se basó en los pilares de la razón y la libertad, consagrando principios afines al modelo liberal (...). A diferencia de los dos códigos mencionados, el Código Civil italiano de 1942 respondió a una concepción política contraria a la que privilegia la libertad de los individuos. En efecto, el código italiano rindió tributo a la filosofía corporativista, que consideraba que el Estado era una entidad orgánica -y no una institución designada para proteger derechos individuales- cuyos intereses tenían más importancia que los intereses individuales de los miembros que la conformaban. Adicionalmente, el código italiano no fue ajeno a la corriente totalitaria, que propugnaba el control por parte del Estado de todos los aspectos de la vida social, política, cultural, religiosa y económica". Véase: ESCOBAR, Freddy. *Manifiesto Sobre la Reforma del Código Civil y Sobre el Trabajo de la Comisión Reformadora*. En: *Thémis. Segunda Época*. Número 60, 2011; pp. 121 y 122.

- (20) "(...) per la conclusione del è necessario che si raggiunga l'accordo su tutti i punti venuti in discussione; se anche su un punto fra quelli discussi resta disaccordo, il contratto non si conclude. Questa regola dà torto alla parte la quale volesse sostenere che il contratto è concluso perchè il residuo dissacordorigaurda un punto no 'essenziale' del contratto (ad es., il lugo di consegna della cosa venduta) mentre su tutti punti 'essenziali' (come ad es. l'individuazione della cosa, e il suo prezzo) l'accordo è raggiunto. La pretesa va respinta perchè la distinzione fra punti 'essenziali' e non 'essenziale' è arbitraria: in linea di principio, tutti i punti del contratto su cui le parti abbiano portato la trattativa devono ritenersi 'essenziale' per le parti stesse, e quindi tali da condizionare il loro Accordo sul contratto". Véase: ROPPO, Vincenzo. *Il Contratto*. Milano: Giuffrè, 2001; p. 138.
- (21) El artículo 1355 del Código Civil establece lo siguiente: "La ley, por consideraciones de interés social, público o ético puede imponer reglas o establecer limitaciones al contenido de los contratos".
- (22) "(...) si el propósito del artículo 1355 fuera que las reglas y limitaciones se aplicaran solo a los contratos a celebrarse, ese propósito ya habría sido alcanzado por el artículo 1354 que, como se ha visto, no permite que las partes den al contrato un contenido contrario a norma legal de carácter imperativo. El artículo 1355 resultaría, pues, innecesario y, por ello, no tendría efecto propio alguno. Es preciso, pues, encontrar al artículo 1355 una significación que justifique su existencia (...) Creo que esto solo se logra interpretando dicho artículo e el sentido que las reglas y limitaciones a que él se refiere rigen



Freddy Escobar Rozas y Guillermo Cabieses Crovetto

a aceptar la retroactividad de tales reglas o limitaciones, ni mucho menos el efecto castrador de las mismas. El hecho que el artículo 1354 del Código Civil establezca que las partes no pueden pactar en contra de una norma imperativa⁽²³⁾ en nada afecta el escenario, pues una cosa es establecer por qué se puede producir una intervención en materia contractual (artículo 1355) y otra distinta es establecer cuál es la consecuencia de dicha intervención (artículo 1354).

El artículo 1355 del Código Civil puede ser entendido en el sentido de que las disposiciones legales que imponen reglas o limitaciones resultan vinculantes para los futuros contratos. El artículo 103 de la Constitución y el artículo 1359 del Código Civil reclaman una interpretación en ese sentido. Y el artículo 1354 del Código Civil no se opone a ella.

3. La ley

3.1. Garantía para planificar

Si bien las sociedades son evolutivas⁽²⁴⁾, en la medida en que no responden al diseño sino a la interacción humana

espontánea⁽²⁵⁾, es imposible para los seres humanos no planificar sus vidas.

Nosotros tenemos la necesidad de crear planes y la capacidad para ejecutarlos y alterarlos según lo demanden las circunstancias⁽²⁶⁾. Cada día hacemos y deshacemos planes en función de lo que esperamos obtener en el futuro (cercano y lejano). El planeamiento es fruto de la interacción de dos factores: la limitada información que tenemos sobre el futuro y el miedo ante lo incierto. Estos factores nos inducen a tratar de minimizar las potenciales consecuencias adversas de hechos futuros. Los planes son las herramientas que tenemos para lograr tal cosa.

Con la información que se encuentra disponible, cada día tomamos decisiones. Todas las decisiones generan costos y beneficios. No existe decisión que no abra una

también para los contratos vigentes en el momento de la expedición de la ley que las establece”. Véase: DE LA PUENTE, Manuel. *El Contrato en General*. Tomo I. Primera Parte. Lima: Fondo Editorial PUCP, 1991; pp. 314 y 315.

- (23) El artículo 1354 del Código Civil establece lo siguiente: “Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo”.
- (24) “The man of system (...) seems to imagine that he can arrange the different members of a great society with as much ease as the hand arranges the different pieces upon a chessboard. He does not consider that the pieces upon the chessboard have no other principle of motion besides that which the hand impresses upon them; but that, in the great chessboard of human society, every single piece has a principle of motion of its own, altogether different from that which the legislature might choose to impress upon it. If those two principles coincide and act in the same direction, the game of human society will go on easily and harmlessly, and is very likely to be happy and successful. If they are opposite or different, the game will go on miserably and *the society must be at all times in the highest degree of disorder*”. Véase: SMITH, Adam. *The Theory of Moral Sentiments*. Parte 6. Capítulo 2. Penúltimo párrafo. Londres: 1759. En el mismo sentido: HAYEK, Friedrich A. *Law, Legislation and Liberty. Rules and Order*. Chicago: The University of Chicago Press, 1983; pp. 8-34.
- (25) El orden espontáneo es consecuencia de los patrones emergentes que producen tanto los grupos de personas como los grupos de animales. Estos patrones surgen de manera espontánea en los niveles inferiores de la pirámide organizacional y tienen la virtud de generar la uniformidad de conductas grupales desde abajo hacia arriba. Esta uniformidad es percibida como natural por los miembros de la colectividad y genera un efecto de dependencia en las generaciones futuras (*path dependence*). A diferencia de las reglas impuestas desde arriba hacia abajo, los patrones emergentes gozan por sí de legitimidad en la medida en que nacen de modo no coercitivo. Véase: JOHNSON, Steven. *Emergence. The Connected Lives of Ants, Brains, Cities and Software*. Nueva York: Simon and Schuster, 2001; pp. 29 y siguientes.
- (26) “(...) human beings are planning creatures: we not only have the capacity to act purposively, something we share with nonhuman animals, but also the ability to form and execute plans (...) our need for planning arises from the complexity of our goals, the limitations of our abilities, and the pluralism of our values and preferences. In order to achieve complicated goals, we must assemble long sequences of actions correctly; in order to act together we must be able to coordinate many of our actions with one another. Deliberation at the time of action will often be too costly or risky (...) Planning guides and organizes our behavior so that we can accomplish ends that we would not otherwise be able to achieve, or achieve as well”. Véase: SHAPIRO, Scott J. *Legality*. Cambridge-London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011; pp. 193 y 194.

La libertad bajo ataque: Contratos, regulación y retroactividad *Freedom under attack: Contracts, regulation and retroactivity*

opción y cierre otra, que no genere un riesgo y elimine otro. Cuando los costos son inferiores a los beneficios, nuestras decisiones son racionales⁽²⁷⁾. La decisión de fumar, por ejemplo, es racional si quien la toma considera que el daño que esta actividad le ocasiona es menor al placer que esta actividad le concede⁽²⁸⁾.

La racionalidad se basa en las preferencias individuales. Cada persona sabe qué es lo mejor para ella. Además, cada persona tiene el derecho de tomar sus propias decisiones. En esto consiste la libertad.

El legislador no puede planificar nuestras vidas, pues no sabe cuáles son las preferencias que tenemos. El legislador no posee herramienta alguna que le permita determinar qué planes son los que los diversos integrantes de la sociedad preferirán en un momento determinado. Pero aun cuando el legislador tuviera tal herramienta, no sería legítimo que decida por los demás. La humanidad ha luchado durante buena parte de su existencia para liberarse de monarcas y gobernantes totalitarios que han basado su poder ilimitado en la idea de que ellos, y no el pueblo, eran los que sabían que cosa le convenía al pueblo. Por tanto, aun cuando el legislador tuviera una herramienta mágica que le permitiera conocer las preferencias individuales a grandes escalas, sería inmoral que no dejara a las personas hacer sus propios planes. Cuando el legislador tiene el poder de planificador social, aquel no hace otra cosa que imponer al resto sus propias preferencias⁽²⁹⁾.

Si el legislador no puede planificar nuestras vidas, ¿cuál es el rol del sistema legal?

