

La contratación masiva y la crisis de la teoría clásica del contrato

CARLOS ALBERTO SOTO COÁGUILA*

«Cuando una institución humana, creada por el hombre para el servicio del hombre, comienza a escribir su nombre, con letras de molde, cuando una institución humana cristaliza, se abstrae de la historia que le dio origen y pretende ser un valor universal, entonces hay algo que se quiebra y que se pierde: nuestra capacidad de inventiva y de respuesta frente a situaciones nuevas.»

(DE TRAZEGNIES G., Fernando, «La Transformación del Derecho de Propiedad», en *El Derecho*. Lima, Fondo Editorial de la PUCP, 1978, núm. 33, p. 104.)

SUMARIO: I. *Introducción.*—1. Planteamiento del problema.—2. El contrato paritario vs. La contratación masiva: 2.1 Teoría general del contrato. El contrato paritario. 2.2 Hacia una conceptualización de la contratación masiva. 2.3 La contratación masiva. Naturaleza jurídica. Finalidad, funciones y modalidades. 2.4 La crisis de la teoría clásica del contrato. 2.5. Principales manifestaciones de la crisis de la teoría tradicional del contrato: 2.5.1 La intervención del Estado en la contratación privada.—3. La contratación masiva y la crisis del contrato: 3.1 La contratación masiva como factor de cambio. 3.2 La autonomía privada en la contratación masiva. 3.3 La igualdad de las partes en la contratación masiva: 3.3.1 La parte débil en los contratos. 3.4 La fuerza obligatoria en los contratos masivos: 3.4.1 La teoría del incumplimiento eficiente. 3.5 El principio de la buena fe y la contratación masiva.—4. El derecho contractual en una economía de mercado.—5. La contratación masiva en el proyecto del Código Civil argentino de 1998: 5.1 Situación actual de la contratación masiva en Argentina. 5.2 El proyecto de Código Civil de 1998.—6. La realidad y el Derecho.—7. Conclusiones.

* El autor es profesor de Derecho Civil; asesor de la Comisión Especial Encargada de Elaborar el Anteproyecto de Ley de Reforma del Código Civil Peruano; asesor de la Comisión Especial Encargada de Elaborar el Proyecto de Código de Comercio; Presidente del Instituto de Investigación Jurídico-Notarial «INDEJ», y Fundador/Director de la *Revista de Derecho Scribas*.

I. INTRODUCCIÓN

Las sociedades modernas tienen como característica fundamental el constante surgimiento de nuevos fenómenos y el consiguiente descubrimiento de funciones adicionales para los bienes, lo que aporta beneficios en términos de utilidad. Este es el caso de la contratación masiva, que se ha constituido como un nuevo sistema de contratación privada. Recordemos que el sistema de contratación privada fue concebido sobre la base de la contratación paritaria o clásica, la misma que en la actualidad ha perdido la hegemonía que tuvo antaño. La causa de esto ha sido, como mencionamos, la aparición de un nuevo sistema en el intercambio de bienes y servicios.

En el presente trabajo abordaremos la presencia de este fenómeno jurídico y cómo se ha constituido en un nuevo sistema de contratación. Nuestra hipótesis de trabajo consiste en demostrar cómo *la contratación masiva –como un nuevo sistema de contratación– ha ocasionado la crisis de la teoría clásica del contrato*.

Siendo nuestro propósito el análisis de la contratación masiva y la crisis que ha generado en torno a la teoría clásica del contrato, no entraremos a desarrollar cada una de las modalidades contractuales a través de las cuales se presenta la contratación masiva. A lo largo del presente trabajo demostraremos cómo la contratación masiva es el factor que ha originado la crisis de la teoría clásica del contrato.

Empero, determinemos ¿qué se entiende por *crisis*? Según el Diccionario de la Real Academia Española el término «crisis»¹ en su primera acepción es la «mutación considerable que acaece en una enfermedad, ya sea para mejorarse, ya para agravarse el enfermo»; la segunda y tercera, consideran a la crisis como una «mutación importante en el desarrollo de otros procesos, ya de orden físico, ya históricos o espirituales» y una «situación de un asunto o proceso cuando está en duda la continuación, modificación o cese». En este sentido, el concepto «crisis del contrato» debe entenderse como una mutación, una evolución de la institución contractual². Para tal efecto, abordaremos las causas que han originado *el resquebrajamiento de las estructuras de la teoría tradicional del contrato y cómo el legislador continúa creyendo que la contratación privada se desenvuelve dentro de un esquema tradi-*

¹ Cfr. Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*. Madrid, «Editorial Espasa Calpe, S. A.», 1992, tomo I, p. 597.

² Sobre las diferentes acepciones del término «crisis» puede consultarse el trabajo de los profesores Atilio ANÍBAL ALTERINI y Roberto LÓPEZ CABANA, *La autonomía de la voluntad en el contrato moderno*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1989, pp. 12-16. Para estos autores, la crisis del contrato no es tal, sino es una crisis de la autonomía de la voluntad.

cional o paritario, cuando hoy en día este sistema de contratación constituye una excepción.

Igualmente incorporamos un punto sobre la función del derecho contractual en una economía de mercado, en una sociedad donde la realidad viene empujando al Derecho hacia un cambio. En esta perspectiva analizaremos la forma cómo ha enfrentado este fenómeno la Comisión de Reforma del Código Civil Argentino en el Proyecto de Código Civil que acaba de presentar al Poder Ejecutivo, con lo cual derogarían no sólo el decimonónico Código Civil de Velez Sarsfield, sino que además unificarían los Códigos Civil y Comercial en un solo cuerpo legal, hecho que será muy trascendente para la Codificación latinoamericana y mundial. El legislador no puede dejar de lado las necesidades y las exigencias de la sociedad; por el contrario, debe recogerlas y sistematizarlas a fin de evitar un divorcio entre la realidad y la ley.

Los cambios en las estructuras sociales, políticas, económicas, así como los agigantados e incontenibles avances tecnológicos y la evolución permanente en el ámbito de las ideologías son realidades insoslayables que continuamente mueven a las sociedades, transformándolas. El operador del Derecho tiene que estar alerta a estos cambios y no darles la espalda. Igualmente, no debe pretender siempre responder a los nuevos fenómenos con las estructuras existentes, pues cuando ellas son insuficientes debe crear nuevos edificios para albergarlos.

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El creciente capitalismo en estos últimos tiempos ha originado un cambio en las estructuras económicas y sociales, siendo la causa de este fenómeno la producción en masa o en serie de los bienes y servicios. Estos hechos han ocasionado un tránsito en la producción e intercambio de bienes y servicios —de la actividad «artesanal» a la «empresarial»³—. En el otro extremo tenemos a

³ La empresa como institución es un concepto moderno. Para Fontanarrosa, la empresa «es una organización sistemática de actividades y de medios, apta para determinar una serie notable de relaciones jurídicas, y que tiene por objeto suministrar a otros utilidades de naturaleza variada; en la cual el empresario, asumiendo todo riesgo sobre sí, sustituye y elimina con su propio riesgo, el que traerá consigo la ordinaria creación o la directa consecuencia de dichas utilidades» (citado por FARINA, Juan M., *Contratos comerciales modernos*. Buenos Aires, Editorial Astrea, 1993, p. 15). Y para Capitant es aquel «Organismo que se propone ofrecer al mercado bienes o servicios...» (Cfr. ASOCIACION HENRI CAPITANT. *Vocabulario Jurídico*. Santa Fe de Bogotá, Colombia, «Editorial Temis, S. A.», 1995, p. 345). El reciente Anteproyecto de la Ley Marco del Empresariado que deroga a nuestro Código de Comercio de 1902, publicado el 6 de mayo de 1999, define a la empresa como «la organización económi-

una *sociedad de masas*⁴ que consume o utiliza los bienes y servicios⁵.

El profesor Díez-Picazo señala que este fenómeno «ha determinado un tráfico económico, cada vez más acelerado, que se ha ido convirtiendo en lo que rigurosamente puede llamarse «tráfico en masa»»⁶. Pero para que productores y adquirentes (consumidores o no) satisfagan sus necesidades e intereses (productores que distribuyan y personas que adquieran o consuman los bienes o servicios) y se vinculen jurídicamente, necesitan de un canal o instrumento que brinde seguridad a sus relaciones y que esté permitido por el ordenamiento jurídico. Este es el *contrato*⁷.

Sin embargo, los contratos que celebran productores y adquirentes a cada instante y que les permiten satisfacer sus necesidades, no se desarrollan dentro de la estructura del contrato tradicional o clásico⁸.

En el derecho contractual tradicional, las relaciones jurídicas nacen de un consentimiento libre y autónomo entre dos o más partes perfectamente identificadas (oferentes y aceptantes), y donde existe la colaboración de ellas en el diseño o configuración del contrato⁹. En las nuevas relaciones jurídicas masificadas, los sujetos no están claramente identificados, son anónimos y no existe la participación o colaboración de una parte en la elaboración del esquema o diseño del contrato, no pudiendo negociar su contenido y encontrándose su libertad contractual, por ende, limitada o anula-

ca dedicada a la producción o comercialización de bienes, o a la prestación de servicios, siendo sus elementos esenciales el fondo empresarial y la actividad empresarial» (ver *separata del Diario Oficial «El Peruano»*, Congreso de la República, *Ley Marco del Empresariado. Anteproyecto y Exposición de Motivos*, Lima, 6 de mayo de 1999, pp. 5-10).

⁴ La sociedad ha sufrido un gran cambio, de una sociedad de personas a una *sociedad de masas* como consecuencia de la explosión demográfica y del proceso de concentración en las grandes ciudades. *Las masas* pueden entenderse como aquellos agregados humanos, donde el ser humano se integra como un ser *amorfo* y despersonalizado. Y la *sociedad de masas* como un conjunto amorfo, sin estructura, una mera reunión de personas irresponsables de sus actos. (Sobre estos temas se puede consultar: RECANSSE SICHES, Luis, *Lecciones de sociología*. México, Editorial Porrúa, 1948, pp. 443 ss., y VALLET DE GOYTISOLO, Juan, *Sociedad de masas y Derecho*. Madrid, «Taurus Ediciones, S. A.», 1969, en *Derecho civil patrimonial II*. Materiales de Lectura de la Maestría en Derecho Empresarial de la Universidad de Lima. Profesor: Carlos CÁRDENAS QUIRÓS. Lima, D. U. de Coordinación y Desarrollo Académico, s. f., pp. 114 ss.)

⁵ La necesidad de que esta sociedad de masas adquiriera o consuma bienes o servicios, de una u otra manera se multiplica. Objetivo de que así sea, es tarea de los productores; y la creación de estas necesidades se debe a la publicidad, que juega un rol importante en este fenómeno.

⁶ Cfr. Díez-PICAZO, Luis, *Derecho y masificación social. Tecnología y Derecho privado. (Dos esbozos)*. Segunda edición. Madrid, «Editorial Civitas, S. A.», 1987, p. 42.

⁷ Según el artículo 1351 de nuestro Código Civil «El contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial».

⁸ También denominados por la doctrina como contratos paritarios o discrecionales.

⁹ Puede consultarse el trabajo de NICOLAU, Noemí Lidia, «Tecnología y masificación en el derecho contractual», en *Revista Jurídica Argentina La Ley*. Buenos Aires, 1992, tomo 1992-B, p. 767.

da. Limitada en caso de los contratos concertados en base a cláusulas generales de contratación, y anulada en los contratos por adhesión. Esta parte contratante está colocada ante la disyuntiva de «lo tomas o lo dejas».

En esta perspectiva, no le falta razón a Luigi Ferri cuando dice que «[...] la moderna economía, caracterizada por la producción “standarizada” y en masa de bienes y servicios y del vasto consumo de ellos, ha favorecido la difusión de un tipo particular de negociación orientada a permitir la rapidez de la circulación de los productos a través de la predisposición de los esquemas contractuales uniformes y la consiguiente simplificación del *iter* formativo del contrato. Tal tipo de contratación no satisface solamente la exigencia de la producción y del comercio, sino que además se adecua también al rápido ritmo de la vida moderna, a la necesidad de «no perder el tiempo» común también al consumidor, el cual si de un lado debe estar sujeto a una especie de *diktat* del otro contratante, por otro lado está garantizado de ser las condiciones generales vinculantes para quien las ha ideado y predispuesto y de asegurar con su aplicación uniforme, en orden al mismo tipo de relación, igualdad de tratamiento [...]»¹⁰.

En efecto, cuando contratamos existen modelos, formatos, formularios, *tickets*, boletos o plantillas impresas o grabadas en las memorias de las computadoras; es decir, contratos predeterminados o predispuestos y elaborados con anterioridad a la celebración del contrato. Demos un vistazo a la contratación de seguros, las operaciones bancarias, la compraventa de determinados bienes (vehículos, artefactos, computadoras, entre otros artículos), el transporte terrestre, y podríamos seguir enumerando la variedad de relaciones jurídicas contractuales en las que es una parte contratante la que unilateralmente elabora íntegra o parcialmente el contenido del contrato y es la otra la que manifiesta su voluntad de contratar o no bajo estas condiciones.

La doctrina ha optado por denominar a este fenómeno jurídico «contratación masiva», «contratación en masa», «contratos en masa» o «contratos en serie». El eje central de ellos es que las partes ya no negocian el contenido del contrato. La etapa previa del contrato, la negociación o las tratativas, no existe en sentido lato, ya que los contratantes no se reúnen y empiezan a negociar el contenido del contrato que pretenden concertar.

Esto ha llevado a algunos autores como Martín-Ballesteros a afirmar que «el concepto clásico, el concepto teórico del contrato se sigue manteniendo por inercia o por pereza mental y se sigue

¹⁰ Cfr. FERRI, Luigi, *Lezione sul contratto*. Seconda Edizione. Bologna, «Nicola Zanichelli, S.p.A.», 1987, p. 112.

formulando en los textos y enseñando en las aulas»¹¹. Marco Aurelio Risolía por su parte afirma que: «La crisis del contrato alcanza tanto a su formación como a sus efectos y repercute en los dos grandes principios que rigen la institución en los códigos liberales: 1.º la libertad contractual; 2.º la fuerza obligatoria del vínculo.»¹²

Nuestro Código Civil de 1984 ha enfrentado este fenómeno incorporando, al interior de las normas relativas al Consentimiento¹³, instituciones como el contrato por adhesión, las cláusulas generales de contratación, los contratos de hecho y la oferta al público. Podemos deducir, entonces, que lo más importante para el legislador sigue siendo el acuerdo de voluntades, resaltando la autonomía privada, manteniendo la *teoría tradicional del contrato*, donde existe oferentes y aceptantes que negocian su contenido. Sin embargo, parece que el legislador olvidó que actualmente la mayor parte de las relaciones de las personas que se traducen en contratos se realizan dentro del esquema de la «contratación masiva», donde no hay negociación y la concertación es despersonalizada, anónima; y la libertad contractual —e inclusive algunas veces la libertad de contratar— no existe o se encuentra reducida a su mínima expresión.

Frente a esta perspectiva, Alfredo Bullard opina que «... el diseño del contrato aludido esta hecho para responder a un liberalismo de corte “artesanal”»¹⁴; agregando que «... la contratación en masa ha rebasado por completo los marcos de la concepción tradicional de “contrato” con lo que quedan dos posibles salidas: o le damos al concepto “contrato” un contenido distinto al de ser un simple acuerdo de voluntades, para poder englobar a la llamada “contratación en masa”, o creamos una nueva terminología que permita explicar a cabalidad este nuevo fenómeno»¹⁵.

Resulta ineludible plantearnos una serie de interrogantes al encarar esta realidad, y pensarla en términos jurídicos. En efecto, estas nuevas relaciones jurídicas contractuales masivas o estandarizadas en el intercambio de bienes y servicios traen como consecuencia una gama de efectos no sólo en el plano económico, sino

¹¹ Véase MARTÍN-BALLESTERO Y COSTEA, Luis, *La manifiesta intención de obligarse y el Derecho nuevo*. Madrid, Editorial Montecorvo, 1963, pp. 30 a 31.

¹² Véase RISOLÍA, Marco Aurelio, *Soberanía y crisis del contrato*. En *nuestra legislación civil*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1958, p. 124.

¹³ Libro VII: *Fuentes de las Obligaciones*; Sección Primera: Contratos en general. Título II: Sobre el Consentimiento.

¹⁴ Véase BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo, «Contratación en masa. ¿Contratación?», en *Estudios de Análisis Económico del Derecho*. Lima, ARA Editores, 1996, p. 54.

¹⁵ Véase BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo, «Contratación en masa. ¿Contratación?», ob. cit., p. 58.

en el orden de las estructuras jurídicas. Así, nos cuestionamos si la tradicional teoría del contrato se mantiene indemne, o si se encuentra en ignorada crisis, merced al surgimiento de la contratación masiva. De enfocarse la respuesta en torno a la eficacia, validez y vigencia del contrato tradicional, nos preguntamos si las reglas de éste solucionan el fenómeno de la contratación masiva. Finalmente, de no encontrar salidas o respuestas satisfactorias, ¿sería necesario regular el nuevo fenómeno de la contratación masiva?

Estos cuestionamientos, que forman parte de un mismo problema, tienen como origen el desarrollo, así como los cambios económicos y tecnológicos que se traducen en el progreso del mundo moderno, encontrándose cada vez más inmersos en un dinamismo económico que no dudamos tiende a una revisión de las instituciones jurídicas vigentes en nuestro Sistema Civil, y en especial del Contrato.

2. EL CONTRATO PARITARIO VS. LA CONTRATACIÓN MASIVA

2.1 Teoría General del Contrato. El contrato paritario

Según el profesor Manuel de la Puente y Lavalle¹⁶, por *Teoría General del Contrato* debe entenderse todo lo relacionado con su naturaleza, requisitos, vicios y modalidades.

En su *Doctrina General del Contrato*¹⁷, Messineo señala que existen *principios comunes a todos los contratos* que, además poseen una naturaleza y estructura análoga. Igualmente, existen *reglas aplicables sólo a un grupo determinado* de contratos (por ejemplo, contratos con prestaciones recíprocas). Y por último, hay *normas particulares de cada contrato en particular*, que sólo rigen para éste y no para otros (como el pacto de retroventa, en la compraventa).

En efecto, cuando se analiza un contrato en particular (una compraventa), se debe recurrir primeramente a los principios o reglas comunes, como su obligatoriedad y el efecto entre los contratantes; luego, hay que considerar las reglas aplicables a este contrato típico dentro de un grupo determinado, como su reciprocidad, onerosidad, entre otras características; finalmente, se le debe

¹⁶ Cfr. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, *Estudios sobre el contrato privado*. Lima, «Cultural Cuzco, S. A.», 1983, tomo I, p. 42.

¹⁷ Véase MESSINEO, Francesco, *Doctrina General del Contrato*. Buenos Aires, Ediciones Jurídica Europa-América, 1952, tomo I, p. 1.

aplicar las normas particulares que han sido diseñadas exclusivamente para esta figura jurídica.

Por último, esta Teoría General del Contrato, que podemos denominarla Clásica o Tradicional, descansa en los siguientes principios reconocidos por la doctrina civilista: la *autonomía privada*, la *igualdad de las partes*, la *fuerza obligatoria*, la *buena fe* y el *efecto relativo*. En este sentido, Díez-Picazo¹⁸ es claro al indicar que la teoría tradicional o clásica del contrato «[...] considera al contrato como “un acuerdo de voluntades de dos o más personas (*duorum vel plurium consensus*) dirigido a crear obligaciones entre ellas (*‘ad constituendum obligationem’*)”».

Es en la teoría clásica o tradicional que encontramos al contrato paritario o discrecional, concebido como la declaración conjunta de la voluntad común de dos o más partes y donde existe la colaboración en el diseño o configuración del mismo, destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales¹⁹. En esta línea de pensamiento nuestro Código Civil, en su artículo 1351, define al contrato como el «acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial»²⁰. No hay duda de que estamos ante una definición tradicional o clásica.

El Código Civil peruano desarrolla la Teoría General del Contrato en la sección primera del libro VII –Fuentes de las Obligaciones–, comprendiendo las disposiciones generales de los contratos, el consentimiento, el objeto del contrato, su forma, los contratos preparatorios, el contrato con prestaciones recíprocas, la cesión de posición

¹⁸ Ver Díez-Picazo, Luis, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, segunda edición. Madrid, «Editorial Tecnos, S. A.», 1988, vol. I, pp. 93-96.

¹⁹ En relación al concepto de contrato paritario o discrecional la doctrina es uniforme. Consultése: DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, *Estudios sobre el contrato privado*, ob. cit., tomo I, pp. 50 ss.; también *El contrato en general*. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1993, tomo I, p. 52; Díez-Picazo, Luis, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, ob. cit., vol. I, p. 96; JOSSE-RAND, Louis, *Derecho Civil*. Buenos Aires, Bosch y Cía. Editores, 1950, tomo II, vol. I, p. 31; SOTO, Alberto G, *Instituciones de Derecho Civil-Contratos*. Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1975, vol. I, p. 222.

²⁰ Por su parte, el artículo 140 del Código Civil expresa que: «El acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas». Sin embargo, ante las críticas de la doctrina respecto a una innecesaria repetición de conceptos y la falta de sistemática entre el acto jurídico y el contrato, la Subcomisión de Contratos Parte General de la Comisión de Reforma del Código Civil peruano presidida por el Dr. Manuel de la Puente y Lavallo ha propuesto la modificación del artículo 1351 con la siguiente redacción: «El contrato es un acto jurídico plurilateral referente a una relación jurídica obligacional de carácter patrimonial» (ver CONGRESO DE LA REPÚBLICA, *Propuestas de Reformas al Código Civil elaboradas por las Subcomisiones*. Lima, 1997. También puede consultarse el libro publicado por el Instituto de Investigación Jurídico-Notarial «INDEJ» intitolado *Reforma del Código Civil peruano. Doctrina y Propuestas*, Lima, Gaceta Jurídica Editores, 1998).

contractual, la excesiva onerosidad de la prestación, la lesión, el contrato en favor de tercero, la promesa de la obligación o del hecho de un tercero, el contrato por persona a nombrar, las arras confirmatorias, las arras de retractación y las obligaciones de saneamiento.

2.2 Hacia una conceptualización de la contratación masiva

No existe un concepto de lo que se puede entender por contratación masiva. Manuel de la Puente expresa que frente a los requerimientos del tráfico masivo la contratación en masa se presenta como un sistema de contratación que permite reducir al mínimo las tratativas del contrato²¹. El mismo autor agrega que este fenómeno jurídico no tiene por finalidad la «[...] protección al cliente o consumidor sino de atención a las necesidades impostergables de dicho tráfico, que requieren de un sistema legal que permita concertar simultáneamente una gran cantidad de transacciones con gentes que se encuentran en similares condiciones en lo que respecta a la provisión masiva de bienes y servicios»²². En otro trabajo, el profesor Manuel de la Puente expresa que: «Lo que se busca [con la contratación masiva] es agilizar la celebración de contratos de manera tal que, *sin suprimir el consentimiento*, pueda alcanzarse muy rápidamente el acuerdo contractual mediante la reducción del ámbito de las negociaciones (el subrayado es nuestro)»²³.

Por su parte, el profesor Carlos Cárdenas sin definir este fenómeno jurídico, señala que la contratación en masa aparece para facilitar el comercio de bienes y servicios a gran escala²⁴.

Al llegar a este punto, la interrogante —o duda— consiste, simplemente, en establecer qué es la contratación masiva: si estamos ante un contrato o ante una nueva forma de contratación. *Ergo*, creemos conveniente aproximarnos conceptualmente a esta nueva figura jurídica.

²¹ Cfr. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, *El contrato en general*, ob. cit., tomo III, p. 71.

²² Cfr. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, *El contrato en general*, ob. cit., tomo III, p. 75. Sobre la finalidad de la contratación masiva, su modalidad, recomendamos el artículo del mismo autor Las cláusulas generales de contratación y la protección al consumidor, en *Themis, Revista de Derecho* editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1995, núm. 31, pp. 15-22.

²³ Cfr. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, *Nuevas tendencias en la contratación moderna*, en *Revista Peruana de Derecho de la Empresa*. Lima, Asesorandina, 1988, núm. 30, p. 13.

²⁴ Ver CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos, *Las cláusulas generales de contratación y el control de las cláusulas abusivas*, en *Ius et veritas, Revista de Derecho* editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1996, año VII, núm. 13, p. 20. De igual parecer es Manuel de la Puente (*El contrato en general*, ob. cit., tomo III, pp. 71-77).

Para nosotros la *contratación masiva no es un contrato, sino un fenómeno jurídico que aparece ante la necesidad urgente de agilizar el intercambio masivo de bienes y servicios, consolidándose como un nuevo sistema de contratación. La contratación masiva no son contratos con la masa, son contratos de una misma naturaleza, en serie o en masa, celebrados entre predisponentes y adherentes. En tal sentido, en el sistema de contratación masiva, se utiliza cuantitativamente un contrato –típico o atípico– para lograr el intercambio en gran escala de los bienes y servicios.*

A modo de ejemplo, en el transporte terrestre de pasajeros se celebrará tantos contratos como pasajeros haya, por ende, una unidad de transporte con una capacidad de cincuenta pasajeros celebrará cincuenta contratos de transporte, uno con cada usuario.

2.3 **La contratación masiva. Naturaleza jurídica. Finalidad, funciones y modalidades**

¿Tiene este nuevo sistema de contratación una naturaleza jurídica? Creemos que sí. Sin embargo, no debemos caer en lo que de ordinario ocurre cuando aparece un nuevo fenómeno jurídico, como es tratar de encasillarlo dentro de alguna teoría ya existente.

La contratación masiva, concebida entonces como un nuevo sistema de contratación, tiene una naturaleza de carácter contractual, ya que son las personas quienes en ejercicio de su autonomía privada (concedida por el ordenamiento jurídico) crean, regulan, modifican o extinguen relaciones jurídicas de contenido patrimonial.

Su *finalidad*, en cambio, es agilizar el intercambio masivo de los bienes y servicios, reduciendo al máximo los costos de transacción de los contratos que se celebren, y permitiendo que un número cada vez mayor de personas pueda acceder al consumo o utilización de los bienes y servicios.

En consecuencia, *la contratación masiva cumple con funciones de carácter jurídico, social y económico.*

La función jurídica de la contratación masiva es permitir el tráfico masivo de los bienes y servicios; y si en una economía de mercado los bienes y servicios deben intercambiarse eficientemente, la contratación masiva es el vehículo que logra tal propósito.

