

I. Introducción

El Derecho de Contratos plantea interrogantes sobre el ser humano y la libertad. La libertad es la “facultad natural que tiene el hombre de obrar de una manera o de otra, y de no obrar, por lo que es responsable de sus actos”. Implica también “falta de sujeción y subordinación”.¹ ¿Somos realmente libres para contratar o para no contratar respecto de ciertos bienes y servicios? ¿Estamos o no sujetos y subordinados a ciertos proveedores de bienes y servicios?

El contrato fue, en su momento, la herramienta de la libertad.

¹ www.rae.es (Página consultada el 17 de julio de 2009)

¿Está el contrato en crisis? De ser afirmativa la respuesta: ¿Es esto un problema? Lo cierto es que toda crisis implica un cambio; el sentido de tal cambio (para mejor o para peor) es lo que interesa. Toda crisis determina una mutación importante cuando lo que ya no está en duda es que la situación no debe o no puede proseguir igual. Por lo tanto, se trata de un momento decisivo que puede generar una oportunidad de mejora y, en tal sentido o sobre la base de ese enfoque, inclusive en el supuesto que el contrato estuviera en crisis dicha situación podría implicar algo positivo más que negativo.

El contrato no es hoy en día la clásica convención o acuerdo del que hablaban los doctrinarios franceses. La llamada “crisis del contrato” se refiere a la menor posibilidad de negociación de los contratos en pro de la contratación masiva. Entonces, más que de la “crisis del contrato” cabría referirse a la “crisis de la teoría clásica del contrato”.²

Parecería paradójico hablar de crisis en un tiempo 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 intuición en sí alumbró nuevas obligaciones, antes ignoradas.³

² La teoría general del contrato trata acerca de su naturaleza, requisitos, vicios y modalidades.

³ RISOLIA, Marco Aurelio. Soberanía y crisis del contrato. Buenos Aires, 1958. p. 124.

La contratación masiva surge como una nueva forma de intercambio de bienes y servicios en la contratación privada, fundada en la **contratación paritaria** o clásica (que ya no tiene la hegemonía que ostentaba, pues hoy en día es extraño que se contrato de este modo).

Antes de la era industrial la producción era *prosumista*; los agentes sociales eran una combinación de productores y consumidores (prosumidores). La producción tenía como fin esencial la satisfacción de necesidades y solo el excedente se destinaba al intercambio. En la era industrial se produjo un cambio sustancial, generándose la producción en masa; de este modo se separa también la figura del productor de la del consumidor. La sociedad masificada se torna una sociedad de agregados humanos en los que ya no interesa ni el rostro ni el nombre: los individuos se comportan masivamente y pierden su individualidad (aparece el consumismo).

Es indudable que el creciente capitalismo ha generado profundos cambios en las estructuras sociales, políticas y económicas como consecuencia — entre otros factores— de la producción en masa de bienes y servicios. Del mismo modo que la producción se ha masificado, el consumo también por parte de la sociedad también es masivo. Díez Picazo sostiene que ello ha determinado “un tráfico económico cada vez más acelerado que se ha ido convirtiendo en lo que rigurosamente puede llamarse un tráfico en masa”.⁴ Para que los ofertantes y los demandantes se vinculen jurídicamente

⁴ DIEZ-PICAZO. Derecho y masificación social. Tecnología y Derecho Privado. 2da. Edición. Civitas. Madrid, 1987. p. 42.

necesitan un instrumento jurídicamente permitido que otorgue seguridad a sus relaciones: el contrato.

La moderna economía caracterizada por la producción estandarizada y en masa de bienes y servicios y del vasto consumo de ellos, ha favorecido 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 ritmo rápido 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 (. . .)⁵

En el contexto del tráfico de masa, sin embargo, el contrato tradicional o clásico es insuficiente. En principio, en el derecho contractual tradicional las relaciones jurídicas nacen del consentimiento libre entre dos partes plenamente identificadas, las que colaboran en la configuración del contrato. Por su parte, las relaciones jurídicas masificadas los sujetos no están plenamente identificadas (son anónimos) y no colaboran en el diseño del contrato pues la libertad contractual está limitada (cláusulas generales de contratación) o, inclusive, anulada (contratos por adhesión), ya que el contrato no se negocia. La parte previa del contrato, denominada tratativas, ya no existe.

⁵ FERRI, Luigi. Lezioni sul contratto: corso di diritto civile. 2da. Edición. Bologna, 1987. p. 112.

Es verdad que el Código Civil de 1984 ha incorporado las figuras del contrato por adhesión, las cláusulas generales de contratación, los contratos de hecho y la oferta al público, pero para el legislador peruano el acuerdo de voluntades continúa siendo lo más importante. Es decir, prioriza la autonomía privada y la teoría clásica del contrato (oferentes y demandantes negociando el contenido del contrato).