Para que podamos llevar a cabo nuestros planes de forma pacífica requerimos de varias cosas. En primer lugar requerimos

que los demás no interfieran de manera inaceptable o ilegítima, frustrando nuestros planes⁽³⁰⁾. El sistema de responsabilidad extracontractual establece reglas que desincentivan interferencias socialmente no deseadas y reglas que permiten exigir una indemnización en caso las mismas se lleguen a producir. En segundo lugar requerimos que los demás puedan asumir compromisos con nosotros y que tales compromisos sean exigibles. El sistema contractual establece reglas que permiten adoptar compromisos vinculantes y reglas que permiten exigir una indemnización ante el incumplimiento de los mismos. En tercer lugar requerimos tener la capacidad de excluir a los demás del uso de los recursos que obtengamos así como tener la capacidad de transferir tales recursos cuando así lo creamos conveniente. El sistema de derechos reales establece reglas que permiten obtener, excluir y transferir recursos valiosos. En cuarto lugar requerimos que las controversias y disputas sean resueltas a través de mecanismos centralizados, operados por personas especialmente capacitadas para aplicar las leyes. El sistema procesal establece reglas que permiten acudir a dichas personas y esperar una solución no arbitraria de las controversias y disputas⁽³¹⁾.

El sistema legal, en consecuencia, hace que nuestros planes sean viables en un entorno de paz. Gracias al sistema legal no necesitamos de la fuerza para imponer nuestros planes.

-
- (27) BECKER, Gary. *The Economic Approach to Human Behavior*. Chicago: The University of Chicago Press, 1978; pp. 3-14.
- (28) BECKER, Gary; Michael GROSSMAN y Kevin MURPHY. *An Empirical Analysis of Cigarette Addiction*. En: *The American Economic Review*. Volumen 84. No. 3. Pittsburgh; 1994, pp. 386-418.
- (29) Este es el caso, por ejemplo, de las prohibiciones que existen en diversas sociedades para los matrimonios entre personas del mismo sexo.
- (30) Las interferencias en los planes ajenos son inevitables. Ningún sistema legal impide de manera absoluta tales interferencias, ya que la competencia por recursos escasos es natural y deseable. Solo cuando las interferencias son ineficientes o moralmente reprobables, los sistemas legales no las admiten.
- (31) "The issue of initial acquisition of entitlements in real and chattel resources is dealt with primarily in property law; tort law concerns the protection of and proper limits on resource use; and contract law deals with transfers of rights between rights holders. Each category contains principles of rectification for the breach of legal obligations". Véase: BARNETT, Randy. *Op. cit.*; p. 292.



Freddy Escobar Rozas y Guillermo Cabieses Crovetto

3.2. Incidencia en las decisiones

La forma en la que el sistema legal define las reglas que garantizan la viabilidad de nuestros planes incide directamente en el diseño y la adopción de los mismos.

Supongamos que el sistema de responsabilidad contractual excluye el resarcimiento del lucro cesante. Supongamos además que A y B se encuentran negociando un contrato de *outsourcing* de gestión de aplicativos informáticos. A es una entidad financiera. B es un proveedor especializado en tecnologías de la información. Si se produce un error en la administración de ciertos aplicativos, los cajeros automáticos de A pueden dejar de funcionar por un breve lapso. En ese lapso, sin embargo, algunos clientes de A podrían dejar de realizar operaciones. Si eso ocurre A podría dejar de percibir ingresos (comisiones por la realización de operaciones). A, en consecuencia, está expuesta al riesgo de la pérdida de ingresos (lucro cesante). Debido a que el sistema contractual no garantiza el derecho al resarcimiento por lucro cesante, A tendrá que adquirir ese derecho de B.

¿Qué pasaría si el sistema contractual garantizara el resarcimiento del lucro cesante? En este escenario B tendría que adquirir de A el derecho a no pagar tal resarcimiento si es que no desea estar expuesto al riesgo de internalizar las pérdidas de A.

Imaginemos que A y B negocian bajo la primera regla legal (no responsabilidad por lucro cesante). A desea adquirir el derecho a obtener una indemnización por lucro cesante. B ofrece ese derecho a un precio de 5. Si A decide adquirirlo, el precio total del contrato será 15. C, D y E, empresas de seguro, también ofrecen el referido derecho a 5. A, sin embargo, no está dispuesto a pagar 5 para adquirir cobertura contra el riesgo de lucro cesante, así que decide pagar a B 10 por el servicio de *outsourcing* y asumir de manera expresa el referido riesgo.

Imaginemos que durante la ejecución del contrato cambia la regla legal: el sistema de responsabilidad contractual

incluye el resarcimiento del lucro cesante. ¿Debe aplicarse esta nueva regla al contrato celebrado entre A y B?

Si la nueva regla legal se aplica al referido contrato, entonces A obtendrá una ganancia inesperada, mientras que B experimentará una pérdida inesperada. En efecto, por aplicación de la referida regla A obtendrá una protección que en el mercado vale 5 sin pagar compensación alguna. Por otro lado, B asumirá un riesgo que en el mercado cuesta 5 sin recibir compensación alguna. ¿Es aceptable que tal cosa ocurra? ¿Puede la ley alterar un pacto contractual e imponer ganancias y pérdidas expresamente rechazadas por las partes?

El sistema legal asigna derechos, deberes, responsabilidades y otras situaciones jurídicas en base a una serie de criterios, no siempre razonables. Mediante los contratos las personas y las empresas negocian para alterar la asignación legal de las situaciones jurídicas.

Si una norma asigna una situación jurídica en un sentido diverso al acordado por las partes de un contrato aun en ejecución y el legislador la impone a dichas partes, entonces una de ellas obtendrá un beneficio sin habérselo propuesto, sin merecerlo, sin asumir un costo; mientras que la otra experimentará una pérdida sin quererlo, sin merecerlo, sin obtener una compensación⁽³²⁾. La ley no debe alterar los efectos económicos de una transacción. Eso es ineficiente e injusto.

Si permitimos que la ley afecte los términos de los contratos, las personas agravarán su

(32) "A commitment to stability can increase the ability of rules to influence primary behavior by ensuring that transactions undertaken within the dictates of the existing regulatory scheme will receive consistent legal treatment in the future. Retroactive legal change undercuts this commitment. Those who have worked to secure the legal change obtain a windfall if the change is subsequently applied to pending or completed transactions, given the relatively inability of the counterparty to those transactions to anticipate the change and protect itself contractually". Véase: FISCH, Jill E. *Retroactivity and Legal Change: An Equilibrium Approach*. Volumen 110. Cambridge: Harvard Law Review, 1997; p. 1106.

aversión al riesgo, dejarán de contratar o, en el mejor de los casos, incrementarán los precios a efectos de mitigar futuras pérdidas. Cualquiera de esas situaciones es nociva para la sociedad.

4. El artículo 43 del Reglamento

4.1. Mandato y argumentos

El artículo 43 del Reglamento obliga a las empresas supervisadas por la SBS a adecuar los contratos vigentes a los cambios normativos que se produzcan. Ante el cuestionamiento de la constitucionalidad del artículo 43 del Reglamento, la SBS emitió el oficio 07358-2013-SBS, en el que expresa lo siguiente:

“Si bien el artículo 62 de la Constitución Política del Perú contempla la intangibilidad de los contratos, precisando que los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase, como un mecanismo que busca proteger a los particulares de potenciales intervenciones del Estado, la referida disposición no es absoluta. La excepción se presenta en aquellos casos en los que, en virtud de un interés público (...) se aprueban normas de carácter imperativo (...) que deben ser aplicables inclusive a aquellas relaciones suscritas antes de su vigencia.

Es así que los contratos no pueden mantenerse ajenos a los cambios de los marcos normativos que ocurran en el tiempo a favor de un interés público determinado. *Si se admitiera que los contratos no pueden ser modificados como consecuencia de una norma dictada con posterioridad a su celebración* -aun cuando tengan

carácter imperativo- *se estaría avalando la ultractividad de la ley, característica esencial y única de los contratos ley*” (énfasis agregado).

En los siguientes literales demostraremos que los artículos 62 y 103 de la Constitución impiden que una autoridad obligue a las partes a modificar un contrato válidamente celebrado, aun cuando esté en juego el interés público. No podemos, sin embargo, dejar de pronunciarnos sobre la idea de que sostener la imposibilidad de que la Norma 2 modifique un contrato celebrado al amparo de la Norma 1 supone defender la ultractividad de la Norma 1.

Contrariamente a lo que sostiene la SBS la idea en cuestión es una manifestación del principio de la no retroactividad de la Norma 2. Desde hace siglos la aplicación de este principio ha dado origen a dos doctrinas: la de los derechos adquiridos y la de los hechos cumplidos. Ambas doctrinas tratan de fijar los alcances del principio en cuestión. La primera doctrina sostiene que la Norma 2 no se aplica ni a los hechos regulados por la Norma 1 ni a las consecuencias de tales hechos. La segunda doctrina sostiene que la Norma 2 no se aplica a los hechos regulados por la Norma 1, pero sí a las consecuencias de tales hechos en la medida en que se produzcan en la etapa de vigencia de la Norma 2⁽³³⁾.

(33) “La más importante y difundida, y la que goza de mayor autoridad y es casi indiscutida en la escuela y en el foro, no solo en Italia sino en Francia y Alemania, es la teoría del derecho adquirido. Brevemente puede formularse así: la máxima ‘la ley no es retroactiva’ significa que la nueva ley no puede tocar los derechos adquiridos de acuerdo con la ley anterior: la inviolabilidad del derecho adquirido es el fundamento de la máxima (...) Los derechos son las consecuencias de un hecho idóneo para producirlos bajo el imperio de la ley durante la cual el hecho se ha realizado, y que si bien no se hicieron valer bajo ella, entraron sin embargo durante aquel tiempo a formar parte del patrimonio del individuo (...) la teoría del hecho cumplido (...) es muy sencilla y consiste en sostener que el principio de la no retroactividad no importa otra cosa sino que la nueva ley no puede regular hechos ya realizados bajo el imperio de la antigua. Pero varia es la extensión que se da a esta teoría. Algunos la conciben dentro de límites muy restringidos, considerando que la nueva ley no puede regular los hechos pasados, y las consecuencias ya verificadas, pero que bien puede aplicarse a los efectos futuros; otros en cambio, y son los más, la amplían hasta excluir del imperio de la ley nueva aun las consecuencias de los hechos pasados que se realizan bajo su vigencia (...). Véase: COVIELLO, Nicola. *Doctrina General del Derecho Civil*. Traducido por Felipe J. de Tena. México: Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana, 1946; pp. 111-115.



Freddy Escobar Rozas y Guillermo Cabieses Crovetto

La idea de que la Norma 2 no puede modificar el contrato celebrado al amparo de la Norma 1 está relacionada, no al principio de ultractividad de la Norma 1, sino al principio de la no retroactividad de la Norma 2.

No está de más recordar que en materia de contractual la Norma 1 no requiere estar vigente durante toda la vida del contrato; dicha norma solo requiere estar vigente al momento de la celebración del contrato a fin de validar los pactos adoptados por las partes. Si con posterioridad a dicho momento la Norma 1 deja de existir, el contrato no se extingue.

Lo indicado, sin embargo, no es aplicable al caso de los contratos-ley, en la medida en que estos tienen por objeto estabilizar normas promulgadas por el Estado (por ejemplo, la Ley de Impuesto a la Renta) que regulan aspectos propios del Derecho Público. Por tal razón, cuando las normas estabilizadas son derogadas, por efecto del contrato ley tales normas se aplican ultractivamente al beneficiario de dicho contrato.

4.2. Violación del Principio de Intangibilidad

El artículo 62 de la Constitución impide que las normas imperativas alteren los términos de un contrato válidamente celebrado. El artículo 43 del Reglamento ordena a las entidades supervisadas por la SBS modificar los contratos vigentes y adaptarlos a las nuevas exigencias regulatorias. Como es obvio, este dispositivo viola el principio constitucional de la intangibilidad de los contratos. No es posible argumentar válidamente que el artículo 62 de la Constitución no es aplicable a las normas imperativas. El legislador constituyente

incluyó el principio de intangibilidad contractual justamente para evitar que, a través de normas imperativas de interés público, se modificaran los contratos⁽³⁴⁾. Por tal razón, aquel legislador empleó un lenguaje que no admite dudas: las leyes, sea cual sea su clase, no pueden modificar los contratos válidamente celebrados.

Sin perjuicio de lo indicado, la posición de la SBS resulta cuestionable desde una perspectiva de moral. Recordemos que las cláusulas generales de contratación empleadas por las entidades supervisadas por la SBS deben ser aprobadas por esta última. Asimismo, recordemos que los contratos celebrados por dichas entidades y sus clientes deben adecuarse a las regulaciones emitidas por la SBS.

Si la SBS considera que los contratos celebrados en función de la Norma 1 y de las cláusulas generales de contratación aprobadas por ella misma no son “adecuados”, eso quiere decir que la SBS incurrió en fallas al momento de aprobar la referida norma y las referidas cláusulas. Evidentemente, la SBS puede corregir esas fallas y exigir que los futuros contratos se adecuen a la Norma 2. Lo que no puede hacer, sin embargo, es trasladar a las entidades que supervisa el costo de sus fallas, obligándolas a modificar los contratos

(34) En el seno del Congreso Constituyente Democrático, el congresista Chirinos Soto sustentó con las siguientes palabras la necesidad de incluir el artículo 62 de la Constitución: “No se necesita, absolutamente, otorgar al Estado el derecho inconcebible de alterar relaciones entre particulares; porque si el Estado altera retroactivamente estas relaciones que han nacido válida y lícitamente, entonces no hay libertad de contratar. Entonces suprimamos la libertad de contratar. Y si la suprimimos, suprimimos la economía de mercado (...) Un país donde esa fe de los contratos se respeta es un país que tiene seguridad jurídica; al tener seguridad jurídica, es un país que atrae la inversión de capitales; al atraer capitales, ofrece trabajo (...)”. Véase: CONGRESO CONSTITUYENTE DEMOCRÁTICO. *Debate Constitucional - 1993*. Lima: Publicación Oficial del Congreso de la República. 2000-2001. Tomo III. p. 1861. “Hay otro concepto fundamental en este cambio. Es la visión sobre los contratos (artículo 62). Se establece una nueva norma por la cual se prohíbe la dación de disposiciones legales que modifiquen los contratos (...). [En el Poder Judicial] deben determinarse los excesos en los contratos, allí debe determinarse el equilibrio de la contratación en la relación uno a uno, y no por decisiones legislativas que a la larga resultan absolutamente demagógicas y paralizadoras de la economía, porque la economía de mercado se basa en la contratación, y si la contratación no es segura, no puede producirse lo que se llama estabilidad para que el capital interno permanezca en el Perú y el externo sea convocado al país”. Véase: TORRES Y TORRES LARA, Carlos. *La Nueva Constitución del Perú*. Lima: Desarrollo y Paz, 1993; pp. 36 y 37.

La libertad bajo ataque: Contratos, regulación y retroactividad *Freedom under attack: Contracts, regulation and retroactivity*

celebrados al amparo de la Norma 1 a fin de que se adecúen a los estándares contemplados por la Norma 2.

4.3. Violación del Principio de Irretroactividad

Cuando celebramos un contrato conferimos a la otra parte titularidades (*entitlements*) sobre nuestras futuras acciones, sobre nuestros bienes. La otra parte hace exactamente lo mismo. ¿Qué ocurre si una ley establece que debemos conferirle a la otra parte nuevos derechos? ¿O qué debemos dejar de ejercer algunos derechos conferidos por la otra parte?

Desde un punto de vista económico, las exigencias impuestas por la ley pueden incrementar mis costos (conferir a la otra parte nuevos derechos) o reducir mis beneficios (dejar de ejercer derechos conferidos por la otra parte). El contrato, por tanto, puede dejar de ser un acuerdo que genera beneficios para mí y convertirse en un “acuerdo” que genera pérdidas para mí.

Desde una perspectiva moral, las exigencias impuestas por la ley agravan la restricción de mi libertad; ahora no solo tengo que hacer más cosas de las que voluntariamente acepté hacer en beneficio de la otra parte, sino que además no puedo exigir a esta última todo lo que prometió hacer por mí.

Desde una perspectiva legal las exigencias de la ley afectan el contenido y los alcances de una decisión tomada en el pasado. Esto significa que la ley es retroactiva. En efecto, en materia contractual la decisión tomada por las partes es la que define las titularidades conferidas y las condiciones bajo las cuales tales titularidades han de ser ejercidas.

Los remedios contractuales y legales dependen del contenido y de los alcances de esas titularidades. El juez podrá ordenar la ejecución forzada o el pago de una indemnización si concluye que existe incumplimiento. Para tal fin, el juez deberá determinar previamente en qué consiste la titularidad conferida y bajo qué condiciones podía ser ejercida. La maquinaria estatal solo desplegará sus fuerzas contra A si el juez concluye que la

titularidad conferida a B fue vulnerada por A. Esto quiere decir que no existirá coerción estatal a menos que el operador determine que la parte demandada no hizo lo que voluntariamente prometió hacer. Esto significa que la materia prima con la que opera la fábrica legal es la decisión voluntaria de las personas.

Si la ley amplía o reduce el plazo previsto por A y B, amplía o reduce las facultades asignadas por A a B, o amplía o reduce las facultades asignadas por B a A, la ley altera la decisión tomada por A y B. Como tal decisión se produjo antes de la entrada en vigencia de la ley, esta es retroactiva debido a que proyecta sus efectos hacia el pasado.

El artículo 43 del Reglamento es retroactivo en la medida en que afecta una decisión tomada bajo la vigencia de la norma anterior. Como la retroactividad está expresamente prohibida por el artículo 103 de la Constitución, el artículo 43 del Reglamento es inconstitucional.

¿No es posible argumentar que el artículo 43 del Reglamento recoge la teoría de los hechos cumplidos?⁽³⁵⁾ ¿No es posible argumentar que el artículo 43 del Reglamento se aplica a las relaciones contractuales y no a los contratos?

Los abogados solemos pensar de que el contrato y la relación contractual son dos fenómenos distintos: uno es el hecho, la otra es la consecuencia. Esta visión es producto de la desafortunada tendencia de aplicar criterios de las ciencias exactas al Derecho⁽³⁶⁾. Como es obvio, la idea de que el contrato es causa y la relación efecto es tomada de la física.

(35) El artículo III del Título Preliminar del Código Civil establece lo siguiente: “La ley se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. No tiene fuerza no efectos retroactivos, salvo excepciones previstas en la Constitución Política del Perú”. Este artículo recoge una de las versiones de la doctrina de los hechos cumplidos: la que no permite la aplicación de la nueva ley a los hechos pasados pero sí a las consecuencias presentes de tales hechos. Esta versión de la doctrina de los hechos cumplidos genera en materia contractual un efecto retroactivo innegable.

(36) Esta visión encuentra su origen en la obra de Gottfried Wilhelm Leibniz. Tratando de reconciliar el ideal de justicia según la voluntad divina con el orden matemático, Leibniz elaboró el *Codex Leopoldus*. A diferencia de los códigos antiguos (por



Freddy Escobar Rozas y Guillermo Cabieses Crovetto

La distinción entre causa y efecto puede llevar a sostener que el Reglamento afecta, no a la causa, sino al efecto, por lo que no es retroactivo. Tal interpretación, sin embargo, carece de valor moral, económico y legal. Las partes contratan por las consecuencias que los contratos generan. Son esas consecuencias las que dan contenido a los fundamentos moral y económico del contrato. Y son esas consecuencias las que justifican la validez y la exigibilidad legal del mismo.

El sistema legal establece que si las consecuencias son imposibles, los contratos son nulos. También establece que si las consecuencias son excesivamente onerosas o se tornan imposibles, los contratos se resuelven. El sistema legal hace depender a los contratos de las consecuencias buscadas por las partes. El sistema legal genera una relación de interdependencia entre la causa y el efecto. Así las cosas, ¿cómo es posible pretender la aplicación de la Regla (N+) a la causa y de la Regla (N-) a la consecuencia?⁽³⁷⁾

Las partes celebran un contrato para que hacer A, B, C de acuerdo con las reglas X/Y. Si posteriormente la ley establece que las partes deben hacer A, B, C de acuerdo con las reglas X/W, entonces se produce un conflicto entre el acuerdo adoptado por las partes (X/Y) y el mandato establecido por la ley (X/W). Si esta última es imperativa, entonces el acuerdo adoptado por las partes es eliminado del espectro normativo por la ley.

Como quiera que en la línea del tiempo tal acuerdo precede a la ley, es claro que esta se proyecta, no hacia el futuro, sino hacia el pasado. El principio de irretroactividad impide esto. Al amparo del artículo 103 de la Constitución la ley en cuestión no puede imponer X/W⁽³⁸⁾.

ejemplo *Código de Hammurabi*), que recopilaban de manera relativamente ordenada las decisiones de las autoridades, el *Codex Leopoldus* fue estructurado sobre la base de axiomas y teoremas. De este modo, así como en la geometría los más diversos teoremas eran explicados a partir de unos cuantos axiomas elementales, las normas contenidas en el *Codex Leopoldus* podían ser lógicamente derivadas de unos pocos principios tomados del Derecho Romano. Sobre la influencia de Leibniz en la Escuela Histórica fundada por Friedrich Carl von Savigny, en la arquitectura del BGB y en la escuela de la Jurisprudencia de Conceptos Véase: ESCOBAR, Freddy y Guillermo CABIESES. *Categorías, Esquemas y Sombras: El Caso del Fideicomiso Peruano*. En: *Advocatus*. No. 15. Lima: 2009; pp. 24 y siguientes. También: CABIESES, Guillermo. *El Carácter Interdisciplinario del Derecho y la Utilidad de la Economía en su Estudio*. En: *Thémis. Segunda Época*. No. 62. Lima: 2012. pp. 12-19.

- (37) "La norma no puede obligar antes de existir; por eso es racional y justo que no extienda su eficacia a los hechos efectuados antes de su aparición. Tal es el fundamento y contenido de la máxima de la no retroactividad. Pero hay eficacia retroactiva no solo cuando la nueva ley desconoce las consecuencias realizadas del hecho cumplido, es decir, cuando destruye las ventajas ya nacidas, sino también cuando impide una consecuencia futura de un hecho ya consumado, por una razón relativa a ese hecho solamente; de modo que la privación de la futura ventaja se muestre como un efecto de la realización de aquel hecho determinado. Si en el primer caso hay retroactividad porque la ley obra directamente sobre el hecho pasado, también la hay en el segundo, en que la ley, si bien mediatamente, obra asimismo sobre el hecho pasado destruyendo sus consecuencias, solo porque el hecho que las produce no fue conforme a sus preceptos". Véase: COVIELLO, Nicola. *Óp. cit.*; pp. 118 y 119.
- (38) "Supongamos (...) que L1 es una ley que presenta los siguientes rasgos destacables: a) su fecha de publicación y de entrada en vigor es el 1-I-1980; b) la fecha o momento de derogación es el 10-X-2000; y c) contiene un enunciado E1, que dice lo siguiente: (E1) Si C es un contrato de préstamo y conforme a C es obligatorio pagar un interés inferior al 9% anual, entonces dichos pagos son obligatorios (...). Supongamos que el día siguiente [al 10-X-2000] es la fecha de publicación y entrada en vigor de una nueva ley L2, que contiene un enunciado E2, que dice lo siguiente: (E2) Si C es un contrato de préstamo y conforme a C es obligatorio pagar intereses superiores al 6% anual, entonces dichos pagos son indebidos. En esta situación puede ocurrir el siguiente caso CP: el día 2-II-2000 se celebra un contrato de préstamo, conforme al cual hay que pagar trimestralmente, y durante un año, un interés del 8% anual (...). ¿qué interés debe pagar, según el derecho, el prestatario en sus dos últimos pagos (...) ¿el 8% conforme a E1?; o ¿no más del 6%, conforme a E2? (...) observamos que el caso CP, aunque está regulado por E1, no está regulado por E2; pues el inicio del IS [intervalo de subsunción] de este último es posterior al momento en que ocurre CP (...) E2 no regula el caso CP, acaecido antes del inicio de su IS [intervalo

La libertad bajo ataque: Contratos, regulación y retroactividad *Freedom under attack: Contracts, regulation and retroactivity*

La teoría de los hechos cumplidos recogida en el artículo III del Título Preliminar del Código Civil establece que las leyes se aplican inmediatamente a las situaciones existentes, aun cuando deriven de hechos anteriores. En materia contractual esta teoría genera irremediamente un efecto retroactivo, por lo que no resulta aplicable en virtud de lo dispuesto por el artículo 103 de la Constitución⁽³⁹⁾. Sin embargo, en materia no-contractual⁽⁴⁰⁾ esta teoría no genera efecto retroactivo alguno, por lo que resulta plenamente aplicable.

Si A adquiere el bien Z bajo la premisa de que solo debe pagar el impuesto X por la propiedad de dicho bien, A tendrá que pagar el impuesto X y el impuesto W si es que con posterioridad al contrato una ley impone este segundo impuesto. Como el contrato no puede regular el aspecto impositivo, A está sometido al riesgo de cambio normativo. Si este riesgo se materializa, en aplicación de la teoría de los hechos cumplidos el impuesto W es inmediatamente aplicable a todos los propietarios de un bien Z, aun cuando ellos hayan realizado la adquisición antes del cambio normativo.

4.4. Violación del Principio de Libre Determinación

El artículo 1359 del Código Civil impide que surja el contrato si es que una parte aun no ha aceptado un aspecto de la transacción, aun cuando la otra parte considere irrelevante dicho aspecto.

Si en la fase de negociación del contrato ninguna autoridad puede intervenir para superar las discrepancias de las

partes y lograr de ese modo que se genere el vínculo contractual, ¿cómo es posible que en la fase de ejecución del contrato una autoridad intervenga ordenando la adopción de reglas que no fueron pactadas por las partes?

Si el sistema legal impide que se genere un vínculo contractual cuando las partes mantienen la más mínima discrepancia, ese mismo sistema no puede amparar una orden administrativa que imponga a las partes términos que no han negociados ni acordados, esto es, términos sobre los que existe total discrepancia. Esto es profundamente inconsistente.

El artículo 43 del Reglamento permite a las autoridades mutilar decisiones válidamente tomadas por las entidades supervisadas por la SBS y sus clientes. Si los cambios normativos han de ser aplicados a los contratos en ejecución, como lo desea la SBS, entonces las autoridades habrán adquirido el poder de imponer reglas no queridas, de alterar riesgos asignados, de modificar costos distribuidos y hacer de ganar o perder a quienes arbitrariamente deseen favorecer o perjudicar. ¿Esto es propio de un Estado de Derecho?

de subsunción]; por ello, no podemos decir que según E2 el prestatario del caso CP no debe pagar un interés superior al 6%. Véase: HERNÁNDEZ MARÍN, Rafael. *Óp. cit.*; pp. 469-472.

(39) "Los partidarios de las diversas teorías sobre la no retroactividad de las leyes desechan, casi unánimemente, la aplicación de la nueva ley a las condiciones de existencia y efectos de los contratos. A este respecto, debemos decir que algunos tratadistas admiten determinadas excepciones, entre estos citaremos a Blondeau, quien poco después de la promulgación del Código civil distinguía entre los efectos de los contratos de las consecuencias de los mismos, sometiendo éstas a la nueva ley en virtud de la idea de la situación legal. La teoría que sostenemos no hace ninguna distinción en los contratos, ni tampoco en las otras materias patrimoniales. Si bajo el imperio de la ley antigua nació una obligación por haber funcionado una fuente de las obligaciones consagrada por aquella, tal obligación subsistirá con los caracteres y efectos que le atribuía la ley antigua (...) Rechazamos absolutamente la distinción presentada por Baudry-Lacantinerie y Houquest-Fourcade entre la existencia del derecho y el ejercicio del mismo. Tal distinción nos conduce, de hecho, a una concepción meramente formal de la no retroactividad". Véase: BONNECASE, Julien. *Elementos de Derecho Civil*. Tomo I. Traducido por José M. Cajica. México C. F.: Cardenas Editor y Distribuidor, 2002; pp. 204 y 205.

(40) Quedan incluidas en esta categoría todas las situaciones que las partes no han regulado en sus contratos. A esas situaciones se les aplican las normas vigentes en el momento en que se produzcan los hechos.



5. Efectos nocivos

5.1. Ausencia de sustento

Las reglas imperativas responden a tres criterios: (i) el que promueve el paternalismo; (ii) el que promueve la eficiencia; y, (iii) el que promueve la equidad (redistribución)⁽⁴¹⁾.

El primer criterio se basa en la idea de que el Estado debe tener la potestad de decidir qué podemos o no pactar. Esta idea responde a la visión política de que el Estado no debe permitir que elijamos libremente los términos de las transacciones que realizamos debido a que: (i) a que podemos no estar en la capacidad de saber qué es lo que más nos conviene; o, (ii) podemos afectar moralmente a los demás con nuestras preferencias. El segundo criterio se basa en la idea de que el Estado debe intervenir a fin de garantizar resultados eficientes en aquellos casos en los que el mercado falla, esto es, en aquellos casos en los que el mercado no alcanza el resultado óptimo. El tercer criterio se basa en la idea de que el Estado debe intervenir a fin de redistribuir la riqueza generada por el mercado, de modo tal que esta, en lugar de ser acumulada por una sola clase social (por ejemplo, los empresarios), se encuentre equitativamente repartida entre los diversos miembros de la sociedad.

Como hemos indicado en la Sección 3, el criterio paternalista permite a quienes detentan el poder proyectar e imponer sus propias preferencias sobre los demás. Esto genera la aparición de mercados negros y, por ende, el incremento de los costos de acceso a los recursos marginados o prohibidos por los gobernantes de turno. El argumento moral que justifica el criterio paternalista es pobre: como los ciudadanos elijen a las autoridades, las decisiones que

estas toman corresponden a las preferencias de aquellos. Esto, evidentemente, es falso. En un Estado de Derecho ninguna autoridad es elegida con el mandato de limitar la libertad individual (más allá de lo que exige su frontera natural: el respeto a la libertad de los demás), pues ello terminaría destruyendo dicho Estado. Si aceptamos la premisa moral de que los ciudadanos deben ser libres de elegir lo que consideran mejor para ellos mismos, entonces no podemos validar, bajo elucubración alguna, que el Estado prohíba a dos adultos pactar X o Y, ya que nadie está en mejor capacidad que uno mismo para decidir qué es lo que más le conviene. En consecuencia, el criterio paternalista no puede justificar la norma contenida en el artículo 43 del Reglamento.

Tradicionalmente se considera que el mercado falla en los siguientes casos: (i) bienes públicos; (ii) monopolios; (iii) externalidades; y, (iv) asimetrías de información. A estas situaciones se les llama “falla de mercado”. El hecho que exista una falla de mercado no implica, sin embargo, que la intervención estatal genere mejores resultados. Ello debido a que así como el mercado falla, el gobierno también falla⁽⁴²⁾. Creer que el gobierno no falla cuando interviene en el mercado sustituyendo las decisiones de las personas y de las empresas por la vía de la regulación es incurrir en el error lógico denominado “Falacia del

(41) “(...) the reasons for deciding to entitle people (...) can be grouped under three headings: economic efficiency, distribution preferences, and other justice considerations”. Véase: CALABRESI, Guido y A. Douglas MELAMED. *Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral*. En: *Harvard Law Review*. No. 6. Volumen 85. Cambridge: 1972; p. 1093.

(42) Un caso emblemático de una falla de gobierno lo encontramos en la prohibición realizar publicidad para remediar problemas de asimetría informativa en ciertas actividades. Como es obvio, la publicidad transmite información. Por tanto, prohibir su realización solo enerva los referidos problemas. Por lo demás, resulta curioso el doble estándar que aplica el legislador en esta materia. Por un lado prohíbe al proveedor realizar publicidad, pero por el otro lo obliga a revelar al consumidor absolutamente toda la información existente respecto del producto o servicio. Si el legislador considera que el consumidor puede asimilar la referida información (que por exigencias regulatorias resulta compleja), ¿por qué considera que este último no puede asimilar la publicidad? ¿Es el consumidor lo suficientemente inteligente para leer y descifrar información técnica compleja, pero lo suficientemente tonto para no darse cuenta del lado emocional de la publicidad?

La libertad bajo ataque: Contratos, regulación y retroactividad *Freedom under attack: Contracts, regulation and retroactivity*

Nirvana” y correr el riesgo de imponer un remedio que resulte peor que la enfermedad⁽⁴³⁾.

Veamos si el artículo 43 del Reglamento es una respuesta regulatoria a una falla de mercado.

¿Existe en la industria bancaria y financiera un problema de bienes públicos? No. Los bienes públicos son aquellos que pueden ser usados por cualquier persona, sea que pague o no pague por acceder a los mismos, debido a que es muy costoso (sino imposible) diferenciar entre unos y otros. Con el fin de evitar la desaparición de los bienes públicos, sea por el peligro de sobreexplotación o por la inexistencia de incentivos para que alguien invierta en su mantenimiento y conservación, el Estado interviene y obliga a todos a asumir el costo de su existencia. Los productos y servicios de la industria bancaria y financiera no son bienes públicos. Las entidades reguladas por la SBS prestan servicios solo a quienes solicitan y pagan por tales servicios, en la medida en que los usuarios son plenamente identificables. No existen, pues, *free-riders*.

¿Existe en la industria bancaria y financiera un problema de falta de competencia? No. En el mercado local existe competencia a todo nivel: banca de inversión, banca de consumo, microfinanzas, etcétera. Esa competencia es la que determina el precio y las condiciones en las que se ofrecen los productos y servicios.

¿Existe en la industria bancaria y financiera un problema de externalidades? No. Los servicios bancarios y financieros, lejos de generar externalidades, permiten a quienes pagan por ellos acceder a créditos para realizar sus proyectos, generando así una mejora en su nivel de vida. Si alguien accede a un crédito, para consumir o para realizar una inversión, lo

hace porque considera que el valor del bien consumido o del retorno esperado de la inversión supera el costo del crédito. Por lo tanto, ese alguien promueve la eficiencia social al lograr el desplazamiento de los recursos a sus usos más valiosos.

¿Existe en la industria bancaria y financiera un problema de asimetrías informativas? Consideramos que no. Las entidades sujetas a la regulación de la SBS informan a sus clientes acerca de las condiciones bajo las cuales prestan sus servicios (tasas de interés, comisiones, penalidades, mecanismos para el prepago, etcétera). Imaginemos, sin embargo, solo para efectos del argumento, que existe un problema de asimetría informativa. ¿Cuál debería ser la solución ante este problema? Intuitivamente la solución sería obligar a dichas entidades a relevar (con mayor claridad) la información relevante. Ahora bien, imaginemos que el problema en cuestión no puede solucionarse a través de la imposición de la obligación de revelar la información que el regulador considera relevante, sea porque el consumidor es incapaz de procesar tal información por ser demasiado compleja, sea porque al consumidor simplemente no le interesa conocerla debido a que el costo de entenderla es superior al beneficio⁽⁴⁴⁾. En esos casos, ¿se justificaría la regulación imperativa? ¿Se justificaría impedir que los consumidores pacten algo que, según el legislador, no es favorable para ellos? No⁽⁴⁵⁾.

-
- (43) La “Falacia del Nirvana” es un término acuñado por el economista Harold Demsetz para referirse al error lógico consistente en comparar situaciones reales contra situaciones utópicas, irrealizables e idealizadas. En materia económica la Falacia del Nirvana se presenta constantemente y es quizás la principal herramienta para justificar la intervención del Estado. Véase: DEMESTZ, Harold. *Information and Efficiency: Another Viewpoint*. *Journal of Law and Economics*. No. 1. Volumen XII. No. 1. 1969; pp. 1-22. También: CABIESES, Guillermo. *La Falacia del Nirvana*. En: Cato Institute, 20 de setiembre de 2012. Disponible en web: <http://www.elcato.org/la-falacia-del-nirvana>. Referencia de 9 de junio de 2013.
- (44) A este fenómeno se le conoce como “ignorancia racional”. Véase: PELTZMAN, Sam. *George Stigler’s Contribution to the Economic Analysis of Regulation*. En: *Journal of Political Economy*. No. 5. Volumen X, 1993; p. 823.
- (45) Sobre por qué los consumidores no leen la información que los proveedores ponen a su disposición y cómo aquellos obtienen información valiosa de fuentes alternativas: CABIESES, Guillermo. *Mitos en torno a la Protección al Consumidor*. Cato Institute. 11 de setiembre del 2012. Disponible en web: <http://www.elcato.org/mitos-en-torno-la-proteccion-al-consumidor>. Referencia de 9 de junio de 2013.



Freddy Escobar Rozas y Guillermo Cabieses Crovetto

El nivel de información que poseen los consumidores en general no es muy distinto al que poseen las personas que negocian una transacción no sometida a cláusulas generales de contratación. Imaginemos que A desea comprar la casa de B a un precio X. Para que la transacción sea legalmente exigible bastará con que A y B acuerden cosa y precio. Es poco probable que A y B conozcan todas las reglas legales a las que se someten al celebrar el contrato mediante el simple acuerdo de cosa y precio. ¿Tendrán A y B conocimiento acerca de las normas sobre transferencia del riesgo, sobre responsabilidad por evicción, sobre resolución por incumplimiento, etcétera? ¿Es posible argumentar que A y B tienen más información que los consumidores que se adhieren a cláusulas generales de contratación? No⁽⁴⁷⁾. Lo que A y B tienen es capacidad para negociar; pero esa capacidad no hace que A y B tengan más información que los consumidores respecto de la parafernalia normativa aplicable a los contratos⁽⁴⁸⁾.

A y B se adhieren, sabiéndolo o no, a lo que establece la ley (de manera supletoria). Los consumidores se adhieren, sabiéndolo o no, a lo que establecen las cláusulas generales de contratación (generalmente aprobadas por un regulador). Tanto A y B como los consumidores toman la decisión consciente de no informarse más allá del punto en el que el costo de entendimiento supera a los beneficios del

conocimiento⁽⁴⁹⁾. Si en el plano de la información no existe diferencia entre la contratación no estandarizada y la contratación estandarizada, ¿por qué el trato diferenciado? ¿Por qué A y B sí pueden renunciar a la protección legal y los consumidores no?

Aun aceptando la hipótesis de la existencia de asimetrías informativas, el criterio económico no justifica pues la norma contenida en el artículo 43 del Reglamento. Veamos, entonces, si el criterio redistributivo puede justificar dicha norma.

La idea de la redistribución de la riqueza es cuestionable y su defensa depende de preferencias políticas individuales⁽⁵⁰⁾. Asumiendo que dicha redistribución constituya un objetivo deseable, es claro que resulta contraproducente intentar lograrla a través de la intervención en los contratos⁽⁵¹⁾.

Quienes consideran que es posible lograr la redistribución de la riqueza mediante la intervención estatal en materia contractual

-
- (47) BEN-SHAHAR, Omri. *Regulation through Boilerplate: An Apologia*. En: *Coase-Sandor Institute for Law & Economics Working Paper*. No. 640. Chicago: 2013; p. 6. Disponible en web: <http://www.ssm.com/abstract=2255161>. Referencia de 9 de junio de 2013.
- (48) La inexistencia de negociación *ex ante* en el segmento de productos y servicios estandarizados no es negativa, ya que permite reducir notablemente los costos de transacción de los proveedores y, por consiguiente los precios. Sobre los efectos positivos de la ausencia de ese tipo de negociación y sobre cómo los proveedores emplean la negociación *ex post* para alienar intereses con los consumidores: ESCOBAR, Freddy. *Entendiendo el Mercado: La Contratación Estandarizada Como Forma de Mitigar Los Problemas de Insatisfacción y de Selección Adversa*. En: *Teoría General del Contrato. Homenaje al Profesor Doctor Ricardo L. Lorenzetti*. Tomo II. Editado por Carlos Soto. Buenos Aires: La Ley, 2012; pp. 722 y 723.
- (49) "Consumers would begin to suffer from information overload if every time they went to buy any product -from a lawn mower to a candy bar to a fast-food hamburger- they were hit with a real-life story of an individual harmed by use or consumption of the product. Their natural response might be to tune out all of the accounts provided by firms, even assuming these accounts were prominently displayed". Véase: SUNSTEIN, Cass y Cristine JOLLS. *Debiasing Through Law*. En: *The Journal of Legal Studies*. Volumen 35. Chicago: 2006; p. 214.
- (50) "(...) the distribution of income will matter to social welfare because a dollar of income often will raise the utility of some individuals more than that of others. Notably redistributing income from the rich to the poor will tend to raise social welfare, assuming that the marginal utility of income is greater for the poor than for the rich (...) the distribution of income may matter to social welfare because some individuals' well-being may depend directly on the distribution of income as when individuals feel sympathy towards those who are less fortunate". Véase: KAPLOW, Louis y Steven SHAVELL. *Op. cit.*; pp. 33 y 34.
- (51) "The intuition I have examined in this paper -that the benefit of a legal rule to consumers is inversely related to sellers' ability to pass on their costs- is difficult to resist. There is enough truth in the intuition to make it plausible, for if everything else is kept constant, consumers clearly are better off if only a tiny part of the costs are passed on. A benefit at a low price is always

La libertad bajo ataque: Contratos, regulación y retroactividad *Freedom under attack: Contracts, regulation and retroactivity*

parten del error de creer que el contrato es un juego de suma cero en el que lo que A gana es igual a lo que B pierde. Si esto fuese así, el Estado podría intervenir para limitar lo A gana y lo que B pierde. Sin embargo, como hemos indicado en la Sección 3, los contratos son juegos de suma positiva. Las partes contratan para estar mejor, para acceder a una situación más valiosa que la que tienen.

Este, sin embargo, no es el único error de los que defienden la intervención estatal en materia contractual en base a un fin redistributivo. Quienes abogan por normas que protejan a los consumidores imponiendo costos a las empresas, olvidan que esos costos serán trasladados a los consumidores a través del incremento de precios de los productos o servicios ofrecidos en el mercado, de la reducción o eliminación de las condiciones favorables para los consumidores o de la reducción de costos de producción⁽⁵²⁾.

Los consumidores son también trabajadores. Si el Estado impone mayores costos contractuales a todas las empresas, estas tratarán de trasladar tales costos externamente, a través del incremento de los precios. Si no pueden lograr tal cosa ni pueden mejorar la tecnología o los procesos, entonces tratarán de trasladar tales costos internamente, mediante la disminución de su carga laboral. Así, pueden reducir personal, congelar remuneraciones, dejar de contratar personal, cancelar o postergar sus planes de expansión, etcétera. En cualquiera de los escenarios indicados, quienes asumirán el efecto negativo de los mayores costos contractuales impuestos a las empresas serán los consumidores.

Es probable que los políticos que defienden este tipo de intervención estatal crean que los costos que sus medidas imponen serán directamente asumidos por los accionistas de las empresas afectadas. Esto, sin embargo, rara vez ocurre en la realidad. Los países tienden a tener políticas pendulares.

En toda época han existido países ávidos por atraer el capital privado y países ávidos por controlar dicho capital. Si el país X impone mayores costos a las empresas privadas y no permite que los accionistas trasladen externamente o internamente tales costos, entonces estos últimos tendrán incentivos para abandonar el país X e invertir en el país Y (que atrae el capital privado). Pero incluso en el hipotético e inverosímil supuesto en que todos los países actúen de manera coordinada e impongan los mismos costos a las empresas sin permitir su traslado externo e interno, los accionistas podrían elegir desplazarse hacia otras actividades no reguladas a fin de no asumir los mayores costos impuestos por el Estado.

Sin perjuicio de lo indicado, es importante notar que incluso si los costos impuestos por el Estado fuesen asumidos por los accionistas de las empresas afectadas, el resultado tampoco sería halagador desde la perspectiva de los consumidores. En efecto, muchas de las empresas afectadas por este tipo de medidas tienen accionarios difundidos. Sus principales accionistas suelen ser los fondos privados de pensiones, que invierten el dinero de los consumidores. Por consiguiente, una medida que imponga a las empresas costos no trasladables termina al final del día afectando a los consumidores.

La filosofía redistributiva a través de la intervención contractual enfrenta un problema adicional: la ceguera. La finalidad de la política

better than the same benefit at a higher price. The problem, however, is that everything else cannot be kept constant because the extent to which consumers benefit is a factor determining the amount of costs sellers are able to pass on. As a result, in many cases the correct inference is exactly the opposite of that drawn by most people. If sellers can pass on much of the costs of a rule, this usually indicates that consumers benefit a good deal from the rule. If sellers cannot pass on very much of their costs, the rule has probably made their product less attractive to consumers". Véase: CRASWELL, Richard. *Op. cit.*; p. 398.

(52) "(...) many legal rules probably have little effect on the distribution of income. For example, in contractual settings, price adjustments will often negate the distributive effect of rules (if a seller is adversely affected by a rule, he will raise the price)". Véase: KAPLOW, Louis y Steven SHAVELL. *Op. cit.*; p. 33.



Freddy Escobar Rozas y Guillermo Cabieses Crovetto

de redistribución es reducir la brecha entre los que tienen mucho y los que tienen poco o simplemente no tienen. En consecuencia, las normas redistributivas tendrán que afectar a los primeros y favorecer a los últimos. El legislador, sin embargo, no puede saber *ex ante* qué parte contratante tiene más riqueza que la otra. ¿Es el deudor más pobre que el acreedor? ¿Es el vendedor más rico que el comprador? A diferencia de las normas tributarias, que afectan a las personas en función del monto nominal de su renta, las normas contractuales afectan a las personas en función de su rol contractual (deudor o acreedor, vendedor o comprador, etcétera). Como ese rol no se basa en la riqueza o en la pobreza de la persona que lo ocupa, las normas redistributivas en materia contractual son *per se* poco aptas para lograr su cometido⁽⁵³⁾.

Por las razones expuestas, el criterio redistributivo tampoco puede justificar la norma contenida en el artículo 43 del Reglamento.

5.2. Efectos en el precio

Las normas imperativas afectan los precios, sea cual sea la justificación que emplee el legislador.

Cuando las empresas se ven forzadas a incluir una cláusula que no ofrecen de manera voluntaria, su estructura de costos se altera. Si por mandato de la ley las empresas deben responder por defectos distintos a los que se encuentran cubiertos por las garantías que ofrecen, aquellas tendrán que invertir más a fin de evitar que tales defectos se presenten, tendrán que pagar más indemnizaciones o tendrán que contratar seguros que cubran el nuevo riesgo. Si por mandato de la ley las empresas deben responder por las fallas de los productos o servicios durante lapsos mayores a los lapsos que ofrecen, aquellas tendrán que invertir más a fin de evitar que las fallas se presenten, tendrán que pagar más indemnizaciones o

tendrán que contratar seguros que cubran el nuevo riesgo. En todos los casos las referidas empresas elevarán sus costos de producción.

Los administradores tienen la misión de maximizar el rendimiento de los accionistas (a través del incremento de la rentabilidad de la empresa). Por tal razón, ante la imposición de normas imperativas que afectan la estructura de costos de todas las empresas de una industria determinada, los administradores tendrán todos los incentivos para trasladar a los consumidores el efecto negativo de las referidas normas.

Con el fin de impedir una disminución de las ganancias esperadas, los administradores trasladarán, en la medida de lo posible, el efecto indicado directamente a través del incremento en el precio o indirectamente a través de la reducción de la cantidad ofertada⁽⁵⁴⁾. Irremediamente un grupo de consumidores no podrá o no estará dispuesto a pagar el mayor precio requerido por las empresas. Dicho grupo estará formado principalmente por los consumidores que tienen menor capacidad adquisitiva. En consecuencia, la protección legal impuesta por el Estado perjudicará a los consumidores más vulnerables, privándoles de acceso a recursos valiosos⁽⁵⁵⁾.

Si los administradores no pueden trasladar el efecto negativo de las normas impuestas por el Estado a través del incremento en el precio, entonces los accionistas eventualmente

(53) "(...) when legal rules do have distributive effects, the effects usually should not be counted as favoring or disfavoring the rules because distributional objectives can often be best accomplished directly using the income tax and transfer (welfare) programs. One reason economist have tended to favor these direct means of redistribution is that they reach all individuals and are based explicitly on income. In contrast, particular legal rules affect only relatively small fractions of the population and ordinarily constitute relatively crude means of redistribution. For example, a pro-plaintiff tort rule will affect only people involved in accidents, and the resulting redistribution will be haphazard because whether and to what extent plaintiffs are poorer than defendants will vary greatly from context to context". Véase: KAPLOW, Louis y Steven SHAVELL. *Óp. cit.*; pp. 33 y 34.

(54) La reducción en la cantidad ofertada generará un incremento en los precios en aplicación de la ley de la oferta y la demanda.

(55) BEN-SHAHAR; Omri. *Óp. cit.*; p. 15.

La libertad bajo ataque: Contratos, regulación y retroactividad *Freedom under attack: Contracts, regulation and retroactivity*

decidirán dejar de producir e invertir en otras industrias o en otras jurisdicciones. En este escenario, todos los consumidores se verán perjudicados por la protección legal impuesta por el Estado.

Sin perjuicio de lo indicado, creemos necesario hacer notar que la aplicación retroactiva de una norma imperativa genera un efecto nocivo adicional.

Hemos visto que cuando el Estado impone una regla en defensa del consumidor, tal regla tiene un efecto similar al de un impuesto. Consecuentemente todas las empresas tratarán de eludirlo lícitamente a través del incremento en el precio.

Ahora bien, si la regla que impone el costo se aplica a los contratos en ejecución, el incremento del precio no afectará a los consumidores titulares de dichos contratos sino a los que en el futuro contraten. En efecto, las empresas no suelen tener mecanismos de revisión de precios por causa de cambios en la legislación contractual. Por tanto, aquellas tendrán que trasladar a los consumidores que contraten en el futuro el mayor costo que supone otorgar mayores derechos a los consumidores con contratos en ejecución. Esto evidentemente plantea una cuestión moral: ¿por qué beneficiar a un grupo de consumidores (los que ya adquirieron el bien o el servicio) y perjudicar a otro (los que desean adquirir el bien o el servicio)?⁽⁵⁶⁾

El artículo 43 del Reglamento contiene una norma imperativa que dispone la aplicación retroactiva de las disposiciones legales en materia de contratación bancaria y financiera.

Hasta antes de su promulgación, las entidades bancarias y financieras sabían que la SBS podía modificar en cualquier momento el marco legal aplicable a la contratación de productos y servicios que ofrecían en el mercado. Lo que no sabían, sin embargo, es que la SBS podía obligarlas a modificar los contratos en ejecución. En consecuencia, un nuevo riesgo afecta a dichas entidades: el riesgo de la aplicación retroactiva de las normas imperativas, con todo lo que ello significa: alteración de riesgos, incremento de costos, imposición de pérdidas, etcétera.

¿Cómo reaccionarán las entidades supervisadas por la SBS ante este nuevo riesgo?

El sentido común indica que las entidades en cuestión reaccionarán incrementando sus precios, a fin de mitigar un riesgo antes inexistente. Recordemos que las referidas entidades operan en buena parte con el dinero de sus clientes, por lo que están obligadas a tomar medidas que mitiguen los diversos riesgos que amenazan sus operaciones y negocios a fin de salvaguardar el ahorro del público.

Como es obvio, el incremento de precios de los productos y servicios que ofrecen las entidades reguladas por la SBS afectará a

(56) El Anexo 3 del Reglamento ofrece un ejemplo de este efecto redistributivo nocivo, al prohibir el cobro del *cargo por evaluación crediticia*. La evaluación crediticia consiste en analizar a la persona que ha solicitado un préstamo a fin de determinar si cumple con las condiciones requeridas por las leyes y las políticas comerciales de la empresa para recibir dicho préstamo. Como es evidente, la empresa que realiza esta evaluación no solo asigna recursos internos a esta tarea sino que además adquiere información de terceros (centrales de riesgo), pagando un precio. El costo que la evaluación crediticia representa para la empresa era trasladado al interesado a través del *cargo por evaluación crediticia*. La práctica de trasladar al interesado el costo de la evaluación realizada para determinar si cumple con las condiciones exigibles para contratar está generalizada en el mercado y no ha sido objeto de restricción legal alguna en otras industrias. Las universidades, por ejemplo, cobran un cargo por evaluación. Imaginemos que el Banco A recibe 1,000 solicitudes de préstamo. Imaginemos además que evaluar cada solicitud implica un costo de \$1. Imaginemos finalmente que el Banco A solamente aprueba 500 solicitudes. Si el cargo por evaluación crediticia estuviese permitido, el Banco A cobraría \$1 a cada solicitante. Los 500 préstamos aprobados tendrían una tasa X. Por efecto del Anexo 3 del Reglamento, el Banco A no podrá cobrar el costo de las 1,000 evaluaciones, por lo que tendrá que trasladar ese costo a los que sí obtuvieron el préstamo. Como quiera que el número de solicitudes (1,000) supera el número de aprobaciones (500), es claro que unos terminarán pagando los servicios que otros usaron. En lugar de pagar una tasa de X, los 500 usuarios que aprobaron la evaluación crediticia pagarán una tasa de X + n.



Freddy Escobar Rozas y Guillermo Cabieses Crovetto

todos los consumidores, pero en especial a los que tienen menor capacidad adquisitiva, que son los que requieren de financiamiento para salir de la pobreza.

5.3. Beneficios inciertos

Las normas imperativas que protegen a los consumidores generan el incremento de los costos de las empresas. Estas últimas trasladan tal incremento a los consumidores a través del precio. Los bienes y servicios se encarecen por efecto de la intervención estatal⁽⁵⁷⁾.

Sin embargo, las referidas normas también otorgan ciertos beneficios a los consumidores (amplían la cobertura de la garantía ofrecida por los proveedores, amplían el plazo para demandar a los proveedores, etcétera). ¿Cómo saber si los consumidores consideran que esos beneficios son más valiosos? En otras palabras, ¿cómo saber si los consumidores tienen preferencias coincidentes con las decisiones tomadas por el Estado?

Si los beneficios son pactados por empresas y consumidores al margen de toda intervención estatal, podemos saber con certeza que estos últimos valoran más los beneficios. ¿Es posible argumentar que si los consumidores siguen adquiriendo los bienes y servicios materia de los contratos objeto de intervención estatal es porque valoran más los beneficios impuestos por dicha intervención? No.

El razonamiento descrito sería válido si es que los consumidores pudiesen identificar y asociar la ventaja otorgada por ley con el incremento en el precio efectuado por el proveedor. En otras palabras, el razonamiento en cuestión sería válido si los consumidores pudiesen saber que la regla que amplía la cobertura de la garantía ofrecida por los proveedores genera el incremento X en el precio o que la regla que amplía el plazo para demandar a los proveedores genera el incremento Y en el precio. Esto, sin embargo, no ocurre en la realidad. Las empresas no hacen explícita la relación causa-efecto entre la mayor protección impuesta por la norma y el incremento del precio⁽⁵⁸⁾. Los consumidores, por otro lado, no suelen molestarse en leer los formatos contractuales empleados por los proveedores, aun cuando estos sean aprobados por una autoridad estatal⁽⁵⁹⁾.

Solo si (i) existiese información explícita sobre la relación causa-efecto entre la mayor protección impuesta por la norma y el incremento de los precios; y, (ii) los consumidores estuviesen conscientes de tal relación, sería posible pensar que los

(57) "Imposing terms more favorable to the party disfavored in the form will raise the cost of the transaction to the other party -and not just the monetary cost. By doing so, this may ultimately disserve the party who is supposed to be the beneficiary of government intervention". Véase: BARNET, Randy. *Consenting to Form Contracts*. En: *Fordham Law Review*. No. 71. Nueva York: 2002; p. 629.

(58) En la industria bancaria, la SBS solo permite aplicar comisiones a los conceptos aprobados por ella. Por lo tanto, las entidades sujetas a su supervisión están en los hechos impedidas de hacer explícita esta relación.

(59) "Behavioral science scholars have been exploring and disputing the relevance of information overload and its influence on consumers' ability to shop efficiently by accumulating and processing information. The term 'information overload' generally used to acknowledge that people exhibit limited processing capacity and can become overwhelmed by a deluge of information or choices. Two main arguments follow this straightforward observation. First, consumers are likely to consider only a *limited* number of aspects with regard to any given transaction while *ignoring* other characteristics that are not made salient. Whereas it is widely agreed that market pressure can ensure efficiency with relation to those products' attributes that are being shopped and compared (i.e., salient), sellers are expected to engage in a race-to-the-bottom with respect to other attributes that are frequently ignored by consumers (...). Second, it is not only that consumers are expected to consider a limited array of attributes, but that too much information can harm consumers in different ways and lead them to ignore *important* information they would have chosen to consider were they not overwhelmed by its excess". Véase: BECHER, Shmuel. y Esther UNGER-AVIRAM. *Behavioral Science and Consumer Standard Form Contracts*. Volumen 68. En: *Louisiana Law Review*. Louisiana: 2007; pp. 169 y 170.

La libertad bajo ataque: Contratos, regulación y retroactividad *Freedom under attack: Contracts, regulation and retroactivity*

consumidores que siguen adquiriendo los bienes y servicios valoran más la referida protección.

Evidentemente en este ámbito es muy difícil saber con precisión qué es lo que prefieren los consumidores. Seguramente algunos consumidores preferirán pagar más con tal de tener mayor protección en términos contractuales. Seguramente otros (como nosotros) preferirán pagar menos y renunciar a la referida protección. En un Estado democrático el legislador debe actuar en función de lo que prefiera la mayoría⁽⁶⁰⁾.

Existe evidencia razonable de que la mayoría de consumidores prefiere pagar un menor precio a obtener una mayor protección contractual⁽⁶¹⁾. Reconocemos, sin embargo, que es teóricamente posible que la mayoría de consumidores prefiera pagar un precio más alto con tal de obtener una mayor protección contractual. Demostrar esto, sin embargo, es virtualmente imposible porque, entre otras cosas, no sabemos cuántos consumidores dejan de adquirir los productos debido al efecto que la regulación genera en el precio.

El artículo 43 del Reglamento genera potenciales beneficios a dos grupos de consumidores: (i) los que prefieren pagar más con tal de gozar de mayor protección contractual; y, (ii) los que ya adquirieron el producto antes de la entrada en vigencia de la regulación que impone la referida protección. No es posible, empero, saber si el beneficio que reciben de esos consumidores es superior al costo que el resto de la sociedad tiene que asumir como contrapartida. La teoría y la evidencia parecen indicarnos lo contrario.

Por ello, al existir dudas razonables acerca de si los beneficios que confiere la regulación imperativa a ciertos consumidores superan los costos que tal regulación impone a los demás, resulta imperativo que el legislador deje que los consumidores decidan, pues de otro modo obligará a algunos o a muchos a pagar por derechos que solo valoran a costo cero.

La protección contractual diseñada por la SBS debe ser dispositiva, no imperativa. De esta forma los consumidores que deseen obtener tal protección pagarán el costo de la misma, sin recibir el subsidio no voluntario de los demás consumidores. Desde una perspectiva económica, la eliminación de dicho subsidio es clave para tener la certeza de que los beneficios derivados de la protección otorgada por la SBS a los consumidores son superiores a los costos que ella necesariamente conlleva. 

(60) "Let us begin by assuming that the rights that boilerplates delete are important. They are important because they affect in an economically meaningful way consumers' Surplus (...). The immediate implication of this assumption is that a product+boilerplate bundle that deletes these rights eliminates important fragments of value, and thus saves the firms some of the costs of doing business. This cost saving allows firms that offer the depleted bundle to charge a lower price. Standard economics analysis shows that this implication holds regardless of the market power that firms have (...). How should we think about this tradeoff, of rights versus discounts? Unfortunately, there is no formula for an optimal balance. People might vary in their preferences for legal rights (...). But self-selection is not feasible when firms cannot price differentiate, or when transactions costs constrain firms to offer a uniform package. In this situation, a desirable solution, both efficient and consistent with democratic values, is for vendors to offer the bundles that match majoritarian preferences. Allowing a small minority to impose its preferences on the majority of consumers, by enacting rules that mandate the price/quality bundle that this small sub group prefers, would likely expel many who cannot afford this package out of the market". Véase: BEN-SHAHAR, Omri. *Op. cit.*; pp. 15 y16.

(61) "There is plenty of reason to think that for most people, getting a lower price is the overriding goal. People shop at Walmart and at bargain basements, fly economy class, stay at Motel 6, and send packages by ground shipping, knowing that higher quality is available. They choose high deductibles for auto insurance, forgo the right to return products bought from clearance aisles, and make nonrefundable deposits to lock in low rates. In short, people seek price bargains everywhere. Why should they not seek bargains also in the legal rights? Is there a sense in mandating minimum quality to the very aspects of the deal that, truth be told, people care least about?". Véase: BEN-SHAHAR, Omri. *Loc. cit.*