La función social esta referida a lograr el acceso de todos los individuos de una sociedad a ese intercambio masivo de bienes y servicios, sin distinción alguna.

Finalmente, la contratación masiva cumple una función económica cuando reduce los costos de transacción de la celebración de los contratos entre predisponentes y adherentes.

Pero, ¿qué son los costos de transacción? ²⁵. Para Alfredo Bullard «[...] los costos de transacción son los costos de celebrar un contrato, y que en ciertas circunstancias son tan altos que pueden evitar que se perfeccione el acuerdo, o llevar a que éste se perfeccione en términos ineficientes» ²⁶. Según este autor, la idea básica del concepto de costos de transacción consiste en que usar el sistema contractual cuesta; es decir, que el uso del mercado contractual no es gratuito. Celebrar cada contrato implica incurrir en una serie de costos que deberán analizarse con la finalidad de que los beneficios obtenidos sean superiores, pues muchas veces puede ocurrir que los costos son mayores y no despreciables, y por lo tanto hacen que la solución contractual sea inviable o ineficiente ²⁷.

Los costos de transacción serán de vital importancia para demostrar cómo la contratación masiva ha generado una crisis al interior de la estructura de la teoría clásica del contrato. Más adelante volveremos sobre este punto.

¿Y cuáles son las modalidades contractuales de la contratación masiva?

A nuestro entender, las modalidades contractuales de la contratación masiva incorporadas en el Código Civil de 1984 son: el contrato por adhesión ²⁸, los contratos concertados en base a cláusulas generales de contratación ²⁹ y los contratos de hecho ³⁰.

²⁵ El término «costes de transacción» es el corazón del Teorema de Coase, que se encuentra recogido en el trabajo de su autor Ronald COASE, «The problem of the Social Cost, in *The Journal of Law and Economics*», 1990, vol. 3, pp. 1 a 44.

²⁶ Cfr. BULLARD, Alfredo, «Al fondo hay sitio!» ¿Puede el Teorema de Coase explicarnos el problema del transporte público?, en *Themis, Revista de Derecho* editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1992, segunda época, núm. 21, p. 96.

²⁷ Cfr. BULLARD, Alfredo, «Firme primero, lea después! La contratación masiva y la defensa del consumidor», en *Derecho Civil Peruano. Perspectivas y problemas actuales*. Lima, Fondo Editorial de la PUCP, 1993, p. 19. Del autor, consúltese también: «Ronald Coase y el Sistema Jurídico. Sobre el Nobel de Economía 1991» y «"Al fondo hay sitio!" ¿Puede el Teorema de Coase explicarnos el problema del transporte público?», en *Estudios de Análisis Económico del derecho*, ob. cit., pp. 126-127 y 145-149, respectivamente. Puede consultarse también: POLINSKY, Mitchell, *Introducción al Análisis Económico del Derecho*. Barcelona, «Editorial Ariel, S. A.», 1985, p. 24, y TORRES LÓPEZ, Juan, *Análisis Económico del Derecho*. Madrid, «Editorial Tecnos, S. A.», 1987, pp. 50 a 55.

²⁸ «Artículo 1390.—El contrato es por adhesión, cuando una de las partes, colocada en la alternativa de rechazar o aceptar íntegramente las estipulaciones fijadas por la otra parte, declara su voluntad de aceptar».

²⁹ «Artículo 1392.— Las cláusulas generales de contratación son aquellas redactadas previa y unilateralmente por una persona o entidad, en forma general y abstracta, con el objeto de fijar el contenido normativo de una serie indefinida de futuros contratos particulares, con elementos propios de ellos».

³⁰ «Artículo 1396.— En los contratos ofrecidos con arreglo a cláusulas generales de contratación aprobadas por la autoridad administrativa, el consumo del bien o la utilización del servicio genera de pleno derecho la obligación de pago a cargo del cliente, aun cuando no haya formalizado el contrato o sea incapaz».

No entraremos a analizar cada una de estas figuras contractuales, pues como señalamos al principio, ello no constituye nuestro objetivo.

La doctrina peruana no es uniforme en señalar cuáles son las modalidades contractuales de la contratación masiva. Por un lado Arias-Schreiber (en los años 1984 y 1986)³¹, Cárdenas (en 1984, 1988 y 1996)³² y Bullard (en 1989 y 1993)³³ señalan que las modalidades de la contratación masiva son los contratos por adhesión, las cláusulas generales de contratación y los contratos de hecho o conductas sociales típicas. Para Manuel de la Puente (desde 1991) las cláusulas generales de contratación son la modalidad de la contratación masiva³⁴.

En la actualidad, la contratación masiva es inevitable y más aún en nuestra sociedad, donde casi todos los bienes y servicios se encuentran en el mercado y su demanda es incuestionable. Son ejemplos prácticos las diversas operaciones en entidades bancarias, supermercados, restaurantes, librerías, colegios, universidades, hoteles, parques de diversiones, playas de estacionamiento, salas de cine, la variedad de contratos de transporte terrestre, de seguros, entre otros muchos.

Un primer vistazo a la realidad nos indica que la contratación masiva juega un rol importante en el tráfico comercial y en el intercambio de bienes y servicios. Como podemos observar, tanto la finalidad, funciones y modalidades contractuales de la contratación

³¹ Cfr. ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max, *Exégesis del Código Civil de 1984*. Lima, Gaceta Jurídica Editores, 1995, tomo I, pp. 154 ss.

³² Cfr. CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos y MARTÍNEZ COCO, Elvira, «La humanización del contrato, la defensa del consumidor y las cláusulas generales de contratación», en *Revista Peruana de Derecho de la Empresa*, Lima, Asesorandina, 1988, núm. 27, p. 159. Véase también: CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos, «Las cláusulas generales de contratación y el control de las cláusulas abusivas», en *Ius et veritas, Revista de Derecho editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, Lima, 1996, año VII, núm. 13, p. 20.

³³ Cfr. BULLARD G., Alfredo, «Contratación en masa. ¿Contratación?», en *Themis, Revista de Derecho* editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad católica del Perú, Lima, 1989, núm. 15, p. 47. Asimismo: BULLARD G., Alfredo, *¡Firme primero, lea después! La contratación masiva y la defensa del consumidor*, ob. cit., p. 40.

³⁴ Empero, Manuel de la Puente indica que «[...] si bien la contratación en masa ha propiciado que se utilice el contrato por adhesión en este tipo de contratación no es el único campo donde el contrato por adhesión juega su rol, de tal manera que no es conveniente que se considere como uno de los elementos para establecer el concepto de este contrato el de su uso masivo».

En cambio, son «[...] las cláusulas generales de contratación, [...] las que] han sido creadas o concebidas para satisfacer, ellas sí, las necesidades de la contratación masiva. No existe en las cláusulas generales de contratación el carácter impositivo del contrato por adhesión sino, por el contrario, su utilización obedece al propósito de facilitar y agilizar la contratación». Ver DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, *El contrato en general*, ob. cit., tomo III, p. 31.

masiva son distintas al esquema del contrato clásico o tradicional. Es en esta perspectiva que la contratación masiva ha ocasionado lo que podemos denominar como la *crisis de la teoría clásica del contrato*.

2.4 La crisis de la Teoría Clásica del Contrato

Sobre la crisis de la Teoría Tradicional o Clásica del Contrato el profesor Risolía³⁵ señala que: «Parecería paradójico hablar de crisis en un tiempo en que la multiplicación de los contratos es asombrosa, ya que nunca se los ha concluido en mayor número y por intereses patrimoniales tan elevados [...] La gama de categorías contractuales se enriquece con nuevas figuras, su formación se auxilia de nuevos recursos técnicos, y la institución en sí alumbró nuevas obligaciones, antes ignoradas».

Ante ello, de inmediato surge la inquietud, *¿cómo hablar de la crisis del contrato cuando acrece su número, se diversifican sus especies y se abulta su contenido obligatorio?*

Enfáticamente, Risolía afirma que «[...] según la concepción clásica, el contrato supone el acuerdo de dos o más voluntades autónomas, acuerdo «metafísicamente incontestable», al decir de Gény; quimérico en opinión de Wornis; tan sólo inteligible en la lógica de Kant, que también en este caso debió acudir al expediente socorrido de los postulados de la razón pura. Es cierto también que la doctrina clásica nos habla de acuerdo de dos voluntades equivalentes, sin privilegio ni calidad que encumbre a una sobre otra. Parece ser exacto, asimismo, que de más en más el hombre se obliga sin quererlo, que de más en más se debilita su fuerza obligatoria a expensas de doctrinas que, de distintos modos, llevan ataques a esa construcción lógica, abstracta, individualista, geométrica –tantos calificativos se le atribuyen– resumida en obras fundamentales del siglo pasado»³⁶.

Para este autor, la crisis del contrato se presenta como una crisis de la autonomía de la voluntad, de su fuerza obligatoria y de la igualdad jurídica de las partes contratantes, todos ellos pilares fundamentales de la teoría clásica del contrato.

Dotándole de un contenido más amplio, el distinguido profesor Guillermo A. Borda³⁷ señala que la crisis del contrato se debe a

³⁵ Cfr. RISOLÍA, Marco Aurelio, *Soberanía y crisis del contrato. En nuestra legislación civil*, ob. cit., pp. 116-117.

³⁶ Cfr. RISOLÍA, Marco Aurelio, ob. cit., p. 80.

³⁷ Consúltense su *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones II*, séptima edición actualizada. Buenos Aires, Editorial Perrot, 1994, pp. 122-131; y su *Manual de Contratos*, decimoséptima edición actualizada. Buenos Aires, Editorial Perrot, 1995, pp. 15-22.

cuatro causas: económicas, políticas, de filosofía jurídica y de orden moral.

Causas económicas, en razón de que la evolución del capitalismo ha ocasionado la concentración de la riqueza en manos de unos cuantos que son los que deciden con quién y cómo contratan. En este sentido, la libertad y la igualdad (supuestos básicos del contrato) sólo subsisten en el plano jurídico.

Causas políticas, las que se presentan cuando el Estado interviene en el ámbito de los contratos por interés social o público. No olvidemos que en la postura individualista el contrato era intocable e irrevocable. No obstante, esta filosofía ha cedido el paso a una concepción más social y humana del contrato (art. 1355³⁸ del Código Civil, hoy tácitamente derogado por el art. 62³⁹ de la Constitución Política de 1993), en la que el Estado se preocupa por los problemas sociales y como tal interviene para lograr una justicia contractual. Esta ha sido la evolución de nuestro Derecho civil; empero, últimamente parece que nuevamente el individualismo campea nuestras tierras⁴⁰.

Causas de filosofía jurídica, en tanto se ha puesto en duda el poder jurígeno de la voluntad; sin embargo, no se explica cómo los contratos siguen obligando. Pero cuando la voluntad que dio origen a la relación contractual ya no existe, se debe recurrir a la idea de necesidad y la seguridad económico-sociales. No se trata sólo de la voluntad, existe además una cuestión de interés general comprometido en el respeto de los contratos.

Causas de orden moral, que hoy en día tienen una mayor sensibilidad, pues los contratos deben ser instrumento de realización del *bien común*. Hay un tránsito de una moral individual a una más social. Sin embargo, ello no quiere decir que los contratos no sean obligatorios entre las partes; por el contrario, deben respetarse y

³⁸ «Artículo 1355.—La ley, por consideraciones de interés social, público o ético puede imponer reglas o establecer limitaciones al contenido de los contratos».

³⁹ «Artículo 62.—La libertad de contratar garantiza que las partes puedan 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. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley.

Mediante contratos ley, el estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente».

⁴⁰ Si bien nuestro Código Civil de 1984 incorporó la teoría del «dirigismo contractual» o intervención del Estado en el artículo 1355 señalando que: «La ley, por consideraciones de interés social, público o ético puede imponer reglas o establecer limitaciones al contenido de los contratos», dentro de una concepción social; con la dación de la Constitución Política de 1993, específicamente su artículo 62 se declara la santidad de los contratos, al establecer que «los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase».

cumplirse, pero deben buscar la justicia y la equidad antes que lo deseado individualmente.

Ahora veamos cuáles son las causas de la crisis del contrato.

2.5 Principales manifestaciones de la crisis de la teoría tradicional del contrato

Muchos son los autores que se han ocupado de la *crisis del contrato*⁴¹, otros prefieren referirse a la *decadencia del contrato*⁴² y algunos, más radicales, hablan de la *muerte del contrato*⁴³.

La crisis, decadencia o muerte del contrato se debe a dos razones fundamentales que pueden constituirse como las principales manifestaciones o causas de éstos fenómenos jurídicos:

- a) el intervencionismo del Estado en la contratación privada, y
- b) la contratación masiva.

2.5.1 *La intervención del Estado en la contratación privada*

Manuel de la Puente, en sus Comentarios a la sección primera del libro VII de las Fuentes de la Obligaciones, de los Contratos en general, sostiene que para enfocar el rol del intervencionismo del Estado en la contratación privada, se debe tener presente el principio de la autonomía privada⁴⁴.

Para el profesor De la Puente, la crisis del contrato dependerá de la postura que adopte el legislador sobre la autonomía privada. Si aceptamos la teoría individualista⁴⁵, entonces la subsistencia del contrato es frontalmente atacada, a tal punto que el contrato no

⁴¹ Véase RISOLÍA, Marco Aurelio, *Soberanía y crisis del contrato*, ob. cit., y, RIPERT, Georges, *El régimen democrático y el Derecho Civil moderno*. Puebla-México, Editorial José M. Cajica Jr., 1951.

⁴² Véase DE BUEN LOZANO, Néstor, *La decadencia del contrato*. México, Editorial Porrúa, 1986.

⁴³ Véase GILMORE, Grant, *The death of contract*. Columbus, Ohio State University Press, 1974.

⁴⁴ Este autor prefiere utilizar la denominación de «autonomía privada» en lugar de «autonomía de la voluntad». En razón de que «[...] la autonomía debía recaer en el elemento que daba lugar a la existencia del acto jurídico, que no era necesariamente la voluntad sino el poderío privado de crear (regular, modificar o extinguir) relaciones jurídicas, cualquiera que fuera el criterio que hiciera efectivo ese poderío. Por ello, se consideró más apropiada la expresión de “autonomía privada”» (cfr. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, *El contrato en general*, ob. cit., tomo I, pp. 260-261). En la doctrina italiana, FERRI es de igual parecer (consúltese FERRI Luigi, «La autonomía privada». Madrid, *Revista de Derecho Privado*, 1969, p. 5).

⁴⁵ La *teoría individualista* «sostiene que los derechos subjetivos no derivan de un derecho objetivo primordial sino de la esencia misma del hombre, por lo cual éste es totalmente autónomo para regular sus intereses, que es lo que justifica la autonomía privada» (Cfr. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, *El contrato en general*, ob. cit., tomo I, p. 265).

sólo estaría en crisis o decadencia sino en una agonía, pronta a morir. En cambio, si nos adherimos a la tesis normativista⁴⁶, la situación es radicalmente distinta, ya que el rol del contrato no ha cambiado pues continúa siendo la fuente de relaciones jurídicas patrimoniales.

En relación a la intervención del Estado en la autonomía privada, el citado autor (adherido a la posición normativista) sostiene que «la esencia del contrato (su efecto obligatorio) no ha variado. Lo que ha cambiado es el marco dentro del cual el contrato produce su efecto. Ya no es el marco ancho del siglo XIX, lleno de libertad y de confianza en la aptitud del hombre para crear relaciones necesariamente justas, sino el estrecho del siglo XX, que constató la realidad de la desigualdad económica de los contratantes y la importancia determinante de los principios socioeconómicos»⁴⁷. Por ello, creemos que *la crisis del contrato debe entenderse como una mutación importante en su desarrollo*.

Al respecto, debemos aclarar que la intervención del Estado en la contratación privada no es única; por el contrario, es cambiante, variada. Cuando el legislador del siglo XIX estructuró la teoría general del contrato, lo hizo en función de una ideología imperante: la concepción liberal e individualista. El Estado, investido del *ius imperium* y teniendo la potestad de regular todas las relaciones de los particulares consideró más apropiado y conveniente –en esos tiempos– delegar a los particulares esta potestad para que libremente contraten dentro de los límites que creyó necesarios. Así, podemos constatar que los únicos límites que el Estado consideró necesarios imponer a la autonomía privada fueron el respeto de las normas imperativas, a los principios de orden público y a las buenas costumbres.

Sin embargo, las sociedades van siendo cada vez más complejas, al extremo de llegar a un abuso de la autonomía privada de unos contratantes sobre otros, así como el debilitamiento de la concepción liberal e individualista cedió el paso a una corriente de contenido más social y humano. En este contexto, el Estado, titular de la potestad de regular las relaciones de los particulares, decidió intervenir para lograr la igualdad jurídica entre los contratantes y

⁴⁶ La *teoría normativista* sanciona que «la autonomía privada le es concedida a la persona por expresa delegación del ordenamiento jurídico, el cual, para no entorpecer el tráfico económico-jurídico, confía a los particulares la autorregulación de sus intereses, dentro de los cauces que le señala dicho ordenamiento» (cfr. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, *El contrato en general*, ob. cit., tomo I, p. 265).

⁴⁷ Cfr. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, *El contrato en general*, ob. cit., tomo I, p. 309.

proteger a la parte más débil, con lo cual no hizo otra cosa que reducir y limitar la autonomía privada⁴⁸.

Esta intervención del Estado en la autonomía privada se incorporó en el artículo 1355 del Código Civil de 1984. Sin embargo, con la promulgación de la Constitución Política de 1993 se amplió nuevamente la base de autonomía privada con la finalidad de garantizar la seguridad jurídica contractual.

Entonces, como se han presentado –y están– las cosas, no consideramos que la intervención del Estado genere una crisis o decadencia del contrato. En efecto, dependerá mucho la voluntad política –por no decir todas las veces– del Estado para decidir si interviene o no en las relaciones de los particulares. En este sentido, la teoría clásica del contrato puede pasar por momentos de estabilidad y hegemonía y luego por situaciones de crisis y viceversa, y así sucesivamente, entendiendo todo este proceso como una evolución y desarrollo del contrato.

Para nosotros, la situación denominada como crisis del contrato no se encuentra *fundamentalmente* en la intervención del Estado a través del dirigismo contractual, sino en la aparición de un nuevo *sistema de contratación: la contratación masiva*.

3. LA CONTRATACIÓN MASIVA Y LA CRISIS DEL CONTRATO

Hemos querido tratar el tema de la crisis del contrato como resultado del surgimiento de la contratación masiva en un punto aparte, debido a que en ello consiste el objetivo de nuestro análisis.

Al iniciar el presente trabajo mencionábamos que la producción masiva de los bienes y servicios, la fabricación de miles de artículos en serie, acompañada de una adquisición y consumo también masivos, han generado lo que se conoce como *tráfico en masa*. También hemos visto cómo es que la vinculación jurídica de productores y adquirentes no puede realizarse dentro del esquema clásico o tradicional del contrato paritario; por el contrario, es necesario un nuevo sistema de contratación. Surge así la contrata-

⁴⁸ Un ejemplo del *ius imperium* del Estado puede encontrarse en la admisión de los Contratos en Favor de Tercero, donde los efectos de los contratos no sólo afectan a las partes contratantes, sino que pueden beneficiar y aun perjudicar a terceros. El aforismo romano *res inter alios acta alios nocere neque prodesse potest* (los contratos no pueden beneficiar ni perjudicar a terceros) es derogado por la ley. (Véase DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, *Estudios sobre el contrato privado*, ob. cit., pp. 197 ss.). Del autor puede consultarse su trabajo intitulado: *¿Pueden los contratos favorecer o beneficiar a terceros?*, en *Scribas. Revista de Derecho*, Instituto de Investigación Jurídico-Notarial INDEJ, Arequipa, 1996, año I, núm. 2, pp. 43-50.

ción masiva como una respuesta ante las exigencias de la sociedad de intercambiar los bienes y servicios.

3.1 La contratación masiva como factor de cambio

Anteriormente señalábamos que la contratación masiva es una de las causas fundamentales de la crisis del contrato. Ahora expon-dremos las razones de nuestra afirmación.

La teoría clásica del contrato, contemplada en todas las codifi-caciones civiles de la tradición jurídica romano-germánica, es el resultado de lo que podemos llamar el «contrato por negociación», producto de un serie de tratativas, de tratos preliminares, de con-versaciones, todas las que finalmente se traducen en una declara-ción conjunta, en ese acuerdo de voluntades que regula nuestro Código Civil en el artículo 1351. Por lo tanto, este acuerdo de voluntades es obligatorio y vinculante para cada una de las partes del contrato. Empero, para Díez-Picazo⁴⁹ está claramente eviden-ciado, ante los ojos del operador del Derecho, que esta noción de contrato es una idea idflica y tradicional que calza muy mal con la contratación masiva. En esta perspectiva, Atilio Aníbal Alterini manifiesta que esa visión no coincide con la realidad actual⁵⁰.

Hoy en día resulta imposible que la empresa moderna, para intercambiar sus bienes y productos, negocie con cada uno de los potenciales clientes y consumidores el contenido de cada contrato a concertarse. No cabe la menor duda que los empresarios (produc-tores) buscan reducir los costos de transacción evitando celebrar contratos con cada uno de los contratantes, pues criterios mínimos de racionalización y de organización empresarial explicarían la necesidad imperiosa de una contratación masiva o en masa.

Debemos aclarar que la reducción de costos de transacción no implica la «no utilización» del contrato, lo que se busca es que la cele-bración de un contrato (ejemplo: la compraventa de un televisor) sea a un costo mínimo que no encarezca el precio del producto a tal extremo de no contratar o realizar la contratación en forma ineficiente.

Por último, el esquema de la contratación masiva y la standari-zación de la materia contractual rompen con el paradigma del con-trato que elaboró la doctrina tradicional. De esta manera, el presu-puesto de la igualdad de los contratantes se convierte en una

⁴⁹ Véase Díez-PICAZO, Luis, «Masificación y contrato», en *Daños*. Primer Congreso Internacional de Daños en Homenaje al Dr. Jorge Mosset Iturraspe. Buenos Aires, Edicio-nes Depalma, s. f., p. 10.

⁵⁰ Cfr. ALTERINI, Atilio Aníbal, *Contratos. Civiles-comerciales-de consumo. Teoría General*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, p. 125.

quimera. El contrato ya no es obra de la negociación de una o más partes. Una parte elabora íntegra o parcialmente el contenido del contrato y la otra únicamente se encuentra en la situación de aceptarlo o rechazarlo.

Se ha establecido que la Teoría Tradicional o Clásica del Contrato reposa en los presupuestos o pilares fundamentales de la *autonomía de la voluntad, la igualdad de las partes, la fuerza obligatoria, la buena fe y el efecto relativo*, pero, sabemos que ahora estos pilares no se encuentran indemnes, día a día han venido resquebrajándose, progresivamente, como consecuencia primero del surgimiento y luego del auge de la contratación masiva.

3.2 La autonomía privada ⁵¹ en la contratación masiva

La «autonomía privada» es la facultad concedida a los particulares para regular, dentro del marco que el ordenamiento jurídico establece, sus propios intereses y crear, regular, modificar o extinguir libremente relaciones jurídicas patrimoniales entre sí ⁵². No obstante, la autonomía privada debe ser entendida como un presupuesto, un pilar o un principio que puede ser cuestionado y aun modificado, más no un dogma ⁵³ intocable ⁵⁴.

El concepto de la autonomía privada se encuentra presente en todos los contratos privados a través del «poder, facultad o voluntad para crear relaciones jurídicas» y la «libertad para determinar el contenido de lo que se quiere crear». Así, podemos notar que la libertad se encuentra intrínsecamente unida a la autonomía privada, por lo que ésta importa dos clases de libertades: *la libertad de contratar y la libertad contractual*. Sin embargo, ellas constituyen derechos y no obligaciones y, como tales, depende de las personas si las ejercen o no. Tampoco son requisitos que se deben observar al momento de contratar.

⁵¹ Preferimos utilizar el término de autonomía privada, por ser más apropiada en el campo del derecho contractual.

⁵² Sobre el tema puede consultarse SPOTA, Alberto G., *Instituciones de Derecho Civil. Contratos*. Buenos Aires, Depalma, 1975, vol. I, p. 20; DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, *El contrato en general*, ob. cit., tomo I, pp. 259 ss.; ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, y SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel, *Curso de Derecho Civil*. Santiago de Chile. Editorial Nascimento, 1942, tomo IV, p. 27.

⁵³ Un *dogma*, según el *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española* es una «[...] Proposición que se asienta por firme y cierta y como principio innegable de una ciencia. [...] Verdad revelada por Dios, y declarada y propuesta por la Iglesia para nuestra creencia. [...] Fundamentos o puntos capitales de todo sistema, ciencia, doctrina o religión» (cfr. *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*. Vigésima primera edición. Madrid, «Editorial Espasa-Calpe, S. A.», p. 545).

⁵⁴ Recomendamos el trabajo de los profesores Atilio Aníbal ALTERINI y Roberto LÓPEZ CABANA. intitulado *La autonomía de la voluntad en el contrato moderno*, ob. cit.

La *libertad de contratar*⁵⁵ es el derecho o facultad que el ordenamiento jurídico reconoce a los particulares para que puedan contratar o no⁵⁶.

En cambio, la *libertad contractual*⁵⁷ es la potestad que permite a las partes determinar libremente la forma (siempre que no sea *ad solemnitatem* y bajo sanción de nulidad del contrato) y el contenido del contrato; es decir, la configuración y la normatividad de la relación jurídica contractual que están creando⁵⁸.

Pero, ¿cuál es la relación entre la autonomía privada y la contratación masiva?

Si aceptamos que todo contrato se basa en la autonomía privada de las partes y ésta a su vez importa la libertad de contratar y la libertad contractual, no dudamos que en la estructura del contrato clásico o tradicional ambas libertades se encuentran presentes en toda su esencia. Sin embargo, en el campo de la contratación masiva estas libertades se encuentran reducidas a su mínima expresión, o incluso anuladas.

En el nuevo sistema de contratación en masa la libertad de contratar no se puede ejercer. Esto ocurre en los contratos de servicios de energía, abastecimiento de agua potable, servicio telefónico convencional; es decir, en los casos concretos de los contratos por adhesión, esta libertad de decidir si contrato y con quién contrato *no existe*.

En nuestro medio, el servicio de telefonía convencional se encuentra administrado por una sola empresa, así todos los que deseen contar con este servicio deben necesariamente contratar con Telefónica del Perú. En efecto, las personas que no deseen el servicio telefónico no contrataran con esta empresa. Para algunos estudiosos del Derecho como el profesor De la Puente⁵⁹, en estos

⁵⁵ Conocida también como *libertad de conclusión*.

⁵⁶ Nuestra Constitución otorga a esta libertad la categoría de «Derecho fundamental de la persona», consagrándolo así en su artículo 2, inciso 14) que expresa:

«Artículo 2.— Toda persona tiene derecho:

[...]

14. A contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público.

[...].»

SPOTA es más claro cuando afirma que la libertad de contratar sanciona que «se contrata porque se quiere y se contrata con tal persona porque así se desea» (ver SPOTA, Alberto G., *ob. cit.*, vol. I, p. 22).

⁵⁷ También denominada por la doctrina como *libertad de configuración interna*.

⁵⁸ Nuestro Código Civil de 1984 la ha consagrado en el artículo 1354.

«Artículo 1354.— Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo.»

Igualmente esta libertad se encuentra proclamada y garantizada por la Constitución Política de 1993 en su artículo 62.

⁵⁹ Véase DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, *El contrato en general*, *ob. cit.*, tomo III, pp. 27 ss.

casos se trata de contratos necesarios por adhesión; es decir, que su celebración es inevitable en razón de que determinados bienes y servicios se encuentran provistos por empresas monopólicas y el contratante no tiene otra alternativa. Recordemos que para este autor los contratos por adhesión no cumplen la finalidad de la contratación masiva aunque observen algunas características de la contratación en masa.

Compartimos la posición de De la Puente, en tanto existen determinados bienes y servicios que son provistos por un grupo de empresas en forma monopólica y aun oligopólica, y que quienes deseen adquirir los bienes y servicios por ellas ofrecidas no tienen más opción que contratar, pues de lo contrario tendrían que privarse de tales bienes o servicios. En este orden de ideas, nos preguntamos si existe en este ambiente contractual la libertad de contratar. Creemos que una auténtica libertad de contratar no existe. Su alcance se encuentra dramáticamente reducido.

Por otra parte, consideramos que los contratos por adhesión constituyen una modalidad de la contratación masiva, en tanto permiten agilizar el tráfico masivo de bienes y servicios, buscan el acceso de todas las personas en el intercambio masivo y contribuyen a la reducción de los costos de transacción en la contratación. En suma, cumplen con todas las finalidades y funciones del nuevo sistema de contratación.

Con relación a la libertad contractual o de configuración interna, la realidad es mucho más evidente. Cuando contratamos masivamente, la etapa de la negociación o de las tratativas, que es donde se exterioriza la libertad contractual para determinar la forma y contenido del contrato, es prácticamente inexistente. Hoy en día, productores y adquirentes ya no negocian el contenido de un contrato, así, por ejemplo, en el contrato de transporte interprovincial celebrado mediante contratos en base a cláusulas generales de contratación, los usuarios no cuestionan la tarifa del servicio ni la ruta de la unidad de transporte, a lo mucho indicarán su nombre y la clase en que desean viajar (primera, segunda) a los empleados de la empresa de transporte. A su vez, ciertamente, el transportista no se sentará en una mesa a negociar la ruta, el precio, la responsabilidad que asumirá en caso de un daño, y otros temas materia del contrato. Todo ello en razón de que si lo quisieran hacer de esta forma, el contrato de transporte sería ineficiente o, peor aún, no se celebraría debido a los altos costos de transacción y al tiempo que perderían ambas partes para lograr ponerse de acuerdo. La contratación masiva resulta así, inevitable. ¿Dónde esta la libertad contractual del usuario? Simplemente se encuentra reducida a su míni-

ma expresión: su nombre, la ruta y la clase en que desea viajar. El resto del contrato se encuentra predeterminado por el otro contratante. En este caso el empresario o productor utiliza formatos, *tickets* o plantillas con la finalidad de celebrar tantos contratos como bienes y servicios tiene o desea intercambiar en el mercado. En este supuesto, es una de las partes la que ha elaborado el contrato y se limita a dejar unos espacios en blanco para completar los datos del otro contratante adherente. ¿De qué libertad contractual podemos hablar? Honestamente, de ninguna. En estos casos la libertad contractual existente es mínima.

En suma, podemos afirmar que en los contratos celebrados en base a cláusulas generales de contratación la libertad contractual es mínima, y que en los contratos por adhesión y los contratos de hecho no existe.

Esto no es un capricho de la sociedad, es una realidad. Las personas no pueden darse el lujo de estar negociando cada uno de los contratos que diariamente realizan. La contratación masiva es el vehículo que logra que las personas puedan intercambiar los bienes y servicios de una manera eficiente.

Como puede observarse, la autonomía privada basada en estas dos libertades adolece de profundas grietas. Esta estructura fue pensada y diseñada para una contratación paritaria en la que hay tratativas, negociaciones; en fin, están presentes tanto la libertad de contratar como la libertad contractual. En cambio, para la contratación masiva esta estructura es inapropiada, no funciona.

3.3 La igualdad de las partes en la contratación masiva

La igualdad de las partes contratantes es otro de los presupuestos sobre los que se edificó la teoría tradicional del contrato del siglo pasado. ¿Podemos hoy hablar de una igualdad en la contratación? Antes de responder, es conveniente hacer algunas precisiones.

Las razones esgrimidas sobre la crisis de la autonomía privada también son válidas para este tema. En la contratación masiva las partes no se encuentran en un grado de igualdad, como en el caso de los contratos paritarios. Ahora bien, cuando nos referimos a *igualdad*, aludimos a una de carácter eminentemente jurídico, pues todas las personas de una sociedad son distintas, existiendo diferencias no sólo raciales, políticas y religiosas, sino también económicas, culturales, entre otras.

Para algunos autores, la desigualdad económica, debido a la polarización empresa-consumidor, ha hecho que las primeras abusen de los segundos, desde que los empresarios pueden diseñar el contrato y con ello incorporar cláusulas abusivas o leoninas en perjuicio de los consumidores. Por todo esto, hoy más que nunca la dogmática jurídica se refiere al «débil jurídico» a la «parte débil en la contratación». Pero veamos qué se entiende por «parte débil».

3.3.1 *La parte débil en los contratos*

La idea de la «parte débil» en la relación contractual, denominada también como el «débil jurídico», es un axioma que se viene arrastrando desde el Derecho romano. Así, en el Digesto, Labeón y Paulo sostienen que cualquier oscuridad o ambigüedad de los pactos en el contrato de compraventa debían interpretarse en contra del vendedor⁶⁰. De este axioma, convertido en todo un principio general del Derecho y que ha influenciado en la doctrina y legislación de los países de tradición jurídica romano-germánica, han surgido dos subprincipios: el *interpretatio contra stipulatorem*⁶¹ y el *favor debitoris*⁶².

En la doctrina peruana, los profesores Max Arias-Schreiber y Elvira Martínez sostienen que en la contratación masiva no existe paridad entre los contratantes, y uno de ellos ostenta todas las ventajas de su posición; por ende, su regulación en el Código Civil peruano debe estar orientada a reducir la brecha existente entre la parte fuerte y la parte débil de la relación contractual.

Manuel de la Puente, de parecer distinto a los autores anteriores en cuanto a la finalidad de la contratación masiva⁶³, define a la

⁶⁰ Labeón, en el D. 18,1,21 escribe que «[...] ante la oscuridad de un pacto antes que al comprador, debe perjudicar al vendedor, que lo ha expresado, pues pudo haberlo expresado con claridad desde el primer momento», y Paulo, en el D. 50,17,172, afirma que: «En la compraventa, el pacto ambiguo debe interpretarse en contra del vendedor».

⁶¹ El principio «interpretatio contra stipulatorem» sentencia que «[...] cuando en las estipulaciones se duda qué es lo que se haya hecho, las palabras han de ser interpretadas en contra del estipulante» (ver: DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, *El contrato en general*, ob. cit., tomo III, p. 252).

⁶² Por el principio «favor debitoris» se entiende que cuando la cláusula o convención sea ambigua o dudosa, entonces deberá interpretarse en favor del deudor o quien haya contraído la obligación. En suma, esta regla «[...] tiene como eje la idea de ayudar a la parte más débil, que se supone sea el deudor, apoyándose en un criterio de benignidad» y aplicándola, la interpretación de las cláusulas dudosas en los contratos en base a CGC deben favorecer al deudor o débil jurídico que no ha elaborado las CGC (ver DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, *El contrato en general*, ob. cit., tomo III, p. 254).

⁶³ Véase el capítulo referente a la finalidad de las CGC.

parte débil como aquella «[...] que se encuentra en un estado de necesidad que la lleva imperiosamente a satisfacer tal necesidad mediante la celebración del contrato»⁶⁴. Sin embargo, para el profesor De la Puente no existe parte débil en la contratación masiva, pues jurídicamente ambas son iguales.

En lo referente a las normas sobre las cláusulas generales de contratación del Código Civil peruano de 1984, los artículos 1398, 1399 y 1401 recogen estos principios y son los que han llevado a los profesores anteriores a sostener lo ya mencionado, con las diferencias del caso⁶⁵.

Para los profesores argentinos Stiglitz «[...] la intensificación de la función social del contrato generó en el Estado la necesidad de proteger a la parte débil de la relación»⁶⁶. El profesor Borda⁶⁷, es de igual parecer, afirmando que el Derecho debe orientarse a proteger a la parte más débil del contrato.

Por su parte, Alfredo Bullard (aunque no lo menciona expresamente, podemos desprender esta noción de sus trabajos publicados) manifiesta que no existe una parte fuerte y otra débil en la contratación. Así, considera falso el problema de que es una parte –generalmente la fuerte– la que redacta y establece los términos del contrato. En cuanto al buen funcionamiento del mercado, señala que las empresas o proveedoras no fijan unilateralmente las condiciones a ofrecerse mediante cláusulas generales de contratación, sino que más bien recogen las mismas de la información que el mercado les brinda, sobre qué conjunto de términos contractuales deben incorporarse, ya que éstos son más demandados por los consumidores. Continúa este autor señalando que: «Ya no se trata de decidir qué es mejor para el consumidor. Se trata de poner al consumidor en una situación en la que éste puede decir qué es mejor para él. Sólo así lograremos que los derechos de los consumidores estén adecuadamente protegidos»⁶⁸.

⁶⁴ Cfr. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, *Las cláusulas generales de contratación y la protección al consumidor*, ob. cit., núm. 31, p.16.

⁶⁵ En una entrevista el profesor Eduardo Benavides expresa que la Parte General de los Contratos del Código Civil peruano tiende a proteger y tutelar al contratante débil, idea que no comparte («Los contratos en debate», en *Revista Derecho y Sociedad*, Lima, «Cultural Cuzco, S. A.», 1997, segunda etapa, año VIII, núm. 12, pp. 157 a 158).

⁶⁶ Cfr. STIGLITZ, Rubén S. y STIGLITZ, Gabriel A., *Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección al consumidor*. Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1985, p. 46.

⁶⁷ Ver. BORDA, Guillermo A., *Manual de contratos*, ob. cit., pp. 58 y 59. Del mismo autor, *Tratado de Derecho civil. Parte General II*, ob. cit., pp. 140 y 141.

⁶⁸ Cfr. BULLARD G., Alfredo, *¡Firme primero, lea después! La contratación masiva y la defensa del consumidor*, ob. cit., pp. 15 a 51.

El profesor Atilio Aníbal Alterini⁶⁹, en su reciente libro intitulado *Contratos. Civiles-comerciales-de consumo. Teoría general*, sostiene que «[...] un componente de la teoría del contrato es la relevancia que se le asigna a la debilidad jurídica que, en servicio del principio jurídico de igualdad, determina soluciones especiales de favor *debilis*. En ese ámbito se aplica un régimen tuitivo, estableciendo preferentemente en favor de la parte tenida por débil, a cuyo fin la ley fija un mínimo o un máximo de protección, que puede ser dejado de lado siempre que sea a favor de la parte protegida». Según el maestro Alterini, la debilidad debe entenderse diversamente, ya que puede ser débil tanto el deudor como el acreedor, en ese caso la protección debe dirigirse hacia el débil no importando la situación jurídica que tenga en la relación contractual, por lo cual afirma que esta parte débil protegida pasa a ser «dueña del contrato».

Nosotros consideramos que la existencia de una parte débil en la negociación contractual se ha venido fundamentando teniendo en cuenta una base subjetiva de la situación de cada contratante. En el caso de la contratación masiva, se parte de la idea de la preformulación de los contratos por una de las partes –productores o empresarios– que normalmente ostentan un poder económico y de información superior al de los clientes y consumidores, los que frente al poderío económico de aquéllos no tienen posibilidad de contratar en situaciones iguales, por lo que para el Derecho éstos son unos «débiles jurídicos», una suerte de minusválidos y el Estado tiene que protegerlos y defenderlos de los abusos del monstruo fuerte, el predisponente de los contratos. Nos preguntamos si, a la luz de la realidad, es cierto esto. A nuestro entender, hay más tradición histórico-romana que reflejo de la realidad.

El rol del Derecho debe tender a que exista una igualdad jurídica. Empero, si existe una desigualdad, entonces debe preocuparse por igualar a los sujetos de la relación contractual para que no sólo sean iguales ante la ley sino que además su situación jurídica y los efectos derivados de los contratos que concerten sean equilibrados. En este caso, la base sobre la cual debe determinarse si existe una parte débil en la contratación debe ser eminentemente objetiva y no subjetiva.

Regresando a nuestro tema, no es cierto que exista una igualdad jurídica de los contratantes, en tanto es una de ellas la que elabora íntegra o parcialmente el contenido del contrato, pero también es cierto que es la otra parte la que decide libremente si contrata o no y con estas condiciones.

⁶⁹ Cfr. ALTERINI, Atilio Aníbal, ob. cit., p. 38.

3.4 La fuerza obligatoria en los contratos masivos

El principio de la fuerza obligatoria⁷⁰ en los contratos es aquel que obliga a las partes a su cumplimiento por mandato de la ley.

Según De la Puente: «Los contratos establecen entre las partes un vínculo, que determina el cumplimiento de la relación jurídica que constituye su objeto. La obligatoriedad del contrato es, pues, la fuerza que obliga a tal cumplimiento. No se trata propiamente, pues, de la obligatoriedad del contrato sino de la obligatoriedad de la relación jurídica creada por él»⁷¹.

Para este autor la obligatoriedad se presenta en dos planos: la obligatoriedad del contrato y la obligatoriedad de la relación jurídica creada por el contrato⁷². En tal sentido, la fuerza obligatoria se desarrolla una vez que el contrato se ha celebrado. De allí que la fuerza obligatoria se refiera a la relación jurídica creada por el acuerdo de voluntades de las partes, la cual tiene que ser cumplida conforme al tenor de la declaración contenida en el contrato.

En esta línea de pensamiento, uno se obliga porque concertó un contrato que a su vez creó una relación jurídica que obliga a los contratantes a ejecutar las prestaciones contenidas en el contrato.

Entendida así la obligatoriedad, no se admitiría una crisis del contrato por el debilitamiento de su fuerza obligatoria, como lo sostienen Jossierand⁷³, Ripert⁷⁴ y Risolía⁷⁵. Ya hemos analizado la intervención del Estado en la contratación privada y hemos establecido que ella no es la causa de la crisis del contrato, en tal sentido tampoco lo sería en este aspecto⁷⁶.

La relación jurídica creada por los contratos masivos también acarrea la obligatoriedad entre las partes. Sin embargo, en estos últimos años se ha venido difundiendo en nuestro medio, desde la

⁷⁰ Este presupuesto de la teoría general del contrato se encuentra contemplado en el artículo 1361, que señala:

«Artículo 1361.—Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos. Se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla.»

⁷¹ Cfr. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, *El contrato en general*, ob. cit., tomo I, p. 419.

⁷² Cfr. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, *El contrato en general*, ob. cit., tomo I, pp. 420-421.

⁷³ Cfr. JOSSIERAND, Louis, *Derecho Civil*. Buenos Aires, Bosch y Cía Editores, 1950, tomo II, vol. I, p. 281.

⁷⁴ Cfr. RIPERT, Georges, *El régimen democrático y el Derecho Civil Moderno*, ob. cit., p. 251.

⁷⁵ Cfr. RISOLÍA, Marco Aurelio, ob. cit., pp. 131 ss.

⁷⁶ Sobre el tema recomendamos el trabajo del profesor Manuel de la Puente, *El contrato en general*, ob. cit., tomo I, p. 421.

perspectiva del Análisis Económico del Derecho, la denominada «teoría del incumplimiento eficiente». Veamos en qué consiste.

3.4.1 *La teoría del incumplimiento eficiente*

La teoría del Análisis Económico del Derecho ha sido difundida en el Perú por el profesor Alfredo Bullard⁷⁷. Sobre el cumplimiento de los contratos, Bullard sostiene que la cuestión radica en las soluciones que el sistema jurídico debe brindar al problema del incumplimiento contractual, pero desde una metodología distinta: el análisis económico. En esta perspectiva, el contrato «es eficiente cuando como consecuencia de éste los bienes y/o servicios involucrados quedan asignados a usos más valiosos a los que tenían antes que el intercambio operara»⁷⁸.

Sin embargo, no siempre el estricto cumplimiento del contrato nos puede llevar a una situación eficiente, ya que, según Bullard, puede ocurrir que «entre el momento de celebración del contrato y el momento de su ejecución se han presentado cambios de circunstancias que hacen que lo que parecía eficiente en un primer momento se torne en menos eficiente. En otras palabras, el cambio de circunstancias puede llevarnos a que incumplir pueda ser más eficiente que cumplir. [...] De hecho existen varias instituciones que pueden estar vinculadas al cambio de circunstancias entre la celebración del contrato y su ejecución y que podrían encontrar como un justificativo el evitar resultados ineficientes. Tal podría ser el caso de la imposibilidad, la frustración del fin del contrato o la excesiva onerosidad de la prestación»⁷⁹. Pero aclara que no se refiere a estos supuestos, sino al tipo de incumplimiento que tiene por finalidad permitir una mejor asignación de recursos, es decir, al incumplimiento eficiente.

Los profesores Cooter y Ulen señalan que «el rompimiento del contrato es más eficiente que el cumplimiento del mismo cuando el costo de su cumplimiento excede los beneficios para todas las partes involucradas»⁸⁰. Las razones para este incumplimiento se

⁷⁷ Puede encontrarse todo el desarrollo de su teoría en su artículo intitulado «¿Cuándo es bueno incumplir un contrato? La teoría de incumplimiento eficiente: ejecución forzada vs. Pago de daños», en *Estudios de Análisis Económico del Derecho*, ob. cit., pp. 165-206.

⁷⁸ Cfr. BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo, «¿Cuándo es bueno incumplir un contrato? La teoría de incumplimiento eficiente: ejecución forzada vs. Pago de daños», ob. cit., p. 169.

⁷⁹ *Ibid.*, pp. 170-171.

⁸⁰ COOTER, Robert, y ULEN, Thomas, *Law and Economics*. Harper Collins Publishers, 1988, p. 290, citados por Alfredo BULLARD GONZÁLEZ, en «¿Cuándo es bueno incumplir un contrato? La teoría de incumplimiento eficiente: ejecución forzada vs. Pago de daños», ob. cit., p. 171.

deben a una contingencia que hace que los recursos necesarios para ejecutar el contrato sean más valiosos en otro uso alternativo. Estas contingencias pueden ser de dos tipos: que ocurra un golpe de suerte que haga que el incumplimiento genere más beneficios que el cumplimiento; o que se produzca un desafortunado accidente que imponga un mayor costo al cumplimiento que al incumplimiento. Por ejemplo, una mejor oferta.

En cuanto a la contingencia que ocasiona el incumplimiento, Scott y Douglas sostienen que: «Una vez que la inesperada contingencia se materializa, el deudor enfrenta una desagradable disyuntiva: él puede incurrir en la pérdida atribuible al cumplimiento de su obligación, que ahora cuesta más de lo que vale, o puede romper el contrato y aceptar el costo de cualquier sanción que corresponda. En resumen, la opción es o «cumplir y perder» o «incumplir y pagar». Podemos presumir que el deudor elegirá lo más barato»⁸¹. En este punto, Bullard señala que el incumplimiento debe ser razonable, en tanto debe operar en los casos donde el cumplimiento lleve a un resultado menos óptimo, ya que en términos de óptimo de Pareto⁸², la resolución del contrato es superior al cumplimiento del mismo, teniendo en cuenta que el incumplimiento favorece por lo menos a alguien, y no perjudica a nadie⁸³.

¿Qué tiene que ver el incumplimiento eficiente con la crisis del contrato y la fuerza obligatoria?

La relación es estrecha. Si los contratos son obligatorios y obligatorias las relaciones jurídicas creadas por el contrato, cómo se fundamenta el incumplimiento eficiente al expresar que se deben incumplir los contratos cuando sea más beneficio incumplirlos que cumplirlos. ¿Dónde queda la obligatoriedad? Ésta se relativiza al extremo, creando una incertidumbre en las relaciones jurídicas, ya que todo contratante se preguntará si una contingencia futura hará que su contraparte incumpla. No tendríamos una seguridad en nuestros contratos. Y la buena fe, la lesión, el abuso del derecho, ¿cómo quedan?

⁸¹ SCOTT, Robert E. y DOUGLAS, L. Leslie, *Contract, Law and Theory*. The Michie Company. p. 90, citados por Alfredo BULLARD GONZÁLEZ, en «¿Cuándo es bueno incumplir un contrato? La teoría de incumplimiento eficiente: ejecución forzada vs. Pago de daños», ob. cit., pp. 171-172.

⁸² El óptimo de Pareto se refiere al grado máximo de eficiencia. El Criterio de Pareto es uno de los presupuestos del Análisis Económico del Derecho que establece «[...] que un movimiento de una situación a otra constituye una mejora del bienestar social si no se reduce el bienestar individual y si al menos mejora la situación de un individuo». En este sentido, se llegará a un óptimo de Pareto «[...] cuando el bienestar de un individuo no puede aumentar sin disminuir el bienestar de otros miembros de la sociedad». El nombre de óptimo de Pareto se debe a su mentor, el italiano Vilfredo Pareto. (Cfr. TORRES LÓPEZ, Juan. *Análisis Económico del Derecho. Panorama Doctrinal*. Madrid, «Editorial Tecnos, S. A.», 1987, pp. 32-33.

⁸³ Cfr. BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo, «¿Cuándo es bueno incumplir un contrato? La teoría de incumplimiento eficiente: ejecución forzada vs. Pago de daños», ob. cit., p. 172.

Aunque no compartimos la posición del profesor Bullard, no hay duda que desde esta perspectiva la *fuerza obligatoria en los contratos* se relativiza y como tal contribuye a la crisis del contrato.

3.5 El principio de la buena fe y la contratación masiva

El principio de la buena fe se encuentra recogida en los artículos 168 y 1362 del Código Civil peruano, que establecen que «el acto jurídico deberá interpretarse de acuerdo con lo que se haya expresado en él y según el *principio de la buena fe*» y los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las *reglas de la buena fe* y común intención de las partes.

Para el profesor Guillermo A. Borda «el principio de la buena fe significa que el hombre cree y confía que una declaración de voluntad surtirá en un caso concreto sus efectos usuales, los mismos efectos que ordinaria y normalmente ha producido en casos iguales [... Así un ...] Juez puesto a dirimir una controversia, debe preguntarse qué significado hubiera atribuido a la declaración una persona honorable y correcta»⁸⁴.

Existe consenso en la doctrina respecto a que la buena fe es un elemento de la vida de relación humana que se ha incorporado al Derecho, pero que éste no lo ha recibido tal como es, sino que le ha dado precisiones técnico-jurídicas, lo cual ha determinado que se convierta en un concepto jurídico.

En otras palabras, la buena fe no es una creación del legislador, que ha preestablecido su contenido, sino la adaptación de un principio inherente a la conducta de los hombres en la esfera más amplia de todas sus relaciones, pero que ha sido preciso regular para que sea susceptible de tener efectos jurídicos, convirtiéndola así en una buena fe civil.

En este sentido, Georges Ripert, en su afán de encontrar en la regla moral el fundamento de la conducta humana, ha expresado que «la buena fe es uno de los medios utilizados por el legislador y los Tribunales para hacer penetrar la regla moral en el derecho positivo»⁸⁵.

En tal virtud, la buena fe se presenta como una noción única. Pero penetrando en la técnica jurídica, la buena fe pierde su unidad. Combinada con las reglas técnicas, que influyen en un sentido o en el otro, la buena fe sólo puede ser definida en función del

⁸⁴ Cfr. BORDA, Guillermo A., *Manual de Contratos*, decimoseptima edición actualizada. Buenos Aires, Editorial Perrot, 1995, p. 54.

⁸⁵ Citado por DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, *El contrato en general*, ob. cit., tomo II, p. 24.

mecanismo jurídico al cual se integra. En este sentido, no existe una definición precisa de la buena fe.

Si la buena fe es un elemento de la vida humana que se ha incorporado al Derecho, quizá el mejor camino no es tratar de encontrar la noción de buena fe a través de las definiciones de ese elemento de la vida humana, sino a través de la manera cómo se ha incorporado al Derecho, que es algo positivo, tangible.

En ese sentido, la mayoría de la doctrina considera que la buena fe se ha plasmado legislativamente en dos sentidos: uno *subjetivo*, y otro *objetivo*. En sentido *subjetivo* la buena fe se refiere a la intención con que obran las personas o la creencia con que lo hacen, por lo cual se le llama «buena fe-creencia». En cambio, la buena fe en sentido *objetivo* actúa como regla de conducta, que orienta la actuación ideal del sujeto, lo que determina que se le denomine «buena fe-lealtad». Es un *standard jurídico*, o sea, un prototipo de conducta social media.

Según el profesor Alterini, la buena fe contractual «[...] es (o debería ser) la pauta ordinaria de conducta en la vida jurídica [...]»⁸⁶. Por lo tanto, las personas deben comportarse lealmente en toda la fase previa a la contratación, en el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas creadas por el contrato, así como en la ejecución de las prestaciones.

En el campo de la contratación masiva con mayor injerencia, pues, debido a la preformulación de los contratos, resulta importante que los predisponentes obren de buena fe, la misma que no sólo debe presumirse sino que debe ser impuesta.

En este ambiente es importante la respuesta que al fenómeno de la contratación masiva ha enfrentado la doctrina y jurisprudencia argentinas, ya que viene solucionando todos los problemas relativos a este nuevo sistema de contratación mediante la aplicación del principio de la buena fe contenido en el artículo 1198 que fuera modificado en 1968 con la gran Reforma que impulsará el Dr. Guillermo A. Borda⁸⁷, y que a la letra dice: *Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosímilmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión.*

En la actualidad, en la Comisión de Reforma del Código Civil Peruano se ha aprobado preliminarmente la modificación del títu-

⁸⁶ Cfr. ALTERINI, Atilio Aníbal, *Contratos...*, ob. cit., p. 33.

⁸⁷ Sobre la Reforma de 1968 al Código Civil argentino, entre otros trabajos se pueden consultar: BORDA, Guillermo A., *La Reforma de 1968 al Código Civil*. Buenos Aires, Editorial Perrot, 1971, y SOTO, Carlos A., *La influencia del Dr. Guillermo A. Borda en la Reforma de 1968 al Código Civil Argentino*, en *Scribas. Revista de Derecho*, Arequipa, Instituto de Investigación Jurídico-Notarial INDEJ, año II, núm. 4, pp. 25-36.

lo preliminar, donde se ha recogido en el artículo V expresamente el principio general de la buena fe. Este artículo establece que: *Los derechos se ejercen y los deberes se cumplen conforme a la buena fe.*

Finalmente, podemos afirmar que para nosotros la buena fe es un principio general que es mucho más que lo opuesto a la mala fe o al dolo. Es creadora de deberes⁸⁸.

4. EL DERECHO CONTRACTUAL EN UNA ECONOMÍA DE MERCADO

Los contratos en una economía de mercado son los instrumentos indispensables para que el intercambio de los recursos se produzca en forma eficiente logrando la maximización de los beneficios de las partes contratantes. Díez-Picazo considera preferible entender hoy en día como contrato «[...] a todo instrumento de relación económica entre las partes que es obra de su iniciativa privada, que tendencialmente debe aspirar a que sea obra de la voluntad libre y de sujetos en pie de igualdad; pero sólo tendencialmente se debe aspirar a ello»⁸⁹.

Juan Torres López expresa que «el derecho de contratos no es otro que la maximización total del valor conjunto del cambio a través de la reducción de los costos de transacción asociados a los intercambios de prestaciones no simultáneas, a las diversas contingencias que puedan aparecer a lo largo de la vida de la promesa y a la incompleta información de la que se dispone»⁹⁰.

En este sentido, expresa del profesor Alterini que es indudable que el Derecho y la economía son disciplinas que se correlacionan e interpenetran. Empero, este autor expresa que: «No parece discutible que la interrelación entre el Derecho y la economía debe privilegiar el perfil axiológico»⁹¹.

⁸⁸ Sobre el principio de la buena fe en nuestro Código Civil recomendamos los trabajos de los profesores: RUBIO CORREA, Marcial, *Prescripción, Caducidad y otros conceptos en el Código Civil*, Lima, Fundación Manuel J. Bustamante de la Fuente, 1987, pp. 233-300, y JIMÉNEZ VARGAS MACHUCA, Roxana, «Análisis sistemático del concepto de Buena Fe en el Código Civil de 1984», próximo a publicarse en la *Revista de Derecho «Advocatus»* de la Universidad de Lima. En Derecho Comparado son importantes los estudios de DE LOS MOZOS, José Luis, *El principio de la buena fe*, Barcelona, Bosch, «Casa Editorial, S. A.», 1965; WIEACKER, Franz, *El principio general de la buena fe*, Madrid, «Editorial Civitas, S. A.», 1982.

⁸⁹ Ver DÍEZ-PICAZO, Luis, *Masificación y contrato*, ob. cit., p. 11.

⁹⁰ Cfr. TORRES LÓPEZ, Juan, *Análisis Económico del Derecho*, ob. cit., pp. 59-60. Puede consultarse también POLINSKY, A. Michael, *Introducción al Análisis Económico del Derecho*, ob. cit., pp. 39-44.

⁹¹ Cfr. ALTERINI, Atilio Anfbal, *Contratos...*, ob. cit., p. 45.

Compartimos plenamente la posición del profesor Alterini, en tanto el Derecho Contractual debe estar diseñado por los legisladores de una forma tal que contemple soluciones que no sólo reduzcan los costos de transacción en la contratación, sino que además logren un mayor beneficio para las partes, permitan un intercambio eficiente y brinden seguridad jurídica a las relaciones de las personas.

5. LA CONTRATACIÓN MASIVA EN EL PROYECTO DEL CÓDIGO CIVIL ARGENTINO DE 1998

5.1 Situación actual de la contratación masiva en Argentina

Argentina es uno de los pocos países que cuenta con un Código Civil decimonónico, elaborado por don Dalmacio Vélez Sarsfield y vigente desde 1871. Sin embargo, este cuerpo legal ha sufrido modificaciones, pero sin duda la gran reforma fue la de 1968 impulsada por el Dr. Guillermo A. Borda, y que revitalizó el viejo Código Civil. Pese a que el fenómeno de la contratación masiva en ese entonces no era una fantasía sino una realidad, no se introdujo ningún artículo que respondiera directamente a este problema, solamente se modificó el artículo 1198, incorporando el principio de la buena fe.

Sobre el particular, el Dr. Guillermo Borda nos confesó que sin duda no se incorporaron varias instituciones que ya tenían vida propia porque el tiempo era el peor enemigo. Él sabía que la reforma debía realizarse mientras se encontraba ocupando el cargo de Ministro del Interior y que en cualquier momento podía ser removido. He ahí la razón de la no inclusión del nuevo fenómeno de la Contratación Masiva: el tiempo.

El Derecho positivo argentino no tiene una sola norma sobre este nuevo fenómeno contractual; no obstante, los operadores del Derecho vienen enfrentando y resolviendo el problema de la contratación en masa, aplicando la clásica Teoría General del Contrato, el Principio de la Buena Fe y las normas relativas a la Protección del Consumidor sobre cláusulas abusivas. Sobre el particular, el profesor Carlos Gustavo Vallespinos sostiene que para solucionar el problema de la contratación moderna «[...] es necesario vincular el artículo 1148 con lo dispuesto por el artículo 1152 del Código Civil [argentino ...], aunque, por cierto, el camino más adecuado sea el de la reforma legislativa [...]»⁹²; por su parte Ati-

⁹² Ver VALLESPINOS, Carlos Gustavo, *El contrato por adhesión a condiciones generales*. Buenos Aires, Editorial Universidad, 1984, p. 304.

lio A. Alterini señala que debe tenerse presente lo preceptuado por el artículo 1198 del Código Civil argentino que impone que los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosímelmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión⁹³. Por ello, añade Alterini que: «En el Sistema argentino, [...] en tanto se pugna por llevar a un Código único civil y comercial la regulación de los contratos de contenido predispuesto o sujetos a condiciones generales, y la descalificación de las cláusulas abusivas, [...] el tratamiento específico ha sido incorporado por la ley del consumidor»⁹⁴.

En este sentido, para la doctrina argentina: «Los contratos con cláusulas predispuestas por el empresario, y las consiguientes plantillas de condiciones generales, resultaron ser “instrumentos adecuados para la economía de masa”» (Alterini⁹⁵ y Vallespinos⁹⁶). Los profesores Farina⁹⁷ y Rezzónico⁹⁸ sostienen que las modalidades contractuales de la contratación masiva han sido y siguen siendo los contratos por adhesión y hoy los contratos por adhesión a condiciones generales, denominando a todos ellos, en su conjunto, «contratos con cláusulas predispuestas».

Encontramos que la doctrina argentina considera que la contratación masiva es un nuevo fenómeno jurídico que necesita ser regulado y que la teoría clásica del contrato es insuficiente, por lo que se requiere de nuevas modalidades contractuales que cumplan la finalidad del tráfico masivo de bienes y servicios. Estas son las condiciones negociales generales y los contratos por adhesión o, en conjunto, *contratos con cláusulas predispuestas*.

5.2 El Proyecto de Código Civil de 1998

Mediante Decreto número 685/1995 el Poder Ejecutivo Nacional de Argentina designó una Comisión de Reforma al Código

⁹³ Ver ALTERINI, Atilio Anfbal, «Las condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas (Argentina-Paraguay)», en *Las condiciones generales de la contratación y las cláusulas abusivas* de la Fundación BBV, Madrid, «Editorial Civitas, S. A.», 1996, p. 84.

⁹⁴ Ver ALTERINI, Atilio Anfbal, *Las condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas (Argentina-Paraguay)*, ob. cit., p. 83.

⁹⁵ Cfr. ALTERINI, Atilio Anfbal, *Las condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas (Argentina-Paraguay)*, ob. cit., p. 72.

⁹⁶ Cfr. VALLESPINOS, Carlos Gustavo, *El contrato por adhesión a condiciones generales*, ob. cit., pp. 229 ss.

⁹⁷ Cfr. FARINA, Juan M., *Contratos comerciales modernos*. Buenos Aires, Editorial Astrea, 1993, pp. 105 ss.

⁹⁸ Cfr. REZZONICO, Juan Carlos, *Contratos con cláusulas predispuestas*. Buenos Aires, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1987, pp. 205 ss.

Civil a fin de elevar el proyecto de Código Civil unificado con el Código de Comercio.

Este encargo finalmente fue concluido y el 18 de diciembre de 1998 los vigentes miembros de la Comisión designada, Drs. Héctor Alegría, Atilio Aníbal Alterini, Jorge Horacio Alterini, María Josefa Méndez Costa, Julio César Rivera y Horacio Roitman, elevaron el proyecto de Código Unico Civil y Comercial al Presidente de la República por intermedio del Ministro de Justicia, adjuntando una comunicación que denominaron «Nota de Elevación de la Comisión Redactora al Poder Ejecutivo» y que en palabras del Presidente de la Comisión de Reforma del Código Civil Peruano, Dr. Jorge Muñoz Ziches –que suscribo completamente–, constituye un «valioso trabajo de técnica jurídica»⁹⁹.

Es conveniente mencionar que este no es el único proyecto o intento por reformar íntegramente el Código Civil argentino, existen otros proyectos anteriores que no fueron admitidos por la comunidad jurídica argentina.

El Proyecto del Código Civil de 1998 recoge en el título II de los contratos en general, capítulo I, Disposiciones generales, un conjunto de definiciones. Así, en el artículo 899 empieza a definir ampliamente el *contrato* como el acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales; luego define al *contrato discrecional* como aquel cuyas estipulaciones han sido determinadas de común acuerdo por todas las partes. En el mismo artículo, en materia de contratación masiva, define al *contrato predispuerto* como aquel cuyas estipulaciones han sido determinadas unilateralmente por algunas de las partes, y *cláusula predispuerta* a la cláusula del contrato que también ha sido redactada por una de las partes.

Igualmente define a las *condiciones generales* como las cláusulas predispuertas por alguna de las partes, con alcance general y para ser utilizadas en futuros contratos particulares, sea que estén incluidas en el instrumento del contrato, o en otro separado, y al *contrato celebrado por adhesión*, como el contrato predispuerto en que la parte no predisponente está precisada únicamente a declarar su aceptación.

⁹⁹ El texto de la Nota de Elevación de la Comisión Redactora al Poder Ejecutivo se encuentra publicado en la *Revista La Ley*, intitulado «Proyecto de Código Civil y Comercial. Nota de Elevación de la Comisión Redactora al Poder Ejecutivo. (18 de diciembre de 1998)», Buenos Aires, Editorial La Ley, año LXIII, núm. 245, pp. 1-3. Estas fuentes también pueden encontrarse en el libro del profesor Atilio Aníbal ALTERINI, *Contratos*, ob. cit., pp. 109 ss., texto publicado el 3 de julio de 1998.

No hay duda que con estas normas el legislador argentino se coloca a la vanguardia en materia de contratación, pues admite que existe dos formas de contratar: discrecional y masivamente.

Asimismo, en el artículo 905 establece que: «Los contratos predisuestos, y en su caso las cláusulas predisuestas, cuando son celebrados por escrito, deben ser redactados de manera clara, completa y fácilmente legible». Con esta norma se evitará la redacción de los contratos masivos con letra pequeña, ilegible, ininteligible. Esta es una norma imperativa, por lo que las personas que deseen preformular los contratos unilateralmente con la finalidad de ser usados en el tráfico masivo de bienes y servicios deberán observarlas obligatoriamente.

En el Proyecto se enfatiza la fuerza de la buena fe en la celebración y la ejecución del contrato (artículo 966). En los artículos 964 y 965 se expresa que los contratos discrecionales y predisuestos obligan a las partes como a la ley misma y sus estipulaciones prevalecen sobre las normas legales supletorias y los usos. Con estas normas se precisa legislativamente el valor de la autonomía privada en la contratación y la fuerza obligatoria de los contratos, sean éstos discrecionales o predisuestos.

La sección segunda del capítulo IX, de los efectos, está dedicada a las *Cláusulas abusivas en los contratos predisuestos*. El artículo 968 dispone en forma expresa que «se tendrán por no convenientes» en los contratos predisuestos las estipulaciones que por sí solas o combinadas con otras:

- a) Desnaturalicen las obligaciones de las partes.
- b) Limiten la responsabilidad del predisponente por daños al proyecto de vida.
- c) Limiten la responsabilidad del predisponente por daños patrimoniales sin una adecuada equivalencia económica.
- d) Importen renuncia o restricción a los derechos del no predisponente, o ampliación de los derechos del predisponente, que resulten de normas supletorias.
- e) Obliguen al no predisponente a pagar intereses si su tasa excede sin justificación y desproporcionadamente el costo del dinero para deudores en operaciones similares.

Como podemos apreciar, en materia de cláusulas abusivas, leoninas o vejatorias, el Proyecto contempla en una «regla general» (desnaturalización de la obligación) y en una «lista negra» (cada uno de los demás casos) los supuestos en los que se presenta el abuso del contratante predisponente sobre el contratante adherente. Empero, siendo equitativo, en el artículo 969 se faculta al predisponente a oponer las estipulaciones de los incisos c), d) y e) cuando

pueda probar que el no predisponente las ha conocido o pudo haberlas conocido, y que las aprobó expresa y especialmente por escrito, si esta aprobación resulta razonable. En esta medida, exige también que los contratantes no predisponentes contraten con diligencia y razonablemente.

Estas excepciones, según el artículo 970, no rigen para los contratos por adhesión.

En cuanto a la interpretación de los contratos y cláusulas predispuestas, se incorporan los principios *interpretatio contra stipulatorem* y *favor debitoris*, estableciendo en el artículo 1033 que serán interpretados en sentido favorable a la parte no predisponente pero sólo en los siguientes casos: a) cuando no actúa profesionalmente en la actividad a la que corresponde el contrato; b) cuando es dudosa la existencia de una obligación a su cargo, se presume su liberación, y c) cuando son dudosos los alcances de su obligación, se está a la que es menos gravosa.

De todo lo expresado, podemos apreciar que el Proyecto del Código Civil argentino es una propuesta de reforma innovadora, moderna¹⁰⁰.

Debemos resaltar que este proyecto —que desde ya es importante— será trascendental por dos razones: la primera reside en que derogará uno de los últimos e influyentes Códigos civiles decimonónicos y la segunda pues, unificará en un solo texto los Códigos civil y comercial, tendencia moderna en materia de codificación.

En lo concerniente al tema materia del presente trabajo, no hay duda de que los juristas argentinos han enfrentado frontalmente el problema de la contratación moderna, y estamos seguros de que servirá de fuente legislativa y de consulta para las legislaciones que se encuentren en procesos de reforma, como en el caso peruano. Al admitir la existencia de dos sistemas de contratación, la paritaria o discrecional y la masiva o predispuesta, están acogiendo el sentir de la sociedad que exige normas vigentes, ágiles y eficaces que permitan el logro de la ansiada seguridad jurídica que todo país necesita, a la vez que contribuyen con el progreso y desarrollo de la actividad económica en tanto permiten en tráfico masivo de los bienes y servicios.

¹⁰⁰ En igual sentido se han expresado el Presidente de la Comisión de Reforma del Código Civil Peruano, Dr. Jorge Muñiz Ziches y el Dr. Max Arias-Schreiber Pezet, consultor de la misma.

6. LA REALIDAD Y EL DERECHO

La contratación masiva, concebida como un nuevo sistema de contratación, viene a constituirse en nuestro sistema jurídico como un *nuevo paradigma*¹⁰¹ en el *Derecho Contractual*.

La contratación privada se encontraba incólume hasta la aparición de la sociedad de masas, y con ella, la producción masiva de bienes y servicios. Entonces, el paradigma contractual tradicional o clásico se vio resquebrajado, y debido a la exigencia de la sociedad surge un nuevo fenómeno contractual: *la contratación masiva*.

Thomas Kuhn señala que cuando las instituciones vigentes han dejado de resolver con eficacia los problemas planteados por un nuevo contexto es que se produce una revolución científica¹⁰² que conlleva al rompimiento de los paradigmas. En nuestro planteamiento, la revolución es de carácter contractual. La contratación masiva viene a sustituir parcialmente a la contratación paritaria o clásica.

Sin embargo, la aceptación del nuevo paradigma contractual se enfrenta a la teoría clásica del contrato, en tanto exige una redefinición del Derecho Contractual.

Es indudable, que el cambio social¹⁰³, así como la producción masiva de los bienes y servicios, ha generado un nuevo sistema en el intercambio de bienes y servicios: la contratación masiva.

Según Díez-Picazo, toda «revolución» tecnológica e ideológica «[...] comporta el descubrimiento y la generalización de una serie de técnicas y de una serie de ingenios, que son puestos al servicio del hombre, para que, utilizando los bienes materiales y las energías, amplíe y facilite la consecución de sus fines y el ámbito de su libertad»¹⁰⁴. En este sentido, el mismo autor, refiriéndose a los *cambios*

¹⁰¹ Según KUHN «Un paradigma es lo que los miembros de una comunidad científica comparten, y, recíprocamente, una comunidad científica consiste en hombres que comparten un paradigma», en este sentido, los paradigmas se constituyen como «realizaciones científicas universalmente reconocidas que, durante cierto tiempo, proporcionan modelos de problemas y soluciones a una comunidad científica» (véase KUHN, Thomas S., *La estructura de las revoluciones científicas*. Madrid, Fondo de Cultura Económica, 1975, p. 13).

¹⁰² Para KUHN «las revoluciones científicas como episodios evolutivos de carácter no acumulativo en los que un nuevo paradigma, incompatible con el anterior, viene a sustituir al antiguo, total o parcialmente» (cfr. KUHN, Thomas S., «Revoluciones en el pensamiento», en NISBET, Robert/KUHN, Thomas S./WHITE, Lynn y otros, *Cambio social*, versión española de Leopoldo Lovelac. Madrid, Alianza Editorial, 1979, p. 144).

¹⁰³ Robert Nisbet señala que: «Cuando hablamos de cambio social hacemos referencia a sucesivas diferencias en el tiempo de alguna relación, norma, función, status o estructura social: por ejemplo, la familia, la iglesia, la nación, la propiedad, el rol de la mujer, el status del padre, la comunidad aldeana» (cfr. NISBET, Robert, «Introducción: El problema del cambio social», en NISBET, Robert/KUHN, Thomas S./WHITE, Lynn y otros, *Cambio social*, ob. cit., p. 13).

¹⁰⁴ Véase Díez-Picazo, Luis, *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*. Barcelona, Editorial Ariel, 1982, p. 301.

en la *dinámica económica*¹⁰⁵, señala que: «El segundo¹⁰⁶ de los puntos en que un cambio en la dinámica económica es sentido por el ordenamiento jurídico se encuentra en lo que puede llamarse la estandarización de la materia contractual –contratos-tipos, contratos de masa– que sustituye el esquema contractual clásico de la deliberación –oferta y aceptación– por un esquema de pura adhesión. La exigencia creciente de racionalización de la política económica lleva incluso a la sustitución del contrato por el plan»¹⁰⁷.

Por estas razones, consideramos que la contratación masiva, producto de la sociedad de masas y la tecnología viene exigiendo del Derecho un tratamiento adecuado, empujándolo a un replanteamiento de sus instituciones, especialmente de derecho contractual. Coincidimos con el profesor Díez-Picazo cuando afirma que el *cambio social, bien sea un cambio tecnológico o ideológico determina un cambio en el ordenamiento jurídico*.

Los preceptos de nuestro Código Civil son inexactos, porque están basados en una contratación paritaria. Aunque se hayan incluido algunos artículos sobre la contratación masiva, ello no es suficiente. El derecho contractual no puede darle la espalda a la realidad. *La crisis de la teoría clásica del contrato es indudable, aunque algunos autores la nieguen*¹⁰⁸; *sin embargo, esta crisis no importa una decadencia o muerte del contrato sino evolución de esta vieja e insustituible institución jurídica*.

En efecto, «[...] no es verdad que el Derecho sea sólo un instrumento de seguridad. Es también un medio para intentar que la convivencia humana o la coexistencia en el mundo se produzca de acuerdo con unos ideales y con unos valores, que se realice el ideal de lo justo y que puedan recibir justa satisfacción, justas pretensiones»¹⁰⁹.

Debemos tener muy en cuenta lo que Joaquín Garrigues advierte cuando dice que «olvidamos muchas veces que el Derecho es para la vida, para esta vida de ahora, no para la vida de hace mil años»¹¹⁰.

¹⁰⁵ Los cambios en la dinámica económica pueden considerarse «como el paso de una economía tradicional a una economía desarrollada» (consúltese Díez-Picazo, Luis, *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, ob. cit., pp. 315-318).

¹⁰⁶ Para este autor, el primer punto de cambio en la dinámica económica es el derecho de las obligaciones.

¹⁰⁷ Cfr. Díez-Picazo, Luis, *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, ob. cit., pp. 317-318.

¹⁰⁸ Para Borda: «No hay crisis del contrato, hay una evolución que debe ser saludada como un hecho auspicioso porque procura una más perfecta realización de la justicia» (ver BORDA, Guillermo A., *Manual de Contratos*, ob. cit., p. 21). Por el contrario, Risolía afirma la «existencia de una crisis del contrato, de una decadencia de su soberanía» (ver RISOLÍA, Marco Aurelio, ob. cit., p. 124).

¹⁰⁹ Cfr. Díez-Picazo, Luis, *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, ob. cit., p. 304.

¹¹⁰ Cfr. GARRIGUES, Joaquín, *Contratos Bancarios*. Madrid, Imprenta Aguirre, 1975, p. X.

En el Derecho no todo está dicho, no existen verdades absolutas e inmutables. El profesor Fernando de Trazegnies, parafraseando a Nietzsche, señala que la auténtica actividad del pensamiento está en discutir todo lo que generalmente está aceptado, en resolver todo lo que está velado por algún pudor y en tratar de ver las cosas cuando se las pone al revés ¹¹¹.

7. CONCLUSIONES

El progreso económico y el desarrollo tecnológico han originado una alteración en las estructuras sociales: un cambio social. En este contexto, la contratación privada, basada en un sistema de intercambio paritario, ha cedido ante la exigencia de la sociedad por acceder al mercado en forma masiva, para dar paso a un nuevo sistema de contratación: la contratación en masa.

Para nosotros, la Teoría Tradicional o Clásica del Contrato se encuentra en crisis, pero ésta entendida en un sentido positivo, pues el contrato se encuentra en un estado de evolución y de redefinición de sus funciones como consecuencia del surgimiento de un nuevo Sistema de Contratación: *la contratación masiva*. En este sentido, los presupuestos o pilares fundamentales que sirven de basamento a la teoría clásica no soportan las nuevas construcciones: el fenómeno jurídico de la contratación masiva. La autonomía privada, la igualdad jurídica, la fuerza obligatoria contractual, la buena fe y el efecto relativo de los contratos son nociones que han sido configuradas para responder a un sistema de contratación válido, el contrato paritario o discrecional, pero la realidad es distinta. Los contratos, mayoritariamente, ya no se celebran o conciertan dentro del clásico esquema del contrato paritario; los contratantes, en la mayoría de casos, ya no son determinados, debido a que han aparecido en el escenario contractual nuevos sujetos protagonistas del intercambio de bienes y servicios: la empresa y los consumidores.

La autonomía privada, sostenida por las libertades de contratar y contractual, ya no se encuentra incólume. Las partes ya no negocian el contenido de los contratos. En la contratación masiva, nos encontramos ante la disyuntiva de «lo tomamos o lo dejamos».

Pese a los esfuerzos de los legisladores por incorporar dentro de la Teoría General del Contrato normas relativas a este nuevo fenómeno, consideramos que ello no es suficiente, en razón de que

¹¹¹ En el prólogo al libro de Alfredo BULLARD G., *La relación jurídico patrimonial. Reales vs. Obligaciones*. Lima, Ara Editores, 1991, p. 13.

no se trata de ver este nuevo sistema de contratación como una excepción. Actualmente, la contratación masiva es la regla. La excepción, son los contratos paritarios. Si esto es de conocimiento del legislador, consideramos que no tiene sentido seguir manteniendo dentro del ordenamiento jurídico una teoría que no responde a una realidad mayoritaria. No negamos la validez de sus postulados en cuanto se aplican a los contratos clásicos o paritarios. Pero, reiteramos, esto constituye la excepción. No hay razón para tratar de encasillar el fenómeno jurídico de la contratación masiva dentro del esquema tradicional, ello sería cerrar los ojos ante la realidad.

El Derecho no puede tratar de preverlo todo. Los cambios en la realidad se presentan cuando menos se piensa y de formas que nadie se imagina. La contratación masiva es un ejemplo vivo. El operador del Derecho tiene que estar atento a las necesidades y exigencias de la sociedad. La función del Derecho es dar solución al conflicto de las personas de una manera más justa y equitativa; en este sentido, sus estructuras no pueden ser estáticas, tienen que ser dinámicas.

En suma, tal como están las cosas, es indispensable que el legislador revise las viejas estructuras de la teoría clásica del contrato, las que no deben ser consideradas como dogmas. Por el contrario, se ha vuelto necesaria una reformulación de la teoría del contrato en donde puedan contemplarse a los sistemas de contratación, paritario y masivo, pero sin pretender encuadrar una dentro de la otra, más bien sí retroalimentarse mutuamente.

Los juristas argentinos, en el novísimo Proyecto de Código Civil de 1998, han enfrentado el fenómeno de la contratación masiva, admitiéndola como un nuevo sistema de contratación, hecho que fortalece nuestra hipótesis, en tanto no niegan la existencia de dos formas de contratar: paritaria o discrecionalmente (como la denominan en el Proyecto) y masiva o predispuesta (como prefieren denominarla). Es importante y trascendental este Proyecto que, de convertirse en ley, colocará a nuestro hermano país a la vanguardia en materia de legislación civil.