



FACULTAD DE DERECHO

**LA SISTEMATIZACIÓN DE LAS NORMAS
CONTRACTUALES. DEL CONTRATO CIVIL AL
CONTRATO DE CONSUMO**

PRESENTADA POR

PAVEL JOSIF FLORES FLORES

ASESOR

JULIO DURAND LEÓN

TESIS

PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO

LIMA – PERÚ

2019



CC BY-NC-ND

Reconocimiento – No comercial – Sin obra derivada

La autora sólo permite que se pueda descargar esta obra y compartirla con otras personas, siempre que se reconozca su autoría, pero no se puede cambiar de ninguna manera ni se puede utilizar comercialmente.

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>



FACULTAD DE DERECHO

**LA SISTEMATIZACIÓN DE LAS NORMAS CONTRACTUALES.
DEL CONTRATO CIVIL AL CONTRATO DE CONSUMO.**

Tesis para optar por el Título Profesional de Abogado

PRESENTADA POR:

PAVEL JOSIF FLORES FLORES

ASESOR:

DR. JULIO DURAND CARRIÓN

LIMA, PERÚ

2019

DEDICATORIA

A Margori, por ser ejemplo de fortaleza.

A Tila, por ser ejemplo de amor.

A Arantxazú, por ser ejemplo de determinación.

AGRADECIMIENTO

A Dios, por siempre protegerme e iluminarme.

A Margori y Tila, por enseñarme con el ejemplo y cuidar de mis pasos.

A Arantxazú, quien me enseñó a competir lealmente.

A mis maestros de la universidad, por motivarme a seguir adelante y acompañar mis logros, especialmente a mi gran amigo y maestro Julio Durand Carrión, por su sabiduría, grandeza y paciencia.

A mis maestros del colegio, por enseñarme que antes de ser el mejor profesional, debo ser la mejor persona.

A mis amigos, quienes siempre me motivan a emprender nuevos retos y desafíos, y a quienes les debo mucho.

A la señora Nancy, por su amabilidad y solidaridad hacia mi persona.

A quienes me insistieron con honestidad, esperanza y orgullo, para que terminase este proyecto.

INDICE

RESUMEN	1
PALABRAS CLAVE	2
ABSTRACT.....	3
KEY WORDS	4
LISTA DE ABREVIATURAS.....	5
INTRODUCCIÓN	6
CAPÍTULO I: MARCO TEÓRICO	10
1.1. Antecedentes de la Investigación.....	10
1.2. Bases Teóricas	12
1.2.1. La justicia contractual como fundamento del contrato de consumo a través de las principales escuelas del derecho.....	12
1.2.2. Antecedentes históricos del contrato. Del contrato civil al contrato de consumo	12
1.2.3. Construcción normativa de los principios de buena fe contractual y protección a la parte débil.....	12
1.2.4. Derecho del consumidor y derecho civil ¿Por qué no?.....	13
1.2.5. Codificación de las normas del derecho contractual de consumo en el Código Civil.....	15
1.2.6. Legislación comparada de similar estructura normativa	16
1.3. Definición de términos básicos.....	17
CAPÍTULO II: METODOLOGIA DE LA TESIS.....	20
2.1. Diseño metodológico.....	20
2.1.1. Tipo de Investigación	20
2.1.2. Nivel de Investigación	20
2.1.3. Método de investigación	21
2.1.4. Diseño de investigación	21
2.2. Técnicas de recolección de datos.....	21
2.3. Aspectos éticos	22

CAPÍTULO III: LA JUSTICIA CONTRACTUAL A TRAVÉS DE LAS PRINCIPALES ESCUELAS DEL DERECHO.....	23
3.1. Nota introductoria.....	23
3.2. La justicia contractual en la escuela del derecho natural.....	24
3.3. La justicia contractual en la escuela exegética del derecho francés	29
3.3.1. La libertad como sinónimo de realización del ser humano	32
3.4. La justicia contractual en la escuela histórica	36
3.5. La justicia contractual en la escuela dogmática	40
3.5.1. La teoría pura del derecho de Hans Kelsen.....	44
3.6. La justicia contractual en la sociología del Derecho de Rudolf von Ihering	47
3.7. La justicia contractual en la contratación moderna	51
3.7.1. Nociones preliminares sobre la justicia contractual moderna	52
3.7.2. La justicia contractual en el marco de la contratación del siglo XXI. 54	

CAPÍTULO IV: ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y NORMATIVOS DEL CONTRATO. DEL CONTRATO CIVIL AL CONTRATO DE CONSUMO	59
4.1. Nota preliminar.....	59
4.2. Etimología	60
4.3. El contrato en la Prehistoria.....	63
4.4. El contrato antes de Roma.....	66
4.4.1. El contrato en la Biblia	68
4.5. El contrato en Roma	70
4.5.1. Época clásica.....	71
4.5.2. El contrato de <i>mutuum</i> o préstamo de consumo	75
4.6. El contrato en la Edad Media	76
4.6.1. El emperador Justiniano y la codificación del Derecho Romano	77
4.6.2. Primera aproximación al contrato por adhesión y las cláusulas generales de contratación.....	79
4.6.3. La formación de obligatoriedad del contrato o “pacta sunt servanda” de la mano del Derecho Canónico.....	81
4.7. El contrato en la Edad Moderna.....	83
4.7.1. Adiós feudalismo, bienvenido capitalismo	83
4.7.2. Algunas corrientes filosóficas que impregnaron la teoría del contrato	86

4.7.2.1. El contrato social y Thomas Hobbes	86
4.7.2.2. El contrato social y John Locke	87
4.7.2.3. El contrato social y Jean-Jacques Rousseau	88
4.7.2.4. Immanuel Kant y la naturaleza de la autonomía humana.....	89
4.7.2.5. Friedrich Hegel y el método dialéctico aplicado al contrato	91
4.8. El contrato en la Edad Contemporánea	93
4.8.1. La Revolución francesa	93
4.8.2. El Código de Francia de 1804 y el proceso de codificación europea	95
4.8.3. La revolución industrial y la aparición de la contratación masiva...	100
4.8.4. El Contrato en la sociedad de consumo	104

CAPÍTULO V: CONTRUCCIÓN NORMATIVA DE LOS PRINCIPIOS DE BUENA FE CONTRACTUAL Y PROTECCIÓN A LA PARTE DÉBIL DESDE LA PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR 109

5.1. Necesidad de una adecuada integración a través de los principios de buena fe y protección a la parte débil.	109
5.1.1. Sobre los principios del ordenamiento peruano en general.....	109
5.1.2. ¿Por qué la elección de los principios de buena fe y protección a la parte débil en la contratación moderna?.....	112
5.2. Buena fe como principio del derecho	114
5.2.1. Alcances preliminares sobre el principio de buena fe	117
5.2.2. Buena fe objetiva y subjetiva. Delimitación conceptual.....	124
5.2.2.1. Buena fe subjetiva	124
5.2.2.2. Buena fe objetiva	128
5.2.3. El principio de buena fe y la protección al consumidor	131
5.3. Protección a la parte débil como principio del Derecho	135
5.3.1. El consumidor como paradigma de contratante débil	138
5.3.2. Protección al consumidor como parte débil a lo largo de la Constitución	141
5.3.3. Protección al contrato débil en el Código Civil.....	149
5.3.4. Del principio de protección a la parte débil al reconocimiento de la vulnerabilidad del consumidor en el Código de Protección y Defensa del Consumidor	154

5.3.5. Principios de derecho del consumidor y su extensión al Derecho Civil	162
5.3.5.1. Principio de protección al consumidor.	162
5.3.5.2. Principio de trato equitativo y no discriminación	164

CAPÍTULO VI: DERECHO DEL CONSUMIDOR Y DERECHO CIVIL. UNA FORMACIÓN NORMATIVA A TRAVÉS DEL CONTRATO DE CONSUMO. 166

6.1. Nota introductoria.....	166
6.2. Consideraciones preliminares sobre el contrato en el siglo XXI	166
6.2.1. Crisis de la contratación clásica.....	166
6.2.2. La socialización del contrato	171
6.2.3. El contrato en una economía social de mercado.	176
6.2.4. Necesidad de una nueva teoría general del contrato que desarrolle la contratación de consumo	182
6.3. Instituciones contractuales susceptibles de vinculación normativa	188
6.3.1. Contrato de consumo.....	189
6.3.1.1. Definición.....	192
6.3.1.2. Sujetos.....	201
6.3.1.2.1. Consumidor	201
6.3.1.2.1. Proveedor.....	204
6.3.1.3. Objeto	206
6.3.1.4. Forma	207
6.3.1.5. Otras características.....	207
6.3.2 Relación de consumo	209
6.3.3. Formación del consentimiento	211
6.3.3.1. La autonomía privada. Un nuevo enfoque.....	212
6.3.3.2. Consentimiento en la contratación clásica.....	219
6.3.3.2.1. Coincidencia de las declaraciones de voluntad.....	220
6.3.3.2.2. Capacidad de los sujetos	221
6.3.3.2.3. La formación de la voluntad contractual	224
6.3.3.3. Consentimiento en los contratos de consumo	226
6.3.3.3.1. Necesidad de conocimiento e información relevante	227
6.3.3.3.2. Protección mínima.....	230
6.3.3.3.3. Diligencia, confianza y publicidad.....	232

6.3.4. Oferta contractual	236
6.3.4.1. Oferta en el Código Civil.....	236
6.3.4.1.1. Requisitos de la oferta.....	238
6.3.4.1.2. Inexistente justificación para una revocación	240
6.3.4.1.3. Oferta al público	243
6.3.4.1.4. Subasta	249
6.3.4.2. Oferta a los consumidores.....	250
6.3.4.2.1. El rol de la publicidad en el consumidor	251
6.3.4.2.2. Incorporación del contenido publicitaria en la oferta	260
6.3.5. Contrato por adhesión	265
6.3.5.1. Necesidad de su utilización en el tráfico mercantil	270
6.3.5.2. Naturaleza jurídica.....	273
6.3.5.3. Ventajas y desventajas.....	275
6.3.6. Cláusulas generales de contratación	277
6.3.6.1. Necesidad de su utilización para la provisión de servicios	283
6.3.6.2. El verdadero sentido de la regulación sobre cláusulas generales de contratación	285
6.3.6.3. Naturaleza jurídica.....	287
6.3.6.4. Características.....	290
6.3.6.5. Principales problemas en la contratación	293
6.3.6.5.1. Letra pequeña	294
6.3.6.5.2. Complejidad	295
6.3.6.5.3. Lenguaje.....	296
6.3.6.6. Obligatoriedad de aprobación de las cláusulas generales de contratación por la autoridad administrativa	297
6.3.6.7. Cláusulas abusivas.....	299
6.3.6.7.1. Enumeración de las cláusulas abusivas en nuestro ordenamiento jurídico.....	300
6.3.6.7.2. Algunos alcances sobre las cláusulas abusivas desde la jurisprudencia	305
6.3.8. Tipos de control de cláusulas generales de contratación. Evitando cláusulas abusivas.....	307

CAPÍTULO VII: CÓDIFICACIÓN DE LAS NORMAS DE DERECHO CONTRACTUAL DE CONSUMO EN EL CÓDIGO CIVIL	311
7.1. ¿Por qué existe la posibilidad de sistematizar las normas del derecho del consumidor en el Código Civil?.....	311
7.2. Modelos de vinculación normativa de la legislación contractual de consumidor y civil.....	316
7.2.1. Clasificación de los modelos de vinculación	317
7.2.1.1. Modelos de vinculación de distinción.....	317
7.2.1.1.1. El caso de Brasil.....	322
7.2.1.1.2. El caso de Chile	323
7.2.1.2. Modelos de vinculación de integración	324
7.2.1.2.1. Integración completa	325
7.2.1.2.2. Integración parcial	327
7.3. Diálogo de fuentes	330
7.4. Ventajas doctrinarias, normativas y jurídicas	336
CONCLUSIONES	338
RECOMENDACIONES	348
FUENTES DE INFORMACIÓN	356
Fuentes bibliográficas	356
Fuentes hemerográficas	371
Fuentes electrónicas	379
Fuentes jurisprudenciales	382
Fuentes normativas.....	383
Nacionales	383
Internacionales	384

RESUMEN

La presente investigación tiene como objetivo proponer una nueva línea de pensamiento jurídico, desarrollando la teoría del contrato de consumo y buscando su sistematización en la teoría general del contrato. Se busca construir una propuesta normativa sobre la base del contrato de consumo, como institución paradigmática de la contratación contemporánea, con la finalidad de lograr una adecuada integración en el Código Civil.

Esta labor, contempla un estudio iusfilosófico e histórico para entender las diferencias y encontrar las similitudes de las instituciones clásicas y contemporáneas del derecho de los contratos, estudiando su desarrollo doctrinario y normativo, y comprendiendo al contrato en la actualidad, como una herramienta económica de progreso y desarrollo social.

La importancia radica en establecer un paradigma esencial y ampliar la protección a los consumidores, bajo un sistema normativo integral (civil/privado y / administrativo/público) que desarrolle, fomente y contemple la protección al contratante débil en todas sus aristas, y que sea fuente primigenia de interpretación doctrinaria y jurisprudencial.

El resultado propone un proyecto más integral y estable, logrando enriquecer la teoría del contrato de consumo con la teoría clásica del contrato, y más aún, incorporando sus disposiciones al Código Civil, de tal manera que este último, pueda acercarse a la realidad de las personas, otorgándole un status superior en el derecho privado y respetando su paradigma histórico.

Finalmente, una teoría del contrato de consumo, contribuye al reconocimiento de los consumidores como sujetos de derecho, y se integran a la protección de la parte débil de la relación contractual, propuesta por la normativa civil, de tal manera que la moderniza, robustece y contextualiza en el siglo de la contratación de consumo.

PALABRAS CLAVE

Buena fe. Cláusulas abusivas. Cláusulas generales de contratación. Consumidor. Contrato. Contrato de consumo. Oferta contractual. Sistematización.

ABSTRACT

The objective of this research is to propose a new line of legal thought, developing the theory of the consumer contract and seeking its systematization in the general theory of the contract. The intention is to construct a normative proposal on the basis of the consumer contract, as a paradigmatic institution of contemporary recruitment, with the aim of achieving adequate integration into the Civil Code.

This work contemplates an iusphilosophical and historical study to understand the differences and find the similarities of the classical and contemporary institutions of contract law, studying their doctrinal and normative development, and understanding the contract today as an economic tool of progress and social development.

The importance lies in establishing an essential paradigm and extending consumer protection under a comprehensive regulatory system (civil/private and / administrative/public) that it develops, promotes and contemplates the protection of the weak contracting party in all its aspects, and that it is the primary source of doctrinal and jurisprudential interpretation.

The result proposes a more integral and stable project, succeeding in enriching the theory of the consumer contract with the classical theory of the contract, and even more, incorporating its provisions in the Civil Code, in such a way that the latter, can approach the reality of people, giving them a higher status in private law and respecting their historical paradigm.

Finally, a theory of the consumer contract contributes to the recognition of consumers as subjects of law, and they are integrated in the protection of the weak part of the contractual relationship, proposed by the civil regulation, in such a way that it modernizes, strengthens and contextualizes in the century of consumer contracting.

KEY WORDS

Good faith. Unfair terms. General Terms in Contracts. Consumer. Contract.
Consumer contract. Contractual offer. Sistematizing.

LISTA DE ABREVIATURAS

CC	: Código Civil
CGC	: Cláusulas generales de contratación
CPDC	: Código de Protección y Defensa del Consumidor
LRCD	: Ley de Represión de la Competencia Desleal
PGD	: Principios Generales del Derecho
RAE	: Real Academia Española

INTRODUCCIÓN

La materia contractual evoluciona, como evoluciona el derecho mismo, el impacto del tiempo, el espacio y los vaivenes que trae consigo el desarrollo de la sociedad contemporánea, trascienden directamente en la esfera contractual, toda vez que esta constituye el principal mecanismo, instrumento e institución jurídica a través de la cual las personas satisfacen sus necesidades.

Las normas del contrato de consumo, representan en la actualidad, el paradigma de la regulación sobre contratación contemporánea, esto en el sentido de la dinámica y el crecimiento del mercado, la erradicación del inmovilismo contractual, la supresión de la negociación y la creación de nuevas necesidades.

Así, el contrato poco a poco ha dejado de ser el instrumento preferido y paradigmático de la voluntad de las partes, para someterse a aquel dirigismo progresivo derivado de la acción legislativa o judicial, en aras de salvaguardar y proteger a la parte más débil en la relación contractual.

Pese a esta realidad, se ha mantenido la regulación principal del contrato en el Libro VII sobre las Fuentes de las Obligaciones del Código Civil de 1984, y se ha separado la teoría del contrato de consumo a la legislación especial, situación que es contraproducente para ambas materias, más aún, si hablamos de la importancia del contrato de consumo hoy en día, y del rol que históricamente le ha tocado protagonizar al Código Civil.

En este contexto, es indispensable dotar a nuestro Código de elementos relevantes que puedan transformar la institución jurídica del contrato y adaptarla a las nuevas necesidades y paradigmas del derecho y la sociedad contemporánea en el siglo XXI.

La realidad socioeconómica ofrece la posibilidad de desarrollar una investigación jurídica sobre la base de los fundamentos de la teoría clásica del contrato, ante la exigencia social de una efectiva protección jurídica a la parte débil de la relación contractual, simbolizada en la figura del consumidor y sus instituciones afines, para alcanzar los valores supremos de justicia y equidad,

que constituyen los fundamentos hacia la construcción doctrinaria de una nueva teoría general del contrato.

El objetivo de la presente investigación es analizar y sistematizar las principales instituciones del derecho civil en materia de contratación clásica interindividual y contratación de consumo, que nos permita ofrecer una propuesta normativa que logre la integración de ambas figuras contractuales proponiendo un proyecto más integral y estable, acercando al Código Civil en la realidad de las personas, otorgándole un status superior en el derecho privado y respetando su paradigma histórico.

La justificación del trabajo científico, se observa en la necesidad imperante de adaptar nuestra legislación a los nuevos cambios de la sociedad moderna, establecer un orden jurídico dinámico, que corresponda a las tendencias actuales y el derecho comparado, abriendo la puerta para una futura unificación del derecho privado en nuestro país. Sin duda alguna, uno de los principales retos y desafíos es no incurrir en obtusas interpretaciones, falta de coherencia sistémica, vacíos legales e ineficacia normativa, para que la integración de nuestra propuesta normativa ofrezca seguridad jurídica, certeza, predictibilidad, eficiencia y por sobretodo, pueda ser entendida y aplicada por todas las personas.

Asimismo, es importante porque plantea una nueva cosmovisión del derecho en función de la contratación de consumo y su influjo de la protección del consumidor en toda la sistemática clásica del derecho civil, que nos obliga a repensar y replantear, con una mirada más real y cercana, la concepción de la dogmática civil clásica, muchas veces descontextualizada de gran parte de la vida de las personas, en su dimensión más básica, de seres humanos llenos de presiones crecientes, extendidas y reales, a las que el derecho civil del siglo XXI tiene que afrontar.

Esta integración normativa, no se podría lograr sin tener en cuenta cuál es el trasfondo filosófico del contrato de consumo, es por ello que, hemos decidido estudiar y fundamentar una noción de justicia contractual para una contratación de consumo, así, repasamos la justicia contractual a lo largo de las diferentes

escuelas del derecho, que nos permitan diferenciar los conceptos de igualdad, libertad contractual, justicia y equilibrio contractual.

Por otro lado, la construcción normativa de los principios de buena fe contractual y protección a la parte débil, desde la perspectiva del consumidor, responde a la necesidad de superar la protección propia del derecho civil, para establecer la vulnerabilidad del consumidor como parte débil de la relación de consumo y frente a una falta de negociación que lo coloca en una desventaja estructural (intelectual, económica, reflexiva y de negociación), donde la buena fe, como principio elemental del derecho, especialmente enfocado en el mundo de los contratos, sirve como herramienta para una contratación más transparente y justa, donde todas las partes puedan resultar beneficiadas de sus prestaciones.

Teniendo en cuenta el fundamento iusfilosófico y los principios propios de la contratación de consumo, se estudió de manera exhaustiva las normas sobre el contrato de consumo y el contrato civil, analizando las cuestiones históricas y dogmáticas, de tal manera que buscamos la vinculación normativa más adecuada a través del modelo de integración parcial en el Código Civil, es por ello, que utilizamos el método lógico-inductivo para construir nuestra propuesta normativa.

Así, toda nuestra teoría, comprende una realidad práctica y social, que radica en ampliar la protección a los consumidores, bajo un sistema normativo integral que desarrolle, fomente y contemple la protección al contratante débil y la asimetría de las prestaciones en todas sus aristas, y que constituya fuente primigenia de interpretación doctrinaria y jurisprudencial, partiendo desde la concepción de la persona como consumidor, y, por ende, como sujeto de derecho en el campo del Derecho Civil.

Asimismo, acercar las normas contractuales del derecho de consumidor, permite ampliar el espectro de conocimiento y aplicación de los derechos fundamentales de las personas en el mercado, generando una eventualmente equilibrio y justicia contractual en las transacciones, evitando abusos o violaciones a los derechos de las partes, en especial, la parte débil de la

relación contractual, quienes deben constituir pilar de la investigación jurídica en la actualidad, afrontando con suficiencia teórica, precisión normativa y coherencia sistémica las desigualdades sociales y económicas que no son ajenas al contrato en el siglo XXI.

Es importante resaltar que la presente tesis está estructurada en siete capítulos.

El capítulo primero corresponde al marco teórico preliminar de la tesis y el capítulo segundo corresponde a la metodología utilizada en la elaboración de la presente investigación. El capítulo tercero estudia la justicia contractual como fundamento del contrato de consumo a lo largo de las escuelas del derecho. El capítulo cuarto repasa la evolución histórica y normativa del contrato civil hasta el contrato de consumo. El capítulo quinto, propone una construcción normativa a los principios de buena fe contractual y protección a la parte débil a través de la protección del consumidor como sujeto del derecho. El capítulo sexto desarrolla, analiza y sistematiza la teoría del contrato de consumo con la teoría general del contrato. El capítulo séptimo, propone el método de vinculación normativa.

Finalmente, como decía Benedetti (1998): *“Si la tarea del civilista es la de reelaborar principios, esquemas generales, conceptos dogmáticos, individualizar y experimentar criterios de orientación, delinear horizontes a la propia búsqueda, según el desarrollo de las estructuras económico-sociales y del ordenamiento jurídico, la demanda sobre el actual valor del contrato se vuelve ineludible.”* (p.18). Desde esta investigación emprendemos nuestro compromiso con el derecho del consumidor, el derecho civil y la sociedad.

CAPÍTULO I: MARCO TEÓRICO

1.1. Antecedentes de la Investigación

Es importante destacar que en la actualidad no existe una tesis que aborde este problema con el estudio que corresponde a una investigación en este nivel metodológico y sustantivo, asimismo, es preciso señalar que en la literatura nacional no existe un antecedente respecto de la integración, sistematización y vinculación de las normas contractuales del derecho del consumidor al Código Civil.

En cuanto a la literatura extranjera, es fundamental resaltar los trabajos de investigación que detallaremos a continuación, toda vez, que sus resultados son indiscutiblemente importantes en la secuencia de nuestros objetivos y el desarrollo de la presente investigación.

Cámara, Sergio. (2015). *La Codificación del Derecho de Consumo: ¿Refundación o Refundición? (Modelos y enseñanzas desde el Derecho Comparado)*. En: Revista de Derecho Civil. La Rioja, España. – Este extenso artículo involucra un estudio a la técnica legislativa en materia de protección al consumidor en la Unión Europea, destacando los modelos de vinculación y las ventajas y desventajas que trae consigo la inserción en normas comerciales, mercantiles o civiles, asimismo detalla un breve análisis a las principales leyes de consumidor en los países europeos. Finalmente, el autor propone una refundación del sistema del derecho del consumidor en coherencia con normas de carácter privado promoviendo una genuina integración y evitando distorsiones para las diversas disciplinas conexas a nuestra materia.

Momberg, Rodrigo. (2015). *Análisis de los modelos de vinculación del Código Civil y la legislación de protección al consumidor. Hacia un principio general de protección de la parte débil en el Derecho Privado*. En: Revista Chilena de Derecho. Vol. 43. N°2. Santiago de Chile, Chile. – El autor realiza una breve clasificación entre los modelos de vinculación normativa entre el derecho del consumidor y el derecho civil, resaltando los modelos de distinción y los

modelos de integración normativa. Esta clasificación es sumamente importante toda vez, que es el único esquema actual que podemos utilizar para comenzar el estudio de las diversas técnicas legislativas a lo largo de Latinoamérica y Europa. Y a partir de este proponer un esquema particular para nuestra legislación nacional en la materia correspondiente.

También debemos señalar que el autor enfatiza la posibilidad de establecer las normas de protección al consumidor en el derecho privado, a raíz de establecer el principio de protección al contratante débil, no solo para las relaciones de consumo sino para las relaciones contractuales civiles, fenómeno aún no andado en nuestro país y sin una proyección inmediata en este campo, pese a su importancia y exigencia jurídica y fáctica.

Sirena, Pietro. (2005). La integración del derecho de los consumidores al Código Civil. En: Revista Derecho PUCP. Lima, Perú. – El autor observa la necesidad de establecer la legislación comunitaria de protección al consumidor y codificarla conjuntamente con las normas del derecho civil, de tal manera, que se puedan eliminar incoherencias que pueden traer consigo las legislaciones separadas y postular una unificación en materia contractual. En este sentido, realiza un análisis histórico de las disposiciones concernientes a las materias jurídicas propuestas, determinando su factibilidad, y un análisis funcional destacando el desarrollo del derecho del consumidor a la postre de la liberalización de la economía, plasmada en una economía de mercado o en una economía social de mercado.

De esta manera este análisis funcional es propicio y sostenible, toda vez que nos permite, recoger sus estructuras para desarrollar una teoría contractual que pueda comprender la práctica de los contratos tanto en materia de protección al consumidor como en materia civil, y encontrar una perdurable armonía.

1.2. Bases Teóricas

1.2.1. La justicia contractual como fundamento del contrato de consumo a través de las principales escuelas del derecho

La justicia contractual, desde nuestra perspectiva personal debe ser desarrollada bajo ciertos presupuestos inalterables que sustentan de manera lógico el concepto de justicia en general, relacionarlos con las relaciones contractuales es el presupuesto básico de nuestro desarrollo. Estos presupuestos o elementos son: la proporcionalidad, igualdad y alteridad. (Alzamora, 1987, 301-304; Legaz y Lacambra, 1978, pág.346-348; Preciado, 1982, pág. 212-215).

1.2.2. Antecedentes históricos del contrato. Del contrato civil al contrato de consumo

A lo pactado se le reconocía la fuerza obligatoria que le atribuía el marco de igualdad y libertad en que se presumía iure et de iure, que se desenvolvían las relaciones económicas entre pares. Tal reconocimiento, a su vez, se apoyaba en una referencia extrema. Se afirmaba que las partes se debían someter al contrato como si se tratara de una ley.

Posteriormente, la concentración de capitales y la creación de poderosas corporaciones pusieron de manifiesto la desigualdad económica, y el aislamiento del individuo, solo frente a la empresa. El contrato deja de ser la resultante de la obra creada por quienes, paritariamente, han tratado y discutido su contenido, para transformarse en un esquema predispuesto por el proveedor de bienes o servicios, sin participación alguna del consumidor, quien ve limitado su poder a la alternativa de contratar adhiriendo al formulario que le es ofrecido o no contratar. (Stiglitz, 1994, pág. 183-184).

1.2.3. Construcción normativa de los principios de buena fe contractual y protección a la parte débil

Construcción dogmática del principio de Buena fe:

La buena fe, es según sabemos un estándar de conducta arreglada a los imperativos éticos exigibles de acuerdo con la conciencia social imperante. (Diez-Picazo, 1993, pág. 372).

Construcción dogmática del principio de Protección al parte más débil:

La protección a los débiles ha sido siempre una constante en el mundo del Derecho: Ya en el Código de Hammurabí la cuestión preocupaba al legislador. Es decir que, aun cuando la temática ha adquirido diversos matices y modalidades en la actualidad, ha sido objeto de un estudio y tratamiento de mayor o menor intensidad, conforme a la época histórica y a la concepción filosófica imperante en cada momento de la historia de la humanidad; la tutela de los intereses de la persona que frente a otro u otros se encuentra en una situación de debilidad ha sido y es una inquietud de todo operador del Derecho. (Ossola y Hiruel, 2007, pág. 416)

1.2.4. Derecho del consumidor y derecho civil ¿Por qué no?

Sobre el contrato:

El contrato, como herramienta jurídica de acceso a los bienes y servicios, debe servir para la consolidación de un derecho justo, imprescindible para el sistema democrático y la convivencia en paz. Así, el contrato constituye una estructura legal de regulación, que enmarca la interrelación económica ente los miembros de la sociedad. (Gherzi, 1990, pág. 3).

Sobre el contrato de consumo:

Se aprecia de la definición su incorrecta estructura, señalando incorrectamente que el objeto del contrato de consumo este compuesto por consecuencias jurídicas, en tanto debemos entender que el objeto del contrato deben ser aquellos bienes que determinan este tipo contractual, descartando a su vez que la adquisición de bienes y/o servicios, y mucho menos la asunción de riqueza tipifique su contenido. Quizá hubiera sido mejor establecer que el consumidor debe pagar una retribución a cambio de una actividad o adquisición de un bien. (Morales, 2010, pág. 34-35).

Sobre la relación de consumo:

Comprende todas las etapas, circunstancias y actividades destinadas a colocar en el mercado bienes y servicios para ser adquiridos por los consumidores y usuarios, existiendo en esta relación, desde su inicio un acto voluntario- cuando el bien se produce, fabrica o elabora-, cuyo objetivo negocial- indiscutida intención de todos los que desempeñan esta actividad-, es llegar a los consumidores de forma directa o indirecta incluyendo en esta la promoción del producto, siendo responsables todos los que intervienen en la relación de consumo, ante los consumidores y usuarios por la protección de su salud, seguridad e intereses económicos. (Barocelli, 2017, pág. 140).

Sobre la oferta contractual:

Debe ponerse de relieve, en primer lugar, que lo que preocupa a quienes así razonan no es el destinatario de la declaración, o sea el público, la masa de consumidores; lo que parece interesar es que hay que proteger al declarante, aun frente al consumidor, porque parecería que podría quedar vinculado por más contratos de los que podrá cumplir. Entonces, para tutelar a quien ofrece al público se sacrifica el interés del consumidor, pretendiendo que lo que aquél ha hecho es más bien una invitación a ofrecer. Decimos que se sacrifica el interés del consumidor porque tal solución permite a quien ha hecho una “invitación a ofrecer” rechazar no sólo las “ofertas” de los consumidores que exceden las posibilidades de aquél, sino que incluso puede rechazar las “ofertas” que se hagan dentro del límite de la capacidad del que invita. (Forno, 1991, pág.249-250).

Sobre los contratos por adhesión:

El contrato por adhesión es aquella modalidad contractual por medio de la que un sujeto contratante elabora (de forma anticipada) el contenido del contrato colocando a su contraparte en la posición de decidir si contrata o no en dichos términos, quedando en la alternativa de adherirse (es decir, se restringe la negociación a lo que señala la parte que redactó el documento contractual) o no. (Beltrán, 2003, pág.297)

Sobre las cláusulas generales de contratación:

La moderna economía, caracterizada por la producción “standarizada” y en masa de bienes y servicios y del vasto consumo y comercio de ellos, ha favorecido la difusión de un tipo particular de negociación orientada a permitir la rapidez de la circulación de productos a través de la predisposición de esquemas contractuales uniformes y la consiguiente simplificación del iter formativo del contrato. (Ferri, 1982, pág. 112).

Sobre las cláusulas abusivas en la contratación:

Una vez las cláusulas incluidas o incorporadas al contrato han sido interpretadas y no ofrecen dudas sobre su alcance y sentido, su contenido ha de ser controlado, por si resultaran abusivas. La Ley exige de las cláusulas, condiciones o estipulaciones de carácter general que se formulen de buena fe y respeten el justo equilibrio de las prestaciones y califica explícitamente de abusivas las que perjudiquen de manera desproporcionada o no equitativa al consumidor o comporten en el contrato una posición de desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes en perjuicio de los consumidores. (Meoro, 1998, pág. 302)

1.2.5. Codificación de las normas del derecho contractual de consumo en el Código Civil

Sobre el modelo de distinción normativa:

Los modelos de distinción siempre implican la existencia de legislación especial de consumo, separada del Código Civil, sin que se contemple ni se refiera al consumidor o a los actos de consumo. A su vez, esta legislación especial, puede materializarse en diversas leyes especiales. (Momborg, 2015, pág. 741)

Sobre el modelo de integración normativa:

Los modelos de integración implican que la normativa de consumo se encuentra, en mayor o menor medida, incorporada formalmente en el cuerpo normativo del derecho común. (Momborg, 2015, pág. 742)

Sobre la importancia de la sistematización:

(...) podemos colegir dos apuntes: en primer lugar, la diferencia entre el contrato civil y el contrato de consumo; y, en segundo lugar, la posibilidad de integración dogmática y normativa del contrato de consumo al Código Civil. No cabe sino reiterar la necesidad de importantes modificaciones en el régimen de la contratación masiva del Código Civil que se muestra inaplicable e insuficiente ante la celebración de los contratos hoy en día; es por ello, que es posible y novedosa la introducción, al interior del Código Civil, de una categoría de contratos de consumo. (Vega, 2001, pág. 83)

El necesario diálogo de fuentes, como medio de interpretación normativa:

Esta idea de colocar a la Constitución Nacional como el nuevo centro del sistema de derecho privado a partir del cual generar el “diálogo de fuentes” del mismo- esencial para la reconstrucción del microsistema del derecho del consumidor – es, a mi modo de ver, la principal innovación que el Proyecto introduce en el modo de funcionamiento del derecho privado y, seguramente, va a impulsar la transformación de la labor cotidiana de los operadores del campo legal. (Sozzo, 2012, pág. 94-95).

1.2.6. Legislación comparada de símil estructura normativa

Código Civil de Alemania:

Con la reforma del BGB (*Bürgerliches Gesetzbuch*) en el año 2002 se implementaron nuevas disposiciones en materia de obligaciones tales como la responsabilidad por incumplimiento, obligaciones de saneamiento y por supuesto, los contratos de consumo, regulados dentro del Libro II sobre las Obligaciones sección 3 sobre las obligaciones bajo contratos, subtítulo 2 sobre los principios de los contratos de consumidor (artículo 312 en adelante) (Lamarca, 2001, pág. 7).

Código Civil de Italia:

La disciplina titulada “De los contratos del consumidor”, concerniente más exactamente a las “cláusulas vejatorias”, se insertan en las nuevas reglas funcionalmente resumidas como “tutela del consumidor. La intervención más vistosa sobre el derecho común de los contratos la constituye la citada

compilación que se ha introducido en el Título II del libro IV del Código Civil el título XIV – bis denominado, “De los contratos del consumidor”. (Benedetti, 1998, pág. 18-19).

Código Civil y Comercial de Argentina:

El Derecho del Consumidor goza en nuestro país, de un rico complejo de normas vigentes, que exige una profunda armonización (y sistematización) entre los distintos componentes de este sistema de protección jurídica: esencialmente, la Constitución nacional y los instrumentos internacionales por ella incorporados, la ley especial 24.240 y el Código Civil y Comercial. (Stiglitz, 2015, pág. 2)

1.3. Definición de términos básicos

Por cuestiones metodológicas, presentamos un glosario de términos básicos que constituyen categorías conceptuales de las disciplinas que abordaremos a lo largo de la investigación y que, desde el punto de vista metodológico, facilitarán la lectura y la comprensión de la presente investigación.

- **Asimetría informativa.** - Característica de la transacción comercial por la cual uno de los agentes, el proveedor, suele tener mayor y mejor información sobre los productos y servicios que ofrece en el mercado a los consumidores. (Código de Protección y Defensa del Consumidor, artículo IV inciso 7).
- **Buena fe.** - Uno de los principios basilares de nuestro ordenamiento social, y el fundamento ético que se le reconoce encuentra correspondencia en la idea de moral social activa que se pone más allá de los confines tradicionales de las buenas costumbres. (Bianca, 2007, pág. 523).
- **Cláusulas abusivas.** – Son también conocidas como inequitativas o ilícitas, las mismas coinciden en la extremada ventaja de los derechos del proveedor en perjuicio del consumidor, o que puedan establecer estipulaciones inequitativas en merma de los derechos de los consumidores y aun renuncias a los mismos, y que consecuentemente

colocan a los propios consumidores en situación económica perjudicial e inequitativa en la relación proveedor-consumidor. (Fernández, 1994, pág. 236).

- **Cláusulas generales de contratación.** – Las cláusulas generales de contratación son aquéllas 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. (Código Civil, artículo 1392).
- **Contrato.** - Es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial. (Código Civil, artículo 1351).
- **Contrato de consumo.** - El contrato de consumo tiene como objeto una relación jurídica patrimonial en la cual intervienen un consumidor y un proveedor para la adquisición de productos o servicios a cambio de una contraprestación económica. (Código de Protección y Defensa del Consumidor, artículo 45).
- **Contrato por adhesión.** - Es aquel en que la configuración interna del mismo (reglas de autonomía) es dispuesta anticipadamente sólo por una de las partes (predisponente, profesional, proveedor, empresario, etc.), de manera que la otra (adherente, consumidor, no profesional), si es que decide contratar, debe hacerlo sobre la base de aquel contenido o no contratar.” (Stiglitz, 1994, pág. 250)
- **Consumidor.** - Las personas naturales o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales productos o servicios materiales e inmateriales, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, actuando así en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. (Código de Protección y Defensa del Consumidor, artículo IV inciso 1.1).
- **Idoneidad.**- La correspondencia entre lo que un consumidor espera y lo que efectivamente recibe, en función a lo que se le hubiera ofrecido, la publicidad e información transmitida, las condiciones y circunstancias de la transacción, las características y naturaleza del producto o servicio, el

precio, entre otros factores, atendiendo a las circunstancias del caso. (Código de Protección y Defensa del Consumidor, artículo 18).

- **Justicia contractual.** – Modo de exigencia colectiva, que viene a reflejarse en una serie de medidas que se otorgan frente a la lesión en sentido técnico o cualquier de las formas secundarias. Asimismo, es una condición de validez excepcional del contrato, con arreglo a la estimación comunitaria de la misma, y no según la particular concepción que, al tiempo de contratar, mereciera a cada sujeto. (Carbonier, 1971, pág. 288-289).
- **Oferta contractual.** - Es una declaración que una o más partes hace a otra y otras, sometiendo a su consideración la celebración de un determinado contrato, en tal forma que para que éste se celebre sólo se requiere la aceptación del destinatario, sin necesidad de que se produzca una nueva declaración del oferente. (Forno, 1991, pág. 2).
- **Oferta al público.** – Cuando el proponente dirige su oferta a la generalidad o a la comunidad dentro de la cual vive, tratando de encontrar en ella la persona con quien contratará, esta oferta, presenta un interés para todos y cada uno de los miembros de la comunidad. (Diez-Picazo, 1993, pág. 287).
- **Relación de consumo.** - Es la relación por la cual un consumidor adquiere un producto o contrata un servicio con un proveedor a cambio de una contraprestación económica. (Código de Protección y Defensa del Consumidor, artículo IV, inciso 5).

CAPÍTULO II: METODOLOGIA DE LA TESIS

2.1. Diseño metodológico

2.1.1. Tipo de Investigación

De acuerdo con el objeto de nuestro estudio, el tipo de investigación que se utilizó en la elaboración de la presente tesis es una investigación básica, toda vez que exploramos las nuevas líneas de pensamiento jurídico en materia de derecho del consumidor y derecho civil, para construir una propuesta normativa que se sustenta sobre la base de una nueva teoría jurídica para el derecho contractual, desarrollada a través del estudio y análisis de los principios aplicados al régimen contractual, así como, sus principales instituciones jurídicas.

Asimismo, nuestra investigación es cualitativa, toda vez que se enfoca en describir, analizar y sistematizar diversas cualidades del objeto para lograr los objetivos propuestos, que a su vez implique un nuevo esquema de conocimiento, en tanto puede ser valorado por su apreciación cognitiva y axiológica.

2.1.2. Nivel de Investigación

De acuerdo con el objeto de la investigación nuestra investigación es descriptiva y exploratoria. Descriptiva, toda vez que desarrolla una descripción exhaustiva de los campos del derecho materia del objeto del estudio, que nos permitirá una comprensión amplia del fenómeno. Exploratoria, toda vez que realiza un estudio profundo con carácter multidisciplinario para estudiar, analizar, construir y proponer nuevas líneas de pensamiento jurídico en el derecho del consumidor y el derecho civil, específicamente en el derecho contractual.

2.1.3. Método de investigación

Se utilizó el método lógico-inductivo toda vez que el resultado final es una modificación a la norma, de carácter general y estructurada para su incorporación a la teoría general del contrato dentro del marco del sistema contractual peruano (Código Civil); y sobre la base de las diversas corrientes jurídicas, la doctrina nacional e internacional, los nuevos criterios jurisprudenciales y las tendencias actuales del derecho comparado de acuerdo con el objeto de la investigación.

2.1.4. Diseño de investigación

El diseño de la investigación fue no experimental, toda vez que se estudió el problema de investigación y se propuso una solución normativa, desde una perspectiva holística e integral, sobre la base del análisis y reflexión de la doctrina, jurisprudencia y normativa actual, tanto nacional como internacional, que sirvieron como sustento para estructurar, esquematizar y desarrollar nuestra propuesta normativa, evitando vacíos legales e ineficacia normativa y ofreciendo seguridad jurídica, certeza, predictibilidad, eficiencia, de tal manera que, el conjunto de normas pueda ser entendido y aplicado por todas las personas.

2.2. Técnicas de recolección de datos

Para la presente investigación, hemos recopilado, seleccionado y analizado el material bibliográfico, hemerográfico y electrónico correspondiente. Todas las fuentes de información son de carácter jurídico y científico: libros, revistas, artículos de investigación, ponencias nacionales e internacionales, portales web, entre otros.

Asimismo, se ha realizado la misma labor con el material jurisprudencial, tanto de la jurisprudencia administrativa (Tribunales Especializados del INDECOPI), jurisprudencia civil (Corte Superior y Suprema de la República) y la jurisprudencia constitucional (Tribunal Constitucional).

Por otro lado, en su momento oportuno, realizaremos las entrevistas a los especialistas en derecho de consumidor y derecho civil, de tal manera que nos permita, comprender, analizar y reflexionar sobre sus perspectivas, críticas y aportes a la presente investigación.

2.3. Aspectos éticos

Declaro bajo juramento que las fuentes bibliográficas, hemerográficas y/o electrónicas consultadas han sido citadas conforme a la normatividad vigente para elaboración del presente plan de tesis y que la investigación “*La sistematización e integración de las contractuales del Derecho del Consumidor y el Derecho Civil.*” es de mi autoría, asumiendo plena responsabilidad ante la universidad y las autoridades respectivas.

CAPÍTULO III: LA JUSTICIA CONTRACTUAL A TRAVÉS DE LAS PRINCIPALES ESCUELAS DEL DERECHO

3.1. Nota introductoria

Dada la metodología utilizada para el desarrollo y posterior construcción de nuestra propuesta normativa, que implica integrar y sistematizar el contrato de consumo en el Código Civil, no podemos obviar los fundamentos iusfilosóficos y la amalgama de derechos fundamentales en los que se basa la idea de libertad y justicia contractual desde su naturaleza jurídica, de acuerdo con los postulados jurídicos de la contratación civil hasta la concepción de la contratación de consumo en la actualidad.

Un repaso de las principales escuelas del derecho y su concepción de justicia y específicamente, de justicia contractual es fundamental para entender y construir una propuesta que sustente nuestra teoría. La explicación de cada una de las escuelas se ha desarrollado de manera cronológica y responde al siguiente esquema: a. desarrollo temático y explicación de los principales fundamentos; b. reflexión y crítica; c. noción de justicia y justicia contractual; d. identificación de los principales aportes que nos ha dado cada una de las escuelas.

Asimismo, la identificación de las principales herramientas que nos ofrecen las escuelas del derecho serán de significativa utilidad para la construcción de conceptos, interpretación de las normas, recopilación de antecedentes históricos, sistematización, entre otros.

Por otro lado, decidimos describir biográficamente algunos juristas a lo largo de la historia, de acuerdo con las escuelas del derecho que estudiamos. La pauta bibliográfica la hemos recopilado de diccionarios enciclopédicos y obras en referencia a aquellos autores.

Finalmente estableceremos los criterios jurídicos que se aprecian en los contratos de consumo y contratos civiles, estableciendo reglas comunes y pautas diferenciadoras, que permitan ofrecer una concepción de justicia

contractual propia, que permita sustentar con precisión normativa, coherencia sistémica y suficiencia conceptual los objetivos de la tesis y la noción de justicia contractual en la contratación del siglo XXI.

3.2. La justicia contractual en la escuela del derecho natural

La vida es en esencia el fundamento natural del ser humano. Sin la concepción de la vida misma no podría existir el ser humano, por ende, no podría existir la sociedad, el sistema social, y mucho menos el Derecho.

La concepción jurídica de la vida, nos ofrece a su vez, un derecho a la vida. Este derecho a la vida tiene que ser entendido de tal manera que entendiese al ser humano como lo que realmente es: una unidad psicosomática.

Los filósofos naturalistas se preguntaban con incesante cualidad, de dónde provenía el Derecho en relación con la vida, ¿de la ley o de la naturaleza?

Aquellos filósofos y juristas sostenían que el desarrollo del Derecho se vinculaba inmediatamente con el desarrollo de la noción de un ser superior o de un ser divino, o cuando más lejos, de una entidad supra- humana, que había preexistido al ordenamiento de las cosas, entendidas como naturaleza.

Asimismo, se concebía que existían derechos que eran anteriores a la norma escrita y al mismo sistema jurídico; el derecho a la vida era derecho atribuido a los seres humanos no porque se encontrara protegido por un ordenamiento jurídico, sino por el contrario, porque el hombre existe, existe su derecho a la vida, y les compete a las normas solo declarar este derecho. Esta premisa constituye una máxima de la escuela del derecho natural.

Alzamora (1987: 323) menciona: *“La ley natural se expresa en una norma fundamental, que ordena al hombre obrar de acuerdo con los dictados de su naturaleza racional, y constituye el principio de las leyes humanas.”* Al respecto agrega: *“La finalidad de dicha ley es servir al bien común (...) regulado por el principio de la justicia que es la “virtud social por excelencia”.*

Dado lo expresado, se establecía una relación directa en el derecho, entendido como ley y justicia para los hombres; por un lado, entendemos a la ley natural como todo aquello que es bueno (esto en el campo de la moral o la religión), de tal manera que, para el derecho, también es justo; y si no es dado por el hombre, es perfecto; *contrario sensu*, la ley humana es imperfecta *per se*, y si no puede asimilarse a la ley natural, es imperfecta e injusta.

Bajo este orden de ideas, la justicia se encontraba en el campo de lo natural, de lo pretendidamente alcanzado por el ser humano, del “deber ser” de nuestros actos, sin la crítica consciente de las mentes que buscan actuar en completa libertad.

Pero estas ideas concebidas por los iusnaturalistas necesitaban una concreción real en el mundo, el mundo jurídico y la formación de un Estado de derecho.

La ley (escrita o consuetudinaria) se presenta entonces, como un conjunto de normas reconocidas por un determinado grupo social para ejercer la acción y defensa de los derechos naturales a través de un derecho positivo, con la finalidad de perfeccionarse entre ambos, por un lado, para el derecho natural se construían los pilares básicos de una repercusión social y en un sentido amplio, se legitiman sus postulados; por otro lado, el positivismo jurídico podía humanizarse y responder de mejor manera a la sociedad. En correlato con ello, Larenz (1942: 180) menciona: “(...) *los principios abstractos que nos son presentados como preceptos de Derecho natural requieren una previa concretización en un determinado orden de vida, a fin de adquirir la precisión suficiente para su aplicación.*” Asimismo, Durand (2008:99) precisa su importancia: “*el Derecho natural, refresca el mundo jurídico para devolverle al derecho los valores que nunca debe de perder de vista, valores hoy representados por el bienestar general y la colaboración positiva para lograrlo.*”

En el mismo sentido, Rubio (2014:318) extiende la aplicación del derecho natural, entendiendo que:

no creemos que hoy deba considerarse al iusnaturalismo como un derecho por encima, y vigilante, del derecho positivo, pero sí que

inspira de manera particular y sutil tanto en contenido de las normas como la conducta del agente que aplica el derecho a través de sus variadas técnicas.

De esta manera, en la actualidad se sigue estableciendo un criterio axiológico como mecanismo de ponderación y valoración del devenir del derecho en los actos humanos, tales como conflictos, intereses, vacíos y por supuesto, relaciones, tanto de carácter patrimonial como extrapatrimonial.

Una vez implementado los principios jurídicos del derecho natural en torno de un sistema jurídico normativo - a través del derecho positivo – podemos comenzar a establecer las primeras pautas en cuento a las relaciones humanas en sociedad, entre ellas, las relaciones contractuales.

En principio, Alzamora (1987: 326) sostiene:

El fundamento del derecho natural se halla en la “sociabilidad humana” reconocida por la recta razón. La inviolabilidad de los pactos constituye la expresión de esas condiciones de sociabilidad, de las que mediante un contrato social – ha nacido el Estado.

La idea de “social” y contrato” comienza a tomar forma; así podemos observar que, en el derecho público, pretende explicar el origen de la soberanía de los estados; y en el derecho privado define las relaciones entre los hombres, a través de los contratos; porque, como sabemos, el contrato es ley entre partes, partes que componen una sociedad, como partes que dan vida a la misma.

Pero tampoco el derecho natural confunde la idea de parte con la idea de persona, entendidas en su conjunto como personas que componen una sociedad. Legaz y Lacambra (1978:261) menciona:

La persona constituye lo más perfecto en la naturaleza y es, en cualquier sentido, contraria a la noción de “parte”. En eso consiste su eminente “dignidad” y ahí está la base de esa dimensión de la persona que es de algún modo afirmada por todas las doctrinas y que posee una gran relevancia en el campo

de la ética: la autonomía, el ser *sui juris*, dueña y señora de sus actos, con la exigencia de atenerse a esa condición en sí mismo y en los demás.

Por ahora observamos mediante la construcción histórica del derecho natural como podemos anotar ciertos elementos importantes respecto de la teoría contractual: moral, autonomía de la persona y libertad.¹

Como se puede apreciar, hemos calificado la moral dentro de concepciones más jurídicas que ontológicas, y ello es así, porque consideramos – al igual que los iusnaturalistas- que la moral no está separada del derecho, y mucho menos del mundo contractual.

En este punto es posible afirmar, que si bien la buena fe contractual, no ha tenido un devenir pacífico en la doctrina y tampoco en la codificación histórica, ello está dado porque su sustrato teórico responde a un paralelo con la moral del ser humano, en ese sentido, lo que se entiende natural para las partes contratantes es el cumplimiento de las obligaciones contractuales, pero más aún, es predisposición, trato, respeto y valor hacia la otra persona, de esta manera se cumple la máxima *in claris non fit interpretatio*.²

Hernandez-Gil (1945:31) citando a Ripert (1925:6) menciona al respecto:

Las normas morales dominan también el derecho de las obligaciones, siendo preciso que las partes las respeten. La enseña de la justicia debe reinar el contrato. Porque la obligación civil, lejos de ser una relación entre dos patrimonios, descansa en el deber moral y se hace preciso que la regla jurídica organice técnicamente el cumplimiento de aquél, otorgándose además al juez poder para la apreciación de las acciones individuales.

¹ No nos detendremos aquí para desarrollar ambas instituciones jurídicas, toda vez que tendrán un sustantivo desarrollo posterior.

² *In claris non fit interpretatio*, es una frase en el idioma latín, como expresión latina, significa: “no hace falta interpretar lo que está claro”. Representa una máxima jurídica del mundo contractual, respecto de la interpretación de las cláusulas contractuales. Hemos aprovechado la frase, para extender su utilidad práctica a la buena fe contractual, que no solo implica una interpretación del contenido del contrato, sino también en la fase de negociación, celebración y ejecución de las obligaciones.

Poco a poco vemos como evolucionaba el derecho natural a la luz de los cambios del ser humano, ya no tanto como un ser individual frente a Dios, sino como un ser social frente a la conducta individual, que en esencia debía ser orientada a los preceptos divinos, o cuando menos cristianos, y que a su vez otorgaban al ser humano la voluntad para actuar en cuanto fuera socialmente correcto. Larenz afirma (1942: 103): *“Aquel derecho natural es, por ende, universalista; este individualista; aquel descansa en la inordinación del hombre en un orden independiente de su voluntad; este, en el carácter absolutamente originario del individuo y de su voluntad en principio ilimitada”*.

Lo que apreciaba el autor era la libertad y autonomía de las personas que se iba a tornar pilar fundamental de la contratación civil, después de la revolución francesa de 1789, y teniendo como punto cumbre, la codificación francesa de 1804.

Hasta aquí, es factible establecer una valoración cualitativa del derecho natural respecto de una justicia contractual, para poder aprovechar sus concepciones jurídicas en la construcción teórica. Respondemos a la pregunta: ¿qué postulados establece el derecho natural respecto de la justicia contractual?

1. Respeto irrestricto a los contratos, convenios, compromisos o toda clase de acuerdos libremente pactados entre las partes, por considerarse de cumplimiento moral y correspondiente a un orden social justo.
2. Reparación del daño causado por una de las partes, por considerarse lesivo a los intereses de la otra parte, acto que el derecho natural no puede permitir, considerando la integridad del individuo.
3. Obediencia al mandato de la autoridad. El derecho natural ya no es más una serie de preceptos abstractos, sino por el contrario, estos preceptos deben ser reconocidos en el ordenamiento jurídico, de igual manera funciona el derecho contractual.

3.3. La justicia contractual en la escuela exegetica del derecho francés

La revolución francesa de 1789 fue el acontecimiento más grande de la historia ocurrido después de que Cristóbal Colón descubriese América en 1492. De hecho, ambos acontecimientos marcan un quiebre en las estructuras sociales, jurídicas, económicas, políticas, universales, entre otras; y delimitan el paso hacia la modernidad y contemporaneidad, respectivamente.

Como hito histórico la revolución francesa consagra en occidente los tres ideales en los cuales se funda su gesta: la libertad, la igualdad y la fraternidad.

Poco a poco literatos, filósofos, historiadores y juristas, fueron llenando de contenido estos valores supremos y ofreciendo desde diferentes perspectivas una connotación que impactaría en el tejido social y cambiaría el mundo para siempre.

En el campo de lo jurídico, se produce un hecho importante: La codificación civil, bajo la directriz de por aquél entonces, emperador de Francia, Napoleón Bonaparte³. El proceso obtuvo como resultado el Código Civil de Francia, y se replicó por todos los países de primer orden, quienes también realizaron procesos de codificación, que trajeran como resultado un Código que compendie de manera ordenada y sistematizada sus normas, sus costumbres y su cultura. Cabrillac (2009:66) menciona al respecto:

La Francia del Antiguo Régimen comprendía, en efecto, un derecho abundantemente fragmentado, en especial entre el derecho consuetudinario aplicable al norte y el derecho romano aplicable al sur del país. Esta fragmentación chocaba con la conciencia nacional que iba desarrollándose y suponía un freno para intercambios económicos.

Toda Francia celebró su Código, fue la máxima jurídica de aquel entonces, y los juristas tenían que emprender un rumbo metodológico sobre éste. El

³ Más tarde cuando Napoleón se encontraba exiliado en la isla Santa Elena dijo respecto al Código Civil, su famosa frase: *“Mi verdadera gloria no consiste en haber ganado cuarenta batallas: Waterloo borrará el recuerdo de tantas victorias; lo que no será borrado por nada, lo que vivirá eternamente, es mi Código Civil.”*

estudio, análisis y exposición del Código, daría el nacimiento a la escuela exegética francesa.

No nos detendremos a analizar el accionar de los exegetas y glosadores, porque no es la orientación del presente estudio, ni el método que usaremos para la construcción de la teoría contractual, pero lo que es importante, es detallar algunos puntos.

En primer lugar, debemos mencionar que los exegetas realizaban una interpretación literal del texto codificado. No había que realizarse un mayor análisis de lo establecido en la norma. Esto respondía a dos temas: El estudio que se había abordado para llegar a la ley y por supuesto, el carácter preponderante del Estado.

Recordemos que el Código Civil, se desarrolla históricamente con la idea de ser un producto sostenible, que pueda perdurar y aplicarse durante muchos siglos a lo largo del tiempo; neutral, que no implique un determinado contexto histórico, social o económico, por el contrario que sea aplicado constantemente sin perjuicio de la época, la geografía o la gente; y, científico, toda vez que sus normas se desarrollaron sobre la base de la conjunción de las ideas y teorías de los juristas y filósofos predominantes de la época. Esto explica por qué se tenía la idea de que la teoría del derecho civil – tanto doctrina como jurisprudencia – no era susceptible de un análisis mayor que el ofrecido por el texto normativo. López (2004: 136) precisa: *“La utilidad de la literatura jurídica así producida permaneció inmutable a través de distintitas épocas y países. (...) se suponía, por tanto, que, si un libro de doctrina comentaba el mismo cuerpo normativo, había una especie de continuidad profunda en sus convicciones iusteóricas.”*

En segundo lugar, se advierte que los juristas buscaban incesantemente la interpretación del legislador, lo que hoy conocemos con la famosa frase buscar *“el espíritu de la ley”*. Se creía que lo dispuesto en la norma era lo correcto mientras garantizase la libertad e igualdad de todos los hombres. Si se tenía este razonamiento no debería haber mayores interpretaciones, de lo contrario

serían erróneas e injustas. En este punto es interesante lo que desarrolla Legaz y Lacambra (1978:96):

En la duda sobre la intención del legislador, debe presumirse que han querido permanecer fieles a la legislación anterior, aunque sin perder de vista las innovaciones introducidas por el Código incluso sobre disposiciones anteriores que no haya modificado expresamente. En algunos casos cuando el precedente histórico no basta, se buscan también la comparación con textos análogos, los motivos de la ley y la apreciación de las consecuencias a que conduce su aplicación (...)

En tercer lugar, se niega el valor a la costumbre. Poco a poco la costumbre va perdiendo su preponderancia en el universo civilizado y se ve relegada a comunidades donde la concepción de derecho escrito o ley estatal, aún es primigenia. En este sentido, la escuela de la exégesis francesa coadyuvó a esta circunstancial causa.

En cuarto lugar, se presume que el Código Civil es un compendio completo, sistemático, coherente y estrictamente preciso. Todas las disposiciones del Código están contenidas de tal manera, que no son necesarias más ni mejores reglas o normas, sino que las dispuestas por el Código abarcan un conjunto completo de regulaciones hacia un conjunto diverso de situaciones en la vida civil de las personas, que deben ser estructuradas a la norma.⁴

Algunos autores podrán identificar más características y particularidades, otros menos puntos importantes. Nosotros hemos ofrecido una visión panorámica de los principales puntos clave de la escuela exegética francesa, que servirá para comprender la construcción de libertad (como valor en general) y libertad en el contrato, asimismo para construir una justificación acerca del anquilosamiento de los Códigos decimonónicos.

⁴ Es preciso señalar que de la revisión de la doctrina especializada en el tema se observa y expone a través de muchos autores la frase de Jean Joseph Bugnet, que menciona: "*No conozco el Derecho Civil, enseño el Código de Napoleón.*" O corresponde a la traducción: "*Yo no conozco el Derecho Civil, y no enseño más que el Código de Napoleón.*"

3.3.1. La libertad como sinónimo de realización del ser humano

La libertad, como bien mencionamos anteriormente, es pilar de la Revolución francesa, por ende, su contenido y desarrollo estuvo plasmado en diversos ámbitos del derecho, como el derecho mercantil, penal, comercial, civil, entre otros.

Debemos reconocer que esta concepción jurídica de libertad, también responde a concepciones políticas, y por supuesto, concepciones filosóficas de la época.

El ser humano ya no es más el ser humano esclavo de la edad medieval, ha desestructurado su permanencia en el Antiguo Régimen, y se ha acomodado en el Nuevo Régimen, reconocido por el Estado a través de la codificación, y la reunión sistemática de todos sus derechos a través de normas.

Esta libertad en el mundo contractual se plasmó a través de la autonomía de la voluntad, autonomía para generar actos jurídicos, relaciones contractuales y/o comerciales, y por supuesto para vincular jurídica y económicamente a las personas.

Por primera vez en su historia, la gran mayoría de personas podía determinar su carácter de regulación – o autorregulación – de actos frente a otras personas, a las cuales se les consideraba iguales. La autonomía de la voluntad se relacionaba íntimamente con la libertad, había una relación de simbiosis y pertenencia, por un lado, no solo correspondía a la potestad de celebrar contratos o actos jurídicos sino más específicamente, se tenía libertad para la autorregulación de los intereses propios frente a otros intereses, que opuestos o no, podían conjugarse de la mejor manera.

De esta manera, se plasmó en la codificación francesa la autonomía de la voluntad, Vidal (1989:51) la menciona como:

La causa eficiente y la fuente de todos los efectos jurídicos, debiendo la propia norma legal buscar el fundamento de su validez normativa en el consenso que le presten los individuos, quienes deben aceptar restringir sus libertades y autorizar al legislador a

dictar normas obligatorias para todos en la medida que estas favorezcan, por igual, al ejercicio de la libertad.

En el mismo sentido Schapp (1998:56) menciona:

las partes económicas mediante la celebración de contratos generadores de obligaciones se sitúan en una relación vinculante entre sí. Así es posible designar la libre elección con respecto a la pareja de un contrato de obligaciones y en referencia a la conformación del contrato obligatorio, como libertad contractual en sentido positivo. Puesto que las partes del contrato obligatorio se dan también en el contrato "ley" de sus acciones, este concepto de libertad contractual se expresará, significativamente por medio del concepto de autonomía privada. Se trata ahí de autonomía privada en el sentido de la diferencia de ambos conceptos de libertad.

El contrato se convirtió de esta manera, en el instrumento jurídico por excelencia de la teoría de la voluntad como concretización de la libertad e igualdad del ser humano.

Vega (2001:27) hace un apunte necesario:

(...) la libertad y la igualdad postuladas en el terreno político debía involucrar la igualdad económica y, por efecto mágico, la igualdad social y jurídica. En este contexto, el contrato, concebido en la filosofía de los iusnaturalistas como acuerdo de voluntades, paso a ser entendido como producto de la libertad y de la igualdad.

El contrato era justo, en tanto exista un equilibrio objetivo y subjetivo presupuesto en la norma y en las prestaciones a cargo de las partes, asimismo se debía tomar en cuenta que siempre tenía que lograr la circulación de la riqueza. Con estos preceptos, no había que intentar interpretar el contrato de manera más extensiva, simplemente era considerado justo *per se*.

Es peculiar demostrar que la libertad era equiparada - en la doctrina y normativa- con la igualdad; pero esta libertad partía del campo político y social

e impactaba en el campo jurídico y económico, además recordemos que guiaba las sendas del liberalismo alrededor de occidente.

La igualdad parte del campo político, pero no del campo social, porque las personas no son iguales entre sí, considerando la diferencia de religión, cultura, raza, clase social, economía, entre otros factores, aunque podemos convivir con una integración adecuada de estos factores; tampoco parte del campo jurídico, porque se reconoce a las personas iguales ante la Ley, pero no iguales como seres humanos; en este sentido es sumamente complejo lograr una plena identificación entre libertad e igualdad; pero nuestro análisis se torna más complejo, cuando pretendemos formular la idea de igualdad económica.

Entre las partes, ¿existe genuinamente una igualdad económica? Somos conscientes de que la respuesta es negativa, toda vez que no existen dos partes genuinamente iguales, siempre a lo largo de la historia nos encontramos con personas con una menor capacidad económica, así como con personas con mayor capacidad económica, en comparación a nosotros.

Hasta aquí, podemos comenzar a desarticular la idea de libertad como igualdad en la autonomía de la voluntad como fuente contractual. Observemos el cuadro, donde tabulamos lo explicado y posicionamos los derechos protegidos de las partes en una contratación

	LIBERTAD	IGUALDAD
POLÍTICA	Reivindicación histórica de la libertad ontológica del ser humano	Reivindicación histórica de la igualdad ontológica del ser humano.
SOCIAL/CULTURAL	Capacidad de vivir plenamente en sociedad. Forma social	Sumamente compleja. Se conciben variables de diversa índole como

	de vida.	religión, cultura, geografía, costumbres, entre otras.
JURÍDICA	Reconocimiento expreso en las Constituciones y Códigos.	Reconocimiento expreso en las Constituciones y Códigos, haciendo un apunte necesario: <i>“Las personas son solo iguales ante la Ley.”</i>
ECONÓMICA	Libertad inherente al tráfico comercial, mercantil, de bienes y servicios.	Desequilibrio económico constante entre las partes. ⁵

Concebida la idea de voluntad como fuerza generadora de contratos – por considerarse justa – la teoría de la autonomía de la voluntad desarrolla la idea de la paridad de las partes. Las partes son iguales en tanto pueden negociar y definir el contenido de su contrato y las cláusulas establecidas en él, esta facultad la conocemos hoy en día como libertad contractual.

Esto se concebía así, en tanto contrato mismo, se presumía la justicia sobre la base de la soberanía del hombre con el hombre, no importaba la capacidad de decisión, influencia, educación, riqueza, solo importaba la libre determinación de las partes, ni siquiera importaba si existía una desproporción, si era de libre decisión de las partes, era en definitiva justo.

⁵ Elaboración propia.

3.4. La justicia contractual en la escuela histórica

La escuela histórica fue la primera respuesta alemana al incontrastable derecho francés. Si el derecho francés a través de la exégesis reconocía el derecho natural mediante sus normas positivas, el derecho alemán a través de la historicidad criticaba la rigidez y desestructuraba cualquier intento de realización de derecho estático.

La escuela histórica es un primer avance para acercar el derecho a la sociedad, a la realidad, a la gente; pero mejor aún, no solo la sociedad en un determinado espacio y tiempo histórico, sino su evolución a través de distintos fenómenos que permiten conocer la realidad tal como debe ser entendida, y, por ende, permiten reflexionar los contenidos jurídicos con una visión más amplia y general. Moisset de Espanés (1992:1363) precisa: *“se advertirá entonces que la Ley no encierra toda la realidad social...; se revalorizarán otras fuentes del derecho que habían sido descuidadas...; se comprenderá que la lógica formal no es aplicable a los problemas de la vida... ¡”*

Se produce un necesario análisis de los hechos y acontecimientos que impactaron en la producción de normas, y en la interpretación de las mismas. De tal manera que, el derecho a través de la escuela histórica es un producto de antecedentes y una sucesión de hechos, que constituye un método particular y reconocido por estudiosos para contextualizar la norma en la actualidad, pero sobre todo para entenderla.

De nuestro lado es un desafío sistematizar el derecho a una realidad sólida y nos ofrece la posibilidad de desarrollar un derecho contractual civil y de consumo, sostenible, moderno y útil para nuestra sociedad, que responda a nuestras necesidades, perspectivas y expectativas sobre la contratación.

Hernández-Gil (1945:71;81) menciona que los postulados generales de la escuela histórica son el empirismo, toda vez que el conocimiento se deriva de la experiencia; el determinismo, todo conocimiento tiene una causa, todo acto humano – como el derecho – tiene un acto antecesor; y, el relativismo, el derecho está para producirse, hacerse y rehacerse, sometido a mutaciones y fenómenos de la vida. También precisa que todas las artes del derecho están

en relación con algunos principios, básicos; descubrirlos, fijar su esencia y sus afinidades, deducir de ellos reglas y aplicarlos, es otorgarle el carácter científico pretendido.

Por otro lado, un factor fundamental de la escuela histórica, es su carácter y visión colectiva. El derecho ya no se concibe únicamente como derecho individual, sino como derecho de un colectivo, de un pueblo, de una sociedad; es decir, sin dejar de lado al ser humano como centro y pilar del derecho, se observa ahora a la persona dentro de un marco en conjunto. La persona en relación a otras personas, sus objetivos en pro de una sociedad y su manera de evolucionar en el marco de un ser inherentemente social.

La visión historicista no observa más al hombre en un sentido antihistórico e individualista, propio de las escuelas del derecho natural y exegética; sino por el contrario al hombre como protagonista auténtico de la historia. El derecho es una realidad histórica. El derecho no es solo una creación divina, tampoco es una creación meramente legal, el derecho es producto de una historia, del pueblo, es en sí, una realidad social, y solo esta última, pueda ser justificante para una investigación propia, científica y justa. Savigny (1908: 13) lo desarrolla de la siguiente manera:

Es necesario considerar a cada individuo, al mismo tiempo que como tal, como miembro de una familia, de un pueblo, de un Estado. Cada período de la historia de un pueblo como la continuación y desarrollo de las edades pasadas. Cualquier otra concepción es por lo mismo parcial, y cuando se quiere llevar a la vida, falsa y perniciosa.

Otro aspecto importante, que se revaloriza con la escuela histórica es la costumbre como fuente del derecho. Como lo habíamos mencionado anteriormente, la escuela exegética había negado el valor a la costumbre; *contrario sensu*, el derecho a través del método histórico se crea por las costumbres y creencias populares, tiene una raíz primigenia en la vida de la sociedad y la cultura.

Como hemos observado, un derecho que se forja más allá de las normas, busca la justicia más allá de estas, de esta manera, la justicia a la luz de la escuela histórica es una conjunción de ideales en un determinado tiempo y espacio, ya no interesa lo que era justo antes o será justo después, interesa lo que es justo en el tiempo en que se vive, en una determinada realidad.

La materia del derecho está dada por todo el pasado de la nación; pero no de una manera arbitraria y de tal modo que pudiera ser ésta o la otra accidentalmente, sino como procediendo de la íntima esencia de la nación misma y de su historia. Después, cada tiempo deberá encaminar su actividad a examinar, rejuvenecer y mantener fresca esta materia nacida por obra de una necesidad interna. (Savigny, 1908, pág. 16).

El derecho en gran medida es proyección de una conciencia nacional, histórica y geográficamente delimitada, pero también, es válido argumentar que es una proyección de conciencias individuales, y, por otra parte, que cada individuo como portador de virtudes morales, encarna la virtud de la justicia, superior a toda idea de tiempo y espacio. (Hernández-Gil, 1945, pág. 94).

Es por ello, que las instituciones del derecho – entre ellas el contrato – son justas en la medida que se ajusten a los cánones consagrados y a las mutaciones propias de los fenómenos de la realidad.

Estas instituciones son propias del individuo, pero de un individuo entorno a una comunidad, el derecho es parte de la comunidad, en un tiempo y espacio histórico, si se busca un derecho o un contrato justo y equitativo, es porque la comunidad pretende encontrar la justicia, en tal sentido es el hombre mismo quien persigue esa justicia, y es *per se*, un ser justo.

Toda la comunidad busca la justicia antes que el derecho, porque el hombre busca la justicia como ser humano, como busca crecer, desarrollarse, amar, también busca la justicia, por eso, afirmamos que es en un primer sentido justo, por el solo hecho de aspirar a la justicia, de perseguirla y anhelarla.

Es por esto también, que el derecho como creación del ser humano tiene como máxima la justicia, nosotros creemos que la escuela histórica constituye la

primera escuela que pretendió sobre bases fundamentadas, construir un acercamiento más nítido a la justicia, ¿qué mejor justicia que la creación de un ideal de una sociedad particular aplicable consuetudinariamente a personas unidas por generalidades semejantes y comuniones propias de su sociedad?

Esta noción de justicia que deriva de una colectividad sobre la noción histórica de la sociedad, también fue trasladada a la relación contractual.

Habíamos mencionado que la libertad contractual, se sustentaba sobre el principio de la autonomía de la voluntad del Código Civil francés, por el cual el orden público se encontraba bajo el supuesto de la voluntad individual de las personas. A raíz de la escuela histórica podemos observar que esa voluntad, sin ser limitada plenamente por un Estado policía, podía ser limitada por un orden público establecido y sólido, fundado sobre la base de las concepciones tradicionales de una sociedad determinada.

La voluntad del legislador, que, anteriormente no interfería en la voluntad de las partes, se encontraba tutelada por un Estado que, por primera vez, podía plasmar el bien común y cumplir esta función respecto de los ciudadanos.

Una expresión normativa de lo anteriormente explicado la encontramos en el Código Alemán de 1900, donde la autonomía privada no es ilimitada, pues no es el único principio jurídico sobre el que se basa la normativa de las relaciones privadas, ya que niega la validez de los contratos y otros negocios jurídicos cuando su contenido infringe una prohibición legal o es contrario a las buenas costumbres. (Vidal, 1989, pág. 52).

Los primeros vestigios sobre los límites a la libertad contractual y el principio de autonomía de la voluntad como pilares para la generación de contratos y fuentes de las obligaciones, se comienzan a plasmar a la luz de la escuela histórica. En definitiva, el orden público y las buenas costumbres, a pesar de sus divergencias y su construcción jurídica como instituciones del derecho, han perdurado hasta el día de hoy y han sido sendos paradigmas, por los cuales evitamos el abuso del derecho hacia las partes más débiles de cualquier relación jurídica.

Se abre paso a la eterna confrontación entre la autonomía de la voluntad y el orden público, y este punto es importantísimo, toda vez que se comienza a conjugar de manera precisa y contundente, la integración del ordenamiento jurídico entre las normas meramente dispositivas – contractuales por excelencia –y las normas imperativas, como límite de las primeras.

A lo largo del presente capítulo, observaremos el mismo fenómeno en la contratación de consumo, donde claramente el *ius imperium* del Estado, protegiendo a la parte más débil, establece disposiciones de carácter público a un contrato privado, una amalgama de coexistencia que, si bien no es pacífica, es necesaria, en aras de mantener una integridad y sistema jurídico que tenga como paradigma los intereses públicos, las expectativas personales y la justicia en el mismo contrato.

3.5. La justicia contractual en la escuela dogmática

Desde la escuela dogmática se puede estudiar el método positivista y formalista. Para abordar este estudio es necesario ofrecer alcances preliminares para una correcta comprensión, y mejor aprovechamiento de las herramientas y pautas que nos otorga esta escuela.

El positivismo tiene como finalidad la integración y sistematización de los materiales que componen el derecho, de sus instituciones, sus principios, sus valores, entre otros; todos estos materiales no pueden entrar en discusión ni en contraposición, solo se deben entender y analizar, para lograr un sistema coherente y sólido. A esto último apunta también el dogmatismo, en la medida que se pueda establecer una lógica jurídica entre todas las instituciones del derecho. Hernández-Gil (1945:104) menciona que: “los *dogmas son los conceptos que se obtienen, mediante un proceso de generalización y abstracción, de la experiencia jurídica.*” Así todo dogma o concepto jurídico, que se encuentre en la norma, tiene un correlato en la realidad y una forma ideal del “*deber ser*”.

Lo importante es comenzar a buscar todas las posibles situaciones en la que se pueden encontrar las personas respecto de las instituciones, todo lo común, lo general y lo que resulte necesario, debe ser correctamente sistematizado y materializado en una proposición que construya un concepto para una determinada institución jurídica, que comprenda una conexión lógica.

Esta conexión lógica se convierte en fundamentación de validez normativa y el proceso entero se mueve en un círculo cerrado: los principios superiores son inferidos de las proposiciones jurídicas y todo lo que se halla implícito en ellos es tenido a la vez, como consecuencia dotada de validez jurídica. (González, 1961, pág. 70).

Así, debemos encontrar una correcta definición para todas aquellas definiciones propuestas en el marco teórico de nuestra tesis, pero no sólo es definir sobre la doctrina existente, sino construir definiciones de acuerdo al método, que serán finalmente expuestas en la propuesta normativa. La identificación de los elementos resulta importante, cualquier institución debe contar cuanto menos de los siguientes elementos: el sujeto, el objeto, el contenido, el efecto y la acción. Conjugar estos elementos implica una tarea constructivista que hemos de realizar.

La construcción jurídica por medio de los instrumentos que nos ofrece la escuela dogmática es sin lugar a dudas útil, sin embargo, debemos tener en cuenta que no podemos quedarnos, ni establecer nuevos dogmas, de un juego meramente lógico, toda vez que el derecho, en principio, es una ciencia social, por ende, los factores sociales e interdisciplinarios, juegan un rol importante. Legaz y Lacambra (1978:113) desarrolla un claro ejemplo, de manera que si nos avocamos a una sistematización meramente lógica podemos reducir nuestros conceptos a la abstracción y olvidarnos del campo fáctico:

Sobre la monografía de Windscheid⁶, el punto de partida es la interpretación del contenido en la declaración de voluntad en el

⁶ Bernhard Windscheid fue un jurista de la escuela pandectística de Alemania. Uno de los codificadores del Código Civil de Alemania de 1900, conocido por su teoría sobre la lógica del derecho, entre la que destaca la aseveración del contenido de los conceptos implícitos en las proposiciones que se observan en las instituciones jurídicas, las cuales, al ser estudiadas,

derecho. La voluntad se declara porque el declarante cree con seguridad en la aparición o la existencia de la circunstancia presupuesta. Pero si la presunción falla a posteriori, la voluntad que, no obstante, “declarada” y el declarante posee una pretensión frente al que, por esa declaración, recibió algo de él. La personalidad del hombre, es así reducida a un puro sujeto de voluntad; pero el querer no está en el sentido teleológico de la acción sino en el contenido conceptual de una representación. Este individualismo abstracto solo fue posible por el aislamiento radical del mundo jurídico. En el puro espacio de las relaciones jurídicas reducidas a su sentido lógico (...).

La tarea no solo se agota en construir y ofrecer una lógica jurídica a las instituciones sino, sistematizarlas. La sistematización transforma el derecho, lo cambia, pero también cambia la percepción de las personas y de su manera de sentir, observar y aplicar el derecho, es por ello, que sistematizar también es crear, porque todo lo que es nuevo, está dotado de “vida”.

Todo lo comprendido nos llevará o se aproximará a un resultado exacto, pero como bien hemos visto a través del ejemplo precitado, no siempre lo exacto involucra justicia, entendida en el sentido amplio, y también justicia en las relaciones interpersonales y contractuales.

La actividad de emprender una correcta sistematización y construcción jurídica, tiene que realizarse en la comunidad, el derecho es una ciencia con un contenido moral y social, y principalmente humano. Un derecho de parámetros lógicos no es derecho, o lo es de manera deficiente o insuficiente para la amplitud de la sociedad.

La actividad jurídica no tiene otro fin que ponerse al servicio del hombre, darle lo mejor a la sociedad, salvaguardar los sueños, valores, perspectivas, expectativas personales y colectivas, y conducir al hombre, a través de las normas, hacia un mundo mejor para todos. Aquí también reside la justicia, dado su carácter universal.

permiten una mayor comprensión del derecho y le otorgan seguridad en su aplicación por los operadores jurídicos y jueces.

Las normas jurídicas tienen un sustrato, un prisma social, un supuesto fáctico que se extrae de la realidad, para a través de un método, lograr una realidad regulada, una realidad ordenada. De tal suerte, que el derecho se expondría como una antonimia *per se*, porque es una ciencia de carácter social estudiada, analizada, regida, construida sobre la base de matrices lógicas, de ciencias duras.

Las teorías, instituciones y el derecho mismo, deben interpretarse y construirse a la luz del acontecer social, la pregunta inicial es: ¿qué necesitamos hoy en día?; la crítica es: ¿realmente es importante? La crítica es fundamental, logra ofrecer el avance que el tiempo y el derecho necesita, toda vez que el tiempo sin creación, no es tiempo; es como dormir en una cápsula de conservación, porque el derecho está ahí para despertarnos y decirnos que las cosas han cambiado, y como todo, también es necesario una revisión del sistema jurídico, más aún, si este sistema tiene bases jurídicas y dogmáticas provenientes de situaciones que, al día de hoy, ya no existen.

La teoría desempeña al mismo tiempo un contenido dogmático y práctico, porque el verdadero sistema de derecho, solo puede lograrse a través de la integración y comprensión de conceptos.

En esa misma línea diversos autores comienzan a ver más a allá del derecho factor social y comienza a impregnarse también la ciencia económica y la política, Messineo (1942: 5-6) menciona:

El derecho objetivo es “formal”; es forma en ese sentido: que convierte mandatos o prohibiciones la materia sobre que opera. Pero esta materia (o contenido, o substancia o “substratum”) viene al Derecho exterior y está constituida por las relaciones económicas, políticas, éticas (en una palabra, sociales), que el derecho se encarga de disciplinar; por tanto, esta materia, si bien recibe la impronta jurídica, no deja de ser materia por sí extrajurídica (...)

Por lo expuesto, la justicia para la escuela dogmática no solo es una construcción lógica, pero si a través de construcciones lógicas jurídicas se

puede alcanzar y aspirar a un derecho justo; a su vez el mundo de las relaciones contractuales, no sufrió mayores cambios, por el contrario, se afianzó el principio de autonomía de la voluntad plasmado a través del negocio jurídico en el Código Civil alemán, con las prerrogativas de orden público y buenas costumbres que mencionamos con anterioridad.

3.5.1. La teoría pura del derecho de Hans Kelsen

No existe otro jurista más representativo sobre el positivismo, que Han Kelsen y su teoría pura del derecho. ¿Cuál es el sustrato de esta teoría? Se denomina “pura” porque comprende solo el derecho, eliminando de ese conocimiento todo lo que sea moral, política, sociología, psicología o teología, para considerar un objeto como es y no como debe ser, sin incursionar en ninguna ideología ni tampoco en el problema de la justicia que constituye un “ideal racional”. (Alzamora, 1987, pág. 336; Rubio, 2014, pág.319).

Kelsen (2008) menciona que, si el derecho natural pretende deducir las normas del derecho justo, entonces ha de preguntarse ¿qué debe suceder? evidenciando que “algo sucede”. Así justifica, que el derecho natural pretende inferir un deber ser de un ser, una norma de un hecho, lo cual resultaría, bajo su concepción, lógicamente imposible. El deber ser y el ser son dos categorías que no se dejan reducir mutuamente, de tal manera que a la primera le corresponderá normas prescriptivas, mientras que a la segunda le corresponderá, simplemente normas descriptivas, porque lo que existe, simplemente es. (pág. 184,185.)

La teoría de Kelsen también separa la naturaleza de los conceptos entre norma moral y norma jurídica; derecho objetivo y derecho subjetivo; y eventualmente, entre derecho público y derecho privado. De hecho, considera a la norma como el concepto central de la ciencia jurídica que postula, pero no una norma de manera aislada con diversas interpretaciones independientes y disímiles, sino por el contrario, considera únicamente a las normas dentro de un ordenamiento jurídico que responde a una estructura

jerarquizada y he aquí la primigenia naturaleza de la tan conocida pirámide de Kelsen.

De esta manera, podemos comprender que el orden jurídico está constituido por preceptos subordinados unos a otros que forman una verdadera pirámide, según la conocida imagen kelseniana. Cada norma se halla subordinada a la superior inmediata y es subordinante de la inferior; con relación a su subordinante es una forma de aplicación de ella; con relación a su subordinada, le señala sus límites y define su proceso de creación. La norma fundamental, subordinante de todas las demás, es la constitucional; están subordinadas a ella las normas ordinarias, a estas las reglamentarias y, finalmente, ocupan el grado inferior las individuales. (Alzamora, 1987, pág.117,118).

Aquí encontramos el gran aporte de esta teoría, que será de utilidad para sistematizar nuestros conceptos de manera coherente; la aplicación y concepción del derecho tanto contractual como de consumidor, tiene que estudiarse de tal manera que, cada norma significa una aplicación indirecta de la norma que le precede en la jerarquía de la pirámide, pero no sólo queda aquí, sino que es a su vez una fuente directa de interpretación y aplicación de la norma que le sigue.

Otro aporte, es el señalado por Rubio (2014) quien menciona que Kelsen identifica el Estado con el derecho, mostrándolos como dos caras de la misma moneda, en situación de complementariedad y simbiosis, asimismo establece que mientras el primero siga evolucionando y consolidándose, entonces el segundo seguirá la misma línea. El método del positivismo jurídico consiste, precisamente en haber conciliado una teoría del Estado y una teoría del derecho interrelacionadas y apoyadas entre sí con autonomía de otras disciplinas. (pág. 321).

Lo expresado, si bien constituye hasta el día de hoy un gran aporte, también creemos que constituye una gran crítica; la pregunta es: ¿si el derecho es construido sobre una perfecta base esquemática y jerarquizada, es suficiente para aceptar su validez y legitimidad, y ser obedecido a cabalidad?

En definitiva, la respuesta es negativa. Si bien lograr una perfección respecto de la propia ciencia jurídica y de la estructura de las normas es una labor reconocida históricamente, el derecho no puede agotarse en la simplicidad de las normas, que solo son una arista respecto de la concepción integral del derecho mismo, un elemento integrador y práctico, pero que no completa su esencia.

Como lo habíamos señalado con anterioridad, el derecho tiene intrínseco el valor y la virtud de la justicia, conjunción mayor a la Constitución y las mismas leyes, que cual creación humana es imperfecta, cual imperfección necesita una constante renovación, cambio, reforma y hasta revolución con el devenir de la situaciones fácticas y jurídicas, de tal manera que responda al ideal de justicia de una determinada sociedad pero por sobre todo a sus necesidades, que cambiantes o no son derrotero de un progreso constante.

Por más perfección en el estudio del derecho positivo, no podemos prescindir de los principios fundamentales que prevalecen al texto normativo, las normas no solo necesitan ser sistematizadas y recopiladas, sino también analizadas, valoradas y apreciadas a la luz de los fenómenos de la vida social, los cuales no se producen con una secuencia lógica exacta e inmutable, sino por el contrario son una conjunción de diversas situaciones, que a su vez están sincretizadas en una norma.

Ahora bien, si Kelsen entendía que la teoría pura del derecho, prescribía todo fenómeno social, psicológico e incluso, económico, a su vez, debía apartarse de toda interpretación y juicio de valor ético o moral, ¿la ciencia jurídica que propugnaba tenía como fin supremo la justicia? Kelsen (2008: 198) nos responde:

Una doctrina positivista del derecho no pretende desempeñar ninguna función reformadora o conservadora. Con tal pretensión ella se excedería de su competencia como ciencia del derecho y se convertiría en un instrumento de la política. Como ciencia solo puede descubrir su objeto sin estar influenciada por el interés político; no puede prescribir nada, no puede servir a otro interés que el de la

verdad. La autoridad que crea el derecho y que, por lo tanto, busca mantenerlo, puede plantearse la pregunta si le es útil una ciencia tal, y también las fuerzas que quieren resistir un orden existente y quieren reemplazarlo por otro tenido por mejor, pueden no saber qué hacer con tal ciencia. Una ciencia del derecho no puede, sin embargo, preocuparse por ninguna de ellas.

Para Kelsen el fin de la ciencia respondía a la verdad, una verdad intelectual sobre el derecho que el teorizaba, como tal, afirmamos que ese derecho no es tan puro, porque la verdad no es tan absoluta como se pensase, y también, como cualquier valor social o virtud personal, responde a peculiaridades cronológicas, geográficas y culturales, de tal manera que el derecho no es una ciencia pura, y la verdadera utilidad de una ciencia pura, radica en que busca perfeccionar constantemente el ordenamiento jurídico, ordenándolo, explicándolo y aclarándolo.

Finalmente, para nuestra tesis, los aportes rescatados de la teoría pura del derecho son valiosos, en cuanto a los fines que hemos expuesto en el párrafo anterior, por consiguiente, más de ello no podremos aplicar, no solo porque diferimos ideológicamente de un derecho puro, sino porque creemos que sería excesivamente formalista y poco práctico.

3.6. La justicia contractual en la sociología del Derecho de Rudolf von Ihering

Rudolf von Ihering fue un crítico de la lógica formal impuesta en menor o mayor medida por el positivismo jurídico, desarraigando las concepciones del derecho y la justicia de lo meramente formal y lógico, y atendiendo un análisis más complejo y amplio, a través de las vinculaciones sociales del derecho, utilizando material sociológico para construir nuevas teorías.

En este sentido, Ihering nos menciona que la realidad es la que garantiza el texto, de la ley o de cualquier otra formulación del derecho, como verdadero derecho; por lo que ella es el único medio seguro para el conocimiento del

mismo. Ningún código, ninguna exposición teórica del conjunto del derecho puede comprenderse sin el conocimiento de las circunstancias reales del pueblo y de la época a la que corresponden. Sólo la vida misma tiene una respuesta a las cuestiones de por qué se han dado las normas, de qué deben ser éstas, de cómo la vida interfiere con ellas o las refuerza, etc. (Rodríguez, 1987, pág. 252)

En este sentido, realiza una severa crítica a la teoría voluntarista, más aún a la concepción voluntarista de la posesión, desarrollando una teoría del interés jurídico y humano, de tal manera que no tiene derecho el que puede querer, sino el que puede aprovechar. Los derechos no existen para la realización de la idea de la voluntad jurídica abstracta, sino para garantizar los intereses de la vida, ayudar a sus necesidades, realizar sus fines. La doctrina voluntarista conduce al suicidio de la libertad y al triunfo de la servidumbre y la tiranía: impone la validez incondicional de cualquier convención que implique una restricción para alguna de las partes. (Legaz y Lacambra, 1978, pág. 139).

De esta manera, la crítica de Ihering constituye un nuevo paradigma del derecho, comprendiendo que las relaciones jurídicas abusivas, contrarias a los fines del derecho y las necesidades e intereses de las personas, que convienen, se obligan o contratan, son contrarias a la idea misma del derecho, y a la justicia contractual, pese al dogma de la voluntad de las partes. Si a través de las relaciones jurídicas las partes no pueden encontrarse en una situación de utilidad y ganancia para ambas, entonces esa relación no es justa, y es contraria a derecho.

Sin embargo, debemos detenernos a reflexionar en este punto, toda vez que ¿cuál es el motor de las personas para conseguir sus máximos beneficios? Históricamente el progreso personal ha estado ligado a sentimientos egoístas y personales, en este sentido, las corrientes filosóficas y políticas individualistas, afianzaron estas concepciones en las sociedades, de tal manera que impactaron a todas sus instituciones jurídicas, entre ellas, el contrato.

Lo que se busca a través de una justicia contractual, es transformar ese egoísmo, desde sus formas más ruines y bajas hacia las más grandiosas y elevadas, desde las que miran sólo a la utilidad inmediata y de un solo individuo a las que persiguen la utilidad a largo plazo y de toda la nación. (Rodríguez, 1987, pág. 254)

En la medida en que un pueblo experimenta la necesidad de la justicia, es decir, de un trato uniforme, sentirá el impulso a liberarse del azar de la justicia meramente individual, a sacar cada vez más la justicia de la esfera de la opinión subjetiva, el medio para esto es el derecho. (Ihering, 2011, pág. 322).

Otro aporte, que consideramos importante para nuestra investigación se encuentra plasmado en *La Lucha del Derecho*, desarrollando al derecho como producto de una lucha constante y turbulenta a través de los tiempos y de los fenómenos sociales, que determinan en última instancia la vigencia y comprensión interdisciplinaria del mismo. Ihering (1881:6-8) menciona:

La finalidad del derecho es la paz, el medio para ello es la lucha. En tanto que el derecho tenga que estar preparado contra el ataque por parte de la injusticia -y esto durará mientras exista el mundo- no le será ahorrada la lucha. La vida del derecho es lucha, una lucha de los pueblos, del poder del Estado, de los estamentos o clases, de los individuos. (...)

Todas las grandes conquistas que la historia del derecho tiene que señalar: la supresión de la esclavitud, de la servidumbre, la libertad de la propiedad de la tierra, de la industria, de la creencia, etc., han tenido que ser logradas tan sólo por ese camino de la lucha más violenta, continuada a menudo durante siglos, y no raramente con torrentes de sangre, pero en todas partes derechas pisoteadas marcan el camino que ha tenido que seguir el derecho en ella.

A todo ello, Ihering añade un postulado mayor, la idea de defensa de los intereses privados de las personas ante las arbitrariedades de otras personas, así como sus más íntimas necesidades ligadas a un derecho subjetivo

personal, y a su vez este último ligado a través del valor de la solidaridad social entre un derecho objetivo.

Es decir, que, según la primera parte de la argumentación, el que lesiona un derecho lesiona al mismo tiempo la personalidad de su titular: y, según la segunda, también, el orden jurídico en general (junto con el derecho subjetivo). Ahora bien, el del derecho (en sentido objetivo) no es el único, ni siquiera el supremo valor del mundo: hay casos en que permitir una lesión del orden jurídico puede estar justificado y ser honroso. (Rodríguez, 1987, pág. 254; Ihering, 1881, pág. 13).

De esta manera, todo aquello, que atenta contra la justicia, así sea tenga un ropaje jurídico, entendido como legal, merece una defensa del interés personal protegido, entendido como derecho subjetivo. En ese mismo, sentido, podemos observar y proyectar, como desde estas concepciones de derecho y justicia, se plasmaba la idea de arbitrariedad legal y defensa de los derechos constituidos en aras de la permanencia constante de la justicia.

Todo ello se puede trasladar a la idea actual de justicia, y más aún de justicia contractual, entendida como el pilar de las contrataciones contemporáneas, donde la intervención del Estado en aras de proteger los derechos de la parte más débil de una relación contractual, puede intervenir en los contratos y específicamente, en los contratos de consumo.

De esta manera, el Estado no solo defiende los intereses de las partes, sino defiende a las personas en cuanto su concepción ontológica, y les ofrece toda clase de mecanismos para defender sus derechos contra quien pretende abusar, resquebrajar o violar, sea quien fuere, no solo por su propio derecho, sino por su propio deber.

En este sentido, el Estado interviene en la contratación hoy en día, a través del despliegue de recursos administrativos y judiciales para corregir los defectos de aquel contrato nacido genuinamente; teniendo como fundamento la autonomía de la voluntad, pero que puede producir desigualdad económica y social. Así, el contrato salta de su terreno pacífico en el campo del derecho privado para cuajarse progresivamente en otro terreno imperativo de naturaleza pública.

El carácter imperativo del orden público, buenas costumbres y formalidad de determinados contratos tampoco es suficiente a tal punto que se desarrolla un derecho de protección, en razón, que ha quedado demostrado que el individuo contratante no es el que mejor protege sus propios derechos e intereses (aunque las teorías más económicas y eficientistas pretendan hacernos creer lo contrario). Esta desprotección proviene de una debilidad que, a su vez, proviene de una obligatoriedad de contratar en razón a necesidades, publicidad engañosa, desinformación, inexperiencia, incumplimiento de deberes de conducta en las tratativas y habitualidad en la contratación. Así, si no existe un control adecuado y oportuno sobre lo que las partes contratan, el contrato se convertirá en un mecanismo que coadyuvará al desorden social y a la injusticia; dejando de ser útil para el progreso y desarrollo de la sociedad y los intereses generales. (Flores, 2018)

Finalmente, solo así se entiende la idea de justicia en un Estado moderno, a través de un Derecho, entendido como la forma de aseguramiento de las condiciones de vida de la sociedad, creado por el poder coactivo del Estado. (Ihering, 1881, pág. 15).

3.7. La justicia contractual en la contratación moderna

Hemos visto a lo largo de los subcapítulos antecesores la noción o idea de justicia contractual que hemos identificado sobre la base de las diferentes y principales escuelas del derecho, de tal manera que podamos enfocarnos no solo en una concepción jurídica y normativa del contrato civil y de consumo, sino por el contrario, por añadidura, realizar un breve análisis y estudio filosófico que permita comprender con mayor facilidad el devenir histórico de la idea de justicia contractual hasta la actualidad.

En este punto, no buscaremos desarrollar una teoría de la justicia para los contratos o una nueva teoría de justicia para la teoría general del contrato, sino, desarrollar un conjunto de perspectivas sobre la justicia contractual que sirvan de base para entender, si y solo así, la justicia en los contratos de consumo, y en extenso, la justicia que debe regir en todos los contratos en la actualidad.

Creemos que otras nociones de justicia contractual que se aparte de la propuesta, si bien pudieran aumentar el andamiaje jurídico y científico de la presente investigación, fortaleciéndola con una crítica, también sería contracorriente de la verdadera concepción de los contratos en la actualidad.

3.7.1. Nociones preliminares sobre la justicia contractual moderna

La insuficiencia de la doctrina clásica del contrato para cautelar y hacer efectiva la relación de simetría contractual, derivó en la inmediata observación que el contrato podría fácilmente convertirse en instrumento de opresión y de ventajas impropias hacia determinadas partes dominantes, por sobre otras partes.

Desde las crisis económicas que vivió Alemania posterior a las guerras mundiales, hasta el olvido absoluto que significó la teoría de la autonomía de la voluntad de las partes y el reconocimiento de la justicia como declaración de voluntad y la percepción a ultranza de una igualdad y libertad únicamente teórica⁷; el advenimiento del siglo XX trajo consigo muchas preguntas sobre la justicia, la cual debería regir y estar acorde con lo que se suscitaba en las contrataciones, es decir, en la realidad de cada uno de los contratos que realizaban las personas en una sociedad.

El enfoque de justicia contractual postulaba hasta ese momento, según Caro (2014:98):

- 1) que existe igualdad entre las partes, 2°) que la justicia del contrato existe en la medida que ha sido negociado, 3°) que los contratos son discretos (en el sentido de instantáneos, existiendo una posición de separación entre las partes sin que tras el acuerdo exista – o sea relevante – un desarrollo posterior del contrato) y 4°) que los contratantes solo actúan movidos por su propio interés.

⁷ En efecto, el contrato como una institución, mecanismo o instrumento social, económico o jurídico, es tan amplio y útil, que limitarlo a la simple teoría de la voluntad, es resquebrajarlo y limitarlo conscientemente, disminuyendo su potencial valor y evidenciando, *per se*, una injusticia sobre el mismo contrato y sus contratantes.

En definitiva, nos podemos sentir ajenos a estas concepciones que solo se encuentran refugiadas en Códigos decimonónicos, y que, sin embargo, han sido óbice de diversas críticas. Desde luego, esa supuesta igualdad y capacidad de negociación de las partes, se ha visto en la actualidad muy limitada y resquebrajada, de manera, que se puede afirmar con sustento teórico y fáctico, que la existencia de esos postulados corre peligro.

Quizá, una crítica más exhaustiva, es la que observamos respecto a la amplitud de ese contrato, bajo esos supuestos, el contrato se encuentra descontextualizado y no se preocupa ni de la relación contractual *ex post* celebración, ni del contenido duradero o sostenible de lo que se suscribe entre las partes.

En resumen, promovemos una relación contractual que reivindique los valores sociales y humanitarios, en la medida que puedan ser de gran utilidad para fines comunes de progreso tanto personal como comunitario. En este sentido comprendemos la justicia contractual en el marco de los valores de solidaridad y reciprocidad; reciprocidad – obtener algo en respuesta a dar algo – reduce la tensión en una criatura que es a la vez individual y social, en tanto que la solidaridad permite la proyección de la reciprocidad en el tiempo. (Caro, 2014, pág. 103).⁸

Todo contrato, y más aún, las relaciones contractuales, deben estudiarse, analizarse y comprenderse desde la primigenia perspectiva de estos valores sociales, y en este término debemos percatarnos, que no solo se circunscriben a la intervención del Estado en el contrato a través de la regulación del mismo, sino en la propia naturaleza de las relaciones humanas, y aquí se encuentra el nivel de este aporte, en desarrollar y entender una justicia contractual sobre la base de la doctrina humanista, en relación al patrimonio y la obligación que conlleva un contrato, y no de otra forma. Esta visión de justicia contractual, es

⁸ Todo contrato tiene que armonizarse con su matriz social, con su raigambre con la sociedad; como instrumento e institución histórica y paradigmática del individualismo, también lo ha sido – siendo imposible negarlo – una institución jurídica y económica que ha servido para el inminente desarrollo de la humanidad a lo largo del tiempo. El intercambio a cualquier escala, como factor económico, constituye un pilar del progreso del derecho y del hombre, es por ello, que no sería muy útil ni trascendente – desde nuestro punto de vista- preguntarnos ¿que sería del mundo y la sociedad sin los contratos?

evidente que tiene dimensiones y un sustrato humanista, en tal sentido tiende a favorecer teorías propias y símiles, incluso humanitarias.

Así, comprendemos que el derecho no solo es considerado tradicionalmente como un mecanismo de solución de conflictos, conjunto de normas, un aparato regulador, un ordenador de conductas y/o un preciso manual para ejercer la actividad sancionadora del Estado (Alzamora, 1987, pág. 25-27; Zolezzi, 2012, pág. 20); sino que también debe ser considerado como un medio para realizar y construir expectativas, que deberán ser materializadas a través de la genuina satisfacción de las necesidades humanas, necesidades que desde un primer momento se suscitan cuando el ser humano acude al mercado a satisfacerlas, generando consigo un sinnúmero de contratos.

3.7.2. La justicia contractual en el marco de la contratación del siglo XXI

En el mundo en el que vivimos, el contrato establecido en muchos de los Códigos del mundo, ha perdido mucha práctica mercantil y económica. Actualmente, estamos en la era de la masificación del contrato, este fenómeno ha provocado una despersonalización, maquinización y tecnificación de las relaciones contractuales. Todo ello ha conducido a que se pueda hablar de una nueva teoría general del contrato.

En correlato con ello, es preciso determinar y desarrollar una justicia contractual acorde con la realidad, que complemente los valores propuestos anteriormente y que sustente determinados principios contractuales de la contratación de consumo.

La justicia contractual, desde nuestra perspectiva personal debe ser desarrollada bajo ciertos presupuestos inalterables que sustentan de manera lógica el concepto de justicia en general. Relacionarlos con las relaciones contractuales es el presupuesto básico de nuestro desarrollo. Estos presupuestos o elementos son: la proporcionalidad, igualdad y alteridad. (Alzamora, 1987, 301-304; Legaz y Lacambra, 1978, pág.346-348; Preciado, 1982, pág. 212-215).

- Proporcionalidad. - Las relaciones contractuales se fundamentan sobre la base de una, cuando menos, aproximación a la proporción de las prestaciones; es decir, no se aceptan prestaciones desproporcionadas, existe una proporcionalidad en lo que una parte se obliga a dar y lo que se obliga a recibir, así como en lo que se le puede exigir y lo que se ha prestado.

La proporcionalidad así, fluctúa constantemente en la valoración personal y social, que se realice de los actos, los bienes o las omisiones que puedan haberse generado a través de los contratos.

Ahora bien, creemos que el análisis de proporcionalidad debe tener en consideración las verdaderas necesidades de las partes contratantes, sabemos que estas necesidades son reales y concretas, y como tales constituyen “variables” de desarrollo del ser humano, en este sentido las oportunidades y el alcanzar las máximas potencialidades de la personalidad, involucran de alguna manera una idea de justicia. Si a través de una relación contractual ambas partes pueden alcanzar sus máximas potencialidades, entonces podremos hablar de una justicia contractual.

Ahora bien, esta explicación nos lleva a la siguiente pregunta: ¿si las prestaciones son proporcionales, se puede hablar de un símil desarrollo entre las partes? la respuesta es relativa, cabe la posibilidad de que se apliquen a través del derecho normas diferentes, para personas diferentes, en este sentido se crea una aparente desigualdad que no es más que una genuina igualdad entre las partes. Este punto lo analizamos a continuación.

- Igualdad. - No solo podemos hablar entonces, de una relación proporcional, sino también debemos hablar de una relación igualitaria, en el sentido que exista una igualdad en la regulación e interpretación para casos iguales. Ante un determinado contrato – celebración, modificación o extinción- las consecuencias jurídicas deben ser iguales. Este supuesto se concadena con lo establecido en el artículo 2 inciso 2 de la Constitución Política del Perú: “*Toda persona tiene derecho: A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen,*

raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole.”

En el caso de la relación contractual, para establecer un ideal de justicia, no solo podemos comprender que el Estado deba tratar a las partes con la misma ley, lo cual es en esencia natural a sus facultades, de lo contrario estaría discriminando y perjudicando a una parte en beneficio de otra parte, respecto del mismo contrato.

El análisis es más profundo. En las relaciones contractuales – no solo en el contrato de consumo- no existe una genuina igualdad, al contrario, se observa que una parte siempre tendrá la ventaja por poder económico, político, educación o conocimiento específico de la materia por la que se contrata. Al respecto, esto se acentúa en las relaciones de consumo, donde se presume que una de las partes es *per se* débil frente a otra fuerte. En este sentido, la igualdad se aprecia, en la regulación que debe realizar el Estado, para establecer una diferencia a favor de la parte débil, logrando la igualdad o cuando menos, acercándose, a la igualdad de condiciones. Aquí reside una práctica desigual para desiguales, que, a su vez, lograr reestablecer la igualdad en la relación contractual.

La igualdad en las relaciones contractuales se supedita a la capacidad cognitiva, económica, cultural, política, que tienen suma influencia al momento de la negociación, de tal manera que, observándose abismos sustanciales entre las partes respecto de las capacidades mencionadas, no podemos prevalecer igualdad entre las partes, porque no existe *per se*; muy por el contrario debemos concebir a ambas partes y regir el trato jurídico de manera desigual, buscando la desigualdad que permita recuperar la igualdad, para que así, no se vea vulnerados otros derechos fundamentales, como la dignidad y por su puesto la noción concreta de equidad.

Esta postura también puede dar paso a entender la justicia de tal forma que “*a cada uno con sus necesidades*”. Posiblemente esta sea la regla que deberá regir en una economía social de mercado, de tal manera que le ofrece una visión por la cual cada uno deberá contribuir de acuerdo a

su capacidad de recibir y conforme a sus necesidades. (Castillo, 2011, pág. 272).

Sea cual fuere la concepción de desigualdad permanente, nos vemos obligados a asumir una concepción de justicia desigual para desiguales, y solo así comprendemos que la finalidad de la justicia es el reconocimiento del ser humano en todas sus facetas, como el valor más alto de su existencia.

- Alteridad. – Entendemos la alteridad como otredad. Como seres humanos, como seres sociales, tenemos la capacidad de “ponernos en el lugar de otro”, esta capacidad de impersonalización para desarrollarnos y sobre la cual pueden recaer derechos tanto para nosotros como para otras personas, es lo que acentúa aquella igualdad de la que hablábamos en párrafos anteriores.

Esta alteridad, nos permite observar como una serie de personas pueden verse afectadas en su relación contractual, teniendo como consecuencia, los mismos problemas, dificultades, perjuicios, violaciones, entre otros; siendo así que, la autoridad jurisdiccional debe interpretar y resolver los casos de manera que, si su naturaleza es símil y la afectación es proporcionalmente similar, la resolución debe ser igual. Solo así, esta impersonalización puede entenderse en el sentido de la justicia.

Dada nuestra perspectiva de justicia contractual, la otredad nos permite ampliar el tema, no sólo al cumplimiento e incumplimiento del contrato, sino que es más fecundo el campo para reconocernos en el otro, en las tratativas o la etapa negocial o pre contractual.

En ese punto, es justo cuando la parte fuerte de la relación tiene un deber imperante de información, así como una interpretación restringida ante cualquier duda, y también es justo cuando salvaguardando los derechos de la parte débil, se impongan, revisen, estructuren o modifiquen las cláusulas que conforman el contenido contractual.

De alguna u otra forma, en un cambio de posición, en una “otredad a propósito”, y como un ensayo didáctico, si la parte fuerte de la relación cambiaría de posición con su contraparte, de inmediato sentiría el

abismo en el que se encuentra respecto de su capacidad de negociar, pero comenzaría cuando menos, a sentirse tranquila de los deberes de transparencia y buena fe, pilares históricos del derecho contractual, que muchas veces han sido olvidados, poniéndonos en situaciones de injusticia.

En resumen, nunca debemos de olvidar que la justicia en la contratación moderna, debe buscar constantemente el humanismo y la tolerancia; humanismo en el sentido de igualdad, unidad y búsqueda del bien común, tolerancia para aceptar que no somos iguales por ninguna razón, pero sí de derecho y contrato se trata, debemos convencernos que, sobre la base de aquella igualdad o desigualdad de ser el caso, podemos alcanzar el progreso de nuestra sociedad. Por supuesto, que la tendencia no es “socializar” o “comunitarizar” todo el aspecto normativo de protección al consumidor, sino por el contrario, debe comprenderse con se busca una correcta interpretación y amalgama de los valores que se propugnan y han de cumplirse en una Economía Social de Mercado, y no más allá de esto.

Como veremos más adelante, la contratación de consumo, es un campo fecundo para el desarrollo de la sociedad en general, desde los nuevos tópicos y líneas de pensamiento jurídico, que propugnan un derecho más equitativo, justo y protectorio— dada su naturaleza—; hasta los tópicos que buscan constantemente la eficiencia en las relaciones contractuales, desde diversas perspectivas económicas o mercantiles, que, sin duda alguna, enriquecen la teoría contractual del derecho del consumidor.

Eso sí, jamás debemos olvidar, la justicia inmersa en todo el campo del derecho, justicia para actuar, observar y trascender; justicia como pilar de relaciones contractuales, de protección a quien menos tiene, de defensa de sus derechos, de salvaguarda de sus expectativas y sueños. Es por ello, que este ejercicio de búsqueda de la justicia que rige y debe regir las relaciones contractuales de consumo, y por qué no, las relaciones contractuales en general, resulta satisfactorio y orientador para los posteriores capítulos.

CAPÍTULO IV: ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y NORMATIVOS DEL CONTRATO. DEL CONTRATO CIVIL AL CONTRATO DE CONSUMO

4.1. Nota preliminar

¿Cuándo se originó el contrato? ¿Qué entendemos por contrato? ¿Por qué contratamos? ¿Podemos vivir sin contratar? ¿Estamos ante el fin del contrato? Estas son solo algunas preguntas preliminares que todos podemos formularnos cuando nos acercamos al estudio y el análisis de la evolución del derecho contractual, y más allá de las reglas que componen su teoría, cuando comenzamos a esquematizar acerca de la importancia del mismo contrato.

De hecho, la persona humana, ser ontológicamente social, ha buscado la manera de relacionarse con otras personas. Las relaciones pueden ser de diversos tipos y para diversos fines. La religión, la protección, el refugio, la subsistencia; son cuestiones primigenias que involucran una relación entre personas, después de todo, las formaciones de las sociedades responden al avance en conjunto de determinados pueblos. Esto último, también es propio de la naturaleza de la misma sociedad.

El contrato busca una relación; en principio busca una relación de obligación dual, es una interacción individual, una forma de comunicación donde dos personas manejan discursos lingüísticos para lograr objetivos y fines, que puedan satisfacer sus intereses.

El contrato siempre ha existido, podríamos afirmar que ha existido incluso antes de la misma ley. Cuando las personas aún se regían por prácticas consuetudinarias (muchas veces de carácter místico o religioso); ya existían los contratos. La sociedad se tejía por una gran red de conductas relacionales, que determinaban su propio desarrollo. La fuerza obligatoria del contrato, que nace con la propia ley, y que solo reivindica la práctica social, no es más que una forma de regulación de conductas.

De ahí en adelante la práctica contractual es transversal a cualquier sistema jurídico, y contiene disposiciones y usos de diversas disciplinas; y en parte, el

uso de los contratos nos ha traído a la realidad del día de hoy; hasta la misma sociedad se ha fundamentado por una idea de “contrato social” como lo fundamentaría Thomas Hobbes.

En la actualidad, las instituciones del derecho, y el mismo contrato, han variado con el transcurrir del tiempo y las circunstancias históricas y económicas, vigentes hasta el día de hoy. La contratación también se ha tornado diferente, la intervención del Estado es innegable y los límites a los particulares son tan reales, como el respeto a los principios de justicia, equidad y buena fe, en las relaciones contractuales.

En este capítulo desarrollaremos un análisis histórico y normativo del contrato a través de los tiempos. Observaremos con detalle el impacto de los acontecimientos que marcaron una época en la historia, y su inmediata influencia en el contrato, como institución jurídica.

4.2. Etimología

La palabra contrato proviene del latín *contractus* derivado de *contrahere* que significa: reunir, concertar, lograr. (Ezaine, 1991, pág.128). Por su parte, *contrahere*, es usado en las fuentes jurídicas y literarias con significados diversos, así tenemos que se utiliza como sinónimo de *commitere* (cometer) cuando se habla de *contrahere crimen*, o de *constituere* (constituir) cuando se emplea en la expresión *contrahere amicitiam*, de igual modo se aplica al hecho de contraer matrimonio, *contrahere nuptias, matrimonium*, a la constitución de derechos reales, *res contrahenda*, etc. (Di Pietro y Lapieza, 1996, pág. 281).

A su vez, esta voz deriva de *contraho*, que, entre otras acepciones, tiene el significado de juntar o reunir. (Omeba, 1967,120).

En correlato con ello, la palabra contrato está formada por el prefijo “con” (o “cum”) que nos ofrece una indicación de unión, colaboración, convergencia; y “tractus” de la voz “trahō, -ere” que significa arrastrar, arrastre, que nos ofrece la idea de continuidad y extensión. Por lo tanto, contrato significa

etimológicamente la continuidad o habitualidad de las uniones o colaboraciones.

En Roma, la terminología principal de contrato, genera una acepción de convención y contrato mismo, sin embargo, los romanos nunca definieron expresamente cuál es el significado para contrato, tal y como lo conocemos y comprendemos hoy día, y se dedicaron a ofrecerle una validez en cuanto se le dotó de acciones civiles.

Por otro lado, el proceso de construcción del concepto de contrato en Roma, en relación con la idea de pacto y de convención se suele describir de este modo: *contrahere* se estima como término no técnico. Significa “contraer”, es decir, ser destinatario de algo negativo (como cuando aún hoy decimos “contraer una enfermedad” o “contraer una obligación”). Pero también significa “celebrar” (por ejemplo, nupcias, al igual que hoy) o, más generalmente, realizar un acto lícito o ilícito. En este segundo sentido, significaría “cometer”. *Contractum*, participio pasivo del verbo *contrahere*, significa “lo contraído”. Así, contrato es todo acuerdo de voluntades (toda convención) destinado a crear obligaciones y, por lo tanto, dotado de una acción para exigir las. En este sentido, se distingue del pacto que en el derecho romano clásico este último sólo generaba, por lo general, una excepción. (Blanch, 2017, pág.10).

La palabra convención derivada del latín “*conventio*”, significa reunión, pero con mayor precisión los términos “*convenire*”, que a su vez contiene “*venire*” del verbo “*hacer venir*” y “*cum*” que nos indica unión, por ende, engloba la idea de *lograr una unión*; de esta manera, podemos decir que convienen los que de diversos puntos se reúnen y llegan a un lugar, del mismo modo también los que después de diferentes variaciones del ánimo consienten en una sola voluntad. (Comez, 1826,23).

Aquí se hará la primera diferencia con el término contrato en el derecho romano; la simple convención, es decir, es el simple pacto (*pactum*) no generaba una acción. Solo sería obligatoria cuando se le reviste de una

formalidad legal como la de *per aes et libram*.⁹ (Herrera, 1988,148), pero con el tiempo la idea de convención vislumbraría la idea de contrato en general, entendido como fuente obligacional.

Sala (1856:26), menciona que en el digesto existe una relación de sinonimia, al hablar de pacto o convención, así:

(...) significan lo mismo, es: el consentimiento de dos o más acerca de una misma cosa. Dícese, acerca de una misma cosa, porque el que pacta debe entregar, dar, hacer o dejar de hacer la misma cosa de que entendió hablar la otra parte: desprendiéndose de la definición, que el pacto tomado en general, conviene a todos aquellos actos por los cuales consienten, los que tratan entre sí, en realizar algún negocio; y, por lo tanto, comprende en su acepción tanto los contratos nominados como los innominados.

Asimismo, precisa que:

se divide el pacto en nudo y no nudo o vestido, como comúnmente se llama; el cual bajo otro nombre tiene el de contrato. El pacto nudo, es aquel: que no pasa de un mero consentimiento entre dos o más, - de modo que solamente es pacto, ni tiene nombre determinado ni otra causa obligatoria que la convención. El pacto no nudo o contrato, es: la convención que tiene cierto nombre, o en su defecto una causa civil de obligar.

Lo importante de esta definición es que le otorga a la naturaleza del contrato un nombre o denominación, es decir, se adhiere a su naturaleza los tipos contractuales como venta, locación, mandato, entre otros, que posteriormente fueron recogidos en los Códigos Civiles decimonónicos y que perduran hasta el

⁹ La *solutio per aes et libram*. Por *solutio*, solución; *per*, por; *aes*, cobre o bronce, *et libram*, y libra o por libras.

Se trataba, de una forma de llevar a cabo diversos tipos de negocios jurídicos, mediante la cual, con el pronunciamiento de determinadas palabras solemnes, la utilización de una balanza (libra) y de un pedazo de bronce (*aes*), se efectuaba el negocio deseado por las partes. Dicho formalismo se realizaba en presencia de cinco testigos y del *libripens*, que sostenían la balanza. (UAL,206).

día de hoy, pese a las divergencias, variedades y apogeo de los contratos innominados o atípicos.

Todos estos contratos difieren de los formales por carecer de solemnidades legales para su formación y, además, se examinan a la luz de la buena fe, es decir, tienen una interpretación amplia, humana, buscándose conocer la intención de las partes contratantes. (Herrera, 1988,149). Se comienza a aceptar la máxima: *“nada es más conforme a la fe humana que guardar exactamente aquello en que nosotros mismos hemos convenido.”* Sala (1856:27).

Por lo demás, lejos ha quedado los efectos que pueden producir para las partes un simple pacto (nudo) o un contrato (no nudo), y si requieren de formalidad o no – salvo excepciones- toda vez que, en la actualidad todo aquél pacto que resulte ser serio y libre producirá una obligación y una acción.

Como veremos más adelante, en el derecho moderno se opera un cambio notable. La idea del contrato se libera de categorías cerradas de tipo romano y se eleva a la categoría de concepto general y abstracto, es decir, pasa a ser un esquema genérico, capaz de acoger en si todas las figuras contractuales creadas por voluntad de las partes e impuestas por la evolución de las relaciones económicas. (Palacio, 1982,13).

4.3. El contrato en la Prehistoria

No se han encontrado registros ni estudios que considere que existió el contrato o alguna clase de intercambio en el Paleolítico.¹⁰ La economía en este período era de naturaleza predatoria, los seres humanos se dedicaron a la caza, la pesca y la recolección.

La organización para todas estas actividades era fundamental, existía una división del trabajo con determinadas tareas para lograr los objetivos grupales;

¹⁰ El Paleolítico es el primer período de la prehistoria. Corresponde al período más largo de la historia de la humanidad. Sus principales características fueron: el uso de la piedra para la creación de utensilios y artefactos, primeros vestigios de expresiones artísticas y un estilo de vida nómada.

sin embargo, no existía medio de intercambio alguno, toda vez que lo generado por las actividades eran propiamente consumidas por los pequeños grupos humanos, además, la poca variedad y la falta de un desarrollo comunicacional, impedía facilitar otro medio de intercambio económico.

Es en el período Mesolítico¹¹ donde aparece el trueque, como primera modalidad de intercambio de especie por especie, y como la posibilidad de comunicación económica más allá de los grupos y las limitaciones del entorno.

El hombre de Cromagnon, con sus particularidades evolutivas, fue el primer ser humano que celebró el contrato de trueque. Este hombre, provenía de África, de tal manera que podemos afirmar que el primer contrato nació o tuvo su origen en el continente africano.

Hoy en día el trueque es conocido, con connotaciones muy similares al trueque de la prehistoria, como permuta. Incluso nuestra legislación establece en el artículo 1602 como: *“Por la permuta los permutantes se obligan a transferirse recíprocamente la propiedad de bienes”*.

La aparición del trueque se suscitó por diversas circunstancias, como la capacidad de los grupos humanos de asentarse en determinados territorios y la producción artificial de alimentos, provenientes del cuidado de determinados animales y vegetales, y por supuesto, los nuevos tiempos climáticos.

Con el surgimiento del Neolítico¹², la innovación principal de esta etapa de la prehistoria fue la domesticación tanto de animales como plantas, asimismo con estas actividades se crearon nuevas especies, es decir, se pudo observar por primera vez la creación de organismos distintos.

¹¹ El Mesolítico es el período de la prehistoria que responde al tiempo de transición entre el Paleolítico y Neolítico. Sus principales características fueron: perfeccionamiento del uso de la piedra para la creación de utensilios y artefactos, abstracción en las expresiones artísticas y estilo de vida nómada, a pesar que comenzaban a manifestarse vestigios de la vida sedentaria.

¹² El Neolítico es el último período de la prehistoria. Sus principales características fueron: estilo de vida sedentario, con la notoria aparición de poblados o asentamientos humanos y la práctica de la agricultura y ganadería. Este período tiene su fin con la aparición de la escritura, dando continuación a la Edad Antigua.

Asimismo, apareció la cerámica que permitió crear objetos útiles y hasta artísticos; y por supuesto, la metalurgia del cobre, se comenzaron a producir desde herramientas y utensilios hasta armas y ornamentos.

El trueque entendido como intercambio se afianzó cada día más, y fue sumamente trascendental en el comercio marítimo, donde se intercambiaban todo tipo de productos suntuarios: materiales orfebres, cerámicos o armas de metal. Cabe señalar un dato muy importante: la existencia de improntas de sellos de espirales en los productos. Al respecto, se señala en Océano (1990:72) lo siguiente:

La presencia de improntas de sellos de espirales, esvásticas (un tema solar muy frecuente en esta zona), meandros u otros temas más o menos naturalistas, así como la aparición de algunos de ellos- que se usaron, a la vez, como elementos ornamentales- indica que ya existían marcas de propiedad con las cuales se distinguían los objetos pertenecientes a un individuo determinado y cuya existencia patentiza igualmente un sistema social e incluso político.

Por lo demás, debemos señalar lo expresado por López (1986:369-370):

En el contrato primitivo participa la magia. En la *damnatio* el acreedor anticipadamente empuja al deudor hacia los dioses infernales, para el caso de que no le cumpla la obligación.¹³ En el contrato primitivo la mentalidad de las partes recién alcanza un estadio pre lógico. Los etnólogos concluyen que en las sociedades más antiguas la incapacidad de abstracción de los individuos les impedía disociar el presente del futuro.

¹³ El término completo es *damnatio memoriae*, es una locución latina que significa en el lenguaje español "condena de la memoria". Era una práctica que se ejercía en Roma, de tal manera que cuando se decretaba su disposición, todo el aparato estatal se encargaba de borrar cualquier clase de documento que refiere a la persona que se había vetado.

4.4. El contrato antes de Roma

El trueque siguió siendo el medio de intercambio más utilizado en la antigüedad, las diversas civilizaciones comercializaban sus productos a través del intercambio de especies y bienes, hasta la aparición de la moneda, donde se fueron formulando diversos tipos de contratos.

El antecedente más remoto de un contrato con una formalidad determinada es el descubrimiento de la Estela de Gizeh, la cual se trataba de una compraventa de una casa en una zona de Egipto. Alonso (1998: 25,28) detalla:

El vendedor es el escriba «Tnt» (Tenti), y el comprador el sacerdote «Km3pw» (Kemapu), que paga al vendedor el equivalente a 10 «sh3Tt» (Chait). Ese pago equivalente fue un mueble hecho con madera de anís, otro con madera de sicómoro, y una cama hecha con madera de cedro. En esta parte de la estela se encuentra la declaración del comprador que dando su nombre y título sacerdotal dice: «He adquirido esta casa de escriba Tenti y he dado por ella 10 chati». En el lado izquierdo de la estela, y en esta parte, se encuentra la declaración del escriba Tentí como vendedor: «Por la vida del rey que haré que todo se cumpla conforme al derecho, y que resultes satisfecho en este punto, de suerte que todo lo que forma parte de la casa te pertenezca». En esta otra parte se indica, arriba el precio: «1 mueble de madera de anís, 3 chati; otro de madera de sicómoro, 3 chati; y una cama de madera de cedro, 4 chati. Y debajo la descripción de la casa: «Construcción a cordel y con techo de madera de sicómoro». En el centro se encuentran descritas las formalidades de la venta, es decir, «sellado en la casa del sello, ante el consejo local de la pirámide de Jeos, y ante varios testigos» y abajo del todo están las firmas de los testigos asistentes a la compraventa, y que fueron el obrero Meji y los sacerdotes funerarios Sebni, Ini y Nianjor».

De este modo podemos mencionar en primer lugar que la figura de la compraventa no proviene del derecho romano, sino que existía con anterioridad

a este, por otro lado, tenemos que corroborar el carácter formalista de esta, que presume a su vez el consentimiento de ambas partes, cuestión que se siguió repitiéndose en el Imperio Romano, hasta el nacimiento de los contratos consensuados.

Con todo ello, cabría preguntarnos si esta formalidad, era óbice para no reconocer contratos con el simple consenso; sin duda la forma, y por tanto el principio de escritura en los contratos, facilitaba la prueba. El principio espiritualista que, en materia de contratos, rige nuestros Códigos Civiles, no cabe duda que hubo de regir en el nacimiento de muchos de los contratos egipcios. La consensualidad de las partes en su celebración, y no la forma, tuvo que dar virtualidad a muchos, haciendo realidad el brocado latino *pacta sunt servanda*, por el que los contratos nacen para ser cumplidos, seguramente tuvo que ser la generalidad. En tal sentido el principio espiritualista rigió gran parte del derecho contractual egipcio. Pero no es menos cierto que al objeto de garantizar *erga omnes* los derechos adquiridos por el comprador de bienes inmuebles, el principio formalista regía su vida jurídica. Tal es así que estelas como la de Gizeh no eran otra cosa que el anuncio permanente, o cuasiperpetuo, de que la casa, el fondo o el derecho en la fundación funeraria, pertenecían a aquella persona determinada en el pétreo documento. (Alonso, 1998, pág.32).

Por otro lado, las civilizaciones antiguas, como la de los babilonios que habitaban un país con una fertilidad prodigiosa, al igual que Egipto, practicaban fundamentalmente la agricultura. Por ello, los cereales constituyeron su moneda primitiva; en cambio, los griegos y los antiguos romanos, que eran más bien pastores, su patrimonio consistía casi exclusivamente en ganado y, por lo tanto, empleaban como moneda de cambio los bueyes y carneros. Más concretamente, por lo que respecta a las operaciones de préstamo, hay que decir que eran de uso muy frecuente en todos los pueblos antiguos, aún antes de generalizarse el uso de la moneda; por lo tanto, las semillas y los diversos productos de consumo diario constituían entonces el objeto de este contrato. (Marlasca, 2001, pág.601).

Creemos que la existencia de un contrato como la compraventa en la civilización egipcia, dio como resultado la propagación de este y otras instituciones jurídicas a lo largo del medio oriente y occidente, evidentemente a través de los actos de comercio. Debemos señalar que la moneda también jugó un rol muy importante, toda vez que ya podía entenderse como un factor de cambio, es decir, tenía intrínseca una determinada valoración para el intercambio.

En Grecia, el contrato estaba vinculado a la reciprocidad y de alguna u otra manera, a la justicia conmutativa, sobretodo en la relación con la asignación del valor de la contraprestación de cada una de las partes. Esta concepción sobre equivalencia en las prestaciones o alguna clase de reciprocidad, es conocida para los griegos como el *synallagma*.¹⁴

Este concepto de sinalagma, funda las relaciones recíprocas entre las partes. En la antigua Grecia, desbordaba el concepto de contrato, aún difuso y abstracto, toda vez que se centraba en toda clase de relaciones jurídicas y fácticas entre los ciudadanos, sean voluntarias o no voluntarias; es decir, existía un deber de reciprocidad de prestaciones, con indiferencia si esta reciprocidad derivaba de un acuerdo de voluntades. De esta forma, el sinalagma puede encontrarse tanto en la compra venta como en un delito o cuasi delito. El sinalagma constituye, en suma, la esencia del cambio y nunca lo es la convención o el acuerdo de voluntades, y tampoco la propia Ley. (Soto, 2000, pág. 377).

4.4.1. El contrato en la Biblia

La Biblia también es fuente de información, para conocer las modalidades de negocios o contratos que el pueblo hebrero hacía en la cotidianidad de su historia. Encontramos así en Ruth 4:7 (Sociedad Bíblica Universal, 1995, pág. 760): “*Era costumbre en Israel que, para confirmar cualquier negocio, como rescate o cambio, una de las partes se sacara su sandalia y se la diera a otro.*”

¹⁴ El término *synallagma* es de origen griego y proviene de la palabra *synallató*, que significa en el idioma español: intercambiar.

Y este gesto servía como prueba del contrato.” Otras traducciones para Ruth 4:7 (Watchtower, 1987, pág. 356) se escriben: *“Ahora bien, esta era la costumbre en otros tiempos en Israel respecto al derecho de recompra y respecto a los cambios, para ratificar toda suerte de cosa: Un hombre tenía que quitarse su sandalia y darla a su prójimo y esta era la atestación en Israel.”*

Es claro que el término cambio se refiere al contrato, y que este último está determinado por una condición objetiva, es decir, es un contrato meramente formalista y que justificaba el acuerdo de ambas partes con el hecho de entregar una sandalia.

En Jeremías 32:16 (Sociedad Bíblica Universal, 1995, pág. 556) se menciona que: *“Después de haber entregado a Baruc, hijo de Nerías, la escritura de compra, dirigí a Yavé esta oración (...);”* lo cual nos da una idea de formalismo respecto de una compraventa, es más, nos habla de una escritura de compra que le fue entregada a la otra parte. Por otro lado, en Isaías 24:2 (Sociedad Bíblica Universal, 1995, pág. 556) se menciona que Yavé dispersará a:

al sacerdote y al laico,
al amo y al esclavo,
a la señora y su empleada,
al vendedor y al comprador,
al prestamista y al que pide prestado,
al acreedor y al deudor.

Esto último también nos resulta muy interesante, porque a la seguridad de la existencia de contratos en el antiguo Israel, nos colocan la idea de parte contraria, es decir, de contraparte, así tenemos a un vendedor y su comprador, evidentemente en lo que se refiere a un contrato de venta; a un prestamista y al que pide prestado; en un contrato de préstamo de consumo o mutuo; pero más interesante aún nos resulta la última posibilidad concepción: la de un acreedor y un deudor; lo cual no solo nos permite afirmar la concepción de la naturaleza obligacional, sino también nos abre la posibilidad de cuestionar el formalismo de los contratos y en efecto, de los contratos típicos y la posibilidad de

existencia de ciertos pactos o acuerdos, que sin ser contratos, podían colocar a diversas partes en una relación obligatoria.

Finalmente, debemos señalar lo establecido en Deuteronomio 25:15 (Sociedad Bíblica Universal, 1995, pág.184): “*Tendrás un peso justo y exacto, e igualmente una medida justa y exacta, para que se prolonguen tus días en la tierra que Yavé, tu Dios, te da. Porque Yavé aborrece al que hace tales cosas y a toda injusticia.*”; y en relación a esto, el actuar falto de ética de los comerciantes descrito en Amos 8:5 (Sociedad Bíblica Universal, 1995, pág.632):

¿Cuándo pasará la fiesta de la luna nueva, para que podamos vender nuestro trigo? Que pase el sábado, para que abrazamos nuestras bodegas, pues nos irá tan bien que venderemos hasta el desecho. Vamos a reducir la medida, aumentar los precios y falsear las balanzas.” Ustedes juegan con la vida del pobre y del miserable tan solo por algún dinero o por un par de sandalias.

Como observamos, el texto bíblico nos da luces sobre la relación entre los compradores y comerciantes, y por supuesto, las connotaciones y conductas con las que se desenvolvían algunos comerciantes de la época, que por generar mayor rentabilidad podrían hasta falsear pesos, medidas, calidad y precios respecto de los productos, situación que por lo demás, sigue sucediendo hasta hoy en día.

4.5. El contrato en Roma

Es en Roma donde, desde una perspectiva normativa, un formalismo recalcitrante y diversos intentos legislativos, posteriormente estudiados por los juristas de la época, nuestra institución gozará de la riqueza conceptual, práctica y legislativa nunca antes vista en la Edad antigua. Repasaremos diversos contratos para entender mejor su evolución, y porque en ellos, se encuentra el fundamento posterior de las diversas codificaciones tanto en la Edad Medieval como en la Edad Moderna.

4.5.1. Época clásica

En el derecho primitivo la convención no es suficiente para hacer surgir una obligación: se requiere una formalidad. Actualmente la gran mayoría de los contratos consensuales, es decir, obligatorios sin el concurso de ninguna formalidad, aun de la redacción de un escrito. El derecho romano clásico solo conoció contratos formalistas, solemnes. (Herrera, 1988, pág. 149).

La convención no puede crear toda clase de derechos. Así es impotente para establecer por sí misma los derechos reales, los cuales están constituidos por modos especiales. La pregunta sería si una convención válida, cuando menos puede crear una relación obligatoria. Lo cierto es que sí, pero de manera limitada al formalismo determinado propio de los tipos contractuales. La regla establece que el simple pacto, no basta para crear una obligación civil. (Petit, 1994, pág.282).

Es por ello que los supuestos de *contrahere* no encuentran su fundamento unitario en el *consensus*: cada *genus* de obligación contractual nace de una actividad humana concreta, lícita y tipificada, que tiene la virtud, reconocida por el ordenamiento jurídico, de desencadenar una relación obligatoria *ex iure civili*, sin que para ello sea esencial que se configure un acuerdo de voluntades entre las partes; así Gayo no tiene problemas en tratar como contratos figuras en que evidentemente falta una *conventio*, como es el caso de la tutela, la dote y la gestión de negocios ajenos. (Wegmann, 2018, pág.40).

En Roma clásica los esquemas contractuales eran rígidos, estructurados y preestablecidos, de tal manera que la condición de la naturaleza obligatoria, dependía del cumplimiento de los mismos requisitos, a su vez, los contratos tenían una denominación particular, así, eran reconocidos los contratos meramente típicos. Cualquier contrato que no tuviera un nombre o una clasificación, ni siquiera era considerado como tal, en ese sentido, era incapaz de producir cualquier obligación de carácter civil, simplemente sería visto como un pacto.

Por todo ello, es importante, exponer la clasificación de los contratos en Roma:

1. Contratos verbis. - Son aquellos contratos formados por determinadas palabras solemnes y conocidas por ambas partes, que permiten la formación del contrato, y la certeza de su conocimiento. En la época clásica existieron tres: la estipulación, la *dictio dotis* y el *jusjurandum*; de estos tres la estipulación o *stipulatio*, fue proclive a desarrollarse a lo largo del imperio.

La *stipulatio* es un contrato verbal, abstracto, formal y auténticamente romano, que no tiene paralelo en los demás sistemas jurídicos de su época. Los efectos que de este instituto nacen, dependerán de la pronunciación de ciertas palabras contenidas en una pregunta y en una respuesta. Se perfecciona por tanto por la palabra, en donde a la pregunta o interrogación hecha por una de las partes, que recibe el nombre de estipulante, se sigue la respuesta de la otra llamada promisor, la que debe ser en los mismos términos y con el mismo verbo empleado en la pregunta. (Pérez, 2009, pág. 140).

2. Contratos litteris. - Son aquellos contratos que exigen menciones escritas por el acreedor en determinados asientos o registros domésticos denominados *codex*. Petit (1994:341) señala que: *“la escritura se convirtió en este contrato en la causa de la obligación civil, como las palabras de la estipulación.”*

3. Contratos re. - Son aquellos contratos que se perfeccionan por la tradición de una determinada cosa, conocida por ambas partes. Esta entrega, obliga a una posterior devolución de la misma cosa o en su defecto, otra equivalente. En la época clásica existieron los siguientes: el mutuo, el comodato, depósito y la prenda. Hoy en día, recogidos en nuestra legislación nacional.

El Código Civil de 1984, de tradición jurídica romanista, ha recogido estas figuras en la sección segunda sobre contratos nominados: artículo 1648: *“por el mutuo, el mutuante se obliga a entregar al mutuuario una determinada cantidad de dinero o de bienes consumibles, a cambio de que se le devuelvan otros de la misma especie, calidad o cantidad.”*; artículo 1728: *“ por el comodato, el comodante se obliga a entregar gratuitamente al comodatario un bien no consumible, para que lo use por cierto tiempo o para cierto fin y luego lo devuelva.”*; y, artículo 1814: *“ por el depósito voluntario el depositario se*

obliga a recibir un bien para custodiarlo y devolverlo cuando lo solicite el depositante”.

La prenda no constituía para nuestro Código un contrato, era un derecho real de garantía que fue derogado por la Ley de Garantía Mobiliaria – Ley N° 28677.

Es más que evidente que en los contratos re o contratos reales, el simple consentimiento no bastaba ni para crear la relación obligatoria ni para hacer efectivo el contrato entre las partes, sino que la entrega de la cosa es lo que determina la perfección del mismo, por ello, podemos afirmar que lo importante en este tipo de contratos era el elemento objetivo.

4. Contratos consensuales. – Son aquellos contratos que se perfeccionan por el simple acuerdo de las partes. Sin duda, su utilidad, practicidad y uso frecuente marcaron un hito en la legislación sobre fuentes de las obligaciones, toda vez que rompieron con la regla básica de los contratos: el simple pacto no genera obligaciones. En la época clásica existieron los siguientes: la venta, el arrendamiento, la sociedad y el mandato. Hoy en día, recogidos en nuestra legislación nacional.

El Código Civil de 1984, de tradición jurídica romanista, ha recogido estas figuras en la sección segunda sobre contratos nominados: artículo 1529: *“por la compraventa el vendedor se obliga a transferir la propiedad de un bien al comprador y éste a pagar su precio en dinero.”* ; artículo 1666: *“ por el arrendamiento el arrendador se obliga a ceder temporalmente al arrendatario el uso de un bien por cierta renta convenida”*; y, el mandato: *“por el mandato el mandatario se obliga a realizar uno o más actos jurídicos, por cuenta y en interés del mandante.”*

El contrato de sociedad no se encuentra regulado en el Código Civil, de hecho diversas cuestiones y posiciones doctrinarias, no califican a la misma sociedad como contrato, tampoco niegan que esta no tenga un carácter contractualista, de ahí que el contrato de sociedad no se encuentre regulado como tal en la Ley General de Sociedades- 26887, salvo lo que se puede inferir de su artículo 423 cuando establece: *“Es irregular la sociedad que no se ha constituido e inscrito conforme a esta ley o la situación de hecho que resulta de que dos o más*

personas actúan de manera manifiesta en sociedad sin haberla constituido e inscrito.”

Los contratos consensuales marcaron un hito histórico para Roma y para el mundo, porque fue la civilización romana la única que los conoció y practicó, como fuente generadora de obligaciones, y porque posteriormente los juristas recogerían la idea de contrato consensuado y libre y la plasmarían en la idea básica sobre contrato, determinando su importancia y su legado en la historia del derecho, pero principalmente la importancia de estos contratos radican en que para la resolución de sus controversias, se utilizaban dos consideraciones que al día de hoy, son tan importantes como el derecho mismo: la buena fe y la equidad.

Los contratos en sentido estricto como el mutuo, la estipulación o los contratos *litteris*, el juez intérprete debe atenerse y limitarse a lo que se ha plasmado y se encuentra escrito en los medios correspondientes, este no puede ir más allá, y mucho menos ofrecer interpretaciones según la equidad; *contrario sensu*, en los contratos consensuales, todos son sancionables por acciones que responde a la buena fe y bajo una interpretación en el más estricto sentido de la equidad y justicia.

Finalmente, se logra ofrecer una definición técnica al contrato; Ulpiano relata que Labeón define en el libro primero del pretor urbano, que unas cosas se hacen, otras se gestionan, y otras se contratan. Y ciertamente que la palabra “acto” es general, ya sea que alguna cosa se haga de palabra, ya sea que realmente, como en la estipulación, o en la entrega de cantidad; pero “contrato” [¿“contraído”?] significa obligación de una y, de otra parte, lo que los griegos llaman *synallagma*, como la compra, venta, locación, conducción y sociedad; “gestionado” significa cosa hecha sin palabras. Una cuestión, no obstante, que se entrecruza consiste en saber si Labeón utiliza la voz *contractus* como sustantivo (“contrato”) o como participio perfecto del verbo *contrahere* (“contraído”). Parece más lo primero. Prácticamente consustancial con ese singular carácter es el principio de buena fe, entendido en sentido objetivo como lealtad recíproca entre los contratantes. (Blanch, 2017, pág.17-18).

4.5.2. El contrato de *mutuum* o préstamo de consumo

Debemos dejar en claro que el contrato de *mutuum* no es por ninguna razón el primer antecedente de lo que hoy en día conocemos como contrato de consumo; contrario sensu, el contrato de *mutuum* es simplemente el contrato de mutuo.

Herrera (1988:150) lo define como: “*el préstamo de consumo que se forma sin solemnidad por la datio de una cosa fungible (datio mutui) con el acuerdo de devolverla en la misma calidad y cantidad. Es pues, un contrato a término y gratuito.*” Marlasca (2008: 603) entiende la figura como: “*un contrato por el cual una persona entrega a otra una cosa con la obligación para esta última de restituirla una vez pasado un cierto tiempo; la cosa se entrega en propiedad y el prestatario deberá restituir otro tanto de la misma especie y calidad.*”

Al respecto, sobre las cosas que pueden ser objeto del *mutuum* o préstamo de consumo, por su naturaleza, no tienen valor individual, sino que son susceptibles de ser sustituidas por otras de la misma especie. Tomadas en el mismo peso, número o medida, procuran siempre, en calidad igual, la misma utilidad; de esta manera se comprende que la voluntad de las partes podría dar el mismo carácter a cosas que consideran habitualmente como cuerpos ciertos, y hacer de ellas cosas fungibles. (Petit, 1994, pág. 348).

En el carácter de fungibilidad, es decir, la noción que el objeto puede consumirse con su uso, lo que radica la propia naturaleza de este contrato, y más importante aún, su terminología. La definición de la palabra consumir para la Real Academia Española (2018) tiene dos acepciones: “*Destruir, extinguir*”; y “*Utilizar comestibles u otros bienes para satisfacer necesidades o deseos.*” Creemos que el verbo consumir se emplea conjugado como contrato de préstamo de consumo, no porque sea un antecedente remoto del contrato de consumo actual, sino porque, en efecto, los bienes dados al mutuuario deben ser consumibles, es decir, la misma condición de los bienes materiales entregados, debe tener intrínseca la posibilidad de su consumición, destrucción, extinción, vencimiento, desaparición.

¿Por qué creemos que la naturaleza y terminología del préstamo de consumo se determina por la condición objetiva del bien (destrucción del mismo) y no por la condición subjetiva del mutuuario (satisfacción de necesidades)? Por dos razones: en primer lugar, la inexistencia de una sociedad de consumo y la filosofía que trae consigo la implantación de una nueva forma de vida con elementos propios como el consumidor, el mercado, los operadores de mercado, la publicidad, entre otros; y, en segundo lugar, porque poco importa la utilidad de las mismas, si es para volver a venderlas, consumirlas, satisfacer determinadas necesidades u otros destinos, la obligación proveniente del contrato se mantiene.

Por lo demás, no debemos olvidar que este contrato, ni siquiera es un contrato consensuado, sino por el contrario, es un contrato real, unilateral y gratuito; características que están lejos si quiera de una concepción primigenia del contrato de consumo.

4.6. El contrato en la Edad Media

En la Edad Media no vamos a encontrar algún desarrollo importante respecto de la figura del contrato, quizá por los acontecimientos advenideros que marcaron esta época, tales como las constantes guerras, invasiones, conquistas, enfermedades, hambre, plagas, pobreza, escasez de recursos, entre otros que históricamente hemos repasado.

Existió un contrato particular y característico del sistema feudal¹⁵, predominante en la Edad Media, esta institución se denominó contrato de vasallaje. Flórez (1999: 117) expone algunas particularidades de este contrato:

La relación feudovasallática es vitalicia y sinalagmática. Asimismo, este pacto feudal necesita condiciones especiales para su

¹⁵ El feudalismo es una forma de organización específica de los lazos sociales en la Edad Media occidental y fundada en sus orígenes en los lazos personales y que funciona entre los siglos X al XIII, período en el cual la Europa occidental ha vivido el resultado de un debilitamiento del Estado, de la *res publica* y de la autoridad pública. El feudalismo, pues reposa sobre una fragmentación de los poderes y su fundamento económico es el señorío en el seno del cual son percibidos los frutos de los trabajos de los campesinos. (Flórez, 1999, pág. 117).

existencia: la libertad y cierto *status* socioeconómico de los contrayentes, es decir, el señor y su feudatario o vasallo. Además, subsisten las ceremonias citadas anteriormente: homenaje, fe o fidelidad e investidura.

Así, las relaciones feudovasalláticas derivan de un contrato voluntario entre dos hombres libres, uno de los cuales (el vasallo), explicita su voluntad de vincularse al otro (el señor) y servirle fielmente. Este acto se realizaba en una ceremonia en la que el señor tomaba entre sus manos las del vasallo, en un rito de auto entrega, y este manifestaba públicamente su deseo de ser su hombre. (Océano, 1990, pág. 367).

No entraremos más a detalle sobre este contrato, porque su naturaleza como institución jurídica, y su relevancia en nuestro objetivo final sobre el contrato de consumo, no tiene una relación sustantiva, sin embargo, al ser un contrato, eventualmente lo hemos mencionado para contextualizar la figura jurídica.

Por otro lado, en la época bizantina se conoce la acción *praescriptis verbis* a todos los contratos innominados. Si una de las partes había ejecutado espontáneamente su obligación, disponía entonces de esa acción, para obligar a la otra parte a ejecutar la suya. Se consideraba que la convención tenía una causa, y, por ende, se volvía obligatoria. El número de contratos fue entonces ilimitado y los bizantinos los clasificaron de la siguiente manera: a) doy para que des (*do ut des*); b) doy para hagas (*do ut facias*); c) hago para que hagas (*Facio ut facias*); y, d) hago para que des (*Facio ut des*). (Mantilla y ternera, 2008, pág. xx, xxi).

4.6.1. El emperador Justiniano y la codificación del Derecho Romano

La alta edad media fue una época de oscuridad, inseguridades, poco desarrollo científico y económico, sin embargo, en materia legislativa no podemos dejar de mencionar la labor del emperador Justiniano.

La labor legislativa de Justiniano constituyó en la recopilación de todas las normas vigentes del otrora imperio romano en un solo cuerpo normativo: el

Codex Justinianus, si bien no existe registro de este Código, al conocerse que regulaba todos los ámbitos del derecho privado podemos afirmar que de manera sistematizada o asilada regulaba los contratos conocidos hasta ese entonces. Posteriormente, se trabajaría en la recopilación de las principales fuentes doctrinarias y jurisprudenciales, en sendas colecciones conocidas con el nombre de *Digestum o Pandectas*, o en su traducción al español: El Digesto.

El Digesto, fue el conjunto de las opiniones de los jurisconsultos que habían gozado del *ius respondendi*, sistematizadas y ordenadas; está dividido por materias en siete partes, integradas por cincuenta libros. La tercera parte, llamada *pars de rebus* (libro XII a XIX) reproducía las disposiciones del edicto referente a *rebus creditis*, y también contenía las rúbricas sobre contratos. (Martín, 2011, pág. 43-44). El contenido de las mismas (Machicado, 2007, pág. 5), es el siguiente:

12. De las cosas prestadas, de si se pidiere cosa cierta, y de la condición que no tiene causa. 13. De la condición de cosa hurtada a de la acción pignoratícia, directa o contraria. 14. De la acción ejercitoria a Del senadoconsulto Macedoniano. 15. Del peculio a de la acción de lo que se hizo por mandato 16. Comentarios al senadoconsulto Velayano a de la acción de depósitos, directa o contraria. 17. De la acción de mandato, directa o contraria a de la acción de sociedad. 18. De la contratación de la compra, de los pactos concertados entre el comprador y el vendedor y de las cosas que no pueden ser vendidas. 19. De las acciones de compra venta a De las acciones *praescriptis verbis*, y por el hecho.

Finalmente, es importante destacar que, aproximadamente 5 años del nacimiento del *Codex Justinianus*, se lograría una segunda versión denominada *Corpus Iuris Civile*¹⁶. Esta obra constituye la más grande

¹⁶ No traducimos *Corpus Iuris Civilis* como Cuerpo del derecho civil romano. Por qué nos llevaría a pensar que el *ius civilis* (derecho del ciudadano romano) regulaba solo las relaciones patrimoniales de los romanos, como el Derecho Civil actual. El *ius civilis* también regulaba los delitos, como se muestra en el libro IX del *Codex repetitae praelectionis*, que está dedicado al derecho criminal, o los libros XLV, XLVI, XLVII, XLVIII, XLIX, L de la *Digesta sive pandectae* que también contienen normas sobre delitos públicos y privados y las penas. Por esto

recopilación de Derecho Romano de la historia, y su importancia es tal, que se evidencia años más tarde, una notable influencia en los Códigos de arraigo romano-germánico.

En esta obra, se actualizaron muchas instituciones y se eliminó lo que cayó en desuso, destacándose los contratos de compraventa y permuta, que tuvieron una nueva perspectiva desde este Código, refrescando su trasfondo iusfilosófico y adaptándolas a las nuevas exigencias del comercio.

4.6.2. Primera aproximación al contrato por adhesión y las cláusulas generales de contratación

Durante los siglos XI al XIV Europa sufrió un incremento demográfico, propio de la expansión agraria, instalaciones urbanas y porteñas, nuevas técnicas y aumento de productividad, reactivación del comercio y la industria; todos estos fenómenos trajeron consigo la creación de asociaciones de artesanos o gremios comerciales, quienes se unían y organizaban para defender intereses conexos, o en su defecto, como mecanismos estatales para controlar la calidad y producción de determinados productos comerciales, de tal manera que se pudiera obtener mayores beneficios económicos.

El gremio estaba controlado por los maestros, que, a su vez, se componían de síndicos, jurados o cónsules. Ellos interpretaban las ordenanzas laborales, aplicaban justicia interna, defendían los intereses del oficio y de los miembros de la corporación, vigilaban la distribución de la materia prima, la calidad y el precio de los productos, administraban los recursos del gremio, juzgaban la aptitud de los aspirantes al grado de maestro y eran custodios de los sellos autenticadores e identificativos del gremio. (Océano, 1990, pág. 361).

Como observamos los gremios, asociaciones o cofradías fueron adquiriendo cada vez más poder, así comenzaron a realizarse las primeras prácticas anticompetitivas, toda vez que buscaban monopolizar determinados sectores,

traducimos *Corpus Iuris Civilis*, como Cuerpo De Derecho Del Ciudadano Romano. (Machicado, 2007, pág. 4).

así como abastecer a los consumidores con determinados productos únicos provenientes del comercio con Asia e incluso con América Latina.

Rodríguez-Sala (2009:151) opina en el mismo sentido, sobre las funciones y poder de los gremios:

El control de precios, de mercancías y salarios recayó cada vez más en las ciudades, quienes tomaron el relevo de manos de los señores feudales. Surge así el poder de los municipios que va asociado con las cofradías-gremios, ya que unos y otros, buscan mantener el orden citadino. Las ciudades y sus municipios crecen al unísono que las asociaciones voluntarias.

Es por ello que, el poder monárquico comenzó a abolir las cofradías o gremios con el transcurrir del tiempo, toda vez que eran un poder predominante, más aún, cuando cometían abusos contra gremios o cofradías menores a los cuales les obligaban a integrarse con cláusulas más costosas, o peligros mayores como ligas o monopolios en terreno económico y en el control de la producción o de la mano de obra. (Cordero, 1998, pág. 389).

El control de precios, de mercancías y salarios recayó cada vez más en las ciudades, quienes tomaron el relevo de manos de los señores feudales.

Por otro lado, es interesante conocer la siguiente información sobre los tipos de contratos y el nivel de contratación que, si bien se circunscribe a Sevilla, España, consideramos es un dato importante y relevante para llegar a las conclusiones de nuestro capítulo. Otte (1996:31-52) señala en su investigación acerca de diversos registros de contratos, de tal manera que señalamos los siguientes:

Se vendieron olivos sueltos. Eran casos: de acuerdo con un contrato de 1512 valieron a 70 mrs. A mediados del siglo XVI, y en Huévar, un pie de olivo valía por término medio unos 480 mrs. (...)

Los contratos por compra global se concertaron con los carniceros con agentes de compra: merchantes de ganado, o, carniceros de Sevilla u otros lugares, como en un caso de Aznalcázar. Cinco

contratos conocidos se hicieron en abril, mayo, setiembre y octubre, y tenían validez para todo el año ganadero. Abarcaron toda clase de ganado de consumo, sin imponer límite en la cantidad. (...)

En casos aislados, se imponían a los carniceros cantidades fijas, por números de cueros o en quintales, a entregar en plazos fijos. Casi todos se negociaron con los carniceros en persona. (...) Los carniceros de las comarcas circundantes frecuentemente concertaron ventas de cueros procedentes de pueblos dependientes de ellos (...)

Por todo lo expuesto, y dado el poder que mostraban los gremios en la monopolización y supervisión de la producción y comercialización de productos, las barreras que imponían a los pequeños comerciantes o pequeños gremios, las negociaciones con los señores feudales o con el poder central, el control del número de talleres, entre otras funciones, podemos mencionar que también existió un control en los contratos, a través de condiciones generales que al menos eran impuestas por el gremio a sus compradores, y que en muchos casos eran para favorecer los intereses del mismo gremio, cuando menos en cuestiones de precios, fechas y calidad.

4.6.3. La formación de obligatoriedad del contrato o “*pacta sunt servanda*” de la mano del Derecho Canónico

No es menester ocuparnos de la evolución histórica ni mucho menos profundizar acerca del origen o la naturaleza del principio de *pacta sunt servanda*; sin embargo, consideramos que, dado que es el principio por antonomasia del orden contractual, debemos por orden sistémico, establecer algunas connotaciones respecto del origen y naturaleza de este principio.

Es muy conocido que la obligatoriedad en los contratos databa de tiempos remotos. De hecho, la existencia del mismo, depende del vínculo obligacional en que hayan convenido las partes, como lo hemos visto en los tópicos

anteriores, desde el hombre primitivo hasta el imperio romano, sin embargo, el hecho que los contratos deben cumplirse en tanto promesa de una parte frente y la misma terminología empleada para describir esta situación provienen del Derecho Canónico.

El principio de *pacta sunt servanda* significa en su traducción al español como “los acuerdos deben ser pactados” o “lo pactado obliga”, esta acepción proviene del Derecho Canónico, que concebía al contrato como una promesa entre las partes, la cual debía respetarse, de lo contrario, sería un perjurio o una falta de carácter religioso. Así, esta idea fue desarrollada posteriormente por los teólogos del siglo XVI y como consecuencia la elaboración del principio de libertad contractual. Posteriormente, fue acogida en la doctrina del derecho natural, factor importante para que el principio fuera acogido en los ordenamientos actuales. (Martínez, 2014, pág. 333).

Se entiende al contrato como una promesa mutua, en el ejercicio de la libertad de ambas partes para crearse entre sí mismas, una relación obligatoria, que eventualmente tienen que cumplir, toda vez que esta promesa, es de carácter moral, existe un deber propio de la persona frente a otra, que no necesita de ley imperativa, pero si una especie de ley moral, a la cual cada uno debe de acatar en el mismo sentido que el buen cristiano va a misa, da limosna o se comporta según los valores de la Iglesia. Esta era la concepción de la promesa que los canónicos denominaron *pacta sunt servanda*.

Por otro lado, la regla del *pacta sunt servanda* se originó en la necesidad de consagrar a texto expreso el principio de consensualismo (*solus consensus obligat*), es decir que la voluntad de aquí en adelante confiere fuerza obligatoria al contrato; esto, en consonancia con otros principios con otros valores superiores como la buena fe, honestidad, rectitud, lealtad, integridad y justicia. (Benítez, 2010, pág. 20).

Podemos ver una extensión de este principio en el canon N°3 del Código Canónico: “*Los cánones del Código no abrogan ni derogan los convenios de la Santa Sede con las naciones o con otras sociedades políticas; por tanto, estos*

convenios siguen en vigor como hasta ahora, sin que obsten en nada las prescripciones contrarias de este Código.”

Pero, sin dudarlo, es la legislación española la que consagra el principio de consensualismo por primera vez de manera oficial en el Ordenamiento de Alcalá del año 1348, en la ley única del Título XVI que dispuso: “*sea verdadera obligación o el contrato que fuesen hechos en cualquiera manera, que parezca que alguno quiso obligar a hacer contrato con él*”. La norma del año 1348 tuvo como antecedente no solo las costumbres castellanas. Aunque restringidos y contradictorios, diversos textos legales forales habían venido anticipando el consensualismo. Esta norma fue recopilada posteriormente en el 1567 y de ahí en la Novísima Recopilación de 1805. (López, 1986, pág. 376).

4.7. El contrato en la Edad Moderna

La caída de Constantinopla por los turcos otomanos en 1453 o el descubrimiento de América por Cristóbal Colón en 1492, comprende el inicio de la edad moderna, y con ella la proliferación máxima de los valores supremos que aporta esta época a la historia de la humanidad, principalmente en áreas como la economía, la filosofía y por qué no, el derecho en sí mismo.

En cuanto al contrato, normativamente no existirán mayores vestigios de creación, por el contrario, la dedicación de los juristas a la consolidación de figuras propias del derecho romano, fue de suma importancia, para la concepción contractual, que vendría en la edad posterior con la promulgación del Código de Francia de 1804. Sin embargo, debemos destacar que la edad moderna, aporta toda la noción interdisciplinaria con la que se concebirá y construirá la Teoría General del Contrato.

4.7.1. Adiós feudalismo, bienvenido capitalismo

Entre 1450 y 1650, se desarrolló una economía-Mundo, basada en el modo de producción capitalista, que consistía en una nueva forma de apropiación de los

excedentes gracias a una más eficiente productividad (primero en la agricultura y posteriormente en la industria), al mecanismo integrado de un mercado mundial y a la colaboración de los nuevos Estados. Con esta apropiación indirecta, el capitalismo hacía inservible la organización política de los imperios y dejaba atrás el feudalismo europeo. (OCÉANO, 1990, pág. 444).

El capitalismo no es fácil de definir, Dyer (1998: 9) nos menciona que un sistema capitalista o una economía capitalista, debe tener las siguientes dimensiones:

(...) primero, relaciones de intercambio desarrolladas, en las que el mercado tiene una influencia determinante en la sociedad; segundo, un grupo prominente de empresarios (*entrepreneurs*) en busca de beneficios económicos a través de una organización de las manufacturas y el comercio; tercero, inversión a una escala considerable en los medios de producción; cuarto, una fuerza de trabajo libre asalariada; y quinto, aunque quizás no tan esencial en la definición, innovación en las técnicas de producción e intercambio.

Por otro lado, los descubrimientos geográficos, el trabajo más especializado y el nacimiento de Estados más sólidos, dieron lugar a la proliferación del capitalismo alrededor de Europa.

Hasta aquí, es evidente que ningún Estado podía controlar de manera directa los mercados y las rutas comerciales, sin embargo, cada Estado conforme se hacía más fuerte, contribuía a la organización mercantil, de alguna u otra manera.

Por supuesto que la agricultura seguía siendo el centro de referencia de la producción, sin embargo, está sufrió de grandes crisis que determinaron el cambio de sus estructuras y organización. Esto último es fundamental, porque involucra un nuevo régimen económico y legal, como, por ejemplo, la concepción sobre la propiedad privada y nuevos sistemas de cultivo, que trajeron consigo un incremento sustancial de la producción.

A todo esto, se le sumo el comienzo de los procesos tecnológicos, se podría hablar de una etapa pre industrial en el campo textil (más importante por las invenciones en lo que respecta a máquinas de hilar y tejer), en la minería (empleo de mercurio), en la industria del armamento (se empleó diversos metales y nuevas invenciones para maquinaria pesada).

Con el advenimiento del capitalismo se abrieron enormes posibilidades de inversión en las explotaciones mineras europeas, comercio colonial y altos precios otorgados a las monarquías para hacer frente a sus siempre apremiantes necesidades financieras. Así, se dio lugar al desarrollo de intermediarios financieros, bancos, ferias y bolsas, las cuales desempeñarían un rol determinante en la economía mundial, pero también serían los máximos responsables de preocupantes y reiteradas crisis financieras.

Por otro lado, diversas compañías familiares se fortalecieron. En la primera mitad de siglo, las alemanas de los Fugger, Welser, Hochstetter, Meuting y Rem, que financiaron el comercio de Venecia y Lombardía; la industria textil y las explotaciones mineras de Tirol, Sajonia y Harz. En la segunda mitad, las familias genovesas como los Grimaldi, Centurione, Spínola y Lomellino, y, los toscanos Affaitadi, Bonvisi, Spini y Salvati, controlaron el riquísimo comercio de los metales preciosos americanos y del cobre sueco. (OCÉANO, 1990, pág. 450-451).

Por lo demás, cualquier comprensión del sistema capitalista tendrá que realizarse entendiendo a la economía como parte integrante del desarrollo de la sociedad, así, los evidentes problemas y la gran crisis del capitalismo de nuestros tiempos, están lejos de lo que este sistema pudo dar y conseguir cuando desplazó al feudalismo, sin embargo, sus estructuras a nuestro parecer, están agotadas y han generado sendas desigualdades sociales, que al día de hoy son fácilmente observables en cualquier realidad occidental u oriental, generándose una tarea ineludible y desafiante para todo aquel que busque una sociedad construida sobre la base de la justicia y la equidad.

4.7.2. Algunas corrientes filosóficas que impregnaron la teoría del contrato

Por supuesto que la filosofía no puede ser ajena al contrato mismo, entendido como mecanismo de intercambio, fuente de obligación, medio de satisfacción de nuestras necesidades y expresión de la voluntad y libertad del ser humano.

Es por ello que revisaremos los principales aportes de los filósofos modernos a la teoría del contrato, para entender cómo se alberga estas concepciones en la idea que tenemos hoy en día del mismo, y en la funcionalidad que le otorga la normativa como institución jurídica

4.7.2.1. El contrato social y Thomas Hobbes

Thomas Hobbes fue un filósofo inglés. Es quizá uno de los más grandes pensadores políticos de la edad moderna. Su estudio contempla cuestiones prácticas, políticas y sociales. Liberalista y materialista. La teoría del “contrato social” postulaba un estado de la naturaleza donde los seres humanos tenía una convivencia caótica, pobre y peligrosa; la violencia imperaba para apropiarse (legítima o ilegítimamente) de los bienes del mundo, así, para dejar de vivir en la incertidumbre, los humanos hicieron un pacto entre sí, donde cedían una serie de derechos individuales, a cambio de derechos de orden colectivo, de tal manera que se originó el Estado. A esto último, alude la conceptualización de un “contrato social”.

Castillo (2011:47) lo describe de la siguiente manera:

El contrato social es el producto de la misma urgencia de las cosas y el mismo no puede consistir más que en la subordinación incondicionada de los individuos a una autoridad que los represente y concentre en sí mismo el íntegro de los poderes de todos ellos.

La ley natural no es suficiente para fundar la paz, pues las pasiones humanas son indomables por la sola razón. Tampoco son

suficiente los contratos que celebren los hombres, ya que su contenido son meras palabras que no provocan temor alguno.

Por ello, los hombres que son iguales por naturaleza, y que, en esa paridad, han de competir por la adquisición de bienes y servicios comúnmente escasos, suelen tener conflictos, desacuerdos y diferencias, es por ello que deben adherirse a un pacto social (pacto de unión) con el objetivo de convivir pacíficamente y lograr la supervivencia de los integrantes de la sociedad. Por lo tanto, el pacto social se inspira en la estructura del contrato, porque en este último reconoce un instrumento eficiente y consensualista, cuya relación bilateral y sinalagmática permite satisfacer necesidades y coadyuva a la realización de las personas. (Solís, 2015, pág. 31).

4.7.2.2. El contrato social y John Locke

John Locke fue un filósofo inglés, considerado por muchos como uno de los fundadores del empirismo y padre del liberalismo clásico. Se dedicó a la filosofía teórica y práctica, a través de la política, es en este último campo de estudio, donde concibe que la sociedad se compone de un ejercicio conjunto, más no igual, de libertades individuales. Asimismo, fue uno de los primeros filósofos en postular la necesidad de una separación de poderes como forma de gobierno.

Es por ello que, Locke pretende mostrar que el absolutismo es incompatible con un gobierno legítimo. Locke cree que el gobierno absoluto nunca puede ser legítimo, porque, a su juicio, el absolutismo es peor que el estado de naturaleza. De forma muy resumida, podemos decir que, desde el punto de vista de Locke, el gobierno sólo puede surgir del consentimiento de las personas a él sujetas. Locke se vale de la idea del contrato social. El núcleo central de la concepción de legitimación del dominio político propuesta por Locke es el individualismo normativo que dota al individuo con autonomía moral y que sustituye a la autoridad legisladora de Dios y de la naturaleza mediante el derecho de todo individuo a ser limitado en su libertad solamente mediante aquellas leyes con las que él habría concordado en el marco de procedimientos

definidos por medio de un contrato. De este modo, el eje central de su contractualismo es la idea de la legitimación de la autoridad y del dominio a través de la renuncia voluntaria a la libertad natural bajo la condición de una reciprocidad estricta. (Cortés, 2010, pág. 100-103).

4.7.2.3. El contrato social y Jean-Jacques Rousseau

Jean-Jacques Rousseau fue un filósofo suizo, sin embargo, gran parte de su vida la radico en París, Francia. En 1750, La Academia de Dijón publica un concurso, cuya temática era responder a la pregunta: ¿el establecimiento de las ciencias y las artes han contribuido a depurar las costumbres del hombre? Rousseau es ganador con su *Discurso sobre las ciencias y las artes*, donde expone una crítica general a los valores de la sociedad moderna y al pensamiento ilustrado, señalando que el progreso alcanzado hasta entonces, traducido en lujos, riquezas y vanidades, tiene un precio muy alto: esclavitud de otros y desigualdad social.

En el campo de la política, la primera parte de su obra Rousseau (1999: 4) señala una frase célebre: “*El hombre ha nacido libre, y, sin embargo, vive en todas partes entre cadenas. El mismo que se considera amo, no deja por eso de ser menos esclavo que los demás.*” Estas líneas describen la importancia de la libertad del ser humano en la sociedad, es decir, la naturaleza de la libertad en concordancia con la naturaleza del propio ser humano, y sobre la base de esta, la fundación de una sociedad. Esto nos hace comprender que el Estado no se funda sobre la base de la fuerza o la religión sino sobre una libertad consensuada. Posteriormente fundamenta el contrato social de la siguiente manera, Rosseau (1999: 14):

Ahora bien, como los hombres no pueden engendrar nuevas fuerzas, sino solamente unir y dirigir las que existen, no tienen otro medio de conservación que el de formar por agregación una suma de fuerzas capaz de sobrepasar la resistencia, de ponerlas en juego con un solo fin y de hacerlas obrar unidas y de conformidad.

Esta suma de fuerzas no puede nacer sino del concurso de muchos; pero, constituyendo la fuerza y la libertad de cada hombre los principales instrumentos para su conservación, ¿cómo podría comprometerlos sin perjudicarse y sin descuidar las obligaciones que tiene para consigo mismo? Esta dificultad, concretándola a mi objeto, puede enunciarse en los siguientes términos:

"Encontrar una forma de asociación que defienda y proteja con la fuerza común la persona y los bienes de cada asociado, y por la cual cada uno, uniéndose a todos, no obedezca sino a sí mismo y permanezca tan libre como antes." Tal es el problema fundamental cuya solución da el contrato social.

Así, la voluntad de todos, concepción de otrora filósofos modernos, tendría que traducirse en una voluntad general, que no conlleve la suma de intereses egoístas sino por el contrario, una aspiración al bien común de la sociedad en sí misma, eliminando eventualmente, las desigualdades e injusticias.

Así, la verdadera libertad, que supone una previa moralidad, es la facultad de hacer prevalecer sobre la voluntad particular la voluntad general, eliminando el amor de sí mismo en beneficio del amor del grupo. Su origen se remonta de la piedad natural hacia el prójimo, transformada mediante la educación moral al plano político del interés común, al de la solidaridad como el valor más elevado. La teoría política de Rousseau es una radical socialización humana, una total colectivización, con el propósito de que no aparezcan y pululen los intereses privados. En este sentido el contrato social garantiza una igualdad, pues todos los asociados tienen iguales derechos en el seno de la comunidad. (Cañas, 2008, pág. 139).

4.7.2.4. Immanuel Kant y la naturaleza de la autonomía humana

Immanuel Kant fue un filósofo alemán, es posiblemente el filósofo más influyente de la modernidad. Entre sus teorías destacan la noción sobre la

fenomenología, el empirismo, la metafísica, la autonomía y la moral como imperativo categórico.

En su teoría de la moral, Kant determina que el ser humano a lo largo de su vida, puede actuar de diversas formas, lo cual traerá diversas consecuencias que son ineludibles, pero lo que realmente importa es la buena voluntad.

Si una persona actúa con buena voluntad, habrá actuado de manera correcta e irreprochable; pero ¿cómo evaluar o determinar la buena voluntad? A través del imperativo categórico, es decir, una norma proveniente de mi propia autonomía, de la libertad que tenemos como seres humanos racionales para decidir sobre nuestras acciones, una norma que nos damos a nosotros mismos por el simple hecho de respetar nuestra propia esencia, sacando lo mejor de sí para los demás, por el simple hecho de ser y existir como humanos. Este acto se refleja en la máxima: *“Obra de tal modo que la máxima de tu voluntad pueda valer siempre al mismo tiempo como principio de una legislación universal”* (Kant, 2003, pág.28).

Kant desarrolló toda su teoría creyendo firmemente en la libertad del ser humano, como individuo y como ser colectivo, no consideraba que la libertad no pueda regularse o someterse a cualquier ley externa, por el contrario, consideraba que la genuina libertad era el autogobierno conforme los dictados de nuestra propia razón. Cada persona puede buscar y conseguir los fines que deseen, pero los límites de la libertad y autogobierno son iguales para todos, así se evita la trasgresión hacia la otra persona, o la situación de injusticias.

La voluntad jurídica es heterónoma, ya que no encuentra en sí misma su ley, sino que la recibe del exterior; mientras que la voluntad moral es autónoma, ya que es ley en sí misma y está determinada solo por ella misma; así, mientras que el Derecho se ocupa del aspecto externo de los actos, de si la acción se ha cumplido o no, prescindiendo de sus motivos; la moral se ocupa si la intención ha sido cumplida con intención moral. De ahí que los deberes de derecho son aquellos para los que es posible una legislación externa; deberes de virtud, son, por el contrario, aquellos para los que no es posible tal legislación. Los

primeros son coactivos, los otros no. (Castillo 2011, pág. 56; Alzamora, 1987, pág. 89; Cathrein, 2002, pág. 269).

En el campo del derecho contractual, toda esta concepción sobre la moral, la libertad y la autonomía tiene un correlato muy interesante.

Dado que las promesas deben cumplirse, los contratos también deben cumplirse. Por supuesto que, cumplir promesas también sea eficiente y consecuente con nuestros fines, pero conforme la moral postulada por Kant, los contratos deben cumplirse porque se ha prometido, la razón de su cumplimiento son las promesas libremente realizadas y no el fin o utilidad que traerá el cumplirlas. Es por ello que el reconocimiento de la autonomía, también requiere reconocer nuestra responsabilidad por aquello que no nos sale bien, asumiendo nuestros fracasos y errores. El costo de la libertad para prometer o no prometer es la responsabilidad de nuestros compromisos. (Hevia, 2015, pág. 2518)

Kant cree que todos podemos tener fines, donde otros fines nos ayuden a conseguir los nuestros, es decir, una relación simbiótica de cooperación e intercambio voluntario, lo que eventualmente, necesita de un sistema de derecho contractual basado en el libre consenso. Así, los contratos generan obligaciones entre las partes, el acreedor obtiene un crédito contra el deudor, la exigencia del mismo no es reflejo de la propiedad del deudor, sino de la propiedad sobre la obligación del deudor, corresponda a dar o hacer. En efecto, el contrato no es más que lo que las partes hayan negociado o acordado racionalmente en su contenido, lo cual trae dificultades a nivel interpretativo sobre cualquier vacío en su clausulado.

4.7.2.5. Friedrich Hegel y el método dialéctico aplicado al contrato

Georg Wilhelm Friedrich Hegel fue un filósofo alemán, creador del método dialéctico, idealista por naturaleza y estudioso de las diversas instituciones del derecho privado; destaca en su filosofía la percepción histórica del ser humano sobre su entorno, y no simplemente planteamientos teóricos. El despliegue del

espíritu universal del ser humano, es solo un producto de todas las aportaciones y elementos del pasado, es decir, la cultura, la religión, la política, el espacio y el tiempo, conforman la percepción del ser humano del presente.

El sistema de pensamiento de Hegel, compone tres realidades (naturaleza, mente humana y espíritu absoluto) las cuales están interconectadas a través de un movimiento denominado: la dialéctica. La dialéctica es aplicable a cualquier campo de estudio porque proviene de un ejercicio mental. Demuestra una tesis (afirmación) a la cual se le opone una antítesis (negación), dando una síntesis (conclusión).

En cuanto al estudio de las principales instituciones del derecho civil, Hegel establece que la propiedad es la representación de una voluntad libre, la cual puede exteriorizarse a través de diversos intercambios con la finalidad de satisfacer las necesidades.

Según este aspecto, lo que lleva a los hombres a contratar es la necesidad, la benevolencia o la utilidad, es decir, fines particulares que no sirven para explicar el fundamento racional del contrato que Hegel persigue. La exigencia racional del contrato viene dada para Hegel en cuanto que en él se reconocen mutuamente los participantes como personas y propietarios y las cosas no son consideradas como en sí mismas exteriores, sino en cuanto reflejan la voluntad libre de las personas. A través de esta relación de voluntades, la propiedad se tiene no sólo por la voluntad subjetiva de una persona con la cosa, sino también mediante otra voluntad; se tiene, pues, por voluntad común, y esta es la esfera del contrato. (Buenaga, 2014, pág. 44).

Finalmente, debemos entender que, para Hegel, en el contrato se produce una unidad de diferentes voluntades o voluntad común, la cual entra en la existencia, pero no constituye una voluntad universal pues ha sido puesta en aquella existencia por el arbitrio contingente de los contratantes. Las partes del contrato son personas independientes y mediante el contrato abandonan su diferencia al existir una voluntad común, pero en esta identidad, señala Hegel aplicando su peculiar lógica filosófica, está contenido que cada voluntad no es idéntica a la otra y siguen siendo voluntades distintas, pues a través de la

voluntad común, deja de ser cada uno propietario, lo sigue siendo y lo deviene, continuando como voluntades individuales. (Buenaga, 2014, pág. 45).

4.8. El contrato en la Edad Contemporánea

El contrato o, mejor dicho, la teoría general del contrato, tal y como la conocemos a lo largo de la historia contemporánea y de su fructífero desarrollo en el campo del derecho civil, se inicia en este período, con la consolidación y profundización de los conocimientos románicos y la teoría liberal propia de la posteridad de la revolución y las ideas filosóficas de la época.

Posteriormente, otros fenómenos y acontecimientos mundiales, determinarán la propia crisis del contrato, lo cual constituye una serie de reformas, pero sobretodo, una nueva manera de observar, estudiar, analizar y practicar la propia contratación en una sociedad industrializada, globalizada y de consumo.

El último recorrido histórico, involucra la revolución francesa como pilar de la construcción de una nueva sociedad, la codificación europea con especial énfasis en la promulgación del Código Francés de 1804, el impacto de la revolución industrial y las peripecias de la contemporaneidad de nuestro ciclo, con el impacto de la tecnología en la contratación.

4.8.1. La Revolución francesa

Después del nacimiento de Cristo, el acontecimiento más grande de la historia occidental es la Revolución francesa. Este proceso social trajo consigo el final del sistema político y social que había dominado Europa durante los siglos anteriores. Significó la caída del absolutismo europeo y la profundización del liberalismo político y económico que, de alguna u otra manera, ha perdurado hasta la actualidad.

En la segunda mitad del siglo XVIII, Francia representaba el paradigma de Estado del Antiguo Régimen, no había podido controlar los desajustes sociales,

el nulo control político de la burguesía, pese al crecimiento de la economía y la industria, y la explosión de los campesinos hundidos en la pobreza y la miseria.

La idea filosófica de la ilustración hizo que toda la población pueda ser consciente de la importancia de los derechos propios de los ciudadanos y el papel del Estado, de tal manera que se agudizó un clima crítico que comprendía una actitud rebelde y efervescente en la sociedad. A esta actitud crítica le debemos sumar el espíritu de libertad política, igualdad de derechos, fraternidad social e intelectualismo proclive hacia la revolución.¹⁷

Por otro lado, la escasez y carencia de productos y alimentos, producidos directa e indirectamente por las crisis agrícolas que sufrió Francia durante más de una década, provocó una inusitada alza de precios que causó revueltas en la población.

Todos estos antecedentes que constituyen una grave crisis económica, política y social, y después de infructuosas reuniones y asambleas, terminaron por causar el asalto de la Bastilla, prisión y símbolo del absolutismo real, en manos del pueblo de París, el 14 de julio de 1789.

Posteriormente, Luis XVI sería decapitado en la guillotina el 21 de enero de 1793 y Francia vencería al ejército de Prusia en la sangrienta batalla de Jemappes. Como diría Goethe: *“en este lugar y en este día nace una nueva era en la historia del mundo y vosotros podréis decir que estuvisteis presentes”*.

¹⁷ Se considera que la ilustración comenzó en Inglaterra, pero se consolidó en Francia. Las ciencias, las artes y la cultura en general se vieron impulsadas por inquietudes del saber y el progreso opuestas a la tradición política absolutista y a los dogmas religiosos de la Iglesia. La Ilustración fue un movimiento que favorecía la transformación social y política por la vía pacífica. Los filósofos ilustrados, como Montesquieu, Rousseau o Voltaire, creían que la cultura, el arte y la ciencia eran los instrumentos idóneos para educar y beneficiar a las masas no ilustradas. Muchos de los pensadores ilustrados escribieron en “La Enciclopedia”, una obra en la se compilaron las ideas ilustradas. La importancia de la Ilustración radica en el poder que ejerció en los diversos aspectos de la vida europea del siglo XVIII, así como en la difusión de los valiosos conocimientos que se habían acumulado a través de los siglos como patrimonio de la humanidad, los cuales dejaron huella no sólo en Europa, sino también en América. (SI-EDUCA, 2012).

4.8.2. El Código de Francia de 1804 y el proceso de codificación europea

En 1800, Napoleón designa una Comisión integrada por cuatro miembros: Francois Denis Tronchet (1726-1806), en ese momento, Presidente de la Corte de Casación; Jélux Julien Jean Bigot de Préameneau (1747-1825), abogado ante el Parlamento de París, y comisario del gobierno ante la Corte de Casación; Jean-Marie-Etienne Portalis (1745-1807), alto funcionario administrativo, y Jacques Maleville (1741-1824), magistrado de la Corte de Casación y primer comentarista del Code. La comisión en pocos meses alcanza su proyecto al Consejo de Estado. El proyecto es discutido en el Consejo de Estado, con la participación del mismo Napoleón. El 20 de marzo de 1804 fue promulgado en su integridad, bajo el título de *Code civil des Français*. Posteriormente, en 1807, fue reimpresso oficialmente con el nombre de *Code Napoléon*. (Ramos, 1995, pág. 157-158).

De hecho, el rótulo de Código de Napoleón, no solo era una situación de alarde histórico del emperador, sino por el contrario, condice con la realidad de su creación, el mismo Napoleón fue partícipe de por lo menos 30 de 107 sesiones en la Comisión, siendo miembro partícipe y decisorio en la redacción del texto, ante las dudas o discusiones de los miembros de la Comisión.

El Código Civil se había estructurado en tres libros, divididos en títulos y estos en capítulos. Los libros, conforme con la tradición romana, eran: Libro I – De las personas, Libro II – De los bienes y de las diferentes modificaciones de la propiedad y, Libro III – De las diferentes maneras de adquirir la propiedad. Asimismo, contenía un Título Preliminar, donde se establecían los principios que regían el Código.¹⁸

El artículo 1101 contiene la definición de contrato, entendido como: “*El contrato es un convenio por el cual una o varias personas se obligan, frente a una u*

¹⁸ En la actualidad, hasta la reciente modificación del Código Civil Francés el 01 de octubre de 2016, la estructura del Código se compone de la siguiente manera: Título Preliminar, Libro I – De las personas, Libro II – De los bienes y de las diferentes modificaciones de la propiedad, Libro III – De las diferentes maneras de adquirir la propiedad, Libro IV - De las garantías y, Libro V – Disposiciones aplicables a Mayotte.

otras varias, a dar, hacer o no hacer algo.”¹⁹ Esta definición es muy interesante, no solo porque es la primera definición de contrato en la codificación moderna, sino porque entiende su naturaleza jurídica como un convenio que producirá una obligación.

Al respecto, debemos señalar lo siguiente:

En primer lugar, como sabemos, el contrato no es lo mismo que convenio o convención, el primero está referido a la naturaleza patrimonial de la obligación, mientras que el segundo está referido a la naturaleza extrapatrimonial de la obligación, por ende, debemos comprender que no toda convención es un contrato, pero en sentido estricto, todo contrato puede contener una convención, entendida esta última como un acuerdo. El Código Francés entiende el contrato como aquel convenio destinado a crear obligaciones.

En segundo lugar, entendemos que los contratos que surgen de un convenio entre dos partes y que no transgreden las disposiciones sobre orden público y buenas costumbres, son plenamente válidos y deben cumplirse a cabalidad. Esta concepción, será la que se impregne en todo el derecho contractual posterior, reconociendo la igualdad de las partes en la contratación, situación que como veremos más adelante, es una igualdad meramente teórica y nunca práctica.

En 1865, en Italia se promulgaba el Código Civil para esa nación, no entraremos en detalles sobre este Código, toda vez que era una copia muy fiel al Código Napoleónico, tanto en su estructura como en su contenido.

En 1874, en Alemania se designa la primera Comisión encargada de elaborar el Código Civil. El impulso para la consecución de la tan deseada codificación vino de la mano de uno de los civilistas alemanes más importantes de la época, Anton Friedrich Justus Thibaut (1772-1840) quien con su obra “Sobre la necesidad de un derecho civil general para Alemania” vino a sentar las bases fundamentales para una futura codificación. Después de diversas

¹⁹ El texto original señala: “*Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose.*”

modificaciones, ajustes y reajustes, en 1896, y con algunas modificaciones al texto presentado, quedó la propuesta aprobada por el Parlamento y publicada en el Diario Oficial del Imperio (Reichgesetzblatt). El 1 de enero de 1900, el Bürgerliches Gesetzbuch o BGB, término que refiere al Código Civil de Alemania, fue promulgado oficialmente. (Díaz, 2002, pág.3).

El Código se estructura en cinco libros, conforme lo siguiente: Parte General, derecho de obligaciones, derechos reales, derecho de familia y derecho de sucesiones.

Las disposiciones en materia de derecho contractual se encuentran establecidas en el título III, el contrato o *vertrag*, es definido en la sección 145 como la fuente de obligación, así: “Cualquier *persona que ofrezca a otra persona para celebrar un contrato está obligada por la oferta, a menos que haya excluido estar sujeta a ella.*”²⁰

Esta noción de contrato es más amplia que la noción de contrato en el Código Civil de Francia o Italia (como veremos más adelante). Al respecto. Saavedra (2013:191) comenta al respecto que:

En el sistema alemán ante la gran amplitud, y la propia centralidad, del concepto de relación obligatoria se entiende que el contrato es sólo una de las fuentes de las obligaciones, aunque ciertamente resulta la más importante. Tampoco podría llegarse a afirmar que la noción de Vertrag (o contrato en alemán) se limita a la obligación, toda vez que alcanza a relaciones en la que no existe el elemento patrimonial o en los que se produce la transferencia de la propiedad (por obra de un negocio real abstracto, el cual tiene distinto cariz en relación al principio del consenso traslativo).

El Código Civil alemán entiende al contrato como una transacción sobre la base de la norma, que consiste de dos declaraciones correspondientes de intención o declaraciones de voluntad: oferta y aceptación. Son tres los conceptos básicos, a saber: (i) relación contractual de obligaciones (relación

²⁰ El texto original establece: “ *Wer einem anderen die Schließung eines Vertrags anträgt, ist an den Antrag gebunden, es sei denn, dass er die Gebundenheit ausgeschlossen hat.*”

contractual obligatoria); (ii) transacción legal y (iii) declaración de intención. En resumen, se forma un contrato a través de una transacción legal, una promesa vinculante para el promisor solamente con la aceptación del promitente. Otra variable, es la versatilidad propia del principio de abstracción, que, de conformidad con él, la validez del contrato obligacional y la validez del contrato de transferencia son independientes entre sí, por lo que no se excluye la posibilidad de que la fuente de la invalidez pueda afectar tanto el uno como también el otro. (Ruiz, pág. 6-7).

En 1942, se promulgó el segundo Código Civil de Italia. Este fue un Código que conjugó diversos aspectos tanto del Código francés como alemán, de tal manera que dieron un Código genuinamente nuevo con interesantes variaciones teóricas propias de la época. Asimismo, fue uno de los Códigos donde el derecho de las obligaciones se encuentra unificado, de tal manera que podemos encontrar disposiciones de carácter civil y mercantil en materia de obligaciones.

Este Código tiene un Título Preliminar y seis libros temáticos que se componen de la siguiente manera: Libro I - De las personas y del derecho de familia, Libro II - De las sucesiones por causa de muerte, Libro III - Propiedad y demás derechos reales, Libro IV - De las obligaciones y los contratos, Libro V - De derecho de trabajo, Libro VI - De la tutela de los derechos.

La definición de contrato se encuentra establecida en el artículo 1321 como: *“el contrato es el acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir una relación jurídica patrimonial entre ellas.”*²¹

Esta definición es posiblemente la que expresa mayor riqueza jurídica, más completa que el entendimiento del contrato como una convención (Francia) o la simple relación obligatoria (Alemania), sin embargo, no ha sido exenta de críticas. Por otro lado, es una definición muy similar a la plasmada en nuestro Código Civil de 1984 en el artículo 1351, cuando establece que: *“El contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial.”*

²¹ El texto original establece: *“ Il contratto è l'accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale.”*

Hemos visto la evolución histórica de la definición sobre contrato en las principales codificaciones europeas. Al respecto, debemos enfatizar que fuera de la dogmática propia de las instituciones según la cosmovisión, cultura o raigambre jurídico de cada país, y de los países que fueron adoptando esta legislación a sus propios Códigos (España, México y países de Latinoamérica), es claro que el sentido de la contratación sobre la base de la presunción de igualdad entre partes, libertad contractual y de contratar, remedios civiles y la percepción que el contrato es Ley entre las partes, es clara en los Códigos decimonónicos.

Todo esto proviene de diversos presupuestos, que se iniciaron desde la Edad Moderna y que se profundizaron con la revolución francesa. En primer lugar, la libertad económica y el individualismo en la contratación (que en muchos casos podía traducirse como egoísmo); en segundo lugar, la concepción moderna de igualdad entre los contratantes, tanto económica como intelectual, lo cual al día de hoy sabemos que es una utopía; y, en tercer lugar, las concepciones ideológicas sobre libertad y enriquecimiento individual, tanto en las nociones filosóficas como económicas.

El contrato termina siendo un instrumento de la autonomía privada, se manifestaba como poder de autorregulación (de ahí, la tradicional ecuación entre contrato y autonomía privada); asimismo, era fuente del valor de la libertad individual, no solo era un instrumento incontestable de la autorregulación de intereses privados, sino que además representaba la mejor garantía de eficiencia y justicia, pues en un plano de igualdad formal y de libertad económica los contratantes concurrían y acordaban la composición de sus respectivos intereses (traslación de la idea de autosuficiencia del mercado); por otro lado, quedaba claro que el contrato no podía albergar en su estructura otra función que no fuera realizar intereses privados a los que por definición servía. (Orduña, 1998, pág. 256).

Sucedería un acontecimiento importante que traería consigo la contratación masiva, como principal medio de contratación hasta la actualidad, poniendo en tela de juicio toda la teoría general del contrato, e incluso, la vigencia de la institución, tal y como se concebía en el derecho civil. Este acontecimiento es

sin lugar a dudas, la revolución industrial, y la regulación en materia contractual, corresponde a las cláusulas generales de contratación y los contratos por adhesión.

4.8.3. La revolución industrial y la aparición de la contratación masiva

La revolución industrial se conforma de tres etapas. La primera sucedió en Inglaterra durante los años 1760 y 1870, la segunda sucedió en los países europeos y Estados Unidos durante los años 1870 y 1920, y, la tercera que sucede a lo largo del mundo desde 1940. En todas las etapas, el avance científico y tecnológico jugó un rol preponderante y determinó cambios en la expansión del mercado, la forma de vida de las personas y la organización del trabajo.

Este fenómeno trajo consigo la masificación de las relaciones contractuales, la contratación ya no podía ser interindividual, esto último sería extremadamente costoso y complejo, simplemente impracticable; así, la contratación se estandarizó con la producción a gran escala. La industria fabricaba productos como antes en la historia, y eran comprados por una gran masa de consumidores ávidos por satisfacer todas sus necesidades. Otero (2004:45) describe el hecho de manera muy clara:

A partir de la revolución industrial surgen nuevas tecnologías; la introducción de la máquina permite la producción masiva y en serie, provocando un aumento de la producción de bienes y servicios que exige ubicarlos en el mercado, es decir que mayor cantidad de personas accedan a ellos, lo que trae aparejado la extensión del tráfico comercial con una oferta a un precio razonable teniendo las empresas que reducir los costes y mejorar la gestión de la empresa; produciéndose así la quiebra de la autonomía de la voluntad, el contrato ya no es más la consecuencia de la libre voluntad de las partes en el marco de la igualdad jurídica; aparecen los contratos de adhesión, con las cláusulas predispuestas en las que el empresario impone las condiciones y a las que el

consumidor debe someterse si pretende tener acceso al producto. Este fenómeno del contrato de adhesión encuentra gran expansión en el siglo XX, en distintas órbitas, como, por ejemplo: seguros, transporte terrestre, marítimo o aéreo, bancos, suministros de luz, agua, telecomunicaciones, hospedaje y turismo, publicidad, telecomunicaciones, espectáculos públicos (cine, teatro, deportes), etc.

Sobre el contrato por adhesión, es importante resaltar lo que menciona Fernández (1994:231-232):

Los contratos de formato o machote eran conocidos en México desde mediados del siglo XIX, siendo utilizados originalmente para el servicio de transporte ferrocarril. Considerándose este como un contrato típico por adhesión, “o se aceptaban las condiciones que proponía el ferrocarril o no había transporte”.

De 1880 a 1892 surgieron nuevos contratos por adhesión, como el del Servicio de Energía y Luz Eléctrica y el de Teléfonos, para la ciudad de México; se celebraban mediante formatos uniformes e inflexibles para el consumidor, y al igual que en el anterior, “o se aceptaban las condiciones y términos del contrato propuesto por esas empresas o no había servicio”.

(...)

Fue entonces que, en 1975, por primera vez en Latinoamérica, se reglamentó este tipo de contratos, al publicarse la ley federal de protección al consumidor, en cuyo artículo 4 se ordenaba: “Para los efectos de esta ley se entienden contratos por adhesión aquellos cuyas cláusulas hayan sido aprobadas por alguna autoridad o redactadas unilateralmente por el proveedor, sin que la contraparte para aceptarlo pueda discutir su contenido”

Así, el contrato por adhesión y la utilización de cláusulas generales de contratación, se originan para agilizar el tráfico mercantil, posteriormente, con

la intervención del Estado, la propia naturaleza de ambas instituciones evolucionará hacia la defensa de la parte más débil y la protección de los consumidores, en respuesta a los abusos y engaños a los que fueron sometidos todos aquellos que contrataban a través de estos contratos pre redactados por la parte más fuerte de la relación.

El Estado interviene en el contrato, no para democratizar la contratación en masa, buscando lograr que aquella desigualdad fáctica, visible y pragmática de los contratos por adhesión, sea compensada a través del control de las cláusulas generales de contratación, se busca evitar abusos, engaños y vulneraciones de derechos, que eventualmente, el Derecho clásico tampoco podía corregir.

Las partes en sus negocios pueden reproducir las normas imperativas (el texto o su sentido, pero no contradecirlas, muy especialmente cuando en su observancia están interesados el orden público y las buenas costumbres, nociones que participan de la naturaleza de las cláusulas abiertas o válvulas, que tienen por finalidad oxigenar (flexibilizar), el sistema positivo, cualquier contrasentido, el Estado asume la intervención directa. (Stiglitz, 1994, pág. 188).

Esta falta de igualdad entre las partes de la contratación o mercado, como lógica consecuencia terminó por exigir, inexorablemente, la protección por parte del Estado de la parte débil de la contratación o mercado, para evitar los innumerables abusos que la parte fuerte cometía con la débil. (Torres, 2016, p. 90). El contrato se socializó, dejó de ser un instrumento meramente volitivo e intocable para las partes, a cumplir una función social.

La teoría del contrato pasaría de ser una teoría meramente voluntarista e individualista, a reforzar la teoría normativista, que consideraba a la norma o Ley, más no la voluntad de los seres humanos, la que otorga a las partes la relación de obligatoriedad, justificando el principio – en términos correctos- de la autonomía privada y no autonomía de la voluntad. Radbruch (1944) razona este argumento de la siguiente manera:

la voluntad jamás puede producir una obligatoriedad, no solo la voluntad ajena, sino aun la propia; todo lo más que puede ocasionar es la situación de hecho a la que una norma, que está por encima de ella, une la obligatoriedad. No es, por consiguiente, el contrato el que obliga, sino la ley la que obliga en el contrato. (p.190)

El postulado de la autonomía privada, fue el punto de partida, que derivó en el debilitamiento del valor “sagrado” de la voluntad, logrando perder la certeza o seguridad jurídica que se le atribuía a la voluntad en la contratación, y, por ende, en el mercado. Todo ello, afianzado con la cada vez mayor intervención del Estado en la reglamentación contractual, trajo consigo una crisis al dogma de la voluntad, que creemos es, una crisis al sentido individualista del contrato. Derivando en el auge del sentido social del contrato, porque si el contrato es entendido como un instrumento para la satisfacción plena de nuestras necesidades como personas humanas, a su vez, debe ser un instrumento de la satisfacción de las necesidades como sociedad, corrigiendo la injusticia contractual, desigualdad económica, abuso del más fuerte y desequilibrio en la contratación.

Así, desde hace un buen tiempo, nos arribamos a un mundo, donde el contrato se observa desde una icónica perspectiva, por un lado, existe una parte fuerte, con un gran poder económico – que no solo involucra dinero, sino información, capacidad de negociación, entre otros- frente a una parte débil – mayormente consumidores- que no tienen ese poder, y que el Estado en consonancia con su mandato constitucional, debe proteger.

Este desequilibrio, nos hace pensar que el derecho de consumidor, es en esencia repositivo de poder, toda vez que, ante el desequilibrio estructural, funcional y orgánico del contrato entre un proveedor y consumidor, el Derecho y el Estado moderno, tienen que buscar reestablecer ese desequilibrio primigenio, generándose una evidente desigualdad, que termina siendo justa, porque a través de la protección de la parte débil, se intenta poner al mismo nivel al consumidor. Así, arribamos a una paradoja jurídica, donde a través de una desigualdad logramos la igualdad esperada.

Las disposiciones sobre la contratación por adhesión y las cláusulas generales de contratación, también han sido recogidas por los principales Códigos Civiles del mundo, de tal manera que se han adaptado a la nueva realidad social y económica del siglo XXI.²²

Es evidente que este nuevo contrato, no es estructural ni fundamentalmente similar al contrato civil que conocemos y estudiamos con profundidad en las universidades, sino por el contrario, tiene características y particularidades que es necesario identificar y exponer, para lograr una verdadera construcción dogmática.

4.8.4. El Contrato en la sociedad de consumo

El contrato en la actualidad nace en un contexto de economía de mercado o de economía social de mercado. Desde los *contracts*, los contratos celebrados en el derecho comunitario europeo y hasta el derecho continental latinoamericano, tienen un contenido económico, de constante fluidez de bienes y servicios, y pese a no entenderse de manera igual, se puede observar que la tendencia es la regulación contractual por parte del Estado, con miras a proteger a la gran masa de consumidores.

Esta masa de consumidores nace en la sociedad de consumo, y sustituye a la parte contratante por el consumidor, que declina y se hace dependiente a los mecanismos implementados por las empresas y las políticas económicas

²² El Código Civil de Francia, ha establecido disposiciones sobre la buena fe entendida como principio general del derecho contractual. Asimismo, establece la definición de cláusula abusiva y la posibilidad de su supresión por la parte vulnerada. En el mismo sentido, se establece como vicio de la voluntad la violencia ejercida contra el contratante débil. Finalmente, la interpretación en materia contractual se realiza dependiendo del contrato celebrado, si es por adhesión, se interpretan las cláusulas en contra de quien las estipuló.

El Código Civil de Alemania, para adaptarse a las disposiciones de la Unión Europea, se implementaron nuevas disposiciones en materia de obligaciones tales como la responsabilidad por incumplimiento, obligaciones de saneamiento y por supuesto, los contratos de consumo, regulados dentro del Libro II sobre las Obligaciones sección 3 sobre las obligaciones bajo contratos, subtítulo 2 sobre los principios de los contratos de consumidor (artículo 312 en adelante)

El Código Civil de Italia, establece disposiciones relativas al control de cláusulas vejatorias, cláusulas generales de contratación y contratos del consumidor, dentro de lo que se reconoce como una tutela efectiva del consumidor.

instauradas en los países, en especial, los que se encuentran en vías de desarrollo. Así, la intensificación cuantitativa de la producción de bienes y servicios por parte de la empresa, determina el fin del consumo individual y da lugar a una *estructura contractual de adhesión*, uniforme, masiva, regulada y esencial para mantener el esquema productivo en acción. (Gherzi, 1990, p. 102).

Bajo este contexto hemos podido identificar las siguientes particularidades del contrato en la sociedad moderna:

1. El contrato tiene una orientación pública, se encarga a través de sus cláusulas, de regular un determinado sector del mercado y la actividad económica. Celebramos contratos que impidan el abuso hacia los consumidores (de manera directa), pero también, que sean herramientas para velar por la libre competencia y evitar la competencia desleal (de manera indirecta).
2. Se pierde la visión general del sistema del derecho contractual, porque se pueden encontrar regulaciones especiales para contratos especiales en sectores específicos, trayendo consigo desconexiones, incoherencias y déficit de coordinación en las instituciones del derecho de contratos.
3. Como es un régimen contractual que busca regular el mercado, también se debe tener en consideración diversos reglamentos y actos normativos de entidades públicas y privadas que regulan a su vez, la actividad económica de su sector.
4. Con mayor frecuencia se busca tutelar grandes grupos de contratantes, de esta manera, no solo observamos compradores, suministrados, mutuuarios, fiadores, sino se busca englobar una sola categoría, por ejemplo, consumidores.
5. Se aumenta el lenguaje de redacción contractual, derivado de otras disciplinas, por ejemplo, la economía, sociología, marketing, publicidad; asimismo, en el contrato se importan "*extranjerismos*", que poco a poco se van adaptando a nuestro medio, que pretenden sustituir los latinismos jurídicos.

6. Las limitaciones sobre la preservación del orden público y las buenas costumbres y la moral, ahora son insuficientes y sobrepasadas por una realidad económica-jurídica abrumante.
7. El contrato se convierte en la materialización de hechos reales, existe la teoría, pero predomina la realidad de los hechos frente al propio derecho, así se construye un contrato por medio de circunstancias objetivas, concretas, comprobables y reales.
8. Finalmente, observamos que el contrato, cada vez más se afianza en su sentido y contenido social, a tal punto que podemos apreciar que los textos normativos sobre la regulación contractual provienen de actos con fuerza de Ley delegadas por el Congreso, y no por Leyes en sentido general emitidas por el Poder Legislativo. Un apéndice más para comprobar, que hasta en la regulación de las normas contractuales, se busca mayor dinamismo y practicidad.

Todas estas particularidades del contrato moderno, las observamos mejor reflejadas en la figura jurídica del contrato de consumo. Ahora bien, ¿qué es un contrato de consumo? Para Roppo (2009) es entendido como aquel: *contrato entre un consumidor y un operador económico profesional, relativo a la adquisición de bienes o servicios suministrados por éste último-emerge como una categoría autónoma y relevante del derecho contractual.*” (p. 35). El artículo 45 del Código de Protección y Defensa del Consumidor, establece que es aquel que tiene como objeto una relación jurídica patrimonial en la cual intervienen un consumidor y un proveedor para la adquisición de productos o servicios a cambio de una contraprestación económica.

Al respecto, Durand (2012) menciona que: *“se trata de transacciones que se realizan en el mercado, que por sus características no pueden ser dejadas simplemente bajo la esfera de las normas contractuales comunes, cuando menos no en el estado en el que se encuentran.”* (p.103) De esto último podemos colegir dos apuntes: en primer lugar, la diferencia entre el contrato civil y el contrato de consumo; y, en segundo lugar, la posibilidad de integración dogmática y normativa del contrato de consumo al Código Civil. No cabe sino reiterar la necesidad de importantes modificaciones en el régimen de la

contratación masiva del Código Civil que se muestra inaplicable e insuficiente ante la celebración de los contratos hoy en día; es por ello, que es posible y novedosa la introducción, al interior del Código Civil, de una categoría de contratos de consumo. (Vega, 2001, p. 83).

En sentido identificamos y exponemos las notas particulares del contrato de consumo, de tal manera que:

1. Es una categoría autónoma, relevante y frecuente en el campo del Derecho, la Economía y el Marketing.
2. Es evidente, que se busca reestablecer un equilibrio estructural. Algunos autores mencionan que es producto de una patología y fisiología social, toda vez que una parte siempre será más débil por la información que no tiene o no puede comprender. (Roppo,2009, p. 48-49)
3. Es posiblemente, el contrato más vulnerable, toda vez que nace como consecuencia de la imposición de condiciones y limitantes a la autonomía privada de una de las partes.
4. Es meramente formal, en la búsqueda de la protección al consumidor, la formalidad surte sinonimia como seguridad jurídica, por ende, es mejor expresar los derechos y obligaciones de las partes en el papel, esto ligado a un vínculo de transparencia, porque mientras más y mejor información se dé a conocer, los consumidores tomarán decisiones más certeras y eficientes.
5. Tiene un campo de acción extremadamente amplio, no limitándose ni clasificándose por el intercambio o el tipo de bienes, superando a las categorías de compraventa, suministro, mutuo, gestión de negocios, permuta; resumiéndolas e integrándolas en categorías de adquisición o prestación de servicios.

Por todo ello, la definición de contrato que nos ofrece Ghersi (1990) que lo entiende como: *“una estructura legal de regulación, que enmarca la interrelación económica.”* (p. 3) tiene más relevancia en la actualidad, por reflejar las realidades socioeconómicas y por su validez dogmática.

Esta realidad contractual, producida por los cambios suscitados en la actualidad económica ha formulado dos estructuras contractuales, por un lado, la estructura que podríamos llamar de “negociación individual”, plasmada en nuestro Código Civil, y, por otro lado, la estructura que podríamos llamar de “adhesión o masiva”, plasmada de manera limitativa también en el Código y en legislación especial. Ambas estructuras han sido diferenciadas, pero el gran desafío es su integración y sistematización, no en una sola estructura, sino en un solo compendio que reúna de manera suficiente y coherente sus disposiciones contractuales.

CAPÍTULO V: CONTRUCCIÓN NORMATIVA DE LOS PRINCIPIOS DE BUENA FE CONTRACTUAL Y PROTECCIÓN A LA PARTE DÉBIL DESDE LA PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

5.1. Necesidad de una adecuada integración a través de los principios de buena fe y protección a la parte débil.

5.1.1. Sobre los principios del ordenamiento peruano en general

No es fácil abordar el tema concerniente a los principios del ordenamiento jurídico. Quizá la abstracción de los mismos sea un campo de cultivo para la proliferación de ideas que pretenden llenar de contenido sistémico y ordenado a cada uno de los principios del Derecho.

Los principios son consideraciones axiológicas, fundamentales, generales y abstractas que reflejan la conciencia jurídica y la naturaleza de un sistema de normas determinado, es decir, constituyen expresiones de las normas existentes, y en efecto, son de aplicación general sobre las mismas normas, es decir, no solo fundamentan el sistema jurídico, sino que, ante la imposibilidad de tipificar todos los supuestos generados por las relaciones jurídicas intersubjetivas, son de aplicación general e interpretación jurídica según las circunstancias de cada situación.

El artículo 233, inciso 6, de la Constitución de 1979 establecía esta idea de tal manera que:

Son garantías de la administración de justicia:(...) 6.- La de no dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia de la ley.

En tal caso, deben aplicarse los principios generales del derecho y, preferentemente, los que inspiran el derecho peruano.

Nuestra actual Constitución de 1993, no hace referencia a la aplicación de los principios generales del derecho (en adelante PGD), quizá por técnica de

redacción jurídica y legislativa, o porque el constituyente lo consideró de aplicación evidente, y prefiere repetir el texto de su antecesora, así lo señala el artículo 139 inciso 8):

El principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley.

En tal caso, deben aplicarse los principios generales del derecho y el derecho consuetudinario.

Al respecto, nuestro Código Civil de 1984, establece en el artículo VIII que: *“Los jueces no pueden dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia de la ley. En tales casos, deben aplicar los principios generales del derecho y, preferentemente, los que inspiran el derecho peruano.”*

Dos apuntes debemos hacer al respecto:

En primer lugar, la redacción del texto es prácticamente una copia exacta del texto constitucional de 1979, y esto se debe a que esta última, era la Constitución que regía al momento de la elaboración y promulgación del Código Civil, lo que demuestra que ambos textos pueden ser leídos y aplicados de manera integral.

En segundo lugar, el texto consagra que cuando la realidad sobrepasa el derecho, lo cual es bastante común y frecuente, es decir, ante la inexistencia de una norma expresa para determinado caso en concreto, el juez debe aplicar y resolver conforme los PGD, dando solución al problema del vacío normativo.

La misión de los órganos jurisdiccionales es establecer el orden entre los hombres, resolviendo todos los conflictos que puedan surgir de las interferencias de conducta. No juzgar cuando la ley es oscura, insuficiente o no prevé el caso, constituye una negativa a hacer justicia y ello lleva al desorden o la inseguridad jurídica. Mientras el legislador no dé solución a las deficiencias demostradas por la práctica, llenando los vacíos o aclarando aquellas que por su oscuridad pueden dar lugar a distintas interpretaciones, es a los jueces a quienes compete esa labor. (Díaz, 1971, 1971, pág. 24-25).

Así, podemos darnos cuenta que los PGD se plasman a lo largo de la normativa de un sistema jurídico, esto es: la Constitución, códigos, leyes orgánicas, normas con rango de ley, entre otros dispositivos normativos y su última materialización la realiza siempre los Tribunales Judiciales o Administrativos a través de la jurisprudencia.

Por supuesto que existen principios plasmados en el texto normativo, como los establecidos en la Constitución o en el Título Preliminar del Código Civil, sin embargo, creemos que existen principios que contienen valores supremos que tanto el legislador, el juez y cualquier operador jurídico deben respetar, como la persona humana, la justicia, la sociedad, las libertades, el Estado, entre otros, los cuales si bien no encontramos explícitamente en su denominación como “principios generales” también son pauta de actuación y es cuasi obligatoria su aplicación en la interpretación a casos concretos. Así, Díez-Picazo y Bullón (1983: 180) mencionan:

Por todo ello, no se puede afirmar rotundamente que los principios generales se hallan fuera ni, por el contrario, dentro del ordenamiento jurídico. Lo que sí resplandece en todo caso es su función vertebradora o estructuradora del mismo porque: 1º, tienen un carácter básico y fundamental en la organización del grupo humano que por él se conduce; 2º revelan de modo espontáneo el sistema de creencias y convicciones en que reposa la organización de tal grupo social.

Esto último muy relacionado con lo que menciona Villar (1945:130-131):

el principio general de derecho no es estático ni permanente, responde a la ideología social y es la penetración de tal ideología, de los valores predominantes en la sociedad e incluso de los mitos aceptados en cada país y en cada momento en el ordenamiento jurídico. Es el punto de unión entre el consenso social, los valores predominantes y las aspiraciones de una sociedad con el sistema de derecho: de ahí que la propia ley les

denomine principios generales informadores; en cuanto recogen tales valores tendrán efectividad que perderán de otra manera.

Así, los PGD, se originan conforme el devenir de cada sociedad, son mutables, comunes y corresponden al fiel reflejo de la sociedad en determinado tiempo y espacio, surgen con la actuación del ser humano y legitiman su accionar en el campo del derecho.

En este sentido, son diversos principios los que se aplican a cada ordenamiento y conforme los institutos afines y especialidades. Nosotros tomaremos importancia en los principios de buena fe y el principio de protección a la parte débil, que como es evidente, son principios de aplicación general y transversalidad única y en este caso, para efectos de nuestro planteamiento principal, merecen una atención especial.

5.1.2. ¿Por qué la elección de los principios de buena fe y protección a la parte débil en la contratación moderna?

El principio de buena fe en las relaciones contractuales no es nada nuevo. Lo novedoso del tema es su redimensión. El principio de protección a la parte débil, es menester del derecho en general, así que tampoco es nuevo. Lo novedoso de este tema es importancia en la actualidad y la necesidad de adecuada proliferación y sistematización en las normas contractuales. En efecto, hoy en día se siga hablando con entusiasmo de estos principios, es propio de la sociabilización del derecho en general, con mayor impacto, en el derecho de los contratos.

Consideramos que, para proponer una teoría sobre la contratación de consumo, paradigma de la contratación moderna, es necesario repasar ambos principios desde una mirada crítica, después de todo, en ambos supuestos, estamos hablando sobre cuestiones abstractas como una escala axiológica que va desde la honestidad y lealtad, hasta la justicia y equidad.²³

²³ Consideramos que la denominación “principios generales del derecho”, es una forma extendida para determinar el conjunto de disposiciones destinadas a interpretar, complementar,

El actuar bajo estos dos principios implica un ideal que debe cumplirse, estén o no, establecidos en la norma, es decir, cumplir con lo debido. Los valores y el “deber ser” se complementan y hasta creemos que se necesitan en el actuar del ser humano.

Desde siempre se tiene que hacer lo que debe ser, lo correcto, lo justo; en la actualidad el mismo accionar toma más importancia, toda vez que la contratación es tan masiva que la confianza en cada relación contractual de consumo es fundamental para el devenir de las relaciones mercantiles, no se puede concebir ni permitir situaciones donde una parte haya quebrantado la relación de confianza que corresponde a toda relación contractual, más aún, si esta última se encontraba en una posición vulnerable, lo cual la convierte en un contratante débil y frágil. Como diría Immanuel Kant: “*el bien debe existir aun cuando no haya existido nunca en ninguna parte*”. Así la buena fe y la protección a la parte débil o la contraparte se convierte en una verdadera exigencia.

De los dos principios se deriva la posibilidad de asumir los bienes y servicios que una persona contrata, y a su vez, recibir los beneficios y soportar las cargas que corresponden según la propia naturaleza de la relación contractual, y por supuesto, según el rol de cada parte dentro del contrato. Así, el derecho contractual de consumo, o como que se podría denominar, las normas contractuales propias del contrato de consumo, se enmarcan dentro del principio de la buena fe y la protección a la parte débil, en el momento en que la sociabilización del contrato, ha tomado más forma que nunca, de tal manera que nos permite reivindicar la noción de los pactos dentro de un marco de justicia (último paragón de interpretación y sentido del derecho); lo que nos permite darnos cuenta, que si la relación se torna injusta o es injusta per se, el derecho contractual tiene que responder a esta frecuente necesidad, y no como excepción (como en los casos de la excesiva onerosidad de la prestación, la lesión o los vicios ocultos) sino como regla jurídica.

integrar o establecer cualquier clase de normas bajo los principios de razonabilidad, equidad y justicia.

La complejidad del mundo actual nos obliga a mirar con más intensidad las ideas y principios jurídicos, es decir a recurrir a algo que no es el Derecho promulgado. La experiencia demuestra que se requiere de algo más que leyes. Las situaciones nuevas o únicas que se plantean no pueden tener una respuesta de antemano adecuada. (Díaz, 1971, pág. 56).

En este mismo sentido, debemos considerar quién es igual y quién es desigual, y cómo debemos contratar en cada situación, esto último es fundamental para entender estas líneas, pasando de la abstracción de la valoración sobre este principio de igualdad²⁴, a la concreción en conductas a través del principio de buena fe, y la precisión normativa a través de la protección a la parte débil. Solo en ese sentido, podemos entender la justicia como algo más que un principio, sino como un ideal, un valor supremo que inspira al Derecho, y en efecto, al hombre a ser lo que debe ser, y a evitar convertirse en la antonimia de su propia naturaleza.

5.2. Buena fe como principio del derecho

Definir la buena fe puede ser un ejercicio complejo, pero sin duda alguna, necesario. No creemos que los lectores no tengan una idea preconcebida sobre la buena fe, al contrario, creemos que toda persona, y eventualmente contratante, actúa intrínsecamente sobre la base de *actos* de buena fe, al menos eso es lo que genuinamente nos es natural realizar cuando contratamos. Lo opuesto sería contratar sobre la base de actos de mala fe, lo que, sin lugar a dudas, no hubiese generado el progreso y desarrollo económico y social a lo largo de la historia, como lo hemos visto en el capítulo anterior. Hay una necesidad de confianza, que impulsaría al más incrédulo a aceptar disposiciones de la otra parte con tal de llevar a cabo el contrato.

Ha señalado Bonivento (1986:358) que:

²⁴ En lo que respecta a la justicia, las disposiciones de interpretación deben resolverse evaluando la naturaleza del conflicto, si sucede que son derechos iguales y partes iguales, se decidirá de la misma forma: determinando la mayor igualdad posible entre los interesados; *contrario sensu*, si sucede derechos iguales y partes desiguales (cualquiera sea su naturaleza y justificación), se decidirá en favor de la mayor reciprocidad de intereses o en su defecto, de quien sea más vulnerable o susceptible ante la decisión final.

Quizá uno de los principios sobre los cuales sin descanso y sin reserva debe descansar todo el Código Civil es el que concierne a la buena fe, no sola vista alrededor de la celebración del contrato sino en su etapa de negociación y, particularmente en la ejecución (...) más importante es consultar el comportamiento de las partes en su ejecución para precisar los efectos del acto. Tal vez, la buena fe se convierta en uno de los grandes pilares del edificio contractual, porque de ella se localizan los verdaderos propósitos e intenciones de los contratantes.

El principio de la buena fe no es solo un principio del derecho contractual, por el contrario, es un principio del derecho en general, que ha tenido una mayor raigambre jurídico en lo que se conoce como derecho privado, así su aplicación como norma integradora o como fuente de interpretación se ejercita en campos como los derechos reales, el acto jurídico, las obligaciones, los títulos valores, contratos mercantiles, entre otros.

En materia contractual, es harto conocida la disposición contenida en el artículo 1362 del Código Civil (en adelante CC) que establece: *“Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes.”*; por otro lado, tenemos el artículo 168 que dispone que: *“El acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en él y según el principio de la buena fe.”*

En ambos casos podemos entender paulatinamente que estamos hablando de lo mismo, sin embargo, una lectura más detenida puede llevarnos a confusión, en relación a la redacción de ambos artículos y lo que realmente quieren expresar, por un lado, podemos entender a la buena fe como un conjunto de reglas y, por otro lado, podemos entender a la buena como un principio en el más amplio sentido de la palabra.

Al respecto, debemos mencionar que el Código de Protección y Defensa del Consumidor (en adelante CPDC), también contiene una disposición sobre la buena fe, así el artículo V inciso 1) determina:

En la actuación en el mercado y en el ámbito de vigencia del presente Código, los consumidores, los proveedores, las asociaciones de consumidores, y sus representantes, deben guiar su conducta acorde con el principio de la buena fe de confianza y lealtad entre las partes. Al evaluar la conducta del consumidor se analizan las circunstancias relevantes del caso, como la información brindada, las características de la contratación y otros elementos sobre el particular.

El CPDC a primera lectura, entiende al principio de buena fe como un modelo de conducta, y lo coloca al nivel de actuaciones relacionales establecidas sobre la base de la confianza y lealtad, conceptos con mayor abstracción. Asimismo, tampoco nos brinda información precisa acerca del real contenido de la buena fe, toda vez que, como modelo de conducta, puede contener una serie de reglas en el actuar, lo cual no necesariamente involucra que se hable del propio principio.

Por otro lado, volviendo a las disposiciones de carácter civil, no podemos obviar la conceptualización de la buena objetiva y subjetiva, la primera como regla de conducta y la segunda como creencia de actuar conforme a derecho. Ambos supuestos no son lo mismo, y más allá del nombre que se les ha brindado, creemos que como categorías conceptuales son totalmente diferentes. Establecer con claridad las cuestiones referidas a la buena fe objetiva y subjetiva, e identificar que institución es aplicable a los casos en concreto es sumamente importante para ofrecer una propuesta con precisión normativa y no caer en vaguedades o interpretaciones obtusas.

Finalmente, creemos que es necesario exponer ciertos alcances preliminares sobre la buena fe, que nos permitirán adentrarnos con mayor facilidad al tema. Comenzaremos aquí.

5.2.1. Alcances preliminares sobre el principio de buena fe

Dado que la buena fe no se encuentra definida en nuestra normativa, tendremos que acudir a la doctrina para conceptualizar esta institución. Esto no es una tarea vaga e inútil, al contrario, es productivo desde cualquier punto de vista delimitar el concepto del principio de buena fe, toda vez que, al ser tan poliédrico y sumamente general, éste se manifiesta en diversos tipos de comportamiento que, a su vez, generan diversas acepciones. Estas no son meros esfuerzos retóricos, sino variadas maneras de calificar el correcto actuar de los individuos, que se reconducen a una sola acepción; por otro lado, es conocida la posición de diversos juristas que consideran a la buena fe como una cláusula general, creemos que la diferencia entre uno y otra es inexistente: se trata de estándares con los cuales se evalúa el comportamiento de los sujetos o con los cuales se establecen reglas de interpretación. (Espinoza, 2012).

Al respecto, Betti (1969:67) señala que es: *“una exigencia ético-social que está compuesta por el respeto de la personalidad ajena y por la colaboración con los demás.”* Nos parece la definición más acertada para comenzar a delimitar el concepto, tanto por contenido como por su amplitud, señala la importancia de las reglas éticas-sociales, y la preocupación y colaboración con la otra parte, sin duda alguna, importante dentro de la esfera obligacional o contractual.

En este mismo sentido, Bianca (2007:523) señala con suma precisión que:

La buena fe representa así uno de los principios basilares de nuestro ordenamiento social, y el fundamento ético que se le reconoce encuentra correspondencia en la idea de una moral social activa que se pone más allá de los confines tradicionales de las buenas costumbres.

De hecho, lo que se busca es que el sustrato ético sea el contenido normativo de la institución, es decir, el actuar moral predominante en la sociedad, o el actuar individual bajo las normas éticas, tengan fuerza normativa y sean una exigencia de la misma ley en las relaciones contractuales, a esto se conduce la buena fe.

La promesa que una parte realiza se entiende seria y veraz, por ende, se espera su eventual cumplimiento, en primer lugar, porque existe un criterio lógico y ético que entre las partes no cabe la posibilidad de engaño, y por otro lado porque esa declaración o esa promesa exteriorizada es una especie de norma que se debe tomar en cuenta cuando una persona pretende crear relaciones jurídicas con otra; así, se podría decir que la ley contractual, para estos efectos, nace del hombre y lo obliga a cumplir según lo haya declarado.

Ambas partes esperan lealtad en el actuar, lo que sucede es que si alguna de ellas tiene el poder de negociación – cualquiera haya sido la causa de esta situación- el deber de lealtad se duplica, por lo tanto, la buena fe se extiende, dejando de ser una institución que solo resguarda el cumplimiento, la promesa y la confianza.

De hecho, es sabido que la nomenclatura “buena fe” es equiparable a lo que en el derecho romano se conocía como *Fides*, que en el idioma español significa “fidelidad”, y solo en este sentido podríamos decir que se fundamenta la buena fe como un PGD, o como un valor máximo y virtud personal que el derecho aspira. La fidelidad en sentido de justicia, lealtad y honestidad, en relación a los deberes nacidos de una obligación contractual.

Así la traducción de *Fides* como “Fe”, no es en absoluto válida o correcta por dos razones. En primer lugar, porque no tienen ningún sentido o coherencia al resultar total y absolutamente vaga o indefinida frente a la idea de justicia, derecho o contrato; así, como no puede saberse o determinarse en que es lo que se debe creer o tener fe para que haya justicia. En segundo lugar, porque aun cuando sí pueda saberse o determinarse en qué es lo que se debe creer o tener fe, para que haya justicia; la creencia o fe en algo no es suficiente para que las personas puedan concebir que existe justicia, pues estas siempre van a quedar en el fuero interno o subjetividad de las mismas. (Torres, 2016, pág. 176).

Por otro lado, es pertinente señalar cual es la verdadera concepción de la buena fe en la normativa, para poder entender el parámetro de protección al

consumidor. Al respecto, leeremos la primera concepción sobre la buena fe desde una perspectiva que denominaremos liberal, De Trazegnies (2005: 37):

La buena fe, dentro de su acepción clásica de honestidad fundamental, de razonable inocencia y de coherencia en la actuación es, sin duda, un principio esencial dentro del Derecho moderno: sin buena fe, el derecho se convertiría en una vacilante regla de juego entre tahúres.

El mercado es la búsqueda dinámica y a veces agresiva del propio interés; pero no puede funcionar normalmente sin una cierta lealtad básica. Lo que no puede admitir una economía de mercado cuya base es la libre iniciativa de las partes es una suerte de buena fe moralista que asume principios distintos de la voluntad de las partes y que pretende dar pie para la intervención, sea del Estado, sea del juez, dentro del pacto contractual. Esa buena fe –que algunos llaman “objetiva” porque no responde a la intención de los sujetos sino a patrones que son considerados cuasi sagrados y superiores a la voluntad de las partes– no puede ser aceptada porque pretende consagrar un derecho de intromisión del Estado (léase en muchos casos, del juez) en lo que corresponde al dominio privado y libremente determinable de las partes, contrariando las reglas de interpretación del contrato contenidas en el Código Civil vigente, a las que he hecho referencia en los párrafos anteriores. Como señala Max Weber, la contratación moderna no puede regirse por criterios ajenos y superiores a las partes, ya que la racionalización y formalización del Derecho actual lleva a ver los contratos como expresiones del interés individual y no como formas de realizar una política o de poner en práctica un principio con un valor intrínseco y general.

Bajo esta perspectiva, se entiende que la interpretación del contrato proviene de la voluntad de las partes, inclusive se podría llegar a afirmar que las partes en el ejercicio de su autonomía de la voluntad, fundamentan la obligatoriedad del contrato. En relación a ello, entendemos que el principio de buena fe bajo

esta concepción, se entiende según el común acuerdo de las partes, y mientras ninguna de las dos haya obrado de mala fe, el contrato no solamente es válido, sino inmutable. De la misma manera funciona cualquier ejercicio de interpretación.

Al respecto, es más preocupante aún, bajo esta concepción, la imposibilidad que la contratación pueda llevarse a cabo bajo valores máximos, actitudes morales o fines supremos sociales, lo cual determina, su naturaleza individualista. Nos hace recordar aquellas reglas liberales que se plasmaron en los principales Códigos decimonónicos del mundo, y que la realidad de aquel entonces y más aún, nuestra realidad, se ha encargado de resquebrajar gradualmente en las teorías, que se fundaban fácticamente sobre la base de injusticias y desigualdades, es por ello que no podemos suscribir esta postura. Martín (1995:65) señala: *“Para el voluntarismo dogmático, la exigencia de buena fe, no tenía otra función que la de reforzar el principio de pacta sunt servanda, estableciendo que los contratantes debían respetar y cumplir fielmente los compromisos asumidos en sus propios términos”*.

No sería posible argumentar criterios o deberes de cada una de las partes frente a otras, en especial en las contrataciones de consumo, con relaciones asimétricas, y donde una de ellas ocupa una posición ventajosa frente a la otra, de hecho, queda clarísimo el sentido individualista, cuando De Trazegnies (2005: 37) sostiene:

(...) actuar con buena fe es permitir que la libre voluntad de las partes se manifieste de la manera más diáfana y, luego de haber sido concertada en una voluntad común a través de un contrato, se cumpla de manera cabal, sin triquiñuelas. Así, actuar con buena fe en la ejecución de un contrato es cumplir con el contrato, llevar adelante esa voluntad acordada que dio origen a la relación contractual.

Asimismo, esta concepción de buena fe, también se fundamentaría en aquella economía liberal autorregulada por el propio mercado, y donde es este último, quien desarrolla e impulsa la economía de un país, desconociendo el rol del

Estado, quien no puede intervenir en su funcionamiento, y eventualmente, no podría intervenir en los tejidos que componen el sinnúmero de contrataciones diarias.

Por otro lado, es imposible cerrar los ojos a la presencia del Estado, mediante el ordenamiento jurídico, dándole virtualidad legal a la voluntad creadora de las partes.

El Estado no solo crea el escenario legal propicio, sino que le otorga a los particulares esa facultad de crear derecho, la cual se limita al propio ordenamiento; de ahí que debemos rechazar la idea de que todo vínculo jurídico que reconozca un contrato como fuente es necesariamente justo, puesto que resulta de la libertad. La libertad no es un elemento que purifique los actos del hombre. No hay que olvidar que en el ejercicio de la libertad muchas veces se han atropellado derechos. Por ello, los conceptos de libertad e igualdad han de estar siempre presentes en toda relación contractual. (De la Puente, Cárdenas y Gutiérrez, 2000, pág.142)

Una segunda concepción sobre la buena fe, postula que todo contratante está obligado a tomar en cuenta los intereses legítimos de su contraparte en virtud de la buena fe contractual. Ello a fin de preservar ciertos valores sociales o públicos, como la equidad o la solidaridad que se construyen en preceptos u objetivos contractuales que limitan la voluntad de las partes y a fin de eliminar situaciones abusivas, tratándose especialmente de relaciones y contratos de consumo, de tal manera que mientras no exista un sacrificio significativo, se deberá tener en cuenta el interés de la otra parte. (Mesinas, 214, pág. 103).

Esta concepción, determina quizá, un verdadero límite a la autonomía privada, pero mejor aún, es quizá una manera de corregir los excesos que podrían cometer las partes en la correspondencia de su común acuerdo, lo cual evidentemente, puede ser causal de sendos abusos, no necesariamente jurídicos, pero abusos a fin de cuenta, y como tales, sancionables.

Por otra parte, es fundamento de una visión humanista sobre las normas concernientes al contrato. Mosset y Soto (2004:123) señalan:

(...) se incorporó las normas “válvulas” (o de goma) suficientemente elásticas para “servir al caso” conforme a la aplicación o concretización por el juez: buena fe, equidad, equilibrio, revisión readaptadora, son las consecuencias de esa fe en el “Derecho judicial contractual”. Se equilibra lo imperativo con lo dispositivo y se señala que, al menos en principio, los códigos deben reducirse y solo hablar cuando está de por medio un interés superior al meramente privado (...)

De esta manera, nos damos cuenta que esta concepción es mucho más amplia que aquella que limita el principio de la buena fe a la mera voluntad de las partes, en efecto, se considera que esta se conjuga con otros valores máximos del Derecho, como la justicia, de ahí que no se aceptarán – ni aún en la búsqueda de la intención de las partes- disposiciones, interpretaciones o conductas que transgredan esos valores, y que por lo demás, le generen una ventaja significativa a una de las partes, en consecuencia de una desventaja injusta a otra de las partes.

En la sociedad del siglo XXI, sería impensado que no exista un parangón al principio de la autonomía privada, de hecho, históricamente han existido estándares mínimos o básicos sobre los cuales se han fundado las sociedades o civilizaciones y que, en efecto, responden como instrumentos para lograr el desarrollo de la misma sociedad, uno de ellos es, la buena fe.

La relación contractual contemporánea por antonomasia es la relación de consumo, y el fundamento de esta institución jurídica, determina que sea una expresión inequívoca del principio de buena fe, más aún, cuando los consumidores lo que buscan a través de los contratos es satisfacer sus necesidades (intereses, lujos, fines, otros), lo cual fundamenta su vulnerabilidad frente a la otra parte.

Al respecto, consideramos que el reconocimiento jurídico del principio de buena fe, es solo la materialización de los valores socialmente aceptados, ello en relación a un actuar honesto, recto, probo, leal; los cuales se plasman en otros principios como la vida humana, la propiedad, la preservación de los contratos,

la justicia, entre otros. Así debemos tener en cuenta que la buena fe preexiste a la normativa, las directrices éticas siempre han existido y existirán; de lo que se ha encargado el derecho a lo largo de la historia, es de brindarles a las normas morales o éticas, el ropaje jurídico que solo la fuerza de la ley le puede otorgar, y en efecto, la coerción propia del imperio de la norma. Solo de esta manera se entiende la definición de Ost (2005:194) sobre el contrato, siendo una:

Figura dialéctica de mediación que le permite al sujeto subsumir sus intenciones voluntarias bajo previos principios éticos, movilizándolo y regenerando de esa manera las estructuras preexistentes de cooperación. Podríamos decir que cada contrato le da vida a una confianza preexistente sin la cual el primero no sería nada.

Sin cada relación de confianza, lealtad, reciprocidad y honestidad, que se plasman a través de un lenguaje de cooperación, no existiría ningún contrato, de hecho, la misma institución jurídica, solo sería una herramienta anquilosada en el tiempo, e inútil en nuestros días. Imaginemos, ¿cómo es posible negociar con otra parte, de la cual desconfiamos?, ¿cómo es posible pretender celebrar contratos si no cumplimos con lo pactado?, ¿cómo es posible que una sociedad se desarrolle sin orden moral? Realmente imposible.

De ahí que se hace necesario delimitar y concebir la buena fe con un claro perfil objetivo, entendida como regla o modelo ético-jurídico de conducta leal en el tráfico, que constituye en sí mismo una fuente de deberes exigibles en todo caso, a tenor de la naturaleza de la relación y del fin perseguido, tanto en la interpretación y ejecución del contrato como en su celebración. Así, cada parte está obligada recíprocamente a abstenerse de cualquier conducta lesiva de los intereses de la otra parte, y también, en sentido positivo, guardarse lealtad, desengañarse de errores, huir de reticencias y, en definitiva, colaborar con la otra parte en la satisfacción de las recíprocas expectativas. (Martín, 1995, pág. 66-679).

5.2.2. Buena fe objetiva y subjetiva. Delimitación conceptual.

Es menester de nuestra investigación establecer con la mayor claridad posible el ámbito de la buena fe objetiva y la buena fe subjetiva, toda vez que ambas instituciones no significan lo mismo, ni se pueden interpretar ni aplicar de la misma manera, es más, no son bifurcaciones de un concepto general, toda vez que responden a construcciones jurídicas distintas, de hecho, nos atreveríamos a decir que la única similitud (que muchas veces nos lleva a confusión), es su propia nomenclatura o denominación.

El CC, establece diversas disposiciones a lo largo de su articulado, donde se hace referencia directa o indirectamente al principio de buena fe, al respecto, señalaremos las notas características de esas acepciones.

5.2.2.1. Buena fe subjetiva

Diríamos que la buena fe subjetiva, es lo que no es el principio de buena fe. Al respecto, Espinoza (2012) menciona que la buena fe subjetiva:

es entendida como un estado intelectual o, con mayor precisión, “gnoseológico” del sujeto, referente a la esfera de conocimiento del individuo. En otros términos, la expresión “buena fe” expresa un estado intelectual que constituye parte integrante de un supuesto previsto y disciplinado por la ley.

Por su parte, Puig (1981:415-416) señala que:

La expresión buena fe tiene dos sentidos, subjetivo y objetivo. En el primero se refiere a la intención con que obran las personas o a la creencia con que lo hacen. El sujeto recibe del Derecho un tratamiento favorable por encontrarse en la creencia, nacida de un error excusable, de que su conducta está en conformidad con el ordenamiento jurídico.

Esta buena fe, denominada subjetiva, está referida a una cuestión psicológica o creencia fehaciente de quien realiza un acto jurídico, aquella persona asume

internamente que su actuar es correcto, dado la ignorancia de un hecho o cuestiones pertinentes y relevantes para determinada relación jurídica. Todo esto, ante la existencia que ciertas condiciones jurídicas o fácticas le conducen a creer que su accionar está fundado en la verdad jurídica.

El CC, establece algunas disposiciones que, sin temor de la exigencia de una numeración exhaustiva, pasaremos a citar:

- **Artículo 194.-** La simulación no puede ser opuesta por las partes ni por los terceros perjudicados a quien de buena fe y a título oneroso haya adquirido derechos del titular aparente.
- **Artículo 277.-** Es anulable el matrimonio:
(...)
8. De quien, de buena fe, lo celebra ante funcionario incompetente, sin perjuicio de la responsabilidad administrativa, civil o penal de dicho funcionario. La acción corresponde únicamente al cónyuge o cónyuges de buena fe y debe interponerse dentro de los seis meses siguientes a la celebración del matrimonio.
- **Artículo 284.-** El matrimonio invalidado produce efectos civiles respecto de los cónyuges e hijos si se contrajo de buena fe, como si fuese un matrimonio válido disuelto por divorcio. Si hubo mala fe en uno de los cónyuges, el matrimonio no produce efectos en su favor, pero sí respecto del otro y de los hijos. El error de derecho no perjudica la buena fe.
- **Artículo 665.-** La acción reivindicatoria procede contra el tercero que, sin buena fe, adquiere los bienes hereditarios por efecto de contratos a título oneroso celebrados por el heredero aparente que entró en posesión de ellos.
Si se trata de bienes registrados, la buena fe del adquirente se presume si, antes de la celebración del contrato, hubiera estado debidamente inscrito, en el registro respectivo, el título que amparaba al heredero aparente y la transmisión de dominio en su favor, y no hubiera anotada demanda ni medida precautoria que afecte los derechos inscritos. En los demás casos, el heredero verdadero tiene el derecho de reivindicar el bien hereditario contra quien lo posea a título gratuito o sin título

- **Artículo 903.-** Tratándose de artículos en viaje o sujetos al régimen de almacenes generales, la tradición se realiza por la entrega de los documentos destinados a recogerlos.

Sin embargo, el adquirente de buena fe de objetos no identificables, a quien se hubiere hecho entrega de los mismos, tiene preferencia sobre el tenedor de los documentos, salvo prueba en contrario.

- **Artículo 906.-** La posesión ilegítima es de buena fe cuando el poseedor cree en su legitimidad, por ignorancia o error de hecho o de derecho sobre el vicio que invalida su título.
- **Artículo 907.-** La buena fe dura mientras las circunstancias permitan al poseedor creer que posee legítimamente o, en todo caso, hasta que sea citado en juicio, si la demanda resulta fundada.
- **Artículo 914.-** Se presume la buena fe del poseedor, salvo prueba en contrario.

La presunción a que se refiere este artículo no favorece al poseedor del bien inscrito a nombre de otra persona.

- **Artículo 1125.-** El derecho de retención es indivisible. Puede ejercerse por todo el crédito o por el saldo pendiente, y sobre la totalidad de los bienes que estén en posesión del acreedor o sobre uno o varios de ellos.
- **Artículo 1135.-** Cuando el bien es inmueble y concurren diversos acreedores a quienes el mismo deudor se ha obligado a entregarlo, se prefiere al acreedor de buena fe cuyo título ha sido primeramente inscrito o, en defecto de inscripción, al acreedor cuyo título sea de fecha anterior. Se prefiere, en este último caso, el título que conste de documento de fecha cierta más antigua.
- **Artículo 1136.-** Si el bien cierto que debe entregarse es mueble y lo reclamasen diversos acreedores a quienes el mismo deudor se hubiese obligado a entregarlo, será preferido el acreedor de buena fe a quien el deudor hizo tradición de él, aunque su título sea de fecha posterior. Si el deudor no hizo tradición del bien, será preferido el acreedor cuyo título sea de fecha anterior; prevaleciendo, en este último caso, el título que conste de documento de fecha cierta más antigua.

- **Artículo 1268.-** Queda exento de la obligación de restituir quien, creyendo de buena fe que el pago se hacía por cuenta de un crédito legítimo y subsistente, hubiese inutilizado el título, limitado o cancelado las garantías de su derecho o dejado prescribir la acción el verdadero deudor. El que pagó indebidamente sólo podrá dirigirse contra el verdadero deudor.

En cuales quiera de estas disposiciones reguladas en nuestro Código, podremos observar que no se trata de la buena fe, tal como conducta leal y honesta respecto a un acto jurídico, sino que se trata de un estado de ignorancia o una apariencia proveniente de una situación de hecho que legitima a una de las partes.

Es así que, la creencia desacertada de una situación jurídica, como la posesión como propietario sin serlo, y el matrimonio con un contrayente ya casado también sin saberlo; no son en absoluto conductas que de manera consciente o voluntaria deben las personas tener o cumplir para que en la sociedad se realicen los valores de la justicia, equidad y seguridad jurídica. Todo lo contrario, dichas creencias son conductas inconscientes o involuntarias porque las produce la ignorancia que tienen no todas las personas, sino solo algunas de ellas; las cuales les ocasionan daños. Es por ello, entonces, que estas conductas inconscientes o involuntarias nunca han sido, ni van a poder serlo, en el derecho, consideradas como un principio general del mismo; como sí lo son las conductas que constituyen la buena fe objetiva. (Torres, 2016, 174-175). Por lo demás, es interesante compartir lo expresado por León (2014:256):

En efecto, entender la buena fe como lealtad y honestidad es, simplemente, privilegiar en el análisis una “actitud activa”, que, “lejos de ser puramente psicológica”, se “aprecia de un modo objetivo: la intención del agente cuenta menos que su comportamiento efectivo, en comparación con el que habría tenido un buen padre de familia, un buen contratante. Por lo tanto, la buena fe, entendida en este segundo sentido, precisamente, no

constituye una noción meramente objetiva: por la fuerza de las cosas, ella conserva un substrato subjetivo.

5.2.2.2. Buena fe objetiva

El CC establece en el artículo 1362: “*Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes.*”; y el CPDC, establece en el artículo V inciso 1):

En la actuación en el mercado y en el ámbito de vigencia del presente Código, los consumidores, los proveedores, las asociaciones de consumidores, y sus representantes, deben guiar su conducta acorde con el principio de la buena fe de confianza y lealtad entre las partes. Al evaluar la conducta del consumidor se analizan las circunstancias relevantes del caso, como la información brindada, las características de la contratación y otros elementos sobre el particular.

Lo que ambos dispositivos comunican es una conducta activa de actuar conforme una serie de valores en pro de la relación contractual. Así, podríamos decir que la buena fe es una regla objetiva de determinación fáctica, un estándar de comportamiento del contratante en todo momento, es por ello que, en la negociación, celebración y ejecución de contratos, la buena fe se entiende como un repertorio de conductas a ser cumplidas por las partes, en correspondencia con los valores que contiene este principio, de ahí que podemos hablar de honestidad, lealtad, claridad, y hasta deberes de información o reparación.

De esta manera la buena fe objetiva es entendida como lealtad en la negociación de un contrato y como corrección en el comportamiento en el contrato celebrado que consiste en un leal comportamiento caracterizado por un consiente respeto al interés del otro contrayente. Este tipo de buena fe se traduce en el comportamiento de activa cooperación en el interés ajeno, en un comportamiento de fidelidad al vínculo, por el cual una parte de la relación

obligatoria está disponible para cumplir las expectativas de prestación de la contraparte. (Espinoza, 2012).

La lealtad en el contrato es el complemento necesario de la justicia contractual, ese deber de lealtad impregna todo el derecho a través del principio moral de la buena fe, la cual es sinónimo de franqueza, probidad y sinceridad, y antónimo de mala fe, trampa, dolo o fraude. Así, la buena fe impone ciertos deberes concretos cuya catalogación supone una situación o relación determinada, de ahí que sea algo más que actuar sin culpa (como sucede en la buena fe subjetiva). (Mosset, 1994, pág. 177, 184).

Es por ello que el tema de la buena fe objetiva, va más allá de las prestaciones pactadas y resulta exigible hasta la valorización del comportamiento de personas justas y leales según las circunstancias normales del caso concreto; lo contrario, es la existencia de un desequilibrio o aprovechamiento de una parte frente a otra.

Asimismo, este principio permite precisar las prestaciones debidas por las partes más allá de lo estrictamente estipulado, e incluso antes de haberse estipulado, se asemeja a los deberes de seguridad, cuidado y protección de los intereses de las partes. Es un principio creador de deberes secundarios de conductas, muchas veces no contemplados por partes del negocio, por ejemplo, los contratantes están obligados a comunicar conforme la verdad, todo lo que la otra parte desconoce a fin de formar juicio sobre la materia objeto de las negociaciones y hacer firme su declaración de voluntad. (Alves, 2017, pág.173).

Por todo esto, podemos comprender que los deberes emanados del principio de buena fe, conjuntamente con los valores supremos que busca salvaguardar, son los que configuran el contenido de la propia institución, al respecto, es oportuno conocer que acciones o conductas serían sancionables o prohibidas por el ordenamiento jurídico, en pro de la aplicación del principio de buena fe, al respecto, creemos que las conductas, entre otras y muchas, son:

- Lesión a la confianza y a los intereses.
- Ocultamiento de información

- Actos culposos de deslealtad
- Perjuicios a la otra parte
- Comportamiento prepotente
- Falta de seriedad y rigor de lo ofrecido.
- Renuncia injustificada a tratativas avanzadas.
- Silencio sobre negociaciones paralelas
- Otras conductas relacionadas

También es importante enumerar los modos de conducta de las partes, en tanto resultaría más sencillo establecer las sanciones o prohibiciones sobre la identificación de estas, al respecto, entre otras y muchas, son:

- Confianza y protección de los intereses mutuos
- Actuación mínima de lealtad y honestidad
- Actitud proba
- Solidaridad en las transacciones y apoyo mutuo
- Voluntad sincera, leal y fiel a la relación jurídica
- Convicción para llevar a cabo el negocio, y ejecutarlo
- Sacrificio sin perjuicio en la conclusión de fines
- Razonabilidad o equilibrio de las prestaciones
- Observancia de circunstancias particulares e implícitas
- Deber de brindar información veraz
- Deber de reparación
- Logro de fines económicos y sociales
- Resolución de conflictos de manera equitativa
- Otras conductas relacionadas.

Finalmente, debemos señalar que el principio cardinal o deber general de actuar de buena fe tiene la función de colmar las inevitables lagunas del sistema legal; la ley por cuidada y detallista que sea, no puede prever todas las situaciones posibles mediante normas concretas, ni todos los abusos que las partes pueden cometer, la una en perjuicio de otra; es de esta manera, que el principio de buena fe ofrece criterios para colmar aquellas lagunas que se manifiestan en las cambiantes circunstancias de la vida social, permitiendo identificar prohibiciones y obligaciones no contenidas en la ley, por lo que, de

aquí en adelante, es acertado decir que condiciona derechos legítimamente reconocidos a los particulares. (López, 1997, pág.27). He ahí uno de los fundamentos de este principio en el ámbito de la protección al consumidor.

5.2.3. El principio de buena fe y la protección al consumidor

Hemos revisado sobre la base de la doctrina y la normativa qué es y qué no es el principio de buena fe en la contratación en general, de tal manera que sobre el mismo, entendemos que únicamente corresponde a lo que se conoce como buena fe objetiva.

Nuestro actual CPDC, también entiende el principio de buena fe en ese sentido y no otro, es por ello que se refiere “a la actuación” de los agentes del mercado sobre la base de la buena fe, la confianza y la lealtad; quizá en esto último confunde el contenido del principio, pero se deja entrever que es una regla cuando menos.

En las relaciones de consumo, dada la asimetría estructural que existe entre el proveedor y el consumidor, la simple adhesión al contrato pre formulado por una de las partes, y la siempre posibilidad latente de la existencia de abuso de quien ejercer mayor poder frente al otro, hace que el principio de la buena fe deba ser extendido a diversas fases contractuales, inclusive cuando las partes no hayan celebrado un contrato de consumo, esto nos permite pensar preliminarmente que al conjunto de obligaciones “accesorias” durante la negociación, celebración y ejecución del contrato – incluso en la etapa post contractual- se le debe sumar cualquier posibilidad del consumidor de reclamar cuestiones referidas a un acto desleal, incorrecto o engañoso.

De ahí que la información que se le brinda al consumidor es de carácter crucial para la decisión de este, además se convierte en una variable necesaria para la protección de los demás derechos del consumidor, como, por ejemplo, la salud, la seguridad, los intereses económicos, e incluso podríamos afirmar que es constitutiva de la protección de la legítima declaración del consumidor, es decir, de su consentimiento. Así, se vuelve una exigencia de la contratación de

consumo sobre la base de la buena fe: suministrar información sobre los hechos del contrato para evitar futuros errores; evitar la existencia de vicios ocultos y desarrollar una política empresarial de atención oportuna a los consumidores.

De esta manera, los proveedores deben tener en cuenta que el principio de buena fe no solamente es un parangón en su accionar mercantil o comercial, sino que es una oportunidad amplia para hacer prevalecer los deberes de información, e incluso, aconsejar oportunamente a sus clientes, más aún cuando debemos tener presente que el consumidor, a decir de Durand (2012: 108) tiene un: “*déficit de negociación, déficit de reflexión y sobre todo déficit de información*”, o, su equivalente a la carencia de conocimientos técnicos (referidos al producto), jurídico (referidos a sus derechos) y negociales (referidos a su capacidad para negociar las cláusulas de contratación).

Es por ello que la norma exige un principio de transparencia establecido en el artículo V inciso 3): “*En la actuación en el mercado, los proveedores generan una plena accesibilidad a la información a los consumidores acerca de los productos o servicios que ofrecen. La información brindada debe ser veraz y apropiada conforme al presente Código*”, y una dualidad respecto de la información, por un lado, es un derecho del consumidor, establecido en el artículo 1 inciso b): “ *Derecho a acceder a información oportuna, suficiente, veraz y fácilmente accesible, relevante para tomar una decisión o realizar una elección de consumo que se ajuste a sus intereses, así como para efectuar un uso o consumo adecuado de los productos o servicios*”, y por otro lado es un deber del proveedor, establecido en el artículo 2 inciso 2.1) y 2.2) :

El proveedor tiene la obligación de ofrecer al consumidor toda la información relevante para tomar una decisión o realizar una elección adecuada de consumo, así como para efectuar un uso o consumo adecuado de los productos o servicios.

La información debe ser veraz, suficiente, de fácil comprensión, apropiada, oportuna y fácilmente accesible, debiendo ser brindada en idioma castellano.

Y por supuesto, la prohibición de información falsa que induzca a error al consumidor, en el artículo 3: “*Está prohibida toda información o presentación u omisión de información que induzca al consumidor a error respecto a la naturaleza, origen, modo de fabricación, componentes, usos, volumen, peso, medidas, precios, forma de empleo, características, propiedades, idoneidad, cantidad, calidad o cualquier otro dato de los productos o servicios ofrecidos.*”

Por supuesto, que más allá de lo establecido por el propio CPDC, somos conscientes que los criterios y las disposiciones contenidas en la ley, dependen de la actuación de los proveedores, y de una actuación leal, honesta y de buena fe, toda vez que son ellos quienes suministran la información y quienes construyen su prestigio y clientela sobre la base de esta, a tal punto se fundamenta el deber de información, desde la fase precontractual, entendimiento que podría estar relativizado o discutido en la contratación civil.

Rezzónico (1999:377), le añade al principio de buena fe, un principio de confianza, creemos que es importante lo que expresa:

El principio de confianza se basa en un deber ético de no defraudar las expectativas suscitadas en otros. (...) Las expectativas deben ser legítimas y fundadas, lo que excluye tanto la confianza ingenua como temeraria. El principio de confianza – al igual que el de buena fe – cubre toda la posibilidad contractual, y, por tanto, no solo el tronco del contrario, sino también el período anterior y posterior.

Lo que sucede es que el proveedor está obligado a brindar toda la información relevante al consumidor, porque en realidad, él es el único que tiene una información importante, *contrario sensu*, de la información que pueda llegar a tener el consumidor, y que por lo demás, no es suficiente, ni muy precisa y quizá ni muy importante. Si el consumidor llegara a saber algo sobre el objeto del contrato, el proveedor sabe muchísimo más, ni siquiera existe un punto de coincidencia, es por ello que Monsalve y Rodado (2011: 504,505) señalan que:

(...) la obligación de información –aun cuando es bipartita ya que incumbe a ambas partes de la relación contractual– tiene una mayor connotación en cabeza del agente que goce de posición

privilegiada pues es quien se encuentra en situación de ventaja por las cualidades y conocimientos que posee debido a su permanente actividad en el mercado, su profesionalidad y especialización en la materia sobre la que se quiere contratar. El deber de información es exigible a todas las personas que en determinada relación jurídica se encuentren en una situación de superioridad cognoscitiva: ellas le deben aclarar al profano todas aquellas variables propias del contrato a suscribir que pueden incidir en su capacidad de decisión, libertad de contratación e intención y que, por tanto, juegan un papel importante en la eficacia y validez de la negociación contractual.

Al respecto, es importante identificar el rol que juega el suministro de la información, en la etapa negocial o precontractual:

- Previene los riesgos que el contrato pueda contener, en referencia al posible vicio del consentimiento. Se busca evitar que el consumidor desconozca diversos puntos y posteriormente alegue que su falta de conocimiento.
- Corrige, en gran medida, la asimetría informativa, y permite realizar un mejor ejercicio de la libertad de contratar.
- Garantiza los derechos de salud, seguridad, intereses económicos, porque con la información suministrada el consumidor, tomará la decisión que mejor le convenga.
- Constituye un modelo de política de responsabilidad social empresarial, toda vez que se demuestra que la confianza depositada en el proveedor, es retribuida por una preocupación hacia el consumidor, tanto en las diversas fases del contrato, como en la calidad del propio producto.
- Eventualmente, sería un mecanismo atenuador de sanciones administrativa, por el despliegue de recursos que realizó el proveedor
- Por último, no se debería suponer el consumidor llegará a conocer toda la información sobre el producto, de hecho, creemos que es hasta materialmente imposible para cada una de las contrataciones que

realiza, sin embargo, creemos que conociendo lo relevante, es un gran avance en las negociaciones.

Los sujetos, al generar una relación jurídica, se hallan en una constante interacción en la que sus expresiones, declaraciones, acciones u omisiones, en suma, sus conductas son una actitud recíproca objetiva de interrelación y de mutua confianza. Se toma en cuenta desde los actos preparatorios, hasta el marco socioeconómico y jurídico en que actuaron, así como también las cualidades personales, culturales, hábitos regionales, lingüísticos, entre otros. (Gherzi, 1990, pág.171).

Por otro lado, toda esta concepción, nos da la idea que, la buena fe es pilar del proceso de moralización de las relaciones económicas, que conlleva la superación del literalismo en la interpretación y consagración del contrato ayer como simple norma y hoy en día, como una institución moderna y nunca tan necesaria para la vida en sociedad. Asimismo, no solo se considera al contrato como la unión de actos contrarios, sino por el contrario, como una unión de propósitos, con base en unos fines y en un objeto por alcanzar que, a su vez, coadyuva en un mejor desenvolvimiento de la economía de un país; y demanda que la “buena fe” extienda su precepto primario de la exigencia de una equitativa ponderación de intereses entre las partes contratantes, en el sentido de un principio o recurso secundario, sino que este principio ha de verse como expresión concreta de la idea justa del contrato, lo que a su vez, ofrece una idea de la función social del contrato. (Monsalve y Rodado, 2011, pág. 500,501).

5.3. Protección a la parte débil como principio del Derecho

¿Es hoy en día el consumidor el principalmente contratante débil? La respuesta es únicamente afirmativa. Tanto la pregunta como la respuesta no nos puede hacer pensar reflexivamente durante mucho tiempo, las conclusiones son bastante evidentes, tan solo el hecho de tomarnos a nosotros mismos como ejemplo de consumidores, podemos darnos cuenta de nuestra debilidad frente

a quien nos vende o presta los productos o servicios que necesitamos satisfacer.

Debemos entender que, en cualquier relación jurídica (derecho patrimonial o extrapatrimonial, derecho adjetivo o sustantivo), y no solo relaciones contractuales, siempre existirá una parte más fuerte que la otra, de tal manera que se puede afirmar que siempre existirá una parte débil, a lo cual el ordenamiento debe otorgar una protección de carácter especial.

Por supuesto que ser parte débil en una relación contractual, no es un tema nuevo, más aún cuando conocemos que a lo largo de la historia y en las diversas facetas de la actuación del ser humano en el ejercicio de su libertad para contratar, se pueden conocer diversas formas de expresar al contratante débil a lo largo del Derecho, así tenemos al trabajador en un contrato de trabajo, al arrendatario en un contrato de arrendamiento, al comprador en un contrato de compraventa, al huésped en un contrato de hospedaje, al asegurado en un contrato de seguro, al suministrado en un contrato de suministro, entre otras figuras que configuran perfectamente la situación de debilidad de una parte en un determinado contrato.²⁵

A todas estas situaciones, el derecho se ha encargado de salvaguardar y tutelar a través de derechos especiales, en pro de la protección de la parte débil de la relación contractual, de tal manera que las normas sirvan como mecanismo efectivo para alcanzar la justicia contractual y no permitir que una parte utilice su posición para sacar ventajas indebidas por sobre la otra parte o para perjudicarla severamente.

²⁵ Otro grupo de personas que consideramos en una situación especial, son las comprendidas según la figura contractual en: ahorristas, arrendatarios, compradores, consumidores en sí mismos, entre otros; a ellos los ubicamos mejor como: parte débil. No son una figura nueva, tampoco constituyeron un hito en la protección al consumidor, de hecho, la adaptación contemporánea de los Códigos decimonónicos ya mostraba interés por estos últimos; sin embargo, su debilidad es estructural y endógena, es por ello que estas categorías dejan su noción obligacional o contractual, y se determinan por una más amplia: consumidores. La protección jurídica no se determina por el contrato, sino por la vulnerabilidad, y en todo caso por otras instituciones tales como la relación de consumo o el deber de idoneidad.

Los grupos minoritarios o vulnerables, buscan con el ejercicio de la libertad, la reivindicación de su igualdad, el cómo y el porqué, son cuestiones de discusión paulatina y en nuestra concepción más de otras disciplinas sociales que del mismo Derecho. Como consumidores, se estructura un ejercicio similar, ante la asimetría relacional, la norma establece una desigualdad para lograr una igualdad jurídica. Es el fundamento práctico y contextual.

Esta idea de parte débil en una relación contractual, determina un carácter protectorio por parte del Derecho, y de alguna u otra manera se establece como todo un PGD, a tal punto que pueden entenderse diversos principios del derecho del consumidor como el de corrección de la asimetría informativa, protección mínima, pro consumidor, e incluso, principios de raigambre civil como el *favor debitoris o contra stipulatorem*, que no son más que expresiones de un principio más amplio, como el *favor debilis*. En este punto es importante citar lo que expresa Schotz (2013:118):

En el derecho privado el *favor debitoris* será siempre una orientación clara para la interpretación de la ley, en cuanto persigue una finalidad de justicia, restableciendo el equilibrio entre las partes, al presumir que el deudor suele ser, en la mayoría de los casos, la parte más débil de la relación jurídica. Aunque esto debe ser considerado relativamente, ya que en muchos supuestos será el acreedor la parte débil, como el caso del asegurado consumidor. Tampoco se verá beneficiado el deudor cuando se encuentre en mora o su conducta haya sido culposa o ilícita.

Por otro lado, Polo (1990:37-38) es contundente al señalar que:

Es evidente, sin embargo, que la eficacia de los principios *contra proferentem* o *favor debitoris*, que constituyen casi los únicos elementos de protección del consumidor contenidos en los Códigos decimonónicos frente a la tiranía – más dócilmente soportada que voluntariamente asumida- de las condiciones generales de contratación, era notoriamente insuficiente para tutelar al contratante débil frente a una técnica de contratación que no había sido expresamente prevista por el legislador, ya que ambas tenían el objetivo, ciertamente limitado, de velar tan solo por la claridad y comprensión de las cláusulas contractuales.²⁶

La referencia a una parte débil contractual no equivaldría a una apreciación en concreto de la relación, sino que la noción importaría una cualidad objetiva con

²⁶ Sobre las cláusulas generales de contratación desarrollamos su temática en el título 6.3.6 *Cláusulas generales de contratación*.

la que la parte o el sujeto acude al contrato. La expresión, así considerada, no se referiría a un individuo en concreto, sino a categorías abstractas y objetivas, inamovibles e inmodificables, dentro de las cuales el sujeto de la relación contractual encuadra, por otro lado, la referencia a la realidad caracterizada por la persona en determinada situación, es fundamental para la evaluación de su debilidad. (Ossola y Hiruela, 2007, pág. 418-419).

Finalmente, es importante señalar que la defensa del contratante débil contra el contratante fuerte, con especial énfasis en los contratos de consumo, contratos por adhesión o contratos con cláusulas generales de contratación, es solo una de las muchas muestras del sistema contractual que impera en el siglo XXI, propio de una visión humanista y solidaria, que tiende a socializar el contrato privado, ante los innumerables excesos que en la práctica se han cometido, y que en muchas ocasiones la misma doctrina y normativa individualista de década anteriores, han respaldado sin mayores reparos.

5.3.1. El consumidor como paradigma de contratante débil

El consumo existe porque el ser humano existe, esta relación inequívoca y perpetua, se afirma en las necesidades que tiene que satisfacer el ser humano en su condición de tal; en este sentido las normas jurídicas que regulan esta relación, son simples reflejos de una realidad histórica.

La diferencia realmente preponderante entre el ser humano, el consumo y el mercado, es en esencia la propia realidad, la mutación de situaciones de promoción, adquisición, selección y satisfacción de las necesidades de los consumidores. En esto último, los grandes fenómenos sociales como la Revolución Industrial y los avances de la ciencia y la tecnología determinan y cumplen un rol preponderante en la situación jurídica del consumidor frente a otros operadores de mercado; y por supuesto, en la construcción, sistematización y expansión de las normas de consumo.

Queda claro entonces, en su sentido amplio, si consumidores son aquellas personas que consumen, pues siempre han existido consumidores en el

mundo; lo que debemos tener en cuenta, es si corresponde aquella figura a los consumidores entendidos hoy en día, o en su defecto, a los consumidores entendidos dentro del ámbito de la legislación de protección al consumidor.

Todo esto cobra vital importancia, toda vez que es importante resaltar que el fenómeno de la industrialización, producto de la revolución industrial del siglo XIX, trajo consigo marcados caracteres que son importantes identificar:

1. Creación, proliferación y consolidación del mercado, como ente social, económico y político.
2. Nacimiento de las empresas (proveedores de bienes o servicios) como operadores de mercado e importancia de sus actividades económicas respecto de las personas.
3. Producción en masa y determinación de una contratación no individual, sino también en masa, y un desequilibrio que no se daba con igual intensidad, en las relaciones contractuales. Pensemos en las relaciones de tipo agrario o de mercados y comerciantes pequeños, donde consumidor podía negociar individualmente el contenido del acuerdo respecto de la adquisición del producto o toma del servicio. (Sánchez-Reyes, 1995, pág.415; Baca, 2013, pág. 20)
4. Nacimiento del consumidor, entendido como un actor económico e individuo dentro de la sociedad, que pretende satisfacer sus necesidades a través de una relación con la empresa y que consume los productos y bienes que se ofrecen en el mercado. (Durand, 2008, pág. 34).

Este nuevo paradigma de sociedad trajo consigo situaciones de inevitables injusticias, el poder económico empresarial se impuso severamente a los propios consumidores; a estos últimos se le imponían las condiciones de contratación respecto de los bienes y servicios; asimismo se observaba la intensa producción de bienes y el tráfico mercantil, las cuales impedían una contratación negociada, que, de hecho, era totalmente imposible.

La empresa en su afán de búsqueda de maximizar sus ganancias, procura reforzar su posición de poder en el mercado, frente a competidores y

consumidores; para los primeros la protección radica en el derecho de la libre competencia y el derecho de la competencia desleal, para los segundos la protección radica en el derecho del consumidor, ambos dispositivos normativos con finalidades y objetivos distintos, pero que, pueden interpretarse y aplicarse de manera conjunta, en tanto, conocemos que los empresarios no tienen inconvenientes en utilizar métodos ortodoxos que pueden engañar al consumidor, abusando de su debilidad.²⁷

A todo esto, debemos sumarle que empresarios, productores, distribuidores o proveedores, disponen de medios y mecanismos más sofisticados para condicionar la adquisición de sus productos y servicios, de esta manera, la toma de decisiones del propio consumidor estaba limitada a la producción, la publicidad invasiva, el precio desequilibrado, la información sesgada e incompleta y la capacidad de compra del propio consumidor.

Dentro de este marco, el consumidor es lo más parecido al trabajador, entendidos como tal, ambos son figuras expuestas como reyes del desarrollo de la actividad industrial y mercado, sin embargo, ambos sujetos son susceptibles de abuso y explotación, es decir, constituyen sujetos débiles frente a los empresarios o proveedores y su actividad económica. Por otro lado, la verdadera situación de debilidad no solo se corrobora en las transacciones diarias, la falta de conocimiento de lo que se compra o la nula capacidad de negociación al contratar, sino que, el mismo consumidor es trabajador, trabaja para consumir, y consume los productos o servicios que ofertan las empresas, donde ellos mismos trabajan, y bajo las cuales se encuentra su régimen laboral. Mosset (1994:23) menciona, desde una perspectiva más radical, pero no menos cierta, lo siguiente:

Cuando al mercado concurren en masa los indigentes, los que padecen necesidades extremas, los que están ávidos de satisfacer

²⁷ Al respecto, creemos que la finalidad ontológica de cualquier empresa es buscar la monopolización de la actividad económica, cuestión que no tiene por qué observarse de manera reticente, sino por el contrario este afán de búsqueda constante debe conducir a una sana competencia, donde los consumidores puedan adquirir los productos de su preferencia sobre la base de la calidad que se les ofrece. En este sentido, es obligatorio el fiel cumplimiento de las normas de protección al consumidor. Especialmente a lo referido a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos.

sus necesidades más apremiantes sin posibilidad alguna de discutir, de regatear, de “defender sus derechos”, como consumidores, la situación es muy diferente.

La miseria, unida a la ignorancia, configuran, verdaderas fallas de mercado, que han de menester una atención especial, una protección niveladora.

Por otro lado, toda esta proliferación de las relaciones contractuales y el crecimiento y fortalecimiento de las empresas, evidencia una situación inherente de debilidad para el consumidor, aunque posteriormente, denominaremos *vulnerabilidad*. Esta vulnerabilidad en la vida social, es la que justifica la tutela jurídica y legislativa hacia el consumidor, asimismo en una sociedad de consumo, la inmensamente mayoría de consumidores, refleja la necesidad de un marco jurídico y normativo para regular las relaciones de consumo.

En este sentido, nuestra disciplina pretende mitigar esa vulnerabilidad expuesta y latente, y lo hace en favor del propio consumidor, no del consumo, y mucho menos del mercado, a pesar que existan relaciones que tienen que ver con consumidor, sin embargo, no son materia del objeto del derecho del consumidor. Recordemos que el mercado existe para el consumidor, y no a la inversa, en tanto el ser humano antecede al propio mercado. (Benjamin, 1994, pág. 90-91).

5.3.2. Protección al consumidor como parte débil a lo largo de la Constitución

La actual constitución de 1993, al igual que la Constitución de 1979, establece en su artículo número 1: “*la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado*”. Esta oración no solo corresponde al reconocimiento del ser humano como centro de la constitucionalización y codificación del país, sino que involucra explícitamente dos cuestiones: en primer lugar, una serie de normas para viabilizar su

dignidad, y, en segundo lugar, el desarrollo de la teoría humanista a lo largo de nuestra Constitución y en la normativa posterior a esta. Rubio (2012) señala: “*con esta norma se coloca a la persona humana como máximo valor, por encima de cualquier otro bien o valor jurídico. El dinero, el poder y otros semejantes están por debajo: cada uno de los seres humanos vale más que ellos.*” (pág.21).

Así, la defensa y reivindicación de la dignidad se convierte en una exigencia universal de la actuación de toda la sociedad en el cumplimiento de lo señalado por la Constitución, su vulneración supondría una manifestación ilícita e inconstitucional de la injusticia frente a otro, en el más amplio sentido de interpretación jurídica y normativa.

Por otro lado, debemos señalar la importancia del régimen constitucional económico, establecido desde el artículo 58 hasta el artículo 89.²⁸ A diferencia de su antecesora²⁹, la nueva Constitución, de corte liberal (proclive a las tendencias y contexto internacional), busca reducir la participación del Estado a determinados sectores, ofreciéndole mayor protagonismo al desarrollo de la actividad empresarial privada y la inversión extranjera en el país, sustancial diferencia toda vez que la Constitución de 1979, establecía un Estado más intervencionista en la economía, a través de empresas públicas, control de precios, prestación de servicios, entre otras variantes. Todo lo expuesto, queda establecido en el artículo 58 de la actual Constitución, cuando se establece: “*La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.*”

Es más que evidente que al proclamarse la libre iniciativa privada, no podemos desconocer el rol que juega el Estado en su actividad regulatoria de actividades

²⁸ Sobre los Principios del Régimen constitucional económico, son los artículos 58 hasta el 65.

²⁹ **Constitución Política de 1979.- Artículo 110:** El régimen económico de la República se fundamenta en principios de justicia social orientados a la dignificación del trabajo como fuente principal de riqueza y como medio de realización de la persona humana. El Estado promueve el desarrollo económico y social mediante el incremento de la producción y de la productividad, la racional utilización de los recursos, el pleno empleo y la distribución equitativa del ingreso. Con igual finalidad, fomenta los diversos sectores de la producción y defiende el interés de los consumidores.

económicas y comerciales, en efecto, no se busca restringir la económica, solo regular determinados aspectos antes las fallas del mercado, comportamiento ilícito de los particulares o alcanzar algún fin o utilidad social, embestida de algún valor supremo del ordenamiento. Dado esto, deben quedar descartado cualquier argumento que considere que se debe prohibir la intervención del Estado, considerándolo como una limitante al ejercicio de la actividad privada, o distorsionante del propio mercado. En supuestos más extremos que no tienen ninguna validez, menos en países como el nuestro, debe quedar descartado el argumento de la desaparición del Estado y la posibilidad que el mercado resuelva todos los problemas.

En nuestra opinión, el contenido social que se asigna al mercado realza la condición humana de quienes intervienen en el proceso económico, como, por ejemplo, los consumidores. La solidaridad de la que habla la Constitución no es un término de exhibición en la vitrina ni una excusa que sirva de propaganda. La solidaridad entre seres humanos se destaca por la comprensión y cooperación. Además, si bien un Estado es una asociación de particulares, están los intereses generales, los que deben prevalecer en ciertas circunstancias. (Quispe, 2007, pág. 86). En este sentido, se comienza a tejar la figura del consumidor como parte débil en la Constitución.

En materia de protección al consumidor, la nueva Constitución establece en el artículo 65, mayores alcances sobre la protección al consumidor: *“El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado. Asimismo, vela, en particular por la salud y seguridad de la población.”*

En una economía social de mercado, es correcto e indispensable, que el Estado defienda el interés de los consumidores y usuarios. En la organización económica contemporánea de bienes de cambio, el consumidor es más disperso que el productor y el vendedor y, por tanto, el menos protegido en relación al comprador y vendedor. En este sentido, las relaciones contractuales del mundo moderno, se suponen entre personas formalmente iguales, sin embargo para que esta relación sea lo más equiparable posible el consumidor

debe gozar de garantías como información veraz y relevante sobre el producto o servicio, el control de la información por parte de una entidad administrativa independiente, que se corrijan el abuso de la posición dominante del mercado, que exista una autoridad pública a la cual recurrir ante la violación de sus derechos, que existan mecanismos de acceso a la justicia de consumo y por supuesto, que haya una legislación protectora que el evite el abuso de los operadores de mercado con mejor y mayor posición contractual. (Bernaldes, 1999, pág.35, 36).

Sin duda alguna, el texto constitucional también es una expresión que las actividades económicas, también son salvaguardadas desde un punto de vista constitucional en virtud de dos cuestiones importantes: la protección y tutela a la persona humana, y la confrontación de la actividad económica con los valores universales que componen nuestra Constitución. Mezzasoma (2015:190,191) señala al respecto:

Las disposiciones relativas a la tutela de los contratantes más débiles, en efecto además de encontrar plena justificación en aquellas normas destinadas a regular las relaciones económicas entre un profesional y un consumidor, encuentran también su valorada justificación en la exigencia de tutelar la persona-consumidor frente a todas aquellas actividades desarrolladas por el profesional que pueden vulnerar situaciones jurídicas constitucionalmente relevantes.

La norma de protección al consumidor en la Constitución, determina una protección especial a derechos como la educación, seguridad y salud, los cuales sustentan cualquier derecho humano en el mercado, lo cual nos permite pensar, que los demás derechos establecidos en la Constitución, en tanto persona humana, son aplicables a nuestra disciplina, desde la libertad contractual hasta cuestiones sobre igualdad y discriminación. En cualquiera de los supuestos, la relación o el contrato de consumo demostrará siempre una situación de inferioridad y debilidad por parte del consumidor. De ahí que las normas de protección al consumidor, son una extensión de la protección de los

derechos fundamentales de la persona, en un contexto específico (mercado) a través de una actividad económica (contratación de consumo).

Solo así, podemos comprender que la protección al consumidor como parte débil de las relaciones contractuales, se fundamenta en tanto la Constitución lo protege por una dualidad propia del ser humano: en primer lugar, como persona humana; y, en segundo lugar, como operador del mercado. Es por ello que al consumidor en sí (persona y operador de mercado) se le pueden aplicar normas constitucionales como leyes específicas sobre las actividades mercantiles.

Esta debilidad innegable por parte del consumidor, nos hace pensar que es *per se*, una limitación al pleno desarrollo de la persona humana en su práctica económica como social, más aún, si alguna parte fuerte de cualquier relación contractual tiende a abusar de este estado estructural y genético; es por ello, que la Constitución reconoce el interés de protección al consumidor y la norma específica reconoce una protección amplia para diversas situaciones.

Por otro lado, nos preguntamos si las circunstancias en que se promulgó la Constitución fueron las atenuantes para que la protección al consumidor en el ámbito constitucional, tenga esta redacción que a nuestro parecer se limita al reconocimiento del interés del consumidor, el derecho a la información y la protección de la salud y seguridad. En efecto la Constitución Política de países como España³⁰, Brasil³¹, Colombia³², Argentina³³ y Ecuador³⁴ tienen

³⁰ **Constitución española de 1978.- Artículo 51:** 1. Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos. 2. Los poderes públicos promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oirán a éstas en las cuestiones que puedan afectar a aquellos, en los términos que la ley establezca. 3. En el marco de lo dispuesto por los apartados anteriores, la ley regulará el comercio interior y el régimen de autorización de productos comerciales.

³¹ **Constitución de la República Federativa de Brasil de 1988 .- Artículo 5:** Todos son iguales ante la ley, sin distinción de cualquier naturaleza, garantizándose a los brasileños y a los extranjeros residentes en el País la inviolabilidad del derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad, a la seguridad y a la prioridad, en los siguientes términos: **31.** el Estado promoverá, en la forma de la ley, la defensa del consumidor; **Artículo 24:** Compete al a Unión, a los Estados y al Distrito Federal legislar concurrentemente sobre: **8.** responsabilidad por daños al medio ambiente, al consumidor, a los bienes y derechos de valor artístico, estético, histórico, turístico y paisajístico; **Artículo 150:** Sin perjuicio de otras garantías aseguradas al contribuyente, está prohibido a la unión, a los Estados, al Distrito Federal y a los Municipios: **5o.** La ley establecerá medidas para que los consumidores sean informados acerca de los impuestos que incidan en mercancías y servicios.

disposiciones que comprenden una mayor protección a los consumidores, determinando no solo su importancia y la defensa del Estado a través de las garantías y las vías judiciales o administrativas correspondientes, sino también disposiciones que involucran temas de responsabilidad ante daños de los proveedores, régimen de calidad de productos y servicios promoción de una cultura de consumo, participación de las asociaciones de consumidores, entre otras.

Al respecto, es el Tribunal Constitucional quien ha ofrecido una interpretación del artículo 65 de nuestra Constitución, de tal manera que:

³² **Constitución Política de Colombia de 1991.- Artículo 78.** La ley regulará el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización.

Serán responsables, de acuerdo con la ley, quienes en la producción y en la comercialización de bienes y servicios, atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios.

El Estado garantizará la participación de las organizaciones de consumidores y usuarios en el estudio de las disposiciones que les conciernen. Para gozar de este derecho las organizaciones deben ser representativas y observar procedimientos democráticos internos.

³³ **Constitución de la Nación Argentina de 1994.- Artículo 42.-** Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno.

Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios.

La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control.

³⁴ **Constitución de la República del Ecuador de 2008.- Art. 52.-** Las personas tienen derecho a disponer de bienes y servicios de óptima calidad y a elegirlos con libertad, así como a una información precisa y no engañosa sobre su contenido y características. La ley establecerá los mecanismos de control de calidad y los procedimientos de defensa de las consumidoras y consumidores; y las sanciones por vulneración de estos derechos, la reparación e indemnización por deficiencias, daños o mala calidad de bienes y servicios, y por la interrupción de los servicios públicos que no fuera ocasionada por caso fortuito o fuerza mayor.

Art. 53.- Las empresas, instituciones y organismos que presten servicios públicos deberán incorporar sistemas de medición de satisfacción de las personas usuarias y consumidoras, y poner en práctica sistemas de atención y reparación. El Estado responderá civilmente por los daños y perjuicios causados a las personas por negligencia y descuido en la atención de los servicios públicos que estén a su cargo, y por la carencia de servicios que hayan sido pagados.

Art. 54.- Las personas o entidades que presten servicios públicos o que produzcan o comercialicen bienes de consumo, serán responsables civil y penalmente por la deficiente prestación del servicio, por la calidad defectuosa del producto, o cuando sus condiciones no estén de acuerdo con la publicidad efectuada o con la descripción que incorpore. Las personas serán responsables por la mala práctica en el ejercicio de su profesión, arte u oficio, en especial aquella que ponga en riesgo la integridad o la vida de las personas.

Art. 55.- Las personas usuarias y consumidoras podrán constituir asociaciones que promuevan la información y educación sobre sus derechos, y las representen y defiendan ante las autoridades judiciales o administrativas. Para el ejercicio de este u otros derechos, nadie será obligado a asociarse.

La Constitución prescribe en su artículo 65° la defensa de los intereses de los consumidores y usuarios, a través de un derrotero jurídico binario; vale decir, establece un principio rector para la actuación del Estado y, simultáneamente, consagra un derecho subjetivo. En lo primero, el artículo tiene la dimensión de una pauta básica o postulado destinado a orientar y fundamentar la actuación del Estado respecto a cualquier actividad económica. Así, el juicio estimativo y el juicio lógico derivado de la conducta del Estado sobre la materia, tienen como horizonte tuitivo la defensa de los intereses de los consumidores y los usuarios. En lo segundo, la Constitución reconoce la facultad de acción defensiva de los consumidores y usuarios en los casos de transgresión o desconocimiento de sus legítimos intereses; es decir, apareja el atributo de exigir al Estado una actuación determinada cuando se produzca alguna forma de amenaza o afectación efectiva de los derechos de consumidor o usuario, incluyendo la capacidad de acción contra el propio proveedor. (...)

Ahora bien, pese a que existe un reconocimiento expreso del derecho a la información y a la protección de la salud y la seguridad de los consumidores o usuarios, estos no son los únicos que traducen la real dimensión de la defensa y tuitividad consagrada en la Constitución. Es de verse que en la Constitución existe una pluralidad de casos referidos a ciertos atributos que, siendo genéricos en su naturaleza, y admitiendo manifestaciones objetivamente incorporadas en el mismo texto fundamental, suponen un *numerus apertus* a otras expresiones sucedáneas. (STC. Expediente N° 0008-2003-AI/TC de 11 de noviembre de 2003).

Así, cuando el Tribunal Constitucional interpreta el artículo 65 y menciona que existe un horizonte tuitivo en la defensa de los consumidores y usuarios, está señalando una pauta jurídica de carácter interpretativo, es decir, el contenido sustancial del derecho del consumidor, es en efecto, la búsqueda de la

protección al consumidor, evidenciando su naturaleza tuitiva, en tanto es la parte más débil de la relación de consumo.

En este mismo sentido, cuando la interpretación constitucional reconoce un principio rector de actuación del Estado, refiere que la actuación de cualquier entidad pública y en especial, la autoridad administrativa especializada como el INDECOPI, tiene que ejercer sus funciones en el marco de la protección al consumidor; la pauta de actuación, se convierte así, en un mandato constitucional establecido en la Constitución e interpretado por la máxima autoridad en materia constitucional.

Es por eso que el INDECOPI y cualquier institución pública, debe hacer prevalecer los intereses y derechos de los consumidores, no mostrando perplejidad frente a casos difíciles, ni timidez frente a acciones de fiscalización en pequeñas, medias o grandes empresas, y muchos menos, dejarse llevar por interpretaciones, teorías y fundamentos antojadizos, descontextualizados y proclives a desproteger al consumidor. Debe quedar más que claro, que el INDECOPI no es un árbitro en la acción de defensa del consumidor, es la entidad que tiene que proteger a los consumidores, con todas sus herramientas y potestades, y bajo el mandato que la misma Constitución le ha asignado.

Por su parte, el mismo Tribunal Constitucional estima que el derrotero jurídico binario referido sobre la defensa del interés de los consumidores, se fundamenta sobre la base de una pluralidad de principios como:

- a) El principio pro consumidor, b) El principio de proscripción del abuso del derecho, c) El principio de isonomía real, d) El principio *restitutio in íntegrum*, e) El principio de transparencia, f) El principio de veracidad, g) El principio *indubio pro consumidor*, y, h) El principio pro asociativo. (STC. Expediente N° 3315-2004-AA/TC de 08 de 17 de enero de 2005).

Finalmente debemos señalar que la protección al consumidor en nuestro país se convierte en el centro de referencia del régimen de la economía social de mercado, de tal manera que el Estado cumple un rol importante en la tutela de sus derechos, la promoción de una cultura y el acceso a una justicia de

consumo, efectiva y reparadora, de la misma manera que la promulgación de normas, la interpretación y la aplicación de los dispositivos normativos estén orientados a proteger al consumidor como lo que realmente es, la persona humana inmersa en el mercado, y de este último, nadie puede negarse en la actualidad.

5.3.3. Protección al contrato débil en el Código Civil.

Conociendo la perspectiva constitucional sobre la protección al consumidor como la parte débil del contrato, y como extensión general del principio *favor debilis*, es necesario identificar con claridad las disposiciones de carácter legal concernientes a la protección del contratante débil. Comenzaremos con la pauta desde el derecho civil y posteriormente, realizaremos el mismo ejercicio a través del CPDC.

El artículo II del Título Preliminar del CC establece que: *“La ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos de un derecho. Al demandar indemnización u otra pretensión, el interesado puede solicitar las medidas cautelares apropiadas para evitar o suprimir provisionalmente el abuso.”* El contenido de este artículo involucra el ejercicio abusivo del derecho, en referencia a ello, es preciso entender que todo ejercicio de nuestra libertad que tenga un parangón en lo que respecta al interés social, puede ocasionar un ejercicio ilícito de cualquier derecho.

Al respecto, en este principio, entendemos al término derecho como facultades, prerrogativas, poderes o atribuciones que la norma establece para determinadas personas y que, en el ejercicio de los mismos, se dañe a otra persona de manera dolosa o culposa; el actuar es lícito o legal, la ilegalidad del mismo la ocasiona los efectos adversos o perjudiciales que se ocasionan a otras personas.

Como nuestra labor se centrará en las disposiciones de contenido contractual no será propicio nuestro análisis el contenido del derecho civil extra patrimonial.

En el libro VI sobre la Obligaciones encontramos una serie de disposiciones que, de alguna u otra manera, son vestigios normativos del principio *favor debitoris*, al respecto mencionaremos las siguientes:

El artículo 1143 sobre la elección de bienes inciertos:

En las obligaciones de dar bienes determinados sólo por su especie y cantidad, la elección corresponde al deudor, salvo que lo contrario resulte de la ley, del título de la obligación o de las circunstancias del caso.

Si la elección corresponde al deudor, debe escoger bienes de calidad no inferior a la media. Si la elección corresponde al acreedor, debe escoger bienes de calidad no superior a la media. Si la elección corresponde a un tercero, debe escoger bienes de calidad media.

En relación con el artículo precedente, sobre disposiciones en materia de obligaciones alternativas o facultativas, el artículo 1162 señala: “*La elección de la prestación corresponde al deudor, si no se ha atribuido esta facultad al acreedor o a un tercero. Quien deba practicar la elección no podrá elegir parte de una prestación y parte de otra. (...)*”.

En materia de obligaciones divisibles e indivisibles, lo establecido en el artículo 1173:

En las obligaciones divisibles, el crédito o la deuda se presumen divididos en tantas partes *iguales como acreedores o deudores existan, reputándose créditos o deudas distintos e independientes unos de otros, salvo que lo contrario resulte de la ley, del título de la obligación o de las circunstancias del caso.*

Por otro lado, tenemos el artículo 1231 sobre la presunción total de pago: “*Cuando el pago deba efectuarse en cuotas periódicas, el recibo de alguna o de la última, en su caso, hace presumir el pago de las anteriores, salvo prueba en contrario.*” De la misma manera, el artículo 1238 sobre el lugar de pago: “*El pago debe efectuarse en el domicilio del deudor, salvo estipulación en*

contrario, o que ello resulte de la ley, de la naturaleza de la obligación o de las circunstancias del caso. (...)”

Finalmente, las disposiciones que desarrollan la teoría sobre la imputación del pago y la imputación legal. Así el artículo 1256 señala que:

Quien tiene varias obligaciones de la misma naturaleza constituidas por prestaciones fungibles y homogéneas, en favor de un solo acreedor, puede indicar al tiempo de hacer el pago, o, en todo caso, antes de aceptar el recibo emitido por el acreedor, a cuál de ellas se aplica éste. Sin el asentimiento del acreedor, no se imputará el pago parcialmente o a una deuda ilíquida o no vencida.

El principio de *favor debitoris*, se expresa de manera más evidente en el contenido del artículo 1259, así:

No expresándose a qué deuda debe hacerse la imputación, se aplica el pago a la menos garantizada; entre varias deudas igualmente garantizadas, a la más onerosa para el deudor; y entre varias deudas igualmente garantizadas y onerosas, a la más antigua. Si estas reglas no pueden aplicarse, la imputación se hará proporcionalmente.

En el primer supuesto se intenta proteger al acreedor ante una posible insolvencia del deudor, sin embargo, debemos señalar que los dos supuestos subsiguientes intentan proteger al deudor ante un cobro excesivo del deudor, así: cuando existen varias deudas igualmente garantizadas, se imputara la deuda más onerosa por cuestiones más que evidentes, y por otro lado, cuando existen varias deudas igualmente garantizadas y onerosas, se aplica a la más antigua, entendemos porque es la que genera mayores intereses. Así, se evidencia la protección al deudor.

En el libro VII sobre Fuentes de las Obligaciones encontramos disposiciones que nos muestran un avance en la protección al contratante débil, así tenemos:

En primer lugar, el contrato por adhesión establecido en el artículo 1390 que señala: “*El contrato es por adhesión cuando una de las partes, colocada en la*

alternativa de aceptar o rechazar íntegramente las estipulaciones fijadas por la otra parte, declara su voluntad de aceptar”; y de manera conjunta con lo establecido en el artículo 1392 sobre cláusulas generales de contratación: “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.”

Al respecto, la incorporación de ambas figuras en 1984 fue una de los argumentos más favorables respecto del Código, recibiendo comentarios positivos llegando a considerarlo como un “Código de avanzada”.

Las otras disposiciones que protegen a la parte débil o adherente en este caso particular, son las establecidas en el artículo 1398:

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

Y el artículo 1399:

En los contratos nominados celebrados por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, carecen de eficacia las estipulaciones contrarias a las normas establecidas para el correspondiente contrato, a no ser que las circunstancias de cada contrato particular justifiquen su validez.

Pero sin duda, el establecimiento del principio *interpretatio contra stipulatorem*, en el artículo 1401, evidenció la visión de protección al adherente como parte débil de la relación contractual, así se señala que: “*Las estipulaciones insertas*

en las cláusulas generales de contratación o en formularios redactados por una de las partes, se interpretan, en caso de duda, en favor de la otra.”

Por otro lado, las figuras de la excesiva onerosidad de la prestación y la lesión contractual, son clásicas figuras que implicaron una revolución jurídica en su tiempo y que por lo demás, facultan al juez para que este pueda revisar el contrato, dados elementos imprevisibles o un estado de abuso por una de las partes. Así tenemos, en el artículo 1440:

En los contratos conmutativos de ejecución continuada, periódica o diferida, si la prestación llega a ser excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada puede solicitar al juez que la reduzca o que aumente la contraprestación, a fin de que cese la excesiva onerosidad.

Si ello no fuera posible por la naturaleza de la prestación, por las circunstancias o si lo solicitara el demandado, el juez decidirá la resolución del contrato. La resolución no se extiende a las prestaciones ejecutadas.

Y sobre la lesión contractual en el artículo 1447:

La acción rescisoria por lesión sólo puede ejercitarse cuando la desproporción entre las prestaciones al momento de celebrarse el contrato es mayor de las dos quintas partes y siempre que tal desproporción resulte del aprovechamiento por uno de los contratantes de la necesidad apremiante del otro.

Procede también en los contratos aleatorios, cuando se produzca la desproporción por causas extrañas al riesgo propio de ellos.

En lo que respecta a materia de responsabilidad extracontractual, el artículo 1970 sobre la responsabilidad de riesgo, consagra la teoría sobre la responsabilidad objetiva, de tal manera que: *“aquel que, mediante un bien riesgoso o peligroso, o por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa, causa un daño a otro, está obligado a repararlo.”*

Debemos señalar que la protección de nuestro Código Civil, salvo las disposiciones contractuales referidas a los contratos por adhesión con cláusulas generales de contratación aprobadas o no por la autoridad administrativa³⁵, solo extienden su protección al considerar el factor de necesidad, es decir, una necesidad estructural que impacta en el equilibrio natural de las prestaciones debidas (caso de la lesión) o un hecho posterior a la celebración del contrato que desequilibra las prestaciones o hacen imposible su cumplimiento (caso de la excesiva onerosidad de la prestación).

5.3.4. Del principio de protección a la parte débil al reconocimiento de la vulnerabilidad del consumidor en el Código de Protección y Defensa del Consumidor

En 2010, se promulgó la Ley N° 29571, la cual establece el Código de Protección y Defensa del Consumidor (CPDC), a diferencia de las normas que lo precedieron, tiene la misión de integrar y regular sistémicamente los diversos ámbitos en los cuales se desarrollan los consumidores y que eventualmente, son los mismos escenarios donde se pudiese ver afectaciones a sus derechos. Todo ello, involucra una protección al consumidor en sectores como salud, servicios públicos, educación, sistema financiero, inmobiliario, sistema de pensiones y seguros; así como especial consideración en el ámbito de los productos alimenticios, farmacéuticos, publicidad, y seguridad en general. En este sentido el artículo II establece que la finalidad del Código es que:

(...) los consumidores accedan a productos y servicios idóneos y que gocen de los derechos y los mecanismos efectivos para su protección, reduciendo la asimetría informativa, corrigiendo, previniendo o eliminando las conductas y prácticas que afecten sus legítimos intereses. En el régimen de economía social de mercado establecido por la Constitución, la protección se interpreta en el

³⁵ Al respecto, se conoce que las cláusulas generales de contratación, tampoco tienen en su génesis una finalidad protectoria al adherente contractual *per se*, es decir, no han nacido exclusivamente para proteger al contratante débil, sino por el contrario, su finalidad primigenia es la preservación de la dinámica comercial y mercantil, que en el ejercicio contractual se pueda desarrollar una fluidez económica que impida una discusión o negociación para cada contrato, cuestión que por lo demás, sería absolutamente absurda e imposible.

sentido más favorable al consumidor, de acuerdo a lo establecido en el presente Código.

Esto denota muchos puntos importantes: primero, la necesidad que los consumidores acceden constantemente a productos y servicios, y que, en este ámbito, tenga los medios idóneos para una correcta protección; segundo, reconoce la asimetría de información intrínseca a una relación de consumo y posteriormente nos muestra su definición (artículo IV, inciso 5)³⁶; y, tercero, contextualiza la protección al consumidor y la interpretación de las normas de la materia en tanto el principio pro consumidor, y su extensión al *indubio pro consumidor*, los cuales son definidos posteriormente (artículo V, inciso 2).³⁷

Otro punto rescatable del Código es la extensión de su ámbito de aplicación, en el artículo III, se establece el reconocimiento legal del consumidor equiparado, de tal manera que: “*El presente Código protege al consumidor, se encuentre directa o indirectamente expuesto o comprendido por una relación de consumo o en una etapa preliminar a ésta.*” En este sentido, el consumidor se encuentra protegido por el Código se encuentre o no en una relación de consumo, por ende, la norma se extiende a quien eventualmente puede sufrir los daños por un mal producto o servicio, o eventualidades dentro de la posibilidad de transacción con los proveedores.

El artículo IV nos ofrece una lista de definiciones. Sin duda alguna, las definiciones que merecen mayor atención son las de consumidor y relación de consumo. Analizaremos la primera de ellas, en tanto la segunda será materia de un análisis posterior. Por consumidor el inciso 1 del artículo IV entiende:

1.1 Las personas naturales o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales productos o servicios

³⁶ **Artículo IV.- Definiciones.** - Para los efectos del presente Código, se entiende por: **Relación de consumo.** - Es la relación por la cual un consumidor adquiere un producto o contrata un servicio con un proveedor a cambio de una contraprestación económica. Esto sin perjuicio de los supuestos contemplados en el artículo III.

³⁷ **Artículo V.- Principios.** - El presente Código se sujeta a los siguientes principios: **2. Principio Pro Consumidor.** - En cualquier campo de su actuación, el Estado ejerce una acción tuitiva a favor de los consumidores. En proyección de este principio en caso de duda insalvable en el sentido de las normas o cuando exista duda en los alcances de los contratos por adhesión y los celebrados en base a cláusulas generales de contratación, debe interpretarse en sentido más favorable al consumidor.

materiales e inmateriales, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, actuando así en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. No se considera consumidor para efectos de este Código a quien adquiere, utiliza o disfruta de un producto o servicio normalmente destinado para los fines de su actividad como proveedor.

1.2 Los microempresarios que evidencien una situación de asimetría informativa con el proveedor respecto de aquellos productos o servicios que no formen parte del giro propio del negocio.

1.3 En caso de duda sobre el destino final de determinado producto o servicio, se califica como consumidor a quien lo adquiere, usa o disfruta.

Esta definición extiende la tutela de consumidor, no solo a las personas naturales, sino también a las personas jurídicas, como, por ejemplo, las asociaciones sin fines de lucro. Asimismo, protege a las microempresas, en tanto evidencien una situación de asimetría informativa respecto de un proveedor en los productos o servicios que no formen parte del negocio. Aquí, debemos entender que el proveedor de la microempresa, pudiera por regla general, ser una microempresa también, sin embargo, el factor determinante es la información que una u otra tiene respecto del producto o servicio ofertado, de ahí que la situación de asimetría informativa es intrínseca a la naturaleza del consumidor.

No se trata de poderes económicos, políticos o intelectuales, se trata de la asimetría informativa, que eventualmente tiene como resultado que una empresa tenga mejor posición frente a otra, y que se evidencia la categoría jurídica de consumidor, para la parte en posición de mayor vulnerabilidad.

Sumado a ello, el Código ofrece una serie de derechos de los consumidores (artículo 1), disposiciones sobre el derecho a la información (artículo 2), protección del consumidor frente a la publicidad (artículo 12 hasta artículo 17), deber de idoneidad y obligación de los proveedores (artículo 18 y artículo 19

respectivamente), régimen de garantías (artículo 20 hasta artículo 24), seguridad en los productos (artículo 25), disposiciones sobre la calidad y el etiquetado de los alimentos (artículo 30 hasta artículo 37), prohibición de discriminación (artículo 38), protección al consumidor en servicios específicos como servicios públicos (artículo 63 hasta artículo 66), salud (artículo 67 hasta artículo 72), educación (artículo 73 hasta artículo 75), inmobiliarios (artículo 76 hasta artículo 80), financiero (artículo 81 hasta artículo 96), entre otras disposiciones.

Sin embargo, los puntos más importantes materia de nuestro estudio lo constituyen el reconocimiento de la vulnerabilidad intrínseca del consumidor (artículo VI inciso 4), entendido como un principio rector del sistema jurídico en materia de mercado y comercio; y el régimen de contratos de consumo (artículo 45 hasta artículo 55), que responde a instituciones contractuales del derecho civil, progresivamente implementadas en el sistema de mercado, que corresponda a las tendencias actuales y el derecho comparado, abriendo la puerta para una futura unificación del derecho privado en nuestro país; y, la constante exigencia social de una efectiva protección jurídica a la parte débil de la relación contractual, simbolizada en la figura del consumidor y sus instituciones afines, para alcanzar los valores supremos de justicia y equidad, que constituyen los fundamentos de la construcción de la teoría general del contrato civil y de consumo

En este subcapítulo solo nos enfocaremos en analizar la vulnerabilidad del consumidor.

Observamos sobre la protección al contratante débil en el CC, que la variable que determina la debilidad provenía de un estado de necesidad apremiante del contratante o de un hecho posterior a la celebración del contrato. Y en los contratos por adhesión, la determinación del principio *interpretatio contra stipulatorem* y algunas disposiciones *sobre el favor debitoris*. Cualquier noción, situación o condición del contratante que no se rigiera bajo alguno de los parámetros antes mencionados no es considerada como una variable para hacer referencia a una protección al contratante débil. De la Puente y Lavalle (1995:15) lo resume claramente: “*Por su lado, parte débil en la negociación*

contractual es aquélla que se encuentra en un estado de necesidad que la lleva imperiosamente a satisfacer tal necesidad mediante la celebración del contrato.”

Al respecto, debemos hacernos la pregunta: ¿El consumidor es siempre un contratante débil? La respuesta inmediata es: NO.

Durand (2008:232) señala: “*La noción de parte débil no necesariamente está ligada directamente a la dimensión económica o patrimonial de un contratante sino a su situación en determinado contrato.*” Por otro lado, Vega (2001:79):

(...) mientras que el Código Civil tuvo en cuenta a la parte débil económicamente (o que carece del poder de influencia sobre el contenido normativo de los contratos estandarizados), la Ley de protección al consumidor (...) concibe la debilidad como una debilidad derivada de la asimetría informativa, es decir, de la falta de adecuada y oportuna información provista y arrojada al mercado por las empresas para asegurar una adecuada elección de consumo de parte de los usuarios.

De la Puente y Lavalle (1995:15-16) nos ofrece otra perspectiva:

Si pueden ser consumidores tanto las personas físicas como las jurídicas, no es extraño que un consumidor no sea la parte débil de la negociación contractual, tanto más si el proveedor no ostenta el monopolio del bien o servicio. En efecto, el consumidor que puede satisfacer su necesidad de cierto bien o servicio de varios proveedores, no se ve compelido a celebrar el contrato de adquisición con un determinado proveedor, sino que puede recurrir indistintamente a varios de ellos, con lo cual el proveedor elegido por el consumidor no tiene la condición de parte fuerte en la negociación contractual.

Por otro lado, el poner fin a la vida económica de un bien o servicio a través de su consumo o uso, que es la función esencial del consumidor, no coloca a éste en una situación especial respecto a

su proveedor, pues en igual situación se encuentra quien adquiere el bien o servicio para integrar un circuito de producción o comercialización, que no es considerado como consumidor o usuario.

En el mismo sentido, Carranza (2020:99) menciona que:

La condición de parte débil del consumidor no surge únicamente de su necesidad de proveerse de ciertos bienes y servicios y la ausencia de proveedores diversos para su satisfacción. Existe toda una mirada de eventos que pueden colocarlo en franca desventaja frente al proveedor.

En relación con los autores expuestos, podemos decir que el consumidor es más que un contratante débil, su estructura genética dentro y fuera del contrato hacen de la institución un concepto más amplio. La noción de consumidor como parte débil es más que el estado de necesidad, más que una situación económica mercantil, más que la posibilidad de escoger entre un grupo de proveedores, más que el hecho de no tener información ni capacidad de negociación; consideramos que la consideración de debilidad del consumidor parte de:

- Déficit de información.
- Reducida capacidad crítica y reflexiva.
- Poca educación general y especialmente de consumo.
- Autoexclusión social.
- Miseria y pobreza extrema.
- Inexperiencia.
- Ignorancia de derechos sustantivos y adjetivos.
- Desconocimiento de las acciones de tutela de sus derechos.
- Dificultad para defender sus derechos en los procedimientos o procesos correspondientes.
- Lentitud de procedimientos administrativos y judiciales, sumado al excesivo formalismo y la dificultad de acceso a la justicia.

- Incapacidad de organización efectiva en la defensa de sus intereses comunes.
- Poca capacidad económica.
- Imposibilidad de elaborar el contenido contractual.
- Incremento de monopolios empresariales.
- Búsqueda constante de precios cómodos, promociones y ofertas.
- Falta de adaptación a nuevos mecanismos digitales, informáticos o virtuales.

Por todas estas razones expuestas, podríamos denominar a la situación del consumidor como una situación de *debilidad absoluta*, aunque dada la abstracción del término y para evitar la confusión con la noción de contratante débil, el término más preciso sería reconocer la situación de *vulnerabilidad* del consumidor.

El diccionario de la Real Academia Española (2018) menciona que debilidad es: “*Falta de vigor o fuerza física*”, o en su defecto, la “*Carencia de energía o vigor en las cualidades o resoluciones del ánimo*”; mientras que para vulnerable menciona que es aquel: “*Que puede ser herido o recibir lesión, física o moralmente.*” Así, hemos de notar que debilidad no es lo mismo que vulnerabilidad, mientras la primera alude meramente a un estado de potencia o carencia física o psicológica, la segunda, alude a un estado de la persona, una condición de expectativa y alarma de fragilidad frente a otros.

Dado el consumidor es vulnerable y en efecto, necesita una protección especial para que pueda desarrollar sus derechos en condiciones de igualdad jurídica y pro que no, fáctica. Así, el consumidor es vulnerable frente a los productos o servicios que se le publicita, en tanto, desconoce sobre ellos, pero los necesita para satisfacer sus necesidades, y eventualmente, termina adquiriéndolos, no porque confíe plenamente en que el proveedor le está diciendo la verdad sobre el producto o servicio, sino porque paulatinamente, no tiene otra opción, en algún proveedor tendrá que depositar su confianza, no tiene los medios para comprobar que lo que observa en la publicidad es cierto, simplemente confía porque no le queda de otra y porque por supuesto, no espera ser engañado.

Ahora bien, imaginemos que sucede con los consumidores que sobre las situaciones de vulnerabilidad como consumidores, se encuentran en los denominados grupos vulnerables reconocidos internacionalmente y por las diversas constituciones del mundo, como por ejemplo, los ancianos, los niños, las mujeres, las personas con discapacidad, analfabetos, entre otros; ellos sin duda alguna, se encuentran en una situación de hipervulnerabilidad, concepto aún no reconocido en nuestra legislación y que merece una investigación al respecto.

Solo de esta manera, se puede entender la disposición contenida en el artículo VI inciso 4) del CPDC, que establece:

El Estado reconoce la vulnerabilidad de los consumidores en el mercado y en las relaciones de consumo, orientando su labor de protección y defensa del consumidor con especial énfasis en quienes resulten más propensos a ser víctimas de prácticas contrarias a sus derechos por sus condiciones especiales, como es el caso de las gestantes, niñas, niños, adultos mayores y personas con discapacidad, así como los consumidores de las zonas rurales o de extrema pobreza.

La vulnerabilidad se convierte en un presupuesto transversal en el ámbito de la protección al consumidor, que oriente ahora la actuación estatal y de sus órganos administrativos, judiciales y arbitrales; en pauta, que ilumina la interpretación de la legislación especial y que marca el derrotero a seguir tanto por la jurisprudencia emitida por el INDECOPI, como por las decisiones de la justicia arbitral de consumo y las sentencias del Poder Judicial; en criterio orientador de los estudios doctrinarios, no pueden obviar más la especial situación del consumidor en un mercado como el peruano tan dispar como informal y en algunos casos, desprovisto de suficiente competencia. (Carranza, 2017, pág. 106).

Finalmente, debemos considerar que la situación de vulnerabilidad del consumidor, no solo se limita a una condición económica, física o psicológica, toda vez que en cualquiera de los supuestos se determinará y evaluará el caso

en concreto y por lo demás, no constituye una lista taxativa. No podemos dejar de mencionar que cualquier aprovechamiento del estado de necesidad o de las condiciones específicas del consumidor es un atentado contra sus derechos como consumidor, pero, sobre todo, como persona humana, e incluso se podría argumentar que sería un tipo de violencia económica, que se evidencia por el aprovechamiento de los consumidores para obtener beneficios excesivos y desequilibrados.

5.3.5. Principios de derecho del consumidor y su extensión al Derecho Civil

5.3.5.1. Principio de protección al consumidor.

Este principio se deriva de la protección a la parte más débil, propio del derecho en general y plasmado en el Código Civil a través de innumerables artículos que hemos repasado oportunamente, por ende, establecerlo de manera directa o indirecta es fundamental, más aún en la aplicación e interpretación de los derechos del consumidor.

El principio de protección al consumidor también se encuentra establecido a lo largo del articulado del CPDC, así podemos encontrar el artículo I del Título Preliminar que señala:

El presente Código establece las normas de protección y defensa de los consumidores, instituyendo como un principio rector de la política social y económica del Estado la protección de los derechos de los consumidores, dentro del marco del artículo 65 de la Constitución Política del Perú y en un régimen de economía social de mercado, establecido en el Capítulo I del Título III, Del Régimen Económico, de la Constitución Política del Perú.

Sin duda alguna, esta redacción no deja dudas acerca de cuál es el rol del Estado frente a los consumidores, determinado como política social y económica su protección y defensa a través del ejercicio de las diversas

autoridades administrativas encargadas del tema en específico, así como, diversos organismos involucrados, todo esto, en consonancia con la defensa del interés de los consumidores, reconocida constitucionalmente. Al respecto, Stiglitz (2015) menciona que: “*el consumidor debe ser protegido en su salud, seguridad e intereses económicos y es a la satisfacción de esas finalidades que debe apuntar la interpretación de las normas relacionadas con la materia.*” (p.490).

El artículo II del Título Preliminar, especifica la finalidad del Código:

(...) que los consumidores accedan a productos y servicios idóneos y que gocen de los derechos y los mecanismos efectivos para su protección, reduciendo la asimetría informativa, corrigiendo, previniendo o eliminando las conductas y prácticas que afecten sus legítimos intereses. En el régimen de economía social de mercado establecido por la Constitución, la protección se interpreta en el sentido más favorable al consumidor, de acuerdo a lo establecido en el presente Código.

Otro punto interesante, que señala el despliegue de los mecanismos efectivos (administrativos, judiciales y políticos) para garantizar la protección de los consumidores. Al mismo tiempo, establece el principio *indubio pro consumidor*, el mismo que se precisa en el artículo V inciso 2), de tal manera que:

en caso de duda insalvable en el sentido de las normas o cuando exista duda en los alcances de los contratos por adhesión y los celebrados en base a cláusulas generales de contratación, debe interpretarse en sentido más favorable al consumidor.

El artículo III del Título Preliminar señala que: “*El presente Código protege al consumidor, se encuentre directa o indirectamente expuesto o comprendido por una relación de consumo o en una etapa preliminar a ésta.*”

Eso último se conjuga con otros principios de nuestro Código como el principio de protección mínima, establecido en el artículo V inciso 6): “*El presente Código contiene las normas de mínima protección a los consumidores y no*

impide que las normas sectoriales puedan dispensar un nivel de protección mayor”, y el principio de primacía de la realidad, establecido en el artículo V inciso 8):

En la determinación de la verdadera naturaleza de las conductas, se consideran las situaciones y relaciones económicas que efectivamente se realicen, persigan o establezcan. La forma de los actos jurídicos utilizados en la relación de consumo no enerva el análisis que la autoridad efectúe sobre los verdaderos propósitos de la conducta que subyacen al acto jurídico que la expresa.

Nosotros consideramos que la protección al consumidor debe extenderse hacia la protección frente a la publicidad engañosa o falsa, cláusulas abusivas, procedimientos costosos y duraderos, y, productos o servicio de baja o paupérrima calidad; es por ello, que las relaciones y contratos de consumo deben ser interpretados a la luz del principio de protección al consumidor, además, la naturaleza protectoria se debe extender a lo largo del mismo Código Civil y de las Leyes especiales conexas.

5.3.5.2. Principio de trato equitativo y no discriminación

Todos estos derechos no se encuentran establecidos como principios, sin embargo, creemos que, dada su importancia, deben responder al Código Civil de manera transversal, pudiendo integrarse cuando menos, en la sección sobre contratos de consumo.

Por un lado, están los postulados internacionales sobre derechos humanos, y en específico el artículo 2.2. de nuestra Constitución, establecen que nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole, a su vez, el artículo 38 del CPDC establece la misma disposición respecto de los consumidores que se encuentren dentro o expuestos a una relación de consumo.

El derecho a no ser discriminado y a ser tratado equitativamente en el mercado, responde a los postulados de igualdad, y a la íntima conexión que guarda con la dignidad de todo ser humano.

Recordemos que las normas protectorias deben acercar al ser humano a la satisfacción plena de sus necesidades, apertura de oportunidades y disfrute de una calidad de vida, propia de su dignidad, restringir el acceso al consumo y la libertad de elección y contratación, es la negación de la propia persona humana.

Así sería intolerable que el poder de ciertos individuos permita excluir – a través del derecho – a ciertas personas, he ahí que el estado de oferta de proveedores, obligatoriedad de venta y prohibición de discriminación son piezas jurídicas importantes de la reglamentación económica de los contratos. (Rezzónico, 1987, p. 357-358).

Finalmente, estos principios mejorarán notoriamente el sistema de protección jurídica civil, ofrecen una visión panorámica, benefician a la estabilidad del sistema normativo y son de vital importancia para la correcta integración de las normas contractuales de consumo, que veremos en el subcapítulo posterior.

CAPÍTULO VI: DERECHO DEL CONSUMIDOR Y DERECHO CIVIL. UNA FORMACIÓN NORMATIVA A TRAVÉS DEL CONTRATO DE CONSUMO

6.1. Nota introductoria

Hemos repasado los antecedentes constitutivos del contrato en general, así como la aproximación filosófica sobre la justicia contractual en los contratos del siglo XXI, en especial, en el contrato de consumo. Asimismo, hemos establecido a lo largo del capítulo anterior los dos principios jurídicos que fundamentan la concepción del contrato de consumo: el principio de protección al parte débil hoy entendido como la protección a la vulnerabilidad del consumidor; y, el principio de buena fe en las relaciones contractuales.

En este capítulo, el desafío doctrinario y normativo encuentra un punto coincidente, en tanto pretendemos resolver las hipótesis planteadas preliminarmente, y cumplir fehacientemente con los objetivos de la investigación. Esto en tanto, el presente capítulo se fundamenta en un constante análisis tanto de las normas propias del derecho civil, como de las normas propias del derecho del consumidor, trayendo como resultado final una aproximación a su sistematización coherente, precisa y suficiente en nuestro Código Civil, de tal manera que la teoría general del contrato pueda servirse de nuevas herramientas que permitan reajustar sus postulados al escenario jurídico contemporáneo.

6.2. Consideraciones preliminares sobre el contrato en el siglo XXI

6.2.1. Crisis de la contratación clásica

No es extraño que desde mediados del siglo XX se haya proliferado la noción sobre la crisis del contrato. Autores internacionales, y posteriormente autores nacionales, ofrecieron diversos puntos de vista, justificaciones teóricas y prácticas y fundamentaciones desde filosóficas hasta jurídicas, para

plantearnos la idea sobre la inestabilidad del contrato en el mundo contemporáneo.

Al respecto, creemos que debemos realizar el ejercicio de identificar los principales fundamentos que nos llevan a pensar que el contrato se encuentra hasta la actualidad, en una crisis como institución jurídica del derecho privado.

Como ya lo habíamos comentado (*título 4.4.8. El contrato en una sociedad de consumo*), el contrato ha sufrido una serie de alteraciones propias de la dinámica económica, social y política de nuestros tiempos. Ello producto de una evolución constante que ha impactado en la disciplina jurídica.

Cada día se nos hace más difícil entender al contrato como “ley entre las partes” o lo que equivale en la práctica al “respeto irrestricto de la palabra dada”; de hecho, cada vez es más difícil contratar bajo los esquemas normativos y jurídicos clásicos, entendiendo con esta calificación a toda la tradición jurídica que ha formado el contrato desde la antigua Roma hasta su punto álgido en la codificación decimonónica.

Como el derecho no es una ciencia metafísica, por lógica simple, debemos asumir que su existencia y permanencia en el plano real/físico está condicionada a la evolución de la sociedad, a la cual eventualmente trata de poner orden; en otros casos, será a través del derecho, que se impongan nuevos paradigmas, sistemas o un nuevo orden a la sociedad, de tal manera que jamás puede entenderse a la ciencia jurídica sin su correlato fáctico.

Así, debemos señalar que la “crisis” del contrato, solo es una arista para un fenómeno mayor: “crisis” del derecho privado; es por ello, que, a la denominada crisis del contrato, se le suman: la crisis de la propiedad o la crisis del matrimonio. En todos los supuestos, como reacción a las transformaciones sociales que evidentemente se producen a lo largo de la historia.

El denominado “suicidio del dogma de la voluntad” como diría Royo, se produce cuando se desvela que tras él estaban los intereses de quienes se saben poseedores de una voluntad más fuerte; y cuando resulta evidente que tanto los límites tradicionales de la autonomía como la teoría de los vicios de la

voluntad no permiten la corrección de los abusos más flagrantes. Si fallan los postulados, también, habrá que revisar su consecuencia, para apreciar que del contrato no siempre surge una equitativa regulación de intereses. Y si la justicia no es una consecuencia automática del contrato, debe ser garantizada por la ley y por el juez, esto son causas evidentes y palpables de la crisis del contractualismo y de la autonomía privada. (Martín, 1995, pág. 31).

En este sentido, creemos que lo que ha impactado en la institución jurídica del contrato como tal, y lo que permite hablar de una crisis, es:

- Una transformación técnica y científica, que eventualmente genera una transformación cultural.
- La existencia de nuevas formas de contratación, como, por ejemplo, la contratación en masa.
- Mayor dinamismo y velocidad en la vida de las personas, que determina también, su manera de contratar y el fin del sentido estático del contrato.
- Reconocimiento de la importancia por la preocupación de las situaciones sociales, lo que solo es reflejo de la proliferación del denominado Derecho Social.
- Lo que, a su vez, determina una socialización o humanización del contrato.
- Variación de la misión y alcance de la voluntad del contratante en la relación contractual y en el impacto social que genera cada contrato.
- Nacimiento de nuevas expresiones sobre los vicios de voluntad.
- Búsqueda de una mejor herramienta para satisfacer de una mejor manera las necesidades de los contratantes.
- Paulatina intervención del Estado, lo que se ha denominado “*dirigismo contractual*”, en pro de salvaguardar intereses sociales más allá de la individualidad propia de los contratantes.

Al respecto, Borda (2016:14,15) señala cuatro causas entorno a la crisis del contrato, así tenemos:

- Causas económicas. - Producto de la acumulación excesiva de riqueza en pequeños grupos (sean privados o empresarios) quienes ostentan un

poder mayor frente a su contraparte, así, la libertad y la igualdad solo subsisten en el plano jurídico, pero no existen en el plano económico, de tal manera que la otra parte se ve en una situación de “tomar o dejar”, sin negociaciones sobre el contenido del contrato.

- Causas políticas. - La filosofía individualista preponderante de la edad moderna, está dejando paso a una filosofía social de los problemas humanos. Aun sin llegar al extremo del colectivismo hay una mayor preocupación por la justicia distributivas.
- Causas filosóficas. - Sobre todo en lo que respecta a la filosofía del derecho. Se ha puesto en duda el poder jurígeno de la voluntad. Ocurre que, más allá de que desaparezca la voluntad de contratar o de mantenerse obligado a una relación contractual, es necesario resguardar la seguridad económica y social. No se trata solo de voluntad; hay también una cuestión de interés general comprometido en el respeto de los contratos.
- Causas de orden moral. - La fuerza obligatoria de los contratos no se aprecia ya tanto a la luz del deber moral, de hacer honor a la palabra empeñada, sino como un instrumento para la realización del bien común. No es que haya una inclinación de la moral individual, sino que esa moral tiene una mayor inclinación a la justicia conmutativa que otrora años.

Por lo expuesto, podemos preguntarnos: ¿Hasta qué punto se puede hablar de una crisis del contrato? Consideramos que la premisa lleva al error en la respuesta. ¿Hay una crisis del contrato? Creemos que no. ¿Hay una crisis en la teoría y fundamentos clásicos del contrato? Consideramos que sí.

Tomemos en cuenta que la teoría individualista y los principios de autonomía de la voluntad o fuerza obligatoria del contrato, hace mucho tiempo han sido superados. La realidad le ha hecho frente a sus bases jurídicas y a sus pilares iusfilosóficos, con los que evidentemente se sostenía la teoría general del contrato.

Así, consideramos que no hablamos en estricto de una crisis del contrato, sino por el contrario, de un proceso de desarrollo cambiante, diferente y hasta

desconocido, pero al fin al cabo, evolutivo en la ciencia jurídica y en el contrato como institución de ella. En opinión de Gastaldi (1984: 11):

Lo que está en crisis, se dijo, son los postulados clásicos del contrato, más no el contrato en sí. Cada día se contrataba y se contrata más. La crisis pudo ser cualitativa, pero no cuantitativa. Ocurre que el contrato- como bien lo señala Risolía-, además de ser fuente principal de obligaciones, tiene una amplitud que supone una concepción económica que acepte fundamentalmente la propiedad privada y permita disponer de los bienes que integran ésta. Admitiendo esto, llegamos a la conclusión de que el contrato es una suerte de categoría, como a veces se ha dicho, “necesaria” para el derecho.

Por su parte, Garrido y Zago (1989:475) señalan:

(...) no existe tal crisis del contrato, ni siquiera en lo cualitativo. Si existen nuevas perspectivas jurídico- filosóficas inherentes a la esencia de la sociedad en que vivimos que no solo deben tenerse presentes, sino que debe admitirse su influencia y significado respecto del carácter clásico del llamado principio de autonomía de la voluntad, base individualista que generará el respeto a *outrance* de lo acordado convencionalmente. (...)

Mientras el contrato subsista- y ello se acredita todos los días- como fuente principalísima de obligaciones surgiendo como lógica consecuencia del acuerdo de voluntades prestado de conformidad con los presupuestos legales vigentes, su mentada crisis será solo opinión minoritaria, no relevante, que es ajena a la realidad de nuestros días y de nuestra sociedad jurídica.

Es por ello, que la mayoría de contratos que se celebran en la actualidad no encajan en las reglas clásicas contenidas en el Código Civil; así podemos decir con firmeza que, o se reajustan las normas (dada su importancia y necesidad) o simplemente se quedarán esas normas para supuestos alejados de la

realidad, con muy poca frecuencia o peor aún, como dogmas teóricos que no tienen utilidad práctica para la mayoría de casos actuales.

De ahí que un sector del contrato en general y de los contratos especiales es sometido a una evolución constante. Esta evolución se debe a múltiples factores propulsivos. Está en marcha una revisión de los dogmas heredados de la tradición, y el choque – si así se puede decir- de las nuevas fuentes (fuentes comunitarias, reglamentos, jurisprudencia e incluso fuentes internacionales) comprime los textos del código y de las leyes especiales, y hace ilusorio todo intento de sistematización, obligando a las reglas jurídicas a adaptarse progresivamente a un ritmo evolutivo acelerado. (Alpa, 2017, pág. 158).

Lo que se busca son normas contractuales que respondan con soluciones sensatas y criterios adecuados para los supuestos jurídicos y fácticos que acontecen a diario, y que muchos de ellos, hoy en día escapan de nuestro Código, y que, como norma matriz de las relaciones privadas, no puede quedar exenta ni de los nuevos fenómenos, ni de su regulación necesaria.

6.2.2. La socialización del contrato

En primer lugar, debemos aclarar el término de *socialización* del contrato. De la Puente y Lavalle, Cárdenas y Gutiérrez (2000:25) nos dicen: *“la utilización de la palabra “socialización” está orientada a poner de manifiesto que el Derecho Civil (y también el derecho del contrato) debe inspirarse en el “espíritu de socialidad”, para atenuar su carácter individualista”*. Al respecto, es Spota (1984:32-33) quien señala la importancia del contrato e impacto social: *“el contrato tiende a socializarse, es decir a tener un aspecto social, en el sentido que los derechos y deberes deben ser ejercidos funcionalmente, sin desviar los fines económicos, los fines éticos, los fines sociales que el ordenamiento legal ha tenido en cuenta”*.

Al respecto, queda claro que el término *socialización* del contrato, en cuanto a lo que pretender significar para el contexto jurídico, está lejos de compararse con el término socialismo, en tanto significado teórico y práctica disímil con el

contenido de la expresión, de hecho, creemos que lo único en que se parecen ambas palabras es en la utilización de la expresión gramatical, después de ello, son conceptos totalmente distintos.

En primer lugar, debemos enfatizar que la socialización nace como una reacción ante el liberalismo imperante a lo largo de las normas contenidas en los Códigos de todo el mundo, como hemos visto oportunamente, esto producto de la filosofía y el contexto histórico y cultural en el que fueron elaboradas.

No debemos olvidar que el individualismo consideraba la iniciativa privada como pilar y sustento de la sociedad misma y el Estado, de tal manera que el contrato era un instrumento jurídico que permitía el libre ejercicio de la libertad para crear relaciones jurídicas subjetivas entre las partes, que a su vez, se entendían como plenamente libres para decidir con quién contratasen y qué contenido llevara ese contrato, con todo esto, también se entendía que existía una igualdad jurídica proveniente del libre ejercicio de estos derechos.

Así, lo establecido en el contrato era justo, en tanto provenía de ambas libertades, en condiciones iguales (solo en teoría) y por lo demás, debía cumplirse.

Con el desarrollo de la sociedad, la aparición de la industria y la vigencia del mercado, las situaciones de desequilibrio contractual e injusticia no se hicieron esperar. Había que comprender que las partes jamás serían iguales, y que por mucho que hubiésemos querido, el contenido contractual de cada contrato en primera instancia no era negociado en condiciones iguales, y en segunda instancia, pasó a no ser negociado nunca, lo cual ya distaba mucho de la realidad y el sentido que se le daba a la contratación en los años anteriores a la revolución industrial. Como lo expresaría Durand (2000:474):

Las místicas leyes del mercado se diluyen por obra de la sindicación más o menos agazapada de los intereses de un grupo dominante, arruinando la utópica libertad de formación de oferta y demanda, como axioma supremo y pretendidamente objetivo que regula una economía tildada de abierta. Estas condiciones son

impuestas por una de las partes a razón de su superioridad jurídica o, más corriente todavía, económica. La mano invisible demasiadas veces toma cuerpo.

Es por ello que, se comenzó a propugnar una socialización del derecho en general, tendiente a propugnar la estrecha unión entre el individuo y la sociedad que forma parte, aspirando a realizar el bien común, y buscando que el derecho sea un patrimonio común, porque sus beneficios se extiendan a todos, porque desaparezcan los privilegios creados por el individualismo intransigente y reacio a toda intromisión Estatal en la esfera privada. Esto evidentemente, no significa desconocer los derechos individuales, sino por el contrario, solo los limita, armoniza y subordina a los intereses generales. La función del derecho es la de equilibrar los intereses en presencia, consagrar la personalidad e independencia del individuo; pero acentuar también sus obligaciones con la sociedad. (Ruiz, 1946, pág. 50).

Nosotros consideramos que la socialización del contrato tiene un carácter dual, es decir, muestra una preocupación latente por la protección del ser humano y por otro lado, se hace el mismo ejercicio por la protección de los derechos comunitarios o sociales, esto se explica de tal manera que constituye el resultado de la filosofía humanista aplicada al derecho: el ser humano como centro de referencia y dimensión subjetiva de aplicación, interpretación y atribución de derechos; cuestiones que muchas veces se oponen a un individualismo, patrimonialismo y liberalismo agudizados o en todo caso, exagerados y extremos.

En términos concretos podemos hablar de una visión que brega por el bien común, por la justicia social, por el equilibrio en los negocios, por la protección de la parte más débil: necesitados, inexpertos, ligeros, entre otros. Por supuesto que, esta visión también se preocupa por la corrección de las fallas del mercado: por la incidencia a veces excesiva y tendenciosa, de las denominadas “reglas inexorables del mercado” que, en muchos casos, generan situaciones de desequilibrio constante y permanente, siendo proclive para un ejercicio abusivo del derecho. (Mosset, 1994, pág.30).

Así las personas, en cualquiera de sus facetas reconocidas por el derecho, y más aún, en su aspecto como contratantes, están obligadas moralmente a actuar de tal manera que busquen el bien común, del cual evidentemente, también son protagonistas y partícipes.

Aquí conviene exponer lo que manifestó el papa Pablo VI en la carta encíclica *Populorum Progressio* (Pablo VI, 2007, pág. 17):

La enseñanza de León XIII en la *Rerum novarum* conserva su validez: el consentimiento de las partes, si están en situaciones demasiado desiguales, no basta para garantizar la justicia del contrario; y la regla del libre consentimiento queda subordinada a las exigencias del derecho natural. Lo que era verdadero acerca del justo salario individual, lo es también respecto a los contratos internacionales: una economía de intercambio no puede seguir descansando sobre la sola ley de la libre competencia, que engendra.

Sobre el consentimiento de las partes, es interesante que señalar su correlación con el ejercicio de la autonomía de la voluntad y la libertad contractual, ambos principios establecidos en nuestro ordenamiento, a través del Código Civil y la Constitución. Estos principios, también constituyen una construcción normativa de la doctrina individualista, por lo que también han sufrido una nueva reinterpretación y cosmovisión, principalmente desde la perspectiva constitucional.

De hecho, esto mismo es obra de la denominada constitucionalización del derecho, y en especial, del derecho privado, la cual es aceptada por muchos autores y hasta tiene un reconocimiento directo e indirecto en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, al respecto, sobre la libertad de contratación, se ha señalado:

(...) si bien el artículo 62° de la Constitución establece que la libertad de contratar garantiza que las partes puedan pactar según las normas vigentes al momento del contrato y que los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras

disposiciones de cualquier clase, dicha disposición necesariamente debe interpretarse en concordancia con su artículo 2º, inciso 14), que reconoce el derecho a la contratación con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público. Por consiguiente, y a despecho de lo que pueda suponer una conclusión apresurada, es necesaria una lectura sistemática de la Constitución que, acorde con lo citado, permita considerar que el derecho a la contratación no es ilimitado, sino que se encuentra evidentemente condicionado en sus alcances, incluso, no sólo por límites explícitos, sino también implícitos.

Límites explícitos a la contratación, conforme a la norma pertinente, son la licitud como objetivo de todo contrato y el respeto a las normas de orden público. Límites implícitos, en cambio, serían las restricciones del derecho de contratación frente a lo que pueda suponer el alcance de otros derechos fundamentales y la correlativa exigencia de no poder pactarse contra ellos. Asumir que un acuerdo de voluntades, por más respetable que parezca, puede operar sin ningún referente valorativo, significaría no precisamente reconocer un derecho fundamental, sino un mecanismo de eventual desnaturalización de los derechos. (STC. Expediente N° 2670-2002-AA/TC de 30 de enero de 2004).

Así, pese a que comúnmente se ha señalado que “*el contrato es ley entre las partes*”, lo cierto es que el derecho fundamental a la libertad contractual no se encuentra exento de los límites que tiene todo derecho constitucional, en tanto un Estado Social y Democrático de Derecho se caracteriza por cobijar derechos que no son absolutos, y mucho menos constituye un elemento aislado dentro del ordenamiento jurídico, totalmente desvinculado de los demás derechos y bienes constitucionales, motivo por el cual se aceptan límites. En el caso concreto, la libertad contractual y la libertad para contratar, tienen sus límites consustanciales en otros derechos fundamentales, que en principio son: (i) El orden público; y, (ii) otros derechos fundamentales y bienes constitucionalmente protegidos. (Landa, 2014, pág. 316).

Por otro lado, esta socialización del contrato, involucra una importancia en cuanto a su función social, y no meramente económica y jurídica. Debemos entender al contrato como una herramienta que permite a las personas satisfacer sus necesidades, desde las más básicas hasta las más banales. He ahí su importancia desde esta cosmovisión. Ghersi (1990:15-16) menciona:

Es indudable que el individuo debe acceder a bienes y servicios para la atención de necesidades básicas económicas; esto implica la existencia de un aparato productivo, fruto de la combinación de los factores del trabajo, capital, tecnología y recursos naturales.

(...)

Esta simple observación de la realidad encierra una de las cuestiones más complejas que ha tenido la historia del pensamiento económico: la de organizar y asignar los medios de producción de bienes y servicios, pues hay una estrecha relación entre la ordenación económica y el derecho a la contratación.

Finalmente, el contrato se convierte en un medio de cooperación social y se produce lo que cabe calificar como humanización del contrato. Ello implica concebir al contrato como un medio integrador, armonizador, cooperador de las relaciones sociales. Así, se convierte en una institución social, que no solo afecta los intereses de los contratantes, de tal manera que el enfoque del Derecho contractual ha de partir de una visión del Derecho fundamentalmente personalista, en la cual la conciliación y armonía de los fines individualistas y sociales se realice sobre la base del reconocimiento, respeto y rango preferente que en la jerarquía de los valores corresponde a la persona humana. (Santos, 1966, pág. 32-33; De la Puente y Lavalle, Cárdenas y Gutiérrez, 2000, pág. 67-68).

6.2.3. El contrato en una economía social de mercado.

El artículo 58 de nuestra Constitución establece el régimen de economía social de mercado, así: *“La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía*

social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura”.

Creemos que, por técnica legislativa, un concepto como el de economía social de mercado, tan amplio y abstracto, teorizado desde diversas disciplinas y diversos autores, justifica su ausencia en la carta magna, sin embargo, es preciso señalar el contenido de este artículo, Rubio (2012: 129) menciona:

La iniciativa privada no puede ser estorbada dentro de la actividad económica, siempre que actúe en los marcos que establece el Derecho y es ejercida dentro de una economía social de mercado. La economía de mercado es la que se regula según las leyes de oferta y demanda: los bienes circularán económicamente mientras haya quien consuma un producto y quien lo produzca. El precio será fijado libremente en el punto en el que uno esté dispuesto a comprar y el otro a vender. Nuestra economía de mercado debe ser social, en el sentido de que ciertos excesos del mercado deben ser regulados para garantizar el bien común.

Así, la iniciativa privada se consagra como el pilar de los principios constitucionales económicos, con ello, cualquier persona puede realizar la actividad económica que considere oportuna a sus intereses, evidentemente, siempre que no contravenga la ley.

Por otro lado, la economía social de mercado conlleva mayores debates. Bernaldes (1996:304-306) señala que hubo una discusión en el Congreso Constituyente Democrático respecto si utilizar el término “economía de mercado” o “economía social de mercado”, toda vez que se consideraban meras concepciones teóricas y desconocían el sentido de la economía social en la práctica. El mismo autor señala que: *“La expresión economía social de mercado permite en el plano constitucional introducir correctivos al libre juego del mercado que orienten toda la actividad hacia objetivos no solo individuales sino también colectivos.”*

En el mismo sentido, Ochoa (1995:90) expresa que:

Dentro del régimen de “economía social de mercado” se reconoce implícitamente la viabilidad de la planificación al declararse en la norma que “el Estado orienta el desarrollo del país”. Por lo tanto, se abre la posibilidad de buscar una vía intermedia que concilie el respeto a la libre iniciativa con una orientación o rectoría del Estado en el desarrollo del país que materialice el componente social del régimen de economía de mercado.

Queda muy claro el rol del Estado y su nivel de intervención en la economía; de hecho, no puede intervenir de manera directa, salvo en determinados sectores y bajo ciertas condiciones, su función es de orientar la economía hacia la consecución del bien común. Conceptos como intervención o planificación burocrática o central, quedan bastante rezagados respecto de la interpretación del texto, y conceptos como regulación y orientación, terminando siendo los más precisos en este caso.

Al respecto, ha señalado el Tribunal Constitucional:

La economía social de mercado es representativa de los valores constitucionales de la libertad y la justicia, y, por ende, es compatible con los fundamentos axiológicos y teleológicos que inspiran a un Estado social y democrático de derecho. En ésta imperan los principios de libertad y promoción de la igualdad material dentro de un orden democrático garantizado por el Estado. (...) Y es que, dado el carácter "social" del modelo económico establecido en la Constitución vigente, el Estado no puede permanecer indiferente a las actividades económicas, lo que en modo alguno supone la posibilidad de interferir arbitraria e injustificadamente en el ámbito de libertad reservado a los agentes económicos. (STC. Expediente N° 0008-2003-AI/TC de 11 de noviembre de 2003).

A tenor del texto constitucional, en la práctica, se comenzó un proceso de rápida privatización y progresiva desregulación, que incluso se observa hasta nuestros días. Esto porque el régimen económico contrastaba rotundamente

con el texto constitucional de la Constitución de 1979, que establecía un Estado más planificador que dirigía directamente la economía del país.

Sobre la privatización, consideramos que no debe confundirse el concepto en la práctica con el agotamiento de las funciones del Estado y mucho menos olvidarse que este último es el encargado de cumplir con crear espacios para el bienestar de los ciudadanos. Asimismo, creemos que las empresas privadas, quienes ahora tienen la posibilidad de producir bienes y servicios libremente, no deben olvidar que la finalidad privada no tiene por qué ser ajena a la búsqueda del bien común y al cumplimiento de normas imperativas para el ejercicio de sus actividades.

Sobre la desregulación, consideramos que el término puede ser sinónimo de una “regulación inteligente”, no se busca crear un sinfín de normas que impidan el libre ejercicio de la empresa privada, y mucho menos la creación de riqueza y desarrollo; lo que se busca es preservar a través de determinadas normas, en determinados sectores, la correcta provisión de bienes o servicios, así se regulará cuestiones como la calidad, la seguridad, estándares de salud, entre otros supuestos. Con esto queremos decir que aquellos que piensan que desregular es “*vaciar el contenido legislativo*” en pro de la liberalización, cometen un grave error.

Así tanto la privatización como la desregulación no son:

- La liberación de todo “obstáculo” jurídico en pro del desarrollo del mercado y en pro del libre ejercicio del ciudadano.
- Configuración de datos irreales basados en supuestos ideológicos de economía y política.
- Interpretación económica del derecho como única herramienta que puede traer resultados eficaces en su aplicación.

Por supuesto que, para todas estas ideas erróneas, hay cuando menos un sustento, así:

- No se puede liberalizar todos los sectores ni toda la actividad comercial o mercantil, toda vez que se necesita regular determinados sectores,

como, por ejemplo, la protección a los consumidores. Y sería bueno hablar de autorregulación, pero hemos visto que, en el Perú, aún es incipiente.

- Observamos como la economía ha crecido y los datos que nos muestran a través de variables económicas nos ofrecen un crecimiento y desarrollo del mercado y de la industria en nuestro país, pero no nos muestran el “aspecto social” de una economía social de mercado, no nos muestran los alcances de la distribución de la riqueza y la generación de valor agregado.
- Es bastante conocido que, la interpretación meramente económica del derecho, es una útil herramienta, pero no la única y tampoco es suficiente, toda vez que tiende a dejar afuera variables sobre los valores supremos del ordenamiento. Cuestión que por lo demás, no merece mayores comentarios.

No hay gobierno ni Constitución alguna que pueda por sí garantizar la libertad, sino ampara y defiende las instituciones fundamentales en que se basa la economía de mercado. El papel del Estado es garantizar la eficiencia, corregir la distribución injusta de la renta y fomentar el crecimiento económico y la estabilidad. En efecto, si bien el mercado ordena la economía, no crea justicia. El mercado no es un dios ante el cual debemos inmolar todos nuestros valores; al final, el mercado es un sistema, un mecanismo que puede funcionar bien o mal y esto dependerá de sus actores y entre ellos del Estado. (De la Puente y Lavalle, Cárdenas y Gutiérrez, 2000, pág. 139).

Habiendo hecho estas precisiones que las consideramos necesarias, tenemos que analizar la contratación en una economía social de mercado, y cuál es el impacto del régimen económico en el contrato.

En primer lugar, el artículo 62 de la Constitución establece: “*La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. (...)*”

Oportunamente analizaremos la libertad contractual establecida en nuestra Constitución, pero aquí es importante tener en cuenta lo siguiente:

- Se abre la posibilidad para que los ciudadanos contraten conforme a sus necesidades, intereses o expectativas, pudiendo negociar libremente el contenido del contrato.
- Como cualquier derivación de la libertad, la libertad contractual no es una institución ni principio económico o jurídico de carácter absoluto, tiene cuando menos limitaciones como el orden público, las buenas costumbres u otras normas de carácter imperativo. Esto se deriva del artículo 2 inciso 14), cuando se señala que toda persona tiene derecho a: *“contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público.”*
- Es interesante que si bien, la libertad contractual se establece como uno de los principios económicos constitucionales, su limitación se establece en el artículo sobre los derechos fundamentales del ser humano, así se puede entender mejor que la libertad jurídica no es libertad humana (ni en el plano más filosófico), sino que es, una libertad reducida en tanto fines sociales, consideramos que la existencia de la libertad humana, se imposibilita en su aplicación práctica.
- Por otro lado, el rol del Estado en la contratación es proteger lo establecido por las partes de manera lícita, y castigar, incluso al mismo contrato, cuando se contravienen disposiciones superiores. Así, es el ordenamiento jurídico, y en efecto, el *ius imperium* del Estado, quien otorga a los particulares la posibilidad de contratar, y en el mismo sentido, la regula, limita o prohíbe.

Finalmente, dado el contexto de una economía social de mercado, otro principio que actúa como limitación a la libre iniciativa privada es el defensa del interés de los consumidores y usuarios, más aún si se encuentra establecido en el artículo 65 de la Carta Magna. Así este principio protectorio y tutelar, actúa en palabras de Ochoa (1995:93) como: *“una manifestación de la función social o interés social que si bien no está explícitamente previsto en el texto*

constitucional se infiere al derivarse como exigencia socio-económica que la Carta encomienda al Estado satisfacer o defender.”

Y en este punto, comenzamos nuestra última nota preliminar.

6.2.4. Necesidad de una nueva teoría general del contrato que desarrolle la contratación de consumo

La teoría general del contrato, contiene las disposiciones jurídicas en torno a la contratación negociada de espíritu liberal. Muchos autores han abordado esta teoría desde esa óptica, y esta ha sido plasmada a lo largo de los Códigos de muchos países.

En el Perú, la teoría general del contrato se encuentra establecida en el libro VII sobre las Fuentes de las Obligaciones en la sección primera y se compone de los siguientes títulos:

- TITULO I Disposiciones Generales
- TITULO II El Consentimiento
- TITULO III Objeto del Contrato
- TITULO IV Forma del Contrato
- TITULO V Contratos Preparatorios
- TITULO VI Contrato con Prestaciones Recíprocas
- TITULO VII Cesión de Posición Contractual
- TITULO VIII Excesiva Onerosidad de la Prestación
- TITULO IX Lesión
- TITULO X Contrato en Favor de Tercero
- TITULO XI Promesa de la Obligación o del Hecho de un Tercero
- TITULO XII Contrato por Persona a Nombrar
- TITULO XIII Arras Confirmatorias
- TITULO XIV Arras de Retracción
- TITULO XV Obligaciones de Saneamiento

Estos títulos a su vez, comprenden los artículos desde el 1351 hasta 1528.

Lo cierto es que esta teoría está destinada a regular el contrato sobre la base de un acuerdo de voluntades, así se expresa en el artículo 1351 sobre la definición del contrato, de tal manera que encontraremos diversas disposiciones sobre el contrato voluntario o el contrato negociado; y solo algunas disposiciones correspondientes a la contratación masiva, así, esta primera diferenciación es fundamental para entender el estado actual de la teoría general del contrato.

Por un lado, tenemos al contrato donde el consentimiento actúa como el pilar de la voluntad, que a su vez genera el acto jurídico patrimonial que conoceremos como contrato y cuya única limitación serán las disposiciones de orden público y buenas costumbres.

Por otro lado, tenemos al contrato donde el consentimiento no es lo único fundamental para la contratación, es más el arquetipo normativo sobre la autonomía de la voluntad, y está seriamente afectado por una nueva realidad socioeconómica, donde la importancia de la dinámica en la circulación de bienes y servicios es fundamental, de tal manera que solo una de las partes (la más fuerte de la relación) elabora el contenido estructural del contrato, y la otra, tiende a adherirse simplemente.

Así, nuestra teoría general del contrato, contiene dos estructuras de contratación, dando importancia en más del 85% del articulado normativo al contrato negociado que al contrato por adhesión o masivo. Lo curioso es que, en la realidad, el contrato negociado es una excepción a la regla en el tráfico mercantil, mientras que el contrato por adhesión o masivo es la regla. El segundo a desplazado rotundamente al primero, a tal punto que la contratación negociada ha pasado a celebrarse en los extremos de la sociedad. Explicamos a través de un ejemplo.

Los socios de grandes industrias nacionales o internacionales, no contrataran sobre la base de un esquema prefijado, sus intereses mercantiles y expectativas de negocio, sobrepasan ese supuesto. En este caso, los socios empresariales buscarán negociar, estudiar y analizar cada cláusula del contrato. Se tomarán el tiempo necesario, toda vez que están en juego grandes

sumas de dinero y todo un prestigio empresarial. Imaginemos a Mercedes-Benz negociando la venta de acciones y plantas automotrices con la AB Volvo, evidentemente el contrato no se celebrará ni en una hora, ni una de las partes simplemente firmará. Aquí si hay contratación negociada entre los grandes empresarios y por cuantiosas sumas de dinero.

Aunque parezca una paradoja, nos vamos al otro extremo. Una persona que viaja a comprar artesanías a Cusco. Observa lo que le ofrece el artesano y este le oferta un precio. La otra parte, es evidente que puede contraofertar con un precio que le convenga. Finalmente llegarán a un acuerdo y la artesanía se venderá. Aquí también hay contratación negociada, de igual forma se puede observar cuando tomamos un taxi, o cuando compramos en los mercados distritales, se puede negociar con el vendedor.

Pero sin duda alguna, muchos de nosotros no estamos en el primer supuesto, y nos sucede pocas veces el segundo supuesto. Lo más común y corriente, en el común de las grandes masas es contratar a través de un contrato por adhesión, como cuando vamos a un supermercado, tomamos el transporte público, tomamos un crédito bancario, nos hospedamos en un hotel, vamos a un restaurante, entre otro sin número de supuestos, donde a veces no nos damos cuenta de tres cosas: primero, día a día contratamos constantemente y bajo un sinfín de supuestos; segundo, no negociamos lo que contratamos, simplemente ya está prefijado; y, tercero, somos plenamente consumidores.

Así tenemos que la contratación que se realiza con mayor frecuencia en el mundo contemporáneo, es la contratación en masa, producto como hemos dicho anteriormente de un contrato tipo, con cláusulas generales predispuestas por una de las partes y que propugna por una mayor celeridad y dinamismo de las transacciones comerciales.

Es importante señalar que es contratación en masa, solo es el fiel reflejo de una producción en masa, hoy en día se consumen productos o servicios que son el resultado final de una producción en serie. A esto, la empresa emerge como un operador jurídico, económico e incluso social y política, en el campo de las transacciones y la modalidad de producción, sin olvidar que, tras ello,

existe toda una planificación, búsqueda de mayor rentabilidad, riesgo patrimonial, organización empresarial, financiamiento, entre otros factores.

Así, los bienes y servicios resultan iguales y por la secuencia temporal de su fabricación, necesitan tener predispuesto un mercado consumidor, con similares características de necesidad. A la producción seriada, le corresponde un mercado extendido y masificado, de esta manera, se conforma una estructura que necesita obligatoriamente una herramienta jurídica homogénea que regule la relación entre la empresa y los consumidores, es por ello que la discusión de las condiciones de acceso a los bienes y servicios, no tiene sentido. (Gherzi, 1990, pág. 12-13).

En este aspecto conviene rescatar lo menciona por Torres (2016:36):

El fundamento del contrato tiene la calidad de una verdad necesaria, porque no es otra cosa que un principio socioeconómico impostergable, el cual es el de la equidad material. Este principio socioeconómico jurídicamente se cumple mediante la lucha contra la desigualdad de las partes contratantes; que regula actualmente el derecho contractual. Lucha o combate que no es otro, pues, que el de la protección de la parte débil o Protección Jurídica del Consumidor.

Así, resulta clara la necesidad una teoría general del contrato, que pueda atender a la protección no solo al contratante débil, sino al consumidor en sentido concreto, toda vez que esto impone un carácter protectorio mayor; de tal manera que es evidente que al lado de la Teoría General clásica, existe otra Teoría General, que ha sido abordada tímidamente en nuestro Código Civil, y que no debería ser obviada, más aún si consideramos el porcentaje de utilización de los contratos masivos, contratos por adhesión o los contratos de consumo.

Entre las figuras contractuales que permiten la contratación en masa, y una protección a la parte débil, que se encuentran en nuestro tenemos:

Incorporadas al Código Civil	Incorporadas al Código de Protección y Defensa del Consumidor
<p>Contrato por adhesión</p> <p>Artículo 1390.- El contrato es por adhesión cuando una de las partes, colocada en la alternativa de aceptar o rechazar íntegramente las estipulaciones fijadas por la otra parte, declara su voluntad de aceptar.</p>	<p>Contrato de consumo</p> <p>Artículo 45.- El contrato de consumo tiene como objeto una relación jurídica patrimonial en la cual intervienen un consumidor y un proveedor para la adquisición de productos o servicios a cambio de una contraprestación económica.</p>
<p>Oferta al público</p> <p>Artículo 1388.- La oferta al público vale como invitación a ofrecer, considerándose oferentes a quienes accedan a la invitación y destinatario al proponente.</p> <p>Si el proponente indica claramente que su propuesta tiene el carácter obligatorio de una oferta, valdrá como tal.</p>	<p>Oferta al Consumidor</p> <p>Artículo 46.- La oferta, promoción y publicidad de los productos o servicios se ajusta a su naturaleza, características, condiciones, utilidad o finalidad, sin perjuicio de lo establecido en las disposiciones sobre publicidad.</p> <p>El contenido de la oferta, promoción o publicidad, las características y funciones propias del producto o servicio y las condiciones y garantías ofrecidas obligan a los proveedores y son exigibles por los consumidores, aun cuando no figuren en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido.</p>
Cláusulas Generales de Contratación	

<p>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.</p>	
<p>Cláusulas Generales de Contratación aprobadas por la Autoridad Administrativa</p> <p>Artículo 1393.- Las cláusulas generales de contratación aprobadas por la autoridad administrativa se incorporan automáticamente a todas las ofertas que se formulen para contratar con arreglo a ellas, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1395.</p>	
<p>Contratos de hecho</p> <p>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</p>	

obligación de pago a cargo del cliente, aun cuando no haya formalizado el contrato o sea incapaz.	
---	--

Como es lógico observar, el Código Civil no ha regulado ni el contrato de consumo ni la oferta al consumidor, instituciones que consideramos necesarias dada su importancia en la realidad socioeconómica, además que, complementarían de manera eficiente e integral a la normas civil, dando paso a una nueva cosmovisión del derecho en función de la contratación de consumo y su influjo de la protección del consumidor en toda la sistemática clásica del derecho civil, que nos obliga a repensar y replantear, con una mirada más real y cercana, la concepción de la dogmática civil clásica, muchas veces descontextualizada de gran parte de la vida de las personas, en su dimensión más básica, de seres humanos llenos de presiones crecientes, extendidas y reales, a las que el Derecho Civil del siglo XXI tiene que afrontar.

6.3. Instituciones contractuales susceptibles de vinculación normativa

Existen algunas instituciones que, por su carácter general y trascendental a toda la legislación contractual civil, son convenientes para una fluida sistematización e integración de las disposiciones sobre contratos de consumo en el Código Civil, dada que su naturaleza no es ajena al propio Código, y, por el contrario, traería una serie de beneficios que eventualmente señalaremos.

Es evidente que no todos los temas pueden ni deben integrarse al CC, hay diversos temas que se quedarán articulados en el Código de Protección y Defensa del Consumidor, dado su carácter más especializado o su diversa naturaleza a la teoría general del contrato.

Así, conforme el CC y el CPDC, podemos identificar los siguientes temas:

- El contrato de consumo y el consumidor

- La información precontractual en el contrato de consumo
- La oferta al consumidor
- Las cláusulas generales de contratación y las cláusulas abusivas

No queda exenta la posibilidad de regular algunos principios generales propios de la contratación civil, pero con mayor raigambre y proliferación en la contratación de consumo.

Es importante señalar la importancia de este ejercicio desde dos vertientes:

En primer lugar, porque la comprensión correcta del derecho del consumidor dentro del marco del derecho privado, resulta de un interés social práctico y actual, que nos permite encontrar en sus normas tuitivas su utilidad para la vida cotidiana.

En segundo lugar, porque es sumamente importante que nuestro Código Civil, contenga disposiciones sobre el Derecho de Consumidor, dada su generalidad, vigencia y su aplicación transversal a lo largo del Derecho, y más aún, en la vida misma.

Cabe señalar que el contrato de consumo no es un tipo contractual, es decir, no es una figura típica como la compraventa, arrendamiento, permuta y otros contratos establecidos en la sección segunda sobre contratos innominados, sino que son una fragmentación del tipo general de los contratos, que influye sobre los tipos especiales (ejemplo: compraventa de consumo) y de allí la necesidad de incorporar su regulación en la parte general. (Lorenzetti, Highton y Kemelmajer, 2014, pág. 518).

6.3.1. Contrato de consumo

En la presente investigación explicamos oportunamente la evolución histórica del contrato hasta la actualidad, esto resulta un ejercicio interesante cuando nos percatamos que muchas disposiciones de la Teoría General del Contrato no son aplicables a la contratación de consumo que día a día celebramos.

Así, el contrato de consumo es el paradigma de la institución jurídica en la actualidad, el centro de referencia de las operaciones económicas y la principal herramienta de acceso a bienes y servicios en una sociedad de consumo, lo que impone como desafíos a los juristas y teóricos del derecho, la integración, conceptualización y construcción de sus bases sistémicas y dogmáticas, a la luz de la contratación moderna.

Somos conscientes que el contrato de consumo es más que un acto comercial, lo cual lo aleja sustancialmente de cualquier teoría que pretenda conectar su naturaleza con las cuestiones relativas al derecho mercantil; por otro lado, tiene diferencias importantes con aquel contrato que asume su naturaleza en el acuerdo entre las partes, es decir, con el contrato tal y como se encuentra establecido en nuestro Código Civil.

Hoy en día es imposible seguir formulando el concepto genérico de contrato sobre la base del libre acuerdo de voluntades, surge la necesidad de proponer una imagen nueva, esta imagen reflejada en el contrato de consumo, que responde a lo que realmente es un contrato en la actualidad. Entonces, se plantea el contrato como una figura abierta, resultado de la interacción de los intereses de los contratantes, pero también de intereses externos colectivos que contribuyen a matizar el contenido de la voluntad puesto en él por las partes. (Martín, 1995, pág. 50-51).

De Castro y Bravo (1977:333) mencionaba la importancia que tenía un contrato que sirviera a las partes, no solo como un simple acuerdo de voluntades:

La declaración o acuerdo de voluntades, con los que los particulares se proponen conseguir un regulado, que el Derecho estima digno de especial tutela, sea en base sólo a dicha declaración de voluntad, sea completado con otros hechos o actos (...) el negocio despliega sus efectos creando una situación que el Derecho valora como originada y reglada por la voluntad que como particulares declaran una o más personas y especialmente conforme al resultado que ella se busca y se va a conseguir.

El contrato de consumo, por lo tanto, es un elemento vertebral del derecho del consumidor, y es el simbolismo más latente del derecho contractual, cuestiones que no son meras declaraciones, sino que involucran un reflejo en la realidad tan visible como fundamental en la satisfacción de intereses y expectativas de los contratantes.

En este orden, el contrato de consumo, lejos de ser una especie de contrato típico, conforma una tipología o categoría general, que comprende una diversidad de figuras, con o sin tipicidad (especial) legal. Es que al abordar lo que denominamos "parte general" del contrato de consumo, elaboramos una verdadera teoría general de la materia, bajo la impronta de directrices comunes y propias, a la luz del principio de protección y buena fe, y con suficiente amplitud para ser aplicada, a partir de tales presupuestos, sea cual fuere el tipo contractual (de consumo) bajo análisis. (Zentner, 2015, pág. 393).

Por supuesto que esta nueva cosmovisión sobre la vigencia e importancia del contrato de consumo, en muchos casos será renuente a diversos autores formados netamente en una materia tan fructífera e histórica como el derecho civil, sin embargo, un primer paso es reconocer el paradigma del contrato de consumo como institución central del derecho patrimonial, lo cual no es ajeno a cualquier visión integradora del derecho, después de todo en materia contractual hace ya mucho tiempo se había realizado un muy buen avance con la regulación de los contratos por adhesión y las cláusulas generales de contratación; hoy en día, se refleja de mejor manera en la atribución de derechos protectorios al consumidor es un desafío creciente.

En efecto, la función tutelar del derecho del consumidor trae consigo la imposición de dispositivos que permitan reestablecer o aminorar la asimetría informativa intrínseca en la relación del consumidor y proveedor, algún tipo de control en el contenido contractual, más aun, cuando en la mayoría de casos nos encontramos ante cláusulas pre redactadas por una sola parte, y, la fijación de algunos deberes contractuales a lo largo de las fases del contrato.

Es menester de este título, buscar una definición correcta al contrato de consumo, entender su significado en el nuevo mundo, comprender su función y

su esquema dentro de una teoría general de contrato, que no pretenda imponer sus condiciones con lo que se ha visto, estudiado y construido en el derecho civil, sino que armonice los conceptos y encuentre una verdadera justificación dogmática, así el contrato de consumo se fundamenta sobre un consentimiento que ya no es el pilar del mismo, pero que tampoco es un elemento alejado, sino por el contrario, reconoce la fuerza vinculante entre el consumidor y proveedor, dentro de la protección de los intereses de la parte vulnerable y la cooperación para su desarrollo social y económico.

6.3.1.1. Definición

El artículo 45 del Código de Protección y Defensa del Consumidor define al contrato de consumo como: *“El contrato de consumo tiene como objeto una relación jurídica patrimonial en la cual intervienen un consumidor y un proveedor para la adquisición de productos o servicios a cambio de una contraprestación económica”*.

Es pertinente observar algunas definiciones sobre contrato de consumo, para poder analizar la establecida en nuestro Código.

El artículo 1093 del Código Civil y Comercial de Argentina señala lo siguiente:

Contrato de consumo es el celebrado entre un consumidor o usuario final con una persona humana o jurídica que actúe profesional u ocasionalmente o con una empresa productora de bienes o prestadora de servicios, pública o privada, que tenga por objeto la adquisición, uso o goce de los bienes o servicios por parte de los consumidores o usuarios, para su uso privado, familiar o social.

El artículo 1469-bis del Código Civil Italiano menciona:

En el contrato concluido entre el consumidor y el profesional, que tiene por objeto el suministro de bienes o la prestación de servicios, se consideran vejatorias las cláusulas que, a pesar de la buena fe,

determinan a cargo del consumidor un significativo desequilibrio de los derechos y las obligaciones derivados del contrato.³⁸

El artículo 54 del Código de Protección al Consumidor de Brasil, en referencia a los contratos de adhesión dentro del contexto de la contratación de consumo señala:

El contrato de adhesión es aquel cuyas cláusulas han sido aprobadas por la autoridad competente o establecidas unilateralmente por el proveedor de productos o servicios, sin que el consumidor pueda discutir o modificar sustancialmente su contenido.³⁹

En el mismo sentido el artículo 5 inciso 4) de la Ley 1480 de 2011- Estatuto del Consumidor de Colombia señala: *“Contrato de adhesión: Aquel en el que las cláusulas son dispuestas por el productor o proveedor, de manera que el consumidor no puede modificarlas, ni puede hacer otra cosa que aceptarlas o rechazarlas”*. De la misma manera el artículo 1 inciso 6) de la Ley 19.496 – Ley de Consumidor define: *“Contrato de adhesión: aquel cuyas cláusulas han sido propuestas unilateralmente por el proveedor sin que el consumidor, para celebrarlo, pueda alterar su contenido”*. Por su parte, con una redacción similar el artículo 2 inciso 4) de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor señala que: *“el contrato por adhesión es aquel cuyas cláusulas han sido establecidas unilateralmente por el proveedor a través de contratos impresos o en formularios sin que el consumidor, para celebrarlo, haya discutido su contenido”*.

Asimismo, es oportuno señalar que el artículo 85 de la Ley Federal de Protección al Consumidor de México, señala lo siguiente:

³⁸ El texto original establece: *“Nel contratto concluso tra il consumatore e il professionista, che ha per oggetto la cessione di beni o la prestazione di servizi, si considerano vessatorie le clausole che, malgrado la buona fede, determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto.”*

³⁹ El texto original establece: *“Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo”*.

Para los efectos de esta ley, se entiende por contrato de adhesión el documento elaborado unilateralmente por el proveedor, para establecer en formatos uniformes los términos y condiciones aplicables a la adquisición de un producto o la prestación de un servicio, aun cuando dicho documento no contenga todas las cláusulas ordinarias de un contrato.

Todo contrato de adhesión celebrado en territorio nacional, para su validez, deberá estar escrito en idioma español y sus caracteres tendrán que ser legibles a simple vista y en un tamaño y tipo de letra uniforme. Además, no podrá implicar prestaciones desproporcionadas a cargo de los consumidores, obligaciones inequitativas o abusivas, o cualquier otra cláusula o texto que viole las disposiciones de esta ley.

El artículo 59 bis de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias de España, señala una serie de definiciones de las cuales es oportuno destacar:

a) "contrato de venta": todo contrato en virtud del cual el empresario transmita o se comprometa a transmitir a un consumidor la propiedad de ciertos bienes y el consumidor pague o se comprometa a pagar su precio, incluido cualquier contrato cuyo objeto esté constituido a la vez por bienes y servicios.

b) "contrato de servicios": todo contrato, con excepción de un contrato de venta, en virtud del cual el empresario preste o se comprometa a prestar un servicio al consumidor y usuario y éste pague o se comprometa a pagar su precio.

A lo largo de las distintas definiciones podemos observar que en muchas legislaciones específicas no definen con exactitud qué es el contrato de consumo, y prefieren referenciar al contrato de consumo con una categoría más amplia como el contrato por adhesión, o en algunos supuestos como la ley española, se prefiere definir específicamente la clase de contratos de consumo, sin darnos una referencia general.

Por su parte, debemos señalar que el contrato por adhesión se encuentra en el artículo 1390 de nuestro Código Civil: *“El contrato es por adhesión cuando una de las partes, colocada en la alternativa de aceptar o rechazar íntegramente las estipulaciones fijadas por la otra parte, declara su voluntad de aceptar”*; podemos decir que esta definición está correctamente definida.

Volviendo al tema del contrato de consumo, es oportuno analizar la definición propuesta en el artículo 45 del Código de Protección y defensa del Consumidor: *“El contrato de consumo tiene como objeto una relación jurídica patrimonial en la cual intervienen un consumidor y un proveedor para la adquisición de productos o servicios a cambio de una contraprestación económica”*.

De inmediato una definición como la propuesta no podría integrarse al Código Civil, por su diferente e incorrecta estructura. Cualquier definición sobre “contrato” involucra los siguientes elementos: los sujetos, los bienes y la obligación.

En primer lugar, el objeto del contrato está constituido por los bienes o servicios susceptibles de valoración económica para las partes, lo que a su vez representa un interés para ellas.

De ahí que la relación jurídico patrimonial no puede ser el objeto del contrato de consumo. La relación jurídico patrimonial entendiéndose como una relación obligatoria no es propiamente el objeto de un contrato, consideramos que aquí se confunde el objeto del contrato como el objeto de la relación obligatoria, lo cual va de los bienes susceptibles de valoración a la acción de prestación de las partes, distinción que en efecto determina la naturaleza errónea de la definición.

En segundo lugar, tampoco se puede decir que la adquisición de productos o de servicios tipifica al contrato de consumo. Se habla de una adquisición de derecho cuando una cierta riqueza se coliga a una persona. En verdad, de adquisición del derecho se habla más propiamente a propósito de los derechos reales porque ellos comportan la conexión estable de una riqueza con cierto sujeto. La adquisición de la riqueza no se produce con el nacimiento de la

obligación, sino con el cumplimiento y, eso es, con la ejecución de la prestación. (Morales, 2010, pág. 34).

Repasemos algunas definiciones del Código Civil de contratos típicos antes de construir finalmente nuestra definición:

Definición	Sujetos	Objeto
Artículo 1529.- Por la compraventa el vendedor se obliga a transferir la propiedad de un bien al comprador y éste a pagar su precio en dinero	Vendedor y comprador	Bien y precio
Artículo 1602.- Por la permuta los permutantes se obligan a transferirse recíprocamente la propiedad de bienes.	Permutantes	Bienes
Artículo 1604.- Por el suministro, el suministrante se obliga a ejecutar en favor de otra persona prestaciones periódicas o continuadas de bienes.	Suministrante y suministrado	Bienes materiales o servicios, y precio
Artículo 1621.- Por la donación el donante se obliga a transferir	Donante y donatario	Bienes

gratuitamente al donatario la propiedad de un bien.		
Artículo 1648.- Por el mutuo, el mutuante se obliga a entregar al mutuuario una determinada cantidad de dinero o de bienes consumibles, a cambio de que se le devuelvan otros de la misma especie, calidad o cantidad.	Mutuante y mutuuario	Dinero y bienes consumibles
Artículo 1666.- Por el arrendamiento el arrendador se obliga a ceder temporalmente al arrendatario el uso de un bien por cierta renta convenida.	Arrendatario y arrendador	Bien y renta
Artículo 1713.- Por el hospedaje, el hospedante se obliga a prestar al huésped albergue y, adicionalmente, alimentación y otros servicios que contemplan la ley y los usos, a cambio de una	Hospedante y huésped	Albergue y retribución

retribución.		
Artículo 1728.- Por el comodato, el comodante se obliga a entregar gratuitamente al comodatario un bien no consumible, para que lo use por cierto tiempo o para cierto fin y luego lo devuelva.	Comodante y comodatario	Bien no consumible
Artículo 1764.- Por la locación de servicios el locador se obliga, sin estar subordinado al comitente, a prestarle sus servicios por cierto tiempo o para un trabajo determinado, a cambio de una retribución.	Locador y locatario	Servicio programático y retribución
Artículo 1790.- Por el mandato el mandatario se obliga a realizar uno o más actos jurídicos, por cuenta y en interés del mandante.	Mandante y mandatario	Actos jurídicos
Artículo 1814.- Por el depósito voluntario el depositario se obliga a recibir un bien para	Depositante y depositario	Bienes

custodiarlo y devolverlo cuando lo solicite el depositante.		
Artículo 1857.- Por el secuestro, dos o más depositantes confían al depositario la custodia y conservación de un bien respecto del cual ha surgido controversia.	Depositante y depositario	Bienes
Artículo 1868.- Por la fianza, el fiador se obliga frente al acreedor a cumplir determinada prestación, en garantía de una obligación ajena, si ésta no es cumplida por el deudor.	Fiador y acreedor	Cualquiera de las clases de obligaciones existentes
Artículo 1923.- Por la renta vitalicia se conviene la entrega de una suma de dinero u otro bien fungible, para que sean pagados en los períodos estipulados.	Constituyente y beneficiario	Suma de dinero
Artículo 1942.- Por el juego y la apuesta permitidos, el perdedor queda obligado a	Jugadores	Prestaciones a realizar por parte de los jugadores

satisfacer la prestación convenida, como resultado de un acontecimiento futuro o de uno realizado, pero desconocido para las partes.		
--	--	--

Por todo lo expuesto, y confrontando de manera correcta todas las definiciones del Código Civil sobre contratos típicos, una definición que pudiera integrarse al Código, trayendo consigo unidad sistémica devendría en ensayar al contrato de consumo como: *aquel por el cual el consumidor adquiere un bien o contrata un servicio a cambio de una retribución al proveedor*. Como instrumento jurídico es un contrato, las partes son el proveedor y consumidor, y el objeto serían los bienes y servicios, y en efecto la retribución.

Así, el resultado final se podría trazar en el siguiente esquema:

Definición	Sujetos	Objeto
El contrato de consumo es aquel por el cual el consumidor adquiere un bien o contrata un servicio a cambio de una retribución al proveedor	Consumidor y proveedor	Bienes o servicios, y la retribución

6.3.1.2. Sujetos

6.3.1.2.1. Consumidor

El consumidor es el centro de referencia del sistema de protección al consumidor, es una figura de la economía adaptada por necesidad ordinaria al campo del derecho. Es el paradigma de persona humana en el mercado globalizado y aquel por el cual recaen las más profundas preocupaciones y debates del siglo XXI, dentro del derecho privado.

Durand (2008:49) señala que:

El derecho del consumidor debe ser entendido como un derecho subjetivo y personal(...) La materialización de la protección a los consumidores es consecuencia del reconocimiento de la existencia de la gran mayoría de personas que al realizar las operaciones normales de la vida diaria, no están en condiciones de conseguir por sí solas calidades y precios adecuados, se ven imposibilitados de ejercer sus derechos por no contar con los recursos necesarios para enfrentarse a los productores y proveedores.

Por su parte, Farina (1995:1) menciona:

Todos los seres humanos somos consumidores y usuarios de bienes y de servicios. La actividad económica tiende a la satisfacción de esas necesidades, y toda la actividad mercantil está dirigida (con ánimo de lucro) a llenar necesidades, comodidades y hasta vanidades humanas. Los consumidores pueden existir sin que haya actividad comercial, como ha ocurrido en las civilizaciones primitivas; pero no puede existir comercio sin consumidores.

Velilla (1998:139) nos relata una definición más amplia pero no exenta de críticas:

La Corte decidió, contraria la opinión de quienes creían que solo era consumidor o no profesional quien obraba para la satisfacción de las necesidades privadas y familiares, y decidió consagrar como consumidor o más que todo como no profesional, toda persona que, al momento de celebrar un contrato, se encuentre en situación de ignorancia, y por lo tanto de inferioridad con relación al profesional con el cual la trata.

A estas concepciones doctrinarias, tenemos que sumarle la definición que establece nuestro Código en el artículo IV inciso 1):

1.1 Las personas naturales o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales productos o servicios materiales e inmateriales, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, actuando así en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. No se considera consumidor para efectos de este Código a quien adquiere, utiliza o disfruta de un producto o servicio normalmente destinado para los fines de su actividad como proveedor.

1.2 Los microempresarios que evidencien una situación de asimetría informativa con el proveedor respecto de aquellos productos o servicios que no formen parte del giro propio del negocio.

1.3 En caso de duda sobre el destino final de determinado producto o servicio, se califica como consumidor a quien lo adquiere, usa o disfruta.

Como vemos la definición es bastante extensa al punto de subdividirse en tres puntos. Queda claro que el consumidor podrá ser la persona natural o jurídica, pero esta última como limitaciones según sea el caso y no en todos los supuestos.

En diversas resoluciones administrativas la Sala Especializada en Protección al Consumidor ha señalado respecto de la noción de consumidor final:

Tal como puede apreciarse, la regla general para la determinación de la condición de consumidor de una persona natural o jurídica es que la adquisición del bien o servicio se produzca en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional; de tal manera, que sólo de forma excepcional, el Código otorga protección a los microempresarios que evidencian asimetría informativa respecto de aquellos bienes o servicios que no forman parte del giro de su negocio. (RES. 2495-2017/SPC-INDECOPI de fecha 21 de agosto de 2017; RES. 160-2016/SPC-INDECOPI de fecha 19 de enero de 2016; RES. 1032015/SPCINDECOP de fecha 19 de enero de 2015)

Volviendo a nuestro, tenemos que nutrirnos una vez más de la legislación comparada, esta vez no pretendemos realizar el ejercicio de comparación de definiciones, sino que, identificaremos aquellas características de todas las definiciones propuestas a continuación y las analizaremos a la luz de nuestra definición normativa, de esta manera consumidor es:

- Persona natural o jurídica
- Adquiere, utiliza o disfruta de bienes o servicios
- Es destinatario final
- Ámbito de desarrollo: social o familiar y en beneficio propio
- Adquiere de forma gratuita (Argentina).
- Se equipara a consumidor la colectividad de personas, aunque indeterminables, que haya intervenido en las relaciones de consumo. (Brasil).
- Se entenderá incluido en el concepto de consumidor el de usuario. (Colombia).
- Cuando se le oferte un bien o servicio (Ecuador).
- Actúa sin ánimo de lucro y sin relación a su u actividad comercial, empresarial, oficio o profesión. (España).
- Cuando se adquiriera, almacene, utilice o consuma bienes o servicios con objeto de integrarlos en procesos de producción, transformación,

comercialización o prestación de servicios a terceros, hasta determinado monto. (México).

Diversas legislaciones amplían o restringen la noción de consumidor final, algunas son más amplias en el sentido que muchas más personas pueden ser “consumidores” y otras delimitan con mayor precisión los supuestos, sin embargo, muchas de ellas comparten características similares y prerrogativas obligatorias.

Creemos que esta definición normativa conjuga los principales caracteres sobre la noción de consumidor, y no es extraña a la legislación comparada, por ende, es adaptable como tal a la legislación civil. Aun así, esta definición e individualización de la figura del consumidor, tiene que ir acompañada de los principios y nociones básicas de la disciplina, de tal manera que el propio consumidor sea merecedor de peculiares atenciones.

6.3.1.2.1. Proveedor

La contraparte del consumidor es el proveedor. Nuestra legislación lo define en el artículo IV inciso 2) del Código como: *“Las personas naturales o jurídicas, de derecho público o privado, que de manera habitual fabrican, elaboran, manipulan, acondicionan, mezclan, envasan, almacenan, preparan, expenden, suministran productos o prestan servicios de cualquier naturaleza a los consumidores”*.

En primer lugar, la prestación que ejecuta el proveedor, en virtud del contrato, pueden consistir en la ejecución de una prestación de hacer, seguida de una de dar un bien (producción; fabricación o construcción); en una simple intermediación (vendedor final, sea, o no, distribuidor); o en una de hacer, consistente en la prestación de algún servicio. Cualquiera sea el contrato que tenga por objeto alguna de estas prestaciones, ella debe ser ejecutada por un proveedor, en el sentido propio de la norma. (Vidal, 2000, pág. 234).

Por otro lado, es importante señalar lo que menciona Zentner (2015: 402-403):

Las categorías mencionadas por el dispositivo legal abarcan todas las fases o eslabones de la actividad mercantil, con un carácter bien amplio que alcanza a productores, intermediarios y vendedores. Por ello, se incluyen tanto a las personas físicas (empresario o comerciante individual) como jurídicas, sin discriminar en la índole privada o pública del oferente.

La enumeración de las actividades económicas que integran el campo de actuación de los "proveedores" tiene una connotación netamente enunciativa, por lo que cabe incluir en la nómina a cualquier sujeto profesional que actúa en el circuito productivo y comercial, sin importar si se relaciona o no con el consumidor final.

Se considera proveedor todo aquel que se encuentre inmerso en la cadena productiva y que suministre productos o presten servicios a los consumidores. Lo que resalta de la definición es el carácter de habitualidad que exige la norma, así el mismo artículo IV inciso 8) entiende la exigencia como:

Se considera habitual aquella actividad que se realiza de manera común y reiterada de tal forma que pueda presumirse que se desarrolla para continuar en el mercado. Este concepto no está ligado a un número predeterminado de transacciones que deban realizarse. Las actividades de venta de productos o contratación de servicios que se realicen en locales abiertos son consideradas habituales por ese simple hecho.

La Sala Especializada en Protección al Consumidor también ha emitido su opinión al respecto:

(...) el propio Código señala que el concepto de habitualidad no está ligado a un número predeterminado de transacciones que deben realizarse para configurar el supuesto de la norma, sino que se encuentra referido al supuesto en que pueda presumirse que alguien desarrolla una actividad para continuar en ella. (RES. 1921-2017/SPC-INDECOPI de fecha 08 de junio de 2017; RES. 0154-2017//SPC-INDECOPI de fecha 11 de enero de 2017).

Algunos autores sostienen que el Estado, entiéndase las provincias o los municipios pueden estar incluidos en la categoría de proveedor, nosotros consideramos que el Estado, en nuestro sistema actual, no podría ser considerado proveedor de bienes o servicios en ningún supuesto, al contrario, si existiesen empresas públicas, la categoría podría ser entendida como tal, pero no es el caso, y tampoco es el caso de los monopolios naturales que cuentan con administración estatal, porque su rol frente al consumidor es como el de resto de particulares.

6.3.1.3. Objeto

Como lo habíamos señalado con anterioridad, el objeto del contrato de consumo son los bienes o servicios, y la retribución misma.

Desde una perspectiva protectoria, Herrera (2012:74) señala:

El contrato recae sobre bienes o servicios estandarizados que deben satisfacer unas determinadas condiciones materiales o un estándar mínimo de calidad, que permitan colmar la expectativa comercial del consumidor, so pena de que entre a operar una garantía a cargo del vendedor o arrendatario de servicios.

El contrato de consumo puede recaer sobre los más variados bienes que se producen y comercializan en el mercado. Así, el negocio puede versar sobre cosas muebles o inmuebles, y respecto de las primeras, consumibles o no consumibles (durables), tengan o no carácter perecedero, que resulten de un proceso de elaboración o no, sean nuevas, usadas o reconstituidas, en perfecto estado o deficientes. También se pueden contratar sobre servicios, los cuales comprenden todo acto en el que el objeto principal no sea la provisión de bienes, sino cualquier actividad que deba ser desplegada por el proveedor para satisfacer el interés del usuario, sea cual fuere la naturaleza del servicio contratado. (Zentner, 2015, pág. 405-406).

6.3.1.4. Forma

En principio, los contratos de consumo son consensuales por regla general, sin embargo, consideramos que el contrato de consumo es un contrato meramente formal.

Así se desprende del artículo 47 inciso a) que señala:

En los contratos cuyas condiciones consten por escrito o en algún otro tipo de soporte, debe constar en forma inequívoca la voluntad de contratar del consumidor. Es responsabilidad de los proveedores establecer en los contratos las restricciones o condiciones especiales del producto o servicio puesto a disposición del consumidor.

De la lectura de este artículo se colige la posibilidad no solo que el contrato pueda ser realizado y celebrado a través de un documento formal, sino cualquier otro soporte, y en casos más aislado, por un simple acuerdo; sin embargo, sería impensable cumplir con todas las exigencias que establece el Código sin que queden establecidas en un contrato.

Esta formalidad no busca ralentizar las relaciones contractuales, sino por el contrario, su fin es proteger al consumidor ofreciéndole la posibilidad de conocer de manera fehaciente e indubitablemente la información sobre lo que contrató. Ahí radica el formalismo, que no debe ser entendido como un formalismo romano, sino como un “neoformalismo” en pro de intereses y derechos más amplios y de mayor impacto social.

6.3.1.5. Otras características

En este punto repasaremos algunas de las características del contrato de consumo, según las diversas clasificaciones que la doctrina ha estudiado y propuesto a lo largo de la historia, así el contrato de consumo es:

- Consensual: El contrato de consumo se perfecciona por el mero consentimiento de las partes dentro de un marco de contratación masiva.
- Bilateral: Ambas partes, tanto consumidor como proveedor tienen obligaciones recíprocas entre ellos, por un lado, el consumidor deberá pagar un precio determinado para adquirir los productos o contratar un determinado servicio, por otro lado, el proveedor se compromete a dar bienes o realizar determinados servicios a favor del consumidor.
- Obligacional: Propio de la creación, regulación, modificación y extinción de las obligaciones nacidas del contrato de consumo.
- Por adhesión: Si bien el contrato de consumo no exime algunos casos donde pueda haber un mínimo de negociación, consideramos que sería irresponsable tomar esto como una regla en la contratación de consumo; por el contrario, casi todos los contratos de consumidor que celebremos o que observemos en la práctica se celebran por adhesión a unas cláusulas generales de contratación previamente redactadas por el proveedor.
- Formal: Lo señalamos anteriormente, al igual que existe un escaso número de contratos donde se pueden negociar ciertas condiciones, la regla general que se cumple en casi la totalidad de casos vistos en la práctica es que el contrato de consumo sea un contrato formal, su contenido se expresa en un documento que se le entrega al consumidor y que sirve como prueba irrefutable de su consentimiento.
- Oneroso: El contrato de consumo siempre es oneroso, esto se colige de la naturaleza mercantil y rentista del proveedor dentro del ejercicio de sus actividades empresariales, no cabe la idea que el contrato sea gratuito, si lo fuere, la naturaleza del contrato no sería la condición del mismo, sino que deberíamos calificarlo como la relación de consumo, categoría más amplia que incluso tiene un parangón precontractual.
- Conmutativo: Tanto el consumidor como el proveedor, en condiciones normales, conocen y valoran lo que han cumplido y lo que han recibido, las desventajas y las ventajas del mismo entorno a los bienes y servicios y a la retribución.

- Nominado: Quiere decir que cuenta con una terminología acorde con su naturaleza.
- Típico: El contenido del contrato de consumo se regulado y es plausible de sistematización normativa.
- Principal: El contrato de consumo existe por sí solo, la adquisición de bienes o servicios, que responde a la demanda de satisfacción de necesidades, no permite en ningún supuesto ser dependiente de otro contrato.

6.3.2 Relación de consumo

La relación de consumo es una categoría distinta al contrato de consumo como tal, en este sentido, su naturaleza, definición y función es diferente. El CPDC establece en su artículo IV inciso 5 la definición de relación de consumo: “Es la relación por la cual un consumidor adquiere un producto o contrata un servicio con un proveedor a cambio de una contraprestación económica. Esto sin perjuicio de los supuestos contemplados en el artículo III.”

Villalba (2009: 82) nos dice al respecto de la relación e consumo:

En igual forma el derecho del consumo hace su aparición cuando en cualquier relación jurídica obligacional de naturaleza contractual se encuentre en uno de los extremos un consumidor. Esta relación jurídica ha sido denominada por la doctrina la relación de consumo, constituida por un consumidor y un productor (o profesional).

El derecho de los consumidores vas más allá de la adquisición de bienes y servicios ofrecidos por las empresas, pues incluye el interés de obtener respuesta a otras necesidades cuya satisfacción no ofrece el mercado y que, sin embargo, también son indispensables para asegurar la calidad de vida. Piénsese en la necesidad de una eficiente prestación de servicios públicos, en la defensa del medio ambiente, en la educación e información necesaria no sólo para contratar en el mercado, sino para conseguir las mejores condiciones de vida. (Farina, 2005, pág. 322).

La relación jurídica, como vínculo jurídico, crea derechos y obligaciones para ambas partes, en este sentido se puede observar por una parte la adquisición de un producto o la contratación de un servicio y, por otra parte, la contraprestación económica. Ahora bien, cuáles son los supuestos a tener en cuenta: 1. Protección a las etapas preliminares a la relación de consumo; 2. Efectos en territorio nacional; y, 3. Operaciones a título gratuito.

El primer supuesto es muy interesante, porque nos permite hablar de cuestiones precontractuales, lo que eventualmente puede generar una responsabilidad ante cualquier daño que sufra el consumidor, aun sin haber contratado con el proveedor.

Esto nos permite pensar que si un sujeto provee un producto o presta un servicio gratuitamente a otro que lo adquiere o utiliza como destinatario final, no existirá sin embargo una "relación de consumo" ni habrá por ende "proveedor" ni "consumidor", salvo que esta actividad haya sido para inducir al consumidor a contratar, llámese promoción, regalos, entre otros supuestos. Así, excepcionalmente se configura en ese caso una relación legalmente equiparada a la de consumo, cuando se realice "en función de una eventual relación de consumo"; el carácter "eventual" de la "relación de consumo" la remite necesariamente al futuro; parece desprenderse que la "relación de consumo" fuera siempre un vínculo bipolar que uniría al consumidor con quien directamente le suministra el producto o servicio objeto de la relación. (Cajarville, 2003, pág. 157).

En este mismo sentido se ha pronunciado la Sala Especializada en Protección al Consumidor:

Precisamente, el artículo III del Título Preliminar del Código dispone que se protegerá al consumidor que se encuentre directa o indirectamente expuesto o comprendido dentro de una relación de consumo o en una etapa preliminar a esta. Asimismo, dicho artículo señala que amparará al consumidor que intervenga en una operación a título gratuito, siempre que detrás de ella exista un

propósito comercial dirigido a crear una relación de consumo.
(RES. 0040-2017/SPC-INDECOPI de fecha 03 de enero de 2017).

Retomando con la definición de nuestro CPDC, una relación de consumo no es en definitiva un contrato, porque existe una protección sustantiva a etapas preliminares a la celebración del contrato, que ni siquiera pudieran considerarse meras intenciones, sino que la genuina protección al consumidor se fundamenta en tanto existe constantemente una relación frente al mercado, donde se generan expectativas comerciales entre quien provee bienes y servicios y quien los adquiere, es por ello que, cuando se establece en el artículo que “contrata un servicio”, el término es erróneo, porque una relación de consumo, es un término más amplio que la contratación misma.

Así, la relación de consumo, no solo está referida al contrato, sino a todas las circunstancias que rodean, refieren o constituyen un antecedente o son una consecuencia de la actividad encaminada a satisfacer la demanda de bienes y servicios para los consumidores (Farina, 1995, p. 38).

6.3.3. Formación del consentimiento

Aquí abordaremos la formación del consentimiento, que eventualmente perfecciona cualquier tipo de contrato, tanto desde la óptica civil como de consumo.

Debemos señalar que poco profundizaremos en los conceptos antes conocidos (sobre todo desde la perspectiva de la contratación civil), solo delimitaremos sus conceptos y prerrogativas generales, enfocando nuestro estudio a la formación del consentimiento en la contratación de consumo, buscando similitudes, diferencias y de alguna manera, la posibilidad de su convivencia pacífica en un mismo Código.

6.3.3.1. La autonomía privada. Un nuevo enfoque.

Quizá el término de “autonomía privada” circunscribe de mejor manera la posibilidad de regulación privada bajo un ordenamiento jurídico preestablecido. El término “autonomía de la voluntad”, recogido de la doctrina liberalista propia del modernismo filosófico y jurídico, ha de ser menos apropiado por razones bastantes conocidas.

Destacaremos brevemente, el paso de la justificación de la autonomía desde la voluntad hacia su delimitación privada.

El principio de autonomía de la voluntad, representó una evidencia palpable del progreso jurídico en el mundo. Desde aquella antigua Roma, rompiendo con la “forma real y ritual” de los contratos; hasta el nacimiento del liberalismo económico-político, donde se postulaba, entendía y practicaba el principio como fuente creadora de obligaciones, surtiendo efectos jurídicos y económicos entre las partes.

Roppo (2009:59) describe el dogma, de tal manera que es: *“la fuerza creadora de los efectos jurídicos; y en el contrato la voluntad de los individuos contratantes es todo. Dogma de la voluntad es la fórmula que expresa este papel totalizador de la voluntad del contrato.”* Por su parte, Vidal (1989:49) menciona que:

(...) viene de un poder jurídico que el derecho objetivo reconoce a los sujetos de derecho para la regulación de sus propios intereses, aunque habría que aclarar que los intereses deben ser entendidos en un significado muy lato, como todo aquello susceptible de recibir tutela del derecho, sin un significado necesariamente patrimonial.

Al respecto, ha señalado León (1991: 27): *“el elemento fundamental que caracteriza al acto jurídico es la voluntad; y es éste entonces el primer requisito de existencia del acto jurídico.”* Es por ello que la voluntad en sí, a pesar de no estar explícitamente regulada en nuestro Código, y no recibir un concepto normativo, se guarda implícitamente a través de las normas del acto jurídico,

de ahí que el artículo 140 señale: *“El acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas.”*

Y como acto jurídico, su concepción no está limitada a la naturaleza patrimonial del contrato, sino por el contrario, a toda clase de actos que puedan ser regulados por el ordenamiento, llámese patrimoniales y extramatrimoniales.

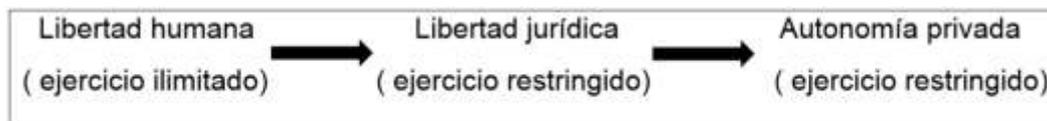
Con una perspectiva más estructurada, Torres (2016:66) menciona que: *“consiste en ser la potestad normativa que tienen los seres humanos, como derecho natural, para celebrar actos jurídicos como normas privadas cuya obligatoriedad proviene de la voluntad humana”*. Este punto también es interesante, lo que se explica desde la teoría normativa del acto jurídico, que repercute a la contratación.

Se debe señalar que la voluntad *per se*; no es creadora de contratos, lo que sucede es que los efectos que está manifestación de la voluntad propone, se encuentran regulados a lo largo de la normativa, ya están previstos, así el acto jurídico y la manifestación de la voluntad en sí, es un supuesto de hecho que la misma normativa previamente ha señalado. Es por ello que Scognamiglio (1996: 19) señala que la noción de autonomía privada:

(...) alude al poder de los particulares para darse de por sí reglas en el campo de las relaciones económico-sociales (distinguiéndose así esta autonomía interna y moral del sujeto). La noción de negocio jurídico sirve para expresar a cabalidad el reconocimiento que el ordenamiento le otorga a la autonomía de los individuos, fuera de los antiguos límites formales y, en este sentido, como categoría lógica descriptiva de la materia en su integridad.

Es por ello que se abre la posibilidad a la persona de regular los esquemas contractuales que el propio ordenamiento puede prever, atendiendo a las exigencias sociales imperantes en la sociedad, y en cada ser humano. En este sentido se explica también, que es la misma norma, la que le otorga esa potestad al ser humano, y no se contradice con la libertad individual, por el contrario, se condice con la libertad jurídica, que, a su vez, tiene sendos límites normativos.

⁴⁰La figura podría representarse de la siguiente manera:



Como vemos la propia autonomía privada, a pesar de provenir de una libertad humana individual e ilimitada, no tiene asidero para el derecho en tanto pureza, sino por el contrario, en tanto limitaciones en su ejercicio, y sobre estas limitaciones propias de la libertad jurídica, descansa la autonomía privada y la voluntad, que para el derecho importa, más aún, si hablamos de la creación de actos jurídicos.

Bajo esta premisa podemos comprender la extensión del reconocimiento jurídico que se hace a la autonomía privada, así en el ejercicio de la autonomía privada tenemos el poder de generar o crear actos jurídicos, entre ellos el contrato, que guarda importante relación en la teoría del propio acto, no solo porque ha sido más difundida y representativa a lo largo de la historia, sino porque su aplicación resulta más frecuente en la práctica.

Entendemos así, que la autonomía privada puede crear contratos, pero también las cláusulas, condiciones, términos, estipulaciones, que en sí mismas, contienen obligaciones que las partes deben cumplir, y que a su vez contienen prestaciones de ejercicio práctico efectivo.

Es por ello que la teoría normativa del acto jurídico (dejando de lado la voluntarista), se vincula estrechamente con el contrato como operación económica. La estructura económica proviene del contrato como acto normativo y la norma contractual forma parte de la estructura misma de la operación, así el contrato y la operación económica constituyen una unidad jurídica y económica. La fuerza de ley que el ordenamiento da al contrato debe ser atribuida no solo a las reglas expresadas en el enunciado negocial, sino

⁴⁰ Elaboración propia.

también a la misma operación económica, en su configuración contractual. (Morales y León, 2004, pág. xiii, xiv).

Conviene ahora, reflexionar en torno al rol de la autonomía privada en la contratación actual.

Como lo habíamos mencionado, toda la teoría se puede sustentar en lo que Bianca (2007) relaciona entre el dogma de la voluntad y el contrato:

La noción de contrato como expresión de voluntad del individuo encontró correspondencia en el planteamiento liberal con que se desarrollaba el capitalismo industrial y comercial. El ordenamiento jurídico debía limitarse a garantizar al individuo las condiciones de ejercicio de sus libertades y, entre ellas, su libertad de iniciativa económica. (p. 47)

En este sentido, el contrato se presumía justo por ser hijo de la decisión de los interesados (que a su vez presumía una “*igualdad*”)⁴¹; no importaba que existiese desproporción entre las prestaciones: eso era lo querido por las partes. No importaba si, en los hechos, existían diferencias reales entre la distinción económica de los contratantes.

Además, no existía alguna disposición en particular que obligase a alguien a contratar en contra de su voluntad, existe una regla, así como “el contrato es ley entre las partes”, también en su sentido inverso, “quien no quiere contratar no contrata”, así tampoco existe alguna obligación proveniente de la no aceptación de una oferta, por más que está haya sido correctamente ofrecida.

Por otro lado, la concepción anti formalista, ha proliferado a lo largo de las normas contractuales, de tal manera que las partes son las que determinan la forma de los contratos, así se desprende del artículo 143: “*Cuando la ley no designe una forma específica para un acto jurídico, los interesados pueden usar la que juzguen conveniente.*”

⁴¹ Esta igualdad únicamente formal no condujo a la aspirada igualdad de posibilidades; en realidad aquel orden jurídico formalmente liberal, garantizando a toda la autonomía privada, condujo a vigorizar la desigualdad de hecho con la ayuda del derecho. Así se puede concluir, que la libre autodeterminación de las partes solo es posible en los hechos dentro de cada estrato social. (Kramer, 1974, p.20; Reh binder, 2014, p.128).

También es importante señalar que una vez acordada la celebración del contrato, ya no podía modificarse y debía cumplirse, lo interesante es que ni el juez ni el legislador podía intervenir en este aspecto, ni revisando ni alterando el contenido que las partes de manera libre había formulado, salvo algunas disposiciones establecidas en la norma.

Es conveniente señalar que todo esto puede resumirse de tal manera que, la libertad de contratar otorga a las personas el derecho de decidir cuándo, cómo y con quien contratar. Por su parte, la libertad contractual o libertad de configuración interna, es la facultad de determinar libremente los términos y condiciones de un contrato y en cuanto se fundamenta en la libertad de la persona, esta no es una facultad absoluta, sino limitada por el respeto de la libertad, intereses y expectativas de los demás. (Hernández y Guerra, 2012, pág.31).

Toda esta concepción ha imperado a lo largo de la historia, y ha puesto a la autonomía privada como un principio no solo del derecho contractual, sino del derecho civil. Al respecto, como bien lo hemos indicado con anterioridad, las innumerables mutaciones de carácter social, económico, científico, tecnológico, ideológico y hasta cultural, han ido debilitando paulatinamente a este principio, así hoy en día se habla de una decadencia y de una pérdida de rango como principio general, esto sobre todo porque ya no es ni debe ser entendido como antes.

Nosotros consideramos que esa decadencia, al igual que se habló de alguna crisis o muerte del contrato, solo son expresiones para designar que el principio y la institución han cambiado o deben de cambiar, evolucionar y adaptarse a nuestros tiempos, y al tipo de contratación predominante en nuestra sociedad.

Aquí reflexionaremos sobre algunos puntos importantes que justifican un cambio de paradigma e importancia sobre el principio de autonomía privada.

En primer lugar, históricamente se demostró que no existía alguna igualdad contractual más allá de la meramente teórica, así en la realidad se contrataba con una nefasta desigualdad de condiciones entre las partes que se evidenció con el nacimiento de la industria y la producción de bienes manufacturados,

dando inicio al nacimiento de la sociedad de masas, donde primaba lo impersonal, el anonimato, la velocidad en la transacción, la estandarización y la despersonalización. (Vega, 2001, p.30,31).

En segundo lugar, las limitaciones que en un principio se establecieron, en cuanto al orden público y las buenas costumbres, hoy en día se han extendido más allá, y hasta en muchas ocasiones resultan totalmente ineficientes; de hecho, es obvio que nadie va a contratar sobre personas humanas o partes del cuerpo humano, por poner un ejemplo; así el contrato ni siquiera existiría.

Lo que sucede es que existen otras variantes que las partes deben respetar, como normas de carácter imperativo, y con esto no solo nos referimos a disposiciones que emanen del Poder Legislativo, sino también a disposiciones que emanen del Poder Ejecutivo, y emitidas por la Autoridad Administrativa, llámese reglamentos, decretos, circulares, ordenanzas, normas sectoriales, entre otros supuestos, que pueden entenderse como sendas limitaciones de carácter imperativo.

En tercer lugar, ya no es tan irrestricto el hecho que exista una posibilidad de negarse por parte del contratante en el ejercicio de la autonomía privada; de hecho, cada vez hay más restricciones que se suman a la clásica valoración de la necesidad en la ilicitud de la imposibilidad de contratar, como, por ejemplo, el caso de las expropiaciones por causa de necesidad social, se ven obligados los privados a contratar con el Estado.

Sin embargo, dada la privatización y la naturaleza monopólica de los servicios públicos, aquí la empresa no puede negarse a contratar con su suministrado, usuario o cliente, por la misma naturaleza del servicio, hay una obligación de siempre contratar por parte de la empresa, no se le puede negar estos tipos de servicios, más aún, si son de carácter monopólico, y, por otro lado, el usuario también tiene que aceptar siempre, toda vez que existe un único oferente y prestador del servicio.

En cuarto lugar, el surgimiento de figuras como las cláusulas generales de contratación, los contratos por adhesión, los contratos de hecho o el contrato de consumo, en sí, cualquier clase de contratación masiva, han hecho evidente

la inexistencia de la negociación, despersonalización, anonimidad y practicismo, han puesto en tela de juicio la libertad de contratar y por supuesto, han ido negado la vigencia, permanencia e inmutabilidad del principio de libertad contractual.

El contrato, por tanto, deja de ser un resultado de la autonomía privada para ser el producto de la adecuación entre el resultado pretendido por las partes y el ordenamiento jurídico. Lo que lejos de una intervención gubernativa, las limitaciones y límites son entendidos como manifestación positiva de un mismo bien común, de modo que pasan a integrar en el contrato las normas imperativas en un plano compartido con el ámbito privado. (Hernández y Guerra, 2012, pág.33).

En quinto lugar, las exigencias de dinámica contractual y los usos de la tecnología, han dado paso a los contratos celebrados a través de medios electrónicos, donde las partes no se detienen a negociar con su contraparte, posiblemente ni siquiera les interesa conocerla ni configurar el contenido contractual, la velocidad de las redes y los mecanismos electrónicos, sugiere una velocidad en la contratación. Problemática en torno a la formación del contrato entre ausentes, condiciones de contratación y responsabilidad contractual, son cuestiones que al día de hoy siguen generando un debate a nivel normativo y doctrinario.

En sexto lugar, la intervención del Estado en la regulación del contrato. Esto parte del presupuesto que todo contrato nace en un contexto legal preexistente compuesto por normas de diversa naturaleza. Así, se sostiene que el artículo 1355 que señala: *“La ley, por consideraciones de interés social, público o ético puede imponer reglas o establecer limitaciones al contenido de los contratos”*, no puede estar derogado al no contravenir el artículo 62 de la Constitución Política que señala: *“La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase”*, toda vez que se estaría afirmando que los contratos son impenetrables incluso por las normas de orden público, cuestión

que no es cierta. (De la Puente y Lavalle, Cárdenas y Gutiérrez, 2000, pág. 149).

Dado estos alcances revisaremos brevemente la formación del consentimiento en la contratación clásica, tal y como está en el Código Civil, y posteriormente extenderemos nuestro análisis a la formación del consentimiento en la contratación de consumo.

6.3.3.2. Consentimiento en la contratación clásica

Dado que el contrato es el acuerdo de dos o más partes, lo que a su vez determina su bilateralidad o plurilateralidad; la coincidencia de ambas voluntades respecto al contenido del contrato y al hecho de contratar en sí, se le denomina consentimiento.

Consentir en un sentido técnico puede considerarse como el común sentimiento o la común voluntad de dos o más personas (Diez-Picazo, 1993, pág. 147); así, se llama consentimiento en la esfera contractual, a la coincidencia de dos declaraciones de voluntad que, procediendo de diversos sujetos capaces, concurren, uniéndose hacia un fin común. En el contrato cada una de las voluntades está dirigida a prometer y la otra a aceptar, dando lugar a una nueva y única voluntad denominada voluntad contractual. Ella es el resultado y no la suma de las voluntades individuales de los contratantes, viniendo a constituirse en una entidad nueva, capaz de producir por si sola el efecto jurídico querido y substraída, por tanto, a las veleidades de una sola de las partes. (Palacio, 1982, pág. 23).

Encontramos en la claridad de esta definición, los elementos que hemos de poner a análisis en los siguientes párrafos.

6.3.3.2.1. Coincidencia de las declaraciones de voluntad

Es importante comenzar por separar de manera didáctica entre lo que es la capacidad de consentir, capacidad de contratar y eventualmente una efectiva prestación del consentimiento.

Sobre el primer supuesto, su campo es extenso y amplio, incluso sobrepasa los límites establecidos por la ley conforme la capacidad de ejercicio; de hecho, un niño puede prestar su consentimiento para algo que quiera realmente, que lo que quiera sea idóneo o no para él, es otra cuestión; lo mismo puede resultar para los adultos, el consentimiento no está prefijado por la norma, se puede prestar incluso para situaciones extramatrimoniales, que sean lícitas o no, y por ende, que el acto jurídico tenga existencia y validez, son cuestiones externas que no afectan al consentimiento en sí mismo. Hablamos tener la capacidad de consentir en sentido puro, más allá del parangón jurídico.

Sobre el segundo supuesto, Díez-Picazo (1993:144) señala lo siguiente: *“la capacidad no es un presupuesto de la existencia del consentimiento, sino un presupuesto de la validez y de la eficacia del negocio. Por ello más que de capacidad para prestar el consentimiento, debe hablarse pura y simplemente de “capacidad para contratar”*”.

Sobre el tercer presupuesto, estamos ante una efectiva declaración de voluntad, es decir, de una exteriorización genuina de la voluntad interna. Aquí podríamos entrar al debate sobre si la declaración difiere de la voluntad interna.

Con el respeto que se merece la teoría de la voluntad, y el valor que se le otorga a la *psique* interna del ser humano, consideramos que, en la contratación actual, no podemos hablar ni discutir si la declaración de voluntad no es exactamente lo que el oferente o el aceptante quiere realmente, después de todo, no podemos conocer genuinamente su aspecto interior en determinado momento.

Ferri (2004: 48) lo describe de la siguiente manera: *“El contrato puede ser válidamente realizado incluso en ausencia o en oposición de la voluntad interna, y que los efectos jurídicos pueden verificarse incluso si son ignorados o*

no queridos en concreto por una o ambas partes”, Colombo (1997: 196) añade rotundamente: “La voluntad para tener efectos jurídicos debe manifestar su consentimiento en forma sensible. La voluntad no manifestada es como si no existiera, como así mismo una manifestación sin voluntad es inválida como acto jurídico.”

La facultad o el deseo de querer o no querer, realizar o ejecutar una determinada situación, o visto desde el campo del contrato como tal, vincularse contractualmente (generando obligaciones) a otra parte, debe manifestarse o declararse, para que puede surtir los efectos legales, siendo ellos los que la norma y la otra parte presume como deseados, salvo algunas situaciones donde se puede evidenciar que el destinatario conoció o pudo conocer que el oferente tenía otras intenciones. (Flores, 2015, pág. 8).

6.3.3.2.2. Capacidad de los sujetos

El Código Civil no se refiere a los sujetos exactamente, tampoco a los contratantes, la referencia más precisa es la de “parte” sin embargo, sus alcances tampoco se circunscriben a este término, en efecto, el CC utilizaba el término “agente”. Así se desprendía del artículo 140: *“El acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Para su validez se requiere (...) 1. Agente capaz.”* En la actualidad se utiliza la denominación: *“Plena capacidad de ejercicio, salvo las restricciones contempladas en la ley.”*

La plena capacidad de ejercicio se encuentra regulada en el artículo 42:

Toda persona mayor de dieciocho años tiene plena capacidad de ejercicio. Esto incluye a todas las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás y en todos los aspectos de la vida, independientemente de si usan o requieren de ajustes razonables o apoyos para la manifestación de su voluntad.

Excepcionalmente tienen plena capacidad de ejercicio los mayores de catorce años y menores de dieciocho años que contraigan matrimonio, o quienes ejerciten la paternidad.

Entendemos a la capacidad como la posibilidad de las personas de ejercer los derechos civiles, asumir obligaciones y ser titulares de relaciones jurídicas, de tal manera que aquella obra por sí misma. Al respecto, están comprendidas las personas naturales, las personas jurídicas y las comunidades campesinas y nativas, todas reguladas en el libro I sobre Derecho de las personas.

La capacidad para realizar un acto jurídico, y eventualmente un contrato, es la capacidad de ejercicio. Esto merece algunas reflexiones.

En primer lugar, la capacidad de contratar está referida a aquellos que tienen capacidad de goce y no necesariamente aquellos que tienen capacidad de ejercicio exclusivamente, toda vez que los primeros pueden contratar a través de sus representantes legales, curadores o tutores. Hablamos de una capacidad ejercida a través de otros agentes, pero sobre la importancia del primero.

Recordemos que lo que esa capacidad de contratar está referida a la posibilidad de que el contrato pueda existir, más que a que pueda surtir efectos, cuestiones distintas.

Por otro lado, no debemos olvidar la norma que establecía en el artículo 1358 del CC: *“Los incapaces no privados de discernimiento pueden celebrar contratos relacionados con las necesidades ordinarias de su vida diaria.”*, así un niño podía comprar una golosina o un juguete y este acto jurídico era plenamente válido; sin embargo, con las recientes modificaciones del Decreto Legislativo N° 1384⁴², el artículo tiene la siguiente redacción: *“Las personas con capacidad de ejercicio restringida contempladas en el artículo 44*

⁴² Decreto Legislativo que reconoce y regula la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones, publicado en el diario oficial El Peruano del martes 4 de setiembre de 2018.

numerales 4 al 8 pueden celebrar contratos relacionados con las necesidades ordinarias de su vida diaria.”⁴³

Esta lamentable modificación vacía de contenido el régimen de capacidad de los niños en cuanto a la realización de actos jurídicos referidos a sus condiciones o necesidades ordinarias, y eventualmente, todo contrato realizado por menores, sería declarado nulo, incluso en el ejercicio de cualquier reclamo ante un producto en mal estado.

Por lo demás, creemos que es un retroceso en la norma, y configura una verdadera desprotección a los menores y un despropósito normativo; sin embargo, confiamos que, como muchas de las normas jurídicas provienen de los usos y costumbres o de imperativos morales, y a menudo obramos de determinada manera porque consideramos algo como natural, y no porque tal accionar esté contemplado en una norma jurídica específica cuya existencia posiblemente ignoramos; la misma dinámica mercantil y la propia sociedad, se siga comportando como otrora redacción del CC y según el devenir de nuestros actos. (Zolezzi, 2012, pág. 20).

Volviendo a nuestro tema, la ley no ha querido dar pie a debates doctrinarios como el anteriormente propuesto, y ha propuesto que solo los que tengan capacidad de ejercicio puedan ser partes contratantes.

No podemos concluir este tópico sin referirnos a la persona jurídica. La figura de la persona jurídica también es susceptible de convertirse en contratante, de hecho, en la actualidad son un agente de cambio y cumplen un papel protagónico en la escena del derecho. Lo cierto es que deben de hacerlo a través de sus representantes u órganos internos, en efecto, será a la persona

⁴³ Artículo 44.- Capacidad de ejercicio restringida

Tienen capacidad de ejercicio restringida:"

1.- Los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años de edad.

2.- Los retardados mentales.

3.- Los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad.

4.- Los pródigos.

5.- Los que incurren en mala gestión.

6.- Los ebrios habituales.

7.- Los toxicómanos.

8.- Los que sufren pena que lleva anexa la interdicción civil.

9.- Las personas que se encuentren en estado de coma, siempre que no hubiera designado un apoyo con anterioridad.

jurídica como tal la que se le atribuya los derechos y obligaciones generados a través del contrato, y no a sus órganos, ni representantes ni personas naturales que actúen por ella.

6.3.3.2.3. La formación de la voluntad contractual

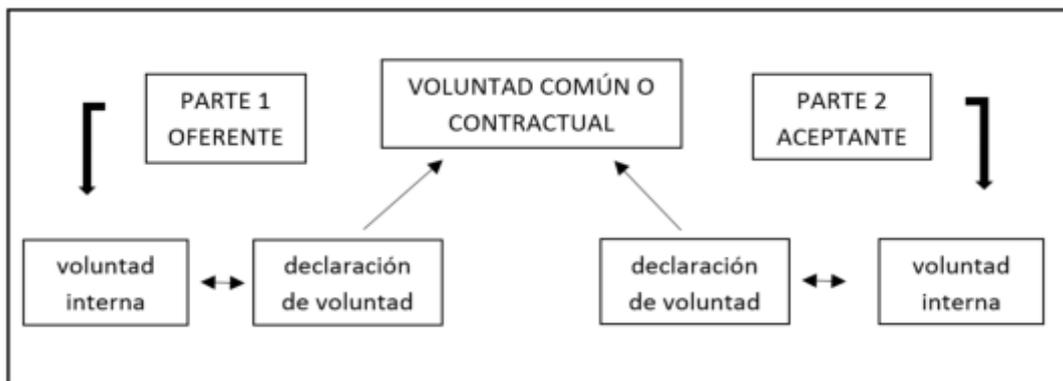
Se habla de una voluntad común o también conocida como voluntad contractual, entorno a la perfección del contrato.

Al respecto, lo que se trata es de una concordancia entre las declaraciones o manifestaciones de voluntad de cada una de las partes, apunta Muro (2016:14) que :

dicha concordancia, tratándose de un contrato, debe darse en dos planos: el primero relacionado con el proceso de formación de voluntad interna de cada una de las partes, de modo que lo que cada una de ellas quiere individualmente tenga su correlato en lo que cada una manifiesta; y el segundo relacionado con la voluntad común que se forma como resultado de la “intersección”, por decirlo de algún modo, de las voluntades individuales que forman el consentimiento.

Los intereses que persiguen cada una de las partes no tienen que ser opuestos, en efecto, lo que sucede es que son distintos, y a veces, opuestos, pero esto último no constituye una regla útil ni siquiera para ofrecer una definición de contrato.

Creemos que un gráfico podría explicar el proceso de formación de la voluntad, su exteriorización y el acuerdo entre la voluntad de la otra parte contratante. Cabe señalar que la manifestación de la voluntad como tal, es un acto jurídico unilateral, solo la coincidencia o concurrencia con otra manifestación, determina la bilateralidad propia del contrato.



44

Así, De la Puente y Lavalle (2006: 2007) menciona:

No existe contrato mientras no se compruebe que ambas partes han querido algo; de igual modo, tampoco se produce efecto alguno cuando cada contratante quiera algo en solitario. El consentimiento es a la vez la voluntad de cada contratante y el acuerdo de sus respectivas voluntades.

El consentimiento resulta de la armoniosa integración de la oferta con la aceptación, no bastando que ambas declaraciones de voluntad se intercambien. Es menester, además, que se combinen en el sentido de integrarse recíprocamente de modo tal que se produzca una coincidencia de las voluntades de ambas partes con relación al objeto del contrato.

Finalmente, debemos señalar que esta formación contractual, responde a la teoría general del contrato establecida en el CC, y que responde a la bilateralidad del contrato como un sinónimo de acuerdo, cuestión que, para efectos de la contratación civil, es totalmente válido. La misma teoría será aplicada a la contratación de consumo, solo que en ese campo corresponde analizar más variables que determinan una nueva cosmovisión.

⁴⁴ Elaboración propia.

6.3.3.3. Consentimiento en los contratos de consumo

Como hemos señalado con anterioridad, el campo de aplicación del contrato de consumo es más amplio que la aplicación en estricto del contrato civil. De hecho, no hay discusión doctrinaria respecto de los alcances de la relación de consumo en cuanto a la responsabilidad por daños causados, como si la hay, en las etapas negociales o tratativas preliminares en cuanto a la asignación de responsabilidad contractual o extracontractual y la aplicación del principio de buena fe.

Por otro lado, la contratación de consumo podría darse mediante la celebración interindividual o en masa. Es evidente, que la teoría del contrato de consumo, puede postular la formación del consentimiento desde ambas perspectivas, es decir, desde la negociación o adhesión, sin embargo, la realidad nos muestra que, en la contratación de consumo, el consumidor solo se adhiere a lo que el predisponente le propone, esto de tal manera que no puede ejercer su libertad contractual, careciendo de negociación. Así, el consumidor no tiene mayores posibilidades que celebrar o no celebrar el contrato, ejerciendo únicamente su libertad para contratar.

Debemos mencionar que actualmente el CPDC no establece disposiciones específicas en cuanto a la formación del contrato de consumo, por ende, en el sentido del artículo IX del Código Civil: *“las disposiciones del Código Civil se aplican supletoriamente a las relaciones y situaciones jurídicas reguladas por otras leyes, siempre que no sean incompatibles con su naturaleza”*, debemos tomar en cuenta las normas del derecho civil, que previamente hemos analizado para estos fines, y conforme ellas, determinar las particularidades de la contratación de consumo.

Por lo expuesto, comenzaremos a analizar las normas de protección al consumidor para comprender la formación del consentimiento en el contrato de consumo.

6.3.3.3.1. Necesidad de conocimiento e información relevante

Habíamos comentado la importancia de la información y su relación con el principio de buena fe en la contratación en general, pero más aún, habíamos destacado su importancia en la contratación de consumo, y esto producto de la asimetría intrínseca y debilidad del consumidor frente al proveedor.

El CPDC al referirse a los derechos del consumidor nos ofrece dos pistas, en el artículo 1.1. inciso b):

Derecho a acceder a información oportuna, suficiente, veraz y fácilmente accesible, relevante para tomar una decisión o realizar una elección de consumo que se ajuste a sus intereses, así como para efectuar un uso o consumo adecuado de los productos o servicios

En el mismo correlato, el artículo 1.1. inciso f) se señala: “*Derecho a elegir libremente entre productos y servicios idóneos y de calidad, conforme a la normativa pertinente, que se ofrezcan en el mercado y a ser informados por el proveedor sobre los que cuenta*”.

En primer lugar, el consumidor tiene derecho a acceder a información oportuna, suficiente, veraz y fácilmente accesible, relevante para tomar una decisión. Veamos en que consiste cada adjetivo.

- La Real Academia Española (en adelante RAE) (2018) define oportuno como: “*Que se hace o sucede en tiempo a propósito y cuando conviene*”, es decir, información oportuna significa aquella información que es suministrada por el proveedor de manera pronta, en el tiempo correcto, lo que constituye un antónimo a la información tardía. Oportunidad está referida a la importancia del momento, de hacerlo cuando resultará útil y no después.
- La RAE (2018) define suficiente en dos acepciones, la primera: “*Bastante para lo que se necesita*”; y la segunda, como sinónimo de: “*apto o idóneo*”. Consideramos que, al decir información suficiente, se exige que el consumidor brinde aquella información necesaria al

consumidor sobre el producto o servicio que se contratará, es decir, una información, cuando menos básica respecto de lo que se ofrece en el mercado.

- La RAE (2018) define veraz como: “*Que dice, usa o profesa siempre la verdad*”, al respecto tenemos que remitirnos a la definición de esta última:

“Conformidad de las cosas con el concepto que de ellas forma la mente”.

El análisis propuesto resulta muy interesante, en tanto, parece asimilar la información veraz con la idoneidad como tal, entendiendo a la idoneidad como se establece en el artículo 16: “*Se entiende por idoneidad la correspondencia entre lo que un consumidor espera y lo que efectivamente recibe (...)*”; sin embargo, creemos que la información es veraz en tanto se refiera propiamente al contenido del producto, y con esto, el contenido de su elaboración, fabricación, producción, distribución, entre otros supuestos; a manera de ejemplo, si el chocolate dice ser elaborado con 5 gramos de azúcar, efectivamente tiene que tener en su composición esos 5 gramos de azúcar.

- Información fácilmente accesible, no reviste mayores problemas, en tanto se refiere a que el consumidor no tenga que realizar mayores diligencias, más que las ordinarias, para poder acceder a la información sobre lo que pretende contratar. Los medios electrónicos como los portales web, o cualquier herramienta que pueda utilizar el proveedor en este sentido, pueden facilitar este aspecto.

Todos estos elementos cualitativos que sobre la información brindada recaen, como exigencia al proveedor, componen la información relevante que el consumidor utilizará para tomar una decisión de consumo, y finalmente ofrecer su declaración de aceptación y contratar. En el derecho del consumidor la información cumple un rol crucial en la formación del consentimiento, de ahí la extensión cualitativa y cuantitativa de la información que se le brinda al consumidor.

Barrientos (2013: 98) señala que:

el consentimiento de las partes no es el instrumento válido de la justicia conmutativa en una relación de consumo, como lo presupone el Código Civil, sino que debe ser ayudado por la información veraz y oportuna sobre los bienes y servicios ofrecidos, su precio, condiciones de contratación y otras características relevantes de los mismos, ayudado todo por el deber de informarse responsablemente de ellos.

Por otro lado, la norma establece un derecho a elegir libremente los productos o servicios que desee contratar. Entendemos esa libertad no es la libertad contractual, después de todo, los productos, servicios, precios, modalidades, simplemente están y son inmodificables; podríamos entender esa libertad de elección como libertad para contratar, sí; porque el consumidor decidirá con quien contrata finalmente, pero, aun así, pensamos que esta libertad de elección es más amplia.

Durand (2008:160) señala que:

Es el derecho a acceder a una variedad de productos y servicios, valorativamente competitivos, para la satisfacción de sus necesidades del consumidor. La expresión valorativamente competitiva, pretende simplificar o asiente el principio de seguridad sobre la calidad, adecuada satisfacción de una necesidad y de un precio justo del producto o servicio. Este derecho permite resaltar nuestra libertad de decisión y llