

## CONTRATOS DESEQUILIBRADOS EN MERCADOS DE CONSUMO COMPETITIVOS\* \*\*

Lucian A. Bebchuk\*\*\*

Richard A. Posner\*\*\*\*

Miembro del Comité Consultivo de THEMIS

*En un mercado competitivo hay casos en los cuales se encuentran contratos “desequilibrados”, los cuales contienen términos que imponen un mayor costo sobre una parte que el beneficio que recibe la otra. Sin perjuicio de producir una asimetría a favor del vendedor, estos contratos pueden ser eficientes de ser implementados equilibradamente.*

*En el presente artículo, los autores señalan que la existencia de un contrato desequilibrado no implica que la transacción sea desequilibrada, sino que el vendedor tendrá discreción respecto de cómo tratar al consumidor. Un contrato desequilibrado, por lo tanto, podría ser preferible ex ante como un mecanismo menos costoso para inducir resultados eficientes en caso surgieran contingencias durante la ejecución del contrato.*

\* El presente artículo fue publicado originalmente bajo el título “One-sided contracts in competitive consumer markets” en Michigan Law Review 104. 2006. La traducción estuvo a cargo de Mariano Perú, miembro de la comisión de Contenido de THEMIS. Agradecemos a los autores por permitirnos la publicación del artículo y al doctor Carlos Patrón, abogado, Magíster en Derecho (LL.M.) por la Universidad de Yale, profesor de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, ex-miembro del Consejo Directivo de THEMIS y socio de Payet, Rey, Cauvi Abogados, por la supervisión de la traducción.

\*\* Los autores agradecen a Rachel Arnow-Richman, Omri Ben-Shahar y a los participantes del simposio de la Universidad de Michigan por sus valiosos comentarios. También están agradecidos de Sarah Fackrell, Meghan Maloney y James Weingarten por su asistencia de investigación. El profesor Bebchuk agradece al Harvard John M. Olin Center for Law, Economics and Business por su apoyo financiero.

\*\*\* Profesor William J. Friedman and Alicia Townsend Friedman de Derecho, Economía y Finanzas, Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard.

\*\*\*\* Juez de la Corte de Apelación del Séptimo Circuito de Estados Unidos. Profesor Titular de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chicago.

## I. INTRODUCCIÓN

La asunción usual en el Análisis Económico del Derecho es que en un mercado competitivo sin asimetrías informáticas los términos contractuales entre vendedores y compradores serán óptimos –esto es, que cualquier desviación de ellos impondrá costos esperables sobre una parte que exceden los beneficios de la otra. Pero, ¿podrá haber casos en los cuales los contratos “desequilibrados” –contratos que contienen términos que imponen un mayor costo esperable sobre una parte que el beneficio para la otra– sean encontrados en mercados competitivos, incluso en la ausencia de fraude, de costos de información prohibitivos u otras imperfecciones del mercado? Esa es la posibilidad que exploraremos en este artículo.

Nos enfocamos en la siguiente asimetría entre el vendedor y el comprador en casos en los cuales el último es un consumidor y no otro negocio o entidad comparable: el vendedor, en tal caso, puede ser disuadido de comportarse de forma oportunista por consideraciones de reputación; el consumidor no se encuentra constreñido por tales consideraciones porque no tiene reputación que perder, asumiendo que su comportamiento oportunista en una transacción particular no será conocida para el mercado en su conjunto. Esta diferencia es importante en casos en que resulte difícil especificar términos contractuales para cubrir cada contingencia importante que las cortes podrían hacer cumplir precisa y fácilmente. En tales circunstancias, los compradores oportunistas podrán intentar usar términos “equilibrados” para presionar por beneficios y ventajas más allá de aquellas que los términos estaban realmente destinadas a proporcionar.

Inclinando los términos del contrato a favor del vendedor es, demostramos, una forma de reajustar el equilibrio. La existencia de un contrato desequilibrado no implica que la *transacción* será desequilibrada, sino tan sólo que el vendedor tendrá discreción respecto de cómo tratar al consumidor. Puede esperarse que un vendedor preocupado

por su reputación trate a los consumidores mejor que aquello que le requiere la letra del contrato. Pero el derecho del vendedor de hacer valer el contrato según consta escrito lo protegerá de los compradores oportunistas. Un contrato desequilibrado puede, por lo tanto, ser preferible *ex ante* por partes informadas como un mecanismo menos costoso para inducir resultados eficientes en caso surgieran contingencias durante la ejecución del contrato, que un contrato más “equilibrado” que, por la ejecución imperfecta, pudiera crear costos como consecuencia de que los consumidores hagan valer provisiones proteccionistas del contrato.

Cuando las empresas son influenciadas por consideraciones de reputación, los contratos que aparecen “en el papel” como desequilibrados contra el consumidor podrán ser implementados, en la realidad, en una forma equilibrada. La distinción entre contratos en papel y su aplicación real es una que ha recibido mucha atención de la literatura en contratos relacionales entre empresas<sup>1</sup>. Como nuestro análisis resalta, sin embargo, la distinción también es relevante para los contratos celebrados con consumidores que no son jugadores recurrentes. En tanto el comerciante sea un jugador recurrente con los consumidores del mercado, sus expectativas de hacer negocios con otros consumidores en el futuro podrá disuadirlo de aplicar un contrato desequilibrado a rajatabla contra un consumidor en particular incluso si el proveedor no espera realizar futuras transacciones con dicho consumidor.

## II. EXPLICANDO LOS CONTRATOS DESEQUIBRADOS

Consideramos un mercado competitivo en el cual los vendedores ofrecen contratos estándares que incluyen términos que parecen imponer a los compradores costos esperables que exceden los beneficios esperables para el vendedor. Ejemplos de esto son las cláusulas de arbitraje pre-judicial obligatorio, las cláusulas sobre tenencia y endoso de

<sup>1</sup> Ver, por ejemplo, MACAULAY, Stewart. “Non-contractual relations in business: A preliminary study”. En: *Am. Soc. Rev.* 28. 1963. p. 55; GOETZ, Charles J. y Robert E. SCOTT. “Principles of relational contracts”. 67. *Va. L. Rev.* 1089. 1981; BERNSTEIN, Lisa. “Merchant Law in Merchant Court: Rethinking the Code’s search for immanent business norms. *University of Pennsylvania Law Review* 144. 1996. p. 1765. El artículo más cercano a nuestro análisis en su énfasis en problemas de observancia por las cortes es el análisis de acuerdo de franquicia de Benjamin Klein. Véase KLEIN, Benjamin. “Transaction cost determinants of “unfair” contractual arrangements”. *American Economic Review* 70. 1980. p. 356.

En su contribución con este simposio Jason Johnston busca, como nosotros, analizar la distinción entre el lenguaje y la implementación efectiva de contratos en el contexto de contratos entre empresas y consumidores. Ver JOHNSTON, Jason Scott. “The return of bargain: An economic theory of how standard-form contracts enable cooperative negotiation between businesses and consumers”. *Michigan Law Review* 104. 2006. p. 857. El único artículo previo del cual sabemos que haya explorado este tema es el estudio de Clay Gillette sobre rolling contracts que los consumidores suscriben en línea. Véase GILLETTE, Clayton P. “Rolling contracts as an agency problem”. *Wisconsin Law Review*. 2004. p. 679.

valores mobiliarios o títulos valores, las cláusulas de renuncia al juez del domicilio en contratos de transporte y las licencias estándar de *software*.

Los contratos que contienen tales términos y que, como es típico en tales contratos, son ofrecidos a los consumidores sobre la base de estipulaciones “tómelo o déjelo”, son descritos por sus críticos como “contratos de adhesión”. Cierta antigua y bastante desacreditada literatura académica pensaba que la ausencia de negociación demostraba que el vendedor debía tener poder monopólico, permitiéndole endilgar a los consumidores con cualquier término que deseara. Los costos de transacción y los costos de agencia relativos a los modestos retornos en la mayoría de las transacciones con consumidores son explicación suficiente para entender por qué los vendedores prefieren un contrato estándar sobre negociaciones individuales<sup>2</sup>. Tampoco es obvio por qué un monopolista ofrecería términos sub-óptimos en vez de simplemente cobrar un precio monopólico a cambio de términos equilibrados, un precio que sería más alto porque el consumidor estaría recibiendo mayor valor<sup>3</sup>.

Pero esto deja sin explicar el desequilibrio de muchos contratos estándar. Los académicos a menudo intentan explicarlos como un resultado de problemas de información. Los consumidores podrían estar informados inadecuadamente sobre las disposiciones incluidas en los contratos o sobre sus consecuencias<sup>4</sup>. El entendimiento de los consumidores también podría estar distorsionado por el tipo de problemas cognitivos que están recibiendo creciente atención por parte de los economistas<sup>5</sup>. O los vendedores podrían estar siendo inducidos a ofrecer contratos desequilibrados por la presencia de selección adversa, como explicamos en el acápite V del presente trabajo<sup>6</sup>. Los académicos que aducen estas explicaciones se oponen al respaldo judicial de los contratos de adhesión en el nombre

de las cláusulas abusivas o doctrinas similares<sup>7</sup>. Algunas cortes han estado de acuerdo<sup>8</sup>, pero la mayoría no<sup>9</sup>.

¿La presencia de contratos desequilibrados en mercados competitivos se debe a problemas de información? ¿Las cortes que hacen cumplir tales contratos no están interviniendo cuando deberían hacerlo? ¿O puede haber una explicación que no depende de asumir información asimétrica a favor de vendedores u otras posibles fuentes de fallas del mercado? Demostramos que dicha explicación existe y que, como resultado, las inferencias normativas que pueden ser elaboradas a partir de tales contratos están lejos de ser claras y directas.

Es posible encontrar muchos contratos desequilibrados en mercados de consumo que tienen las siguientes características: El lado vendedor del mercado consiste en jugadores recurrentes que tienen un costo hundido en una reputación de hacer tratos “justos” con los consumidores, en el sentido de no tomar ventaja de los términos desequilibrados, siempre y cuando el consumidor trate justamente con ellos. El lado comprador del mercado consiste en partes que –dado que no tienen tratos reiterativos con vendedores particulares (el mercado es competitivo, así que los consumidores pueden cambiar fácilmente entre vendedores) y debido a que las normas sobre privacidad u otras barreras de acopio de información entre vendedores previenen que los vendedores comparen notas acerca del comportamiento de compradores individuales– no tienen un costo hundido en reputación y, por ende, no tienen incentivo en tratar justamente con los vendedores en el sentido de honrar los términos del contrato.

En tal situación, el conjunto óptimo de términos contractuales no depende solamente en los costos y beneficios relativos asociados con términos particulares. También depende en la relativa propen-

Lucian A. Bebchuk  
Richard A. Posner

<sup>2</sup> Ver, por ejemplo, POSNER, Richard A. “Economic analysis of Law”. Sexta Edición. 2003. p. 115.

<sup>3</sup> Ver MAROTTA-WURGLER, Florencia. “Competition and the quality of standard form contracts: An empirical analysis of software license agreements”. NYU Law and Economics Research Paper 05-11. 2005. Disponible en <http://ssrn.com/abstracts=799274> (citando las fuentes respectivas).

<sup>4</sup> Ver, por ejemplo, MAYERSON, Michael I. “The efficient consumer form contract: Law and Economics meets the real world”. *Georgia Law Review*. 1990. pp. 583, 594-603.

<sup>5</sup> Ver, por ejemplo, BAR-GILL, Oren. “Seduction by plastic”. *Northwestern University Law Review* 98. 2004. p. 1373; ver también MARRROW, Paul Bennett. “The unconscionability of a liquidated damages clause: A practical application of behavioral decision theory”. *Pace Law Review* 22. 2001. p. 27.

<sup>6</sup> Ver, por ejemplo, AGHION, Phillipe y Benjamin HERMALIN. “Legal restrictions on private contracts can enhance efficiency”. *J.L. Econ. & Org.* 6. 1990. p. 381; POSNER, Eric. A. “Contract Law in the Welfare State: A defense of the unconscionability doctrine, usury laws, and related limitations on the freedom to contract”. *Journal of Legal Studies* 24. 1995. p. 283.

<sup>7</sup> Ver, por ejemplo, MEYERSON, Michael I. Op. Cit. pp. 608-622.

<sup>8</sup> Ver, por ejemplo, *Williams v. Walker-Thomas Furniture Co.*, 350 F.2d 445 (D.C. Cir. 1965); *Galligan v. Arovitch*, 219 A.2d 463 (Pa. 1966); *Sosa v. Paulos*, 924 P.2d 357 (Utah 1996); *State ex rel. Dunlap v. Berger*, 567 S.E.2d 265 (W. Va. 2002); *Pittsfield Weaving Co. V. Grove Textiles, Inc.*, 430 A.2d 638 (N.H. 1981) (per curiam).

<sup>9</sup> FARNSWORTH, E. Allen. “Farnsworth on contracts”. Segunda Edición. 1998. pp. 560-61; véase, por ejemplo, *Monsanto Co. V. McFaling*, 302 F.3d 1291 (Fed. Cir. 2002); *Seekings v. Jimmy GMC of Tucson, Inc.*, 638 P.2d 210 (Ariz. 1981).

sidad de las partes a comportarse de forma oportunista, esto es, de tomar ventaja de los términos contractuales y, haciéndolo, imponer un costo sobre la otra parte que excederá el beneficio de la parte oportunista.

En el caso reputación-asimétrico, el vendedor tiene poco o ningún incentivo para comportarse de forma oportunista porque, de hacerlo, sufrirá la pérdida de reputación, lo cual es un costo. El comprador, por otro lado, no es disuadido por preocupación sobre su reputación. Tampoco se encuentra disuadido por la amenaza de acciones legales puesto que, dado la limitada viabilidad de redactar términos contractuales que se encuentran libres de incertidumbre, las cortes no siempre pueden determinar cuándo una parte está utilizando un término contractual de forma oportunista.

En esta situación, términos aparentemente desequilibrados podrían no ser tan desequilibrados después de todo. El costo esperable del término para el comprador debe ser descontado por la probabilidad que las consideraciones reputacionales induzcan al vendedor a tratar bien al comprador cuando dicho trato no es requerido contractualmente. Este costo podrá reducirse aun más debido a la aversión del vendedor de demandar a los consumidores incluso cuando tenga un caso sólido, tanto ética como jurídicamente. Los vendedores podrán preocuparse que un caso pueda perjudicar su reputación de trato justo (porque el término es desequilibrado) o que el costo del caso sea desproporcionado respecto del beneficio esperado. Si asumimos, entonces, que una corte sólo podría determinar cuándo el término contractual materia de litigio será *en promedio* eficiente –esto es, en promedio, carga a la parte obligada menos que lo que beneficia al obligado–, una regla de cláusulas desequilibradas que condena las condiciones desequilibradas simplemente favorecería sistemáticamente a los compradores oportunistas sin proteger a los compradores justos, porque los últimos se encuentran protegidos por la inversión de los vendedores en su reputación.

Considere, a modo de ejemplo, la siguiente disposición en el contrato estándar que Harvard University Press suscribe con autores: “si el Autor no cumple con devolver las hojas de prueba corregidas para la fecha fijada por el Editor, el Editor podrá publicar el Trabajo sin la aprobación de las pruebas por parte del Autor”<sup>10</sup>. Claramente, dada

la importancia de la precisión para el autor, que el editor haga valer esta disposición sin titubeo impondría un costo esperado sobre el autor mayor que el beneficio para el editor, especialmente dado que el acuerdo no limita la discreción del editor en su elección de “la fecha fijada por el Editor”.

¿Qué podría explicar la inclusión de esta disposición en un contrato recientemente suscrito por este editor y uno de nosotros y su coautor? No podría ser el poder de mercado del editor. El editor estaba buscando, en este caso, como en muchos otros, competir con otros editores sobre otros aspectos del contrato. Tampoco podría haber sido la expectativa del editor de que esta disposición no sería notada por los autores. Es probable que los autores, en general, lean cuidadosamente el breve contrato de publicación. Además, los autores en este caso sí se dieron cuenta de la disposición y preguntaron cómo modificarla, pero el editor indicó que su política era la de no enmendar esta disposición.

A pesar de la insistencia del editor de mantener la disposición, el agente del editor aseguró a los autores que no tendrían que preocuparse por esta y otras disposiciones aparentemente desequilibradas incluidas en el contrato. Aunque esta garantía carecía de importancia jurídica, los autores firmaron el contrato sin preocuparse de que el editor abusara del poder que le confería la disposición. En efecto, cuando los autores estuvieron un poco atrasados en la devolución de las pruebas, el editor, como era de esperarse, esperó por las correcciones en lugar de hacer cumplir la disposición.

Nuestra explicación es que la disposición está destinada a proteger al editor de circunstancias en las cuales la demora del autor en devolver las pruebas es excesiva. Pero si la disposición estuviera explícitamente limitada a esas circunstancias, el hacerla cumplir sería una empresa difícil para una corte porque determinar la “excesividad” bien podría depender de la información disponible para las partes, pero no fácil y precisamente determinable para la corte. La provisión abusiva obvia esta preocupación, mientras que el interés reputacional del editor protege a los autores de que el editor tome ventaja del significado literal de la disposición.

En las circunstancias en las que nos centramos, una disposición desequilibrada otorga al provee-

dor la discreción respecto de proporcionar protección al individuo en cualquier circunstancia. En contraste, dado que una provisión equilibrada no puede ser escrita sin ambigüedad, el hecho de que la protección sea proporcionada en cualquier circunstancia sería influenciado por la discreción de la corte. En algunas circunstancias, una estrategia de protección discrecional es superior a una estrategia de discreción judicial.

### III. UN MODELO SIMPLE

Asuma un mercado competitivo en el que uno de los lados (el lado de los vendedores, que consiste en muchos vendedores) enfrenta limitaciones reputacionales más fuertes que el otro lado (el lado de los compradores, que se asume que consiste en muchos consumidores individuales). Los vendedores son empresas que juegan recurrentemente, y los consumidores tienen información sobre su comportamiento. Como resultado, los vendedores están preocupados sobre su reputación. Los compradores, por otro lado, no están preocupados en invertir en reputación porque compran con poca frecuencia de un mismo vendedor, y los vendedores no intercambian información sobre los consumidores.

En algunos mercados, por supuesto, los compradores no son indiferentes a su reputación. Pueden ser empresas que son jugadores recurrentes con poderosos incentivos para proteger su reputación, mientras que los vendedores pueden ser individuos que realizan transacciones infrecuentemente. Un ejemplo son los contratos que las editoriales de las universidades celebran con nuevos autores. Nuestro análisis también se aplica a dichos mercados. Puede explicar, por ejemplo, por qué los contratos que esas editoriales suscriben con sus autores incluyen disposiciones que parecen ser abusivas contra el autor aun cuando es probable que los autores lean los términos de estos contratos y haya competencia entre las editoriales. Para simplificar la exposición, sin embargo, asumiremos en el modelo que el lado de los vendedores en el mercado está compuesto de empresas con reputaciones que proteger.

De forma similar, no todos los consumidores se encuentran bien informados respecto del comportamiento de los vendedores. En efecto, el costo de estar informado puede exceder el beneficio, resultando en desconocimiento racional de tram-

pas escondidas en los contratos que la competencia puede no disipar<sup>11</sup>. La novedad del presente análisis es que los mismos modelos de contrato estándar, que eran generalmente asumidos como que estaban basados en el desconocimiento de los consumidores, pueden demostrarse consistentes con la competencia bajo condiciones de información completa.

Cuando un término contractual es en promedio eficiente, entonces el beneficio esperado de cada comprador,  $B$ , excede el costo esperado del vendedor,  $C$ :  $C < B$ . Pero "en promedio" implica que el término no será eficiente en todas las circunstancias en las cuales se aplica literalmente. Asuma que será eficiente en el estado  $\theta$ , el cual tiene una probabilidad  $p$  de ocurrir, pero no así en ningún otro estado. Asuma que el beneficio para el comprador será de  $B_2 > C$  en el estado  $\theta$  pero sólo  $B_2 < C$  en el estado  $\text{no-}\theta$ , de modo que el beneficio promedio para el comprador es  $p(B_2) + (1-p)(B_1)$ .

Asuma, además, que las cortes serán incapaces de observar si el estado del mundo en el cual la disputa contractual se origina es  $\theta$ , pero las partes sí lo harán, aunque todo lo necesario para que nuestro análisis se sostenga es que las partes tengan mejor información sobre la presencia o ausencia de  $\theta$  que la que tienen las cortes.

Los vendedores en nuestro modelo ofrecen a los compradores contratos idénticos de tipo "tómelo o déjelo" y no se encuentran preparados llegado el momento de su ejecución. Uno puede pensar en los vendedores como grandes empresas que no confían en sus agentes para negociar cambios contractuales (un punto sobre el cual regresaremos) o que desconfían de los consumidores que intentan negociar respecto de los términos.

Si un vendedor no cumple con un término contractual, el consumidor podrá obtener de una corte una indemnización por daños ocasionados igual a  $B$ . Debido a que la corte no podrá distinguir perfectamente entre consumidores que derivan un gran beneficio del término y consumidores que sólo derivan un beneficio pequeño, habrá una tendencia a otorgar daños iguales al beneficio promedio del término contractual que el vendedor ha incumplido. En aras de la simplicidad, asumiremos que los mismos daños son otorgados en todos los casos de esta naturaleza.

Lucian A. Bebchuk  
Richard A. Posner

<sup>11</sup> POSNER, Richard A. "The Law and economics of contract interpretation". Texas Law Review 83. 2005. pp. 1581, 1585-1586.

Dado que  $B > C$ , si el comportamiento de los vendedores no se encuentra constreñido por la preocupación sobre su reputación, el término protector será incluido, pues sin él, el vendedor no tendría incentivo para conferir  $B$  y así el valor del contrato no sería maximizado. La inclusión del término produce una ganancia de eficiencia de  $B_2 - C$  en el estado  $\theta$  y una pérdida de la eficiencia de  $C - B_1$  en el estado  $\theta$ , pero la ganancia neta es positiva porque  $p(B_2 - C) + (1 - p)(C - B_1) = B - C > 0$ .

Los vendedores en un mercado competitivo ofrecerán el término porque mientras estén cobrando un precio por el contrato que es mayor por  $C$  (ya que ese es el costo del término para el vendedor), el beneficio esperado para los consumidores será mayor y así estos últimos rehuirán a los vendedores que no lo ofrezcan.

Este es el resultado estándar cuando las cortes no pueden observar las circunstancias exactas de un caso y no hay renegociación contractual; un término será incluido si el beneficio promedio excede el costo promedio. Pero no será el caso cuando las consideraciones reputacionales se encuentren en juego; pues entonces, siempre que las prácticas de los vendedores sean conocidas por los consumidores, los vendedores sólo ofrecerán un contrato que omita el término que beneficia al comprador, pero tendrán una política de honrar el término (inexistente) cuando las partes se encuentren en el estado  $\theta$ .

Por ejemplo, el término podrá ser que el comprador puede devolver el bien y obtener su dinero de vuelta, y  $\theta$  podrá ser el estado en cual el comprador lo devuelve prontamente sin haberlo utilizado o dañado. Los vendedores cobrarán un precio que es mayor por  $pC$  porque esperan incurrir en un costo  $C$  con probabilidad  $p$ , en los casos en  $\theta$ . Pero los compradores tendrán un beneficio esperado de  $pB_2$  y así una ganancia esperada neta de  $p(B_2 - C)$ . Cuando algunos vendedores ofrecen tales contratos mientras siguen la política descrita, ningún vendedor que no ofrezca dicha combinación será capaz de atraer a los consumidores sin perder dinero.

Podrá parecer que, dado que los compradores valoran la política, los vendedores la convertirán en un término contractual incluso si se vieran constreñidos a seguir la política por su inversión en reputación. Pero esto es incorrecto porque, como un término contractual, la política requeriría de la adhesión del vendedor incluso cuando fuera ineficiente proporcionar el beneficio, esto es, incluso cuando las partes estuvieran en el estado  $\theta$ . Así, si el contrato preveía que el comprador

podía devolver el bien de encontrarse insatisfecho con él, el vendedor estaría obligado a aceptar la devolución incluso si el comprador, en lugar de haber estado realmente insatisfecho con él, lo hubiera utilizado tanto como quisiera o lo hubiera dañado de modo que ya no fuera valioso para él. Claro que el vendedor podría incluir algún lenguaje calificador tal como "razonablemente insatisfecho", pero la incertidumbre creada por tal lenguaje daría al comprador alguna probabilidad de poder salirse con la suya al devolver el bien en circunstancias no destinadas a ser cubiertas por la cláusula.

#### IV. IMPLICANCIAS POSITIVAS Y NORMATIVAS

Nuestro análisis contiene implicancias tanto positivas como normativas. Del lado positivo, puede explicar el gran número de casos en los cuales los vendedores confiablemente tratan a los consumidores mucho mejor que aquello que sus contratos les requieren. Los vendedores a menudo aceptan devoluciones en circunstancias bajo las cuales no se encuentran obligados a hacerlo. De forma similar, los hoteles usualmente no cobran al huésped por hacer el "check-out" de su habitación poco después de la hora preestablecida; los editores comúnmente no envían un manuscrito a la imprenta sin esperar la corrección del autor cuando este se encuentra atrasado y usualmente pasa por alto otras infracciones pequeñas también; las aerolíneas algunas veces dan a las personas el doble de crédito de millaje si un vuelo es atrasado; y los restaurantes permiten sustituciones aunque la carta establezca que no las hay. Dichas concesiones no son adecuadamente consideradas como publicidad o discriminación de precios, porque los consumidores las esperan y a menudo estarían indignados si fueran negadas.

Pero porque no son derechos legales, el vendedor no se encuentra a la merced de un comprador que abusaría de ellos y no sería susceptible de sanciones legales. Suponga, por ejemplo, que, en lugar de fijar una rígida hora de salida, el contrato entre un hotel y sus huéspedes estableciera que el huésped deba salir a la hora establecida (o pagar por otro día) a menos que tenga una buena razón para atrasar su salida por una cantidad de tiempo razonable. Tal disposición podría ser abusada por un huésped que decida permanecer en la habitación mirando la televisión hasta las noticias de la noche. Con la regla de la hora de salida rígida, el hotel será capaz de cobrar a este cliente demorado por otro día mientras renuncia a realizar tal cargo rutinariamente a los clientes que pierden la hora de salida de buena fe y por un buen motivo.

En las circunstancias que estudiamos en este artículo, las cortes harían bien en tomar una línea dura en hacer cumplir los términos de los contratos desequilibrados de consumo en la ausencia de evidencia de fraude. Suponga que el contrato que un vendedor tiene con sus clientes no les promete alguna protección X (por ejemplo, perdonar el cargo de un día entero en el caso de una demora corta en la hora de salida debido a circunstancias más allá del control del cliente), pero hay evidencia que el vendedor comúnmente les otorga X. ¿Una corte debería ver la práctica común como una promesa implícita de hacerlo? Nuestra respuesta es no, porque esto sacrificaría los beneficios de una política incumplible que permite que la empresa tener discreción para negar un beneficio normalmente esperado.

Habrán casos límite porque las cortes suelen recurrir a las pruebas de práctica anterior o costumbre para interpretar un contrato. Sin embargo, esto se hace principalmente en casos en los cuales un término contractual es ambiguo<sup>12</sup>. Si el término es claro, como los redactores de los contratos desequilibrados se esforzarán en hacerlo, las cortes generalmente harán cumplir el término tal y como se encuentra escrito.

## V. EXPLICACIONES ALTERNATIVAS BASADAS EN LA INFORMACIÓN

Ahora ampliamos brevemente las explicaciones alternativas mencionadas anteriormente respecto de los contratos desequilibrados. Estas explicaciones están basadas en asimetrías informáticas entre vendedores y compradores. Una explicación asume que los consumidores se encuentran en una desventaja informacional. Están desinformados sobre los costos que el contrato pueda imponer sobre ellos o sufren de limitaciones cognitivas y sesgos cuando evalúan estos costos.

La otra explicación asume que hay dos tipos de consumidores entre los cuales el vendedor no puede distinguir; en otras palabras, los consumidores tienen la ventaja informática. Un tipo, que valoraría una provisión protectora más que el otro, también es aquel que es más costoso de atender. En estas circunstancias, incluso si la disposición protectora es eficiente para todos los consumidores, en equilibrio, ningún consumidor podrá preguntar por ella por temor de que, al hacerlo, el vendedor

pueda sospechar que el comprador es del tipo que es más costoso de atender.

Nuestra explicación para los contratos desequilibrados tiene dos implicancias diferentes, una positiva y una normativa, de aquellas de las explicaciones alternativas basadas en la información<sup>13</sup>. La implicación positiva distintiva es que cuando nuestra explicación es aplicable, las empresas no tomarán ventaja de los contratos desequilibrados: sólo en casos excepcionales se pegarán a la letra del contrato. En contraste, cuando se aplica una o dos de las explicaciones basadas en la información, las empresas siempre (o al menos casi siempre) se pegarán a la letra del contrato.

La implicancia normativa es que cuando nuestra explicación es aplicable, la ley no deberá intervenir y proporcionar protección no brindada por el contrato, mientras que si el vendedor tiene y está explotando una ventaja informativa, hay un argumento para implicar disposiciones protectoras en el contrato para hacerlo menos desequilibrado. De manera similar, frente a la presencia de agrupamiento ineficiente producto de selección adversa, imponer disposiciones protectoras podría mejorar la situación algunas veces (aunque no siempre). El reto para la futura investigación es intentar distinguir entre los dominios de nuestra explicación y las explicaciones basadas en información.

Enfatizamos, finalmente, que nuestro análisis se encuentra limitado al caso de venta repetitiva de productos para consumidores bajo condiciones de buena información sobre los vendedores para los consumidores. Con ventas infrecuentes y poca información sobre los vendedores, estos no se verán constreñidos por preocupaciones sobre su reputación. Nuestra análisis es igualmente inaplicable cuando el lado comprador consiste no en consumidores individuales, sino en empresas que tienen su propio interés reputacional en tratar justamente, de modo que los vendedores tienen menos preocupación de que los compradores que no se encuentran constreñidos por materia reputacional se aprovechen de ellos. Es la asimetría de preocupación por la propia reputación en el caso del vendedor recurrente a un consumidor la que empuja nuestro análisis. Sostenemos que la existencia potencial de dichas asimetrías es un factor al que los académicos y los jueces debieran prestar mucha atención.

Lucian A. Bebchuk  
Richard A. Posner

<sup>12</sup> KNIFFIN, Margaret N. "Corbin on contracts". Edición revisada. Editor: Joseph M. Perillo. 1998. Capítulos 24.7 y 24.9.

<sup>13</sup> Hay un sentido en el cual nuestra explicación se encuentra basada en la información también; pero el déficit de información en nuestro análisis no es un déficit de cualquiera de las partes del contrato, sino de la corte que puede ser llamado a hacer cumplir el contrato.