Alfredo Bullard sostiene que “ (. . .) el diseño del contrato aludido está hecho para responder a un liberalismo de corte ‘artesanal’”⁶. Sostiene, también, que “(. . .) la contratación en masa ha rebasado por completo los marcos de la concepción tradicional del ‘contrato’ con lo que quedan dos posibles salidas: o le damos al concepto ‘contrato’ un contenido 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

II. Acto jurídico – Negocio jurídico - Contrato

La tradicional teoría del acto jurídico es de origen francés; se funda en la diferencia entre el hecho jurídico y el acto jurídico; por ejemplo, Mazeud define el acto jurídico como toda manifestación de voluntad hecha por una o varias personas con la intención de crear, modificar o extinguir un derecho⁷.

⁶ BULLARD GONZALEZ, Alfredo. Contratación en masa ¿contratación?. En: Estudios de análisis económico del derecho. ARA Editores. Lima, 1996. p. 54.

⁷ MAZEUD, Henri León y Jean. Lecciones de Derecho Civil. Buenos Aires, 1960. Volumen I, p. 69.

La más moderna teoría del negocio jurídico, elaborada por los pandectistas alemanes del siglo XIX, se refiere al supuesto de hecho que contiene una o varias declaraciones de voluntad y que el ordenamiento jurídico reconoce como base para producir el efecto jurídico deseado. En la teoría del negocio jurídico se contempla la existencia del acto jurídico, considerándolo como el que produce efectos por la actividad del hombre, pero independientemente de su voluntad.

El artículo 140 del Código Civil peruano contiene la noción del acto jurídico. El mismo Código define en el artículo 1351 qué es el contrato: acuerdo (de voluntades) de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial. En esa línea, el contrato es un acto jurídico plurilateral.

III. Teoría general del contrato

Según Messineo⁸, existen principios comunes a todos los contratos, los que poseen una naturaleza y estructura análoga. También hay reglas aplicables solo a un grupo de contratos (por ejemplo, los contratos de prestaciones recíprocas) y existen normas particulares de cada contrato.

La Teoría General del Contrato clásica o tradicional se sostiene en los siguientes principios:

⁸ MESSINEO, Francesco. Doctrina general del contrato. 3ra. Edición. Buenos Aires, 1986. Tomo I. p. 1.

- La autonomía privada
- La igualdad de las partes⁹
- La fuerza obligatoria
- La buena fe
- El efecto relativo

En este contexto se ubica el **contrato paritario o discrecional**, que se funda en la declaración conjunta de la voluntad común de dos o más partes, las que colaboran en la configuración del contrato.

En efecto, dentro del paradigma de la libertad de mercado, las personas — seres libres por naturaleza— negocian y celebran contratos porque así lo desean. Entonces, un contrato libremente querido es un contrato justo. ¿Qué ocurre si las partes contratantes no negocian el contenido del contrato sino que una de ellas se adhiere al esquema contractual predispuesto por la otra?

Lo cierto parece ser que los contratos “entre iguales” deben someterse a lo pactado con plena libertad. En los contratos “entre desiguales” hay que mantener el equilibrio defendiendo a la parte más débil

⁹ La ideología liberal de la revolución francesa concibió el principio de igualdad. Este principio se refirió a una igualdad jurídica, no a una igualdad social o económica. “Los hombres son libres e iguales ante la ley”. Por ende, se encuentran jurídicamente en igualdad de condiciones para negociar y celebrar contratos.

Encontramos el desarrollo de la Teoría General del Contrato en la Sección 1 del Libro VII (Fuentes de las Obligaciones) que comprende: disposiciones generales, el consentimiento, el objeto, el contrato, la forma, los contratos preparatorios, el contrato de prestaciones recíprocas, la cesión de posición contractual, la excesiva onerosidad de la prestación, la lesión, el contrato a 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.

IV. Intervención y dirigismo del Estado

El crecimiento del papel del Estado en América Latina es una realidad. Aumentan el gasto público y el empleo en el sector público. El aparato público no se reduce, crece y en medio de los problemas sociales se clama por la presencia del Estado y se critica su ausencia. Hoy más que nunca hay que coexistir con el Estado. Los ciudadanos presionan porque ven en una mayor intervención estatal la solución frente a las grandes desigualdades.

El Estado no sólo crece sino que interviene cada vez en más áreas y actúa de formas diversas. Responde a la crisis de seguridad y confianza con un nuevo rol, además de los tradicionales de seguridad, coerción y regulación.

Cada vez menos se trata de “el Estado” versus “el Mercado” y cada vez más de “el Estado-Mercado”.¹⁰

Guillermo A. Borda sostiene que la libertad y la igualdad de las partes, que son los pilares de la teoría liberal del contrato, “subsisten hoy en el plano jurídico pero tienden a desaparecer en lo económico”.¹¹

En efecto, la desigualdad económica es propicia para el abuso en la contratación. Ante ello, el Estado no puede ignorar que conceder tanta libertad a los particulares para regular libremente sus relaciones podría significar abusos que debe corregir, delimitando cada vez más la autonomía privada para equilibrar las posiciones.

Ya no rige el imperio de la autonomía privada. El Estado interviene en las relaciones contractuales a través de la ley o del sistema judicial. Justamente, a la intervención del Estado se atribuye la “crisis o decadencia del contrato”. Sin embargo, lo cierto es que vivimos en una sociedad contractual.

¹⁰ Véase: GERMÀ, Bel. “Estado ¿versus? Mercado”. *Estudios de Economía Aplicada*. Volumen 22, N.º 2, pp. 231-249. Versión digitalizada: <www.ub.es/graap/estadoversusmercado.pdf>. Página consultada el 23 de octubre de 2007.

¹¹ BORDA, Guillermo A. Manual de contratos. 3ra. Edición. Buenos Aires, 1995. p. 15.

José Luis de los Mozos sostiene que más que tratar de reconstruir el contrato sobre la base de una supuesta crisis del mismo, lo que se debe hacer es una relectura del Código Civil.

Pensemos en la contratación electrónica: es necesario replantear nuestros paradigmas e inclusive nuestra concepción del Derecho.

V. La crisis del contrato

La crisis del contrato es, en realidad, una crisis de la autonomía de la voluntad, de su fuerza obligatoria y de la igualdad jurídica de las partes contratantes.

La denominada 'crisis del contrato' tiene diversos orígenes o causas; entre ellas —según Guillermo A. Borda— causas económicas, causas políticas, causas filosóficas y causas de orden moral.

El auge del capitalismo origina concentración de riqueza, de modo que quienes más capital tienen son quienes deciden con quién contratan y en qué condiciones. Así las cosas, la igualdad y la libertad, supuestos esenciales del contrato, solo subsisten en el plano jurídico formal.

La postura individualista según la cual el contrato es intocable ha cedido el paso a una concepción social del contrato. En ese contexto, el Estado

interviene en los contratos para lograr la denominada *justicia contractual* (como se recoge en el artículo 1335 del Código Civil) aunque eventualmente se deja de lado el “dirigismo contractual” en pro de la santidad de los contratos (como se ve en el artículo 62 de la Constitución).

Inclusive, se ha puesto en duda el poder jurígeno de la voluntad. A pesar de ello, lo cierto es que los contratos siguen obligando. Inclusive si la voluntad que dio origen al contrato desaparece, permanece el interés general en pro del respeto de los contratos.

Los contratos se perciben en nuestros días como instrumentos para lograr el bien común; de este modo, se pasa de la moral individual a la moral social.

En el siglo XIX se privilegiaba la libertad y la confianza en la aptitud del hombre para crear relaciones contractuales que serían justas. En el siglo XX ya quedó demostrada la desigualdad entre los contratantes.

La teoría general del contrato del siglo XIX se elaboró sobre la base de la concepción liberal e individualista en la cual el hombre solo debía tener como límite el respecto a las normas de orden público y a las buenas costumbres. Sin embargo, la complejidad de las sociedades y el debilitamiento de la concepción liberar e individualista ha llevado a una corriente social y humana en la que el Estado no solo puede sino que debe intervenir para lograr la igualdad jurídica entre los contratantes.

Hoy en día podemos hablar del individualismo como postura personal pero en términos sociales lo preponderante ya no es el individuo sino el conjunto o conglomerado de personas (sin rostro, anónimos y masificados) que transan diariamente.

La contratación en masa ya no es un *fenómeno* pues no es algo extraordinario o sorprendente. Nuestro sistema civil es reticente a una realidad pues mantiene su noción de contrato (en el que encontramos oferentes y aceptantes que negocian el contenido del mismo).

Hoy en día ya nadie se plantea la invalidez de los contratos por adhesión; lo que se cuestiona o podría cuestionarse es su uso incorrecto y la implementación de cláusulas abusivas. La contratación masiva es ya imprescindible pues hace viable con el menor costo posible que salga al mercado la producción de las empresas; ello como fruto de la simplificación de la negociación lo que abarata el producto o el servicio y dinamiza la economía.

El *contrato prefabricado* es una necesidad de la sociedad occidental, aunque enfrenta un desequilibrio ostensible. Por un lado tenemos a los productores que propician negociaciones en masa y generalmente lanzan sus ofertas a través de medios de comunicación masiva y del otro a los consumidores solitarios que tienen la disyuntiva de aceptar o no.

BIBLIOGRAFÍA

BORDA, Guillermo A. Manual de contratos. 3ra. Edición. Buenos Aires, 1995.

BULLARD GONZALEZ, Alfredo. Contratación en masa ¿contratación?. En: Estudios de análisis económico del derecho. ARA Editores. Lima, 1996.

DIEZ-PICAZO. Derecho y masificación social. Tecnología y Derecho Privado. 2da. Edición. Civitas. Madrid, 1987.

FERRI, Luigi. Lezioni sul contratto: corso di diritto civile. 2da. Edición. Bologna, 1987.

GERMÀ, Bel. “Estado ¿versus? Mercado”. *Estudios de Economía Aplicada*. Volumen 22, N.º 2, pp. 231-249. Versión digitalizada: <www.ub.es/graap/estadoversusmercado.pdf>.

MAZEUD, Henri León y Jean. Lecciones de Derecho Civil. Buenos Aires, 1960. Volumen I.

MESSINEO, Francesco. Doctrina general del contrato. 3ra. Edición. Buenos Aires, 1986. Tomo I.

RISOLIA, Marco Aurelio. Soberanía y crisis del contrato. Buenos Aires, 1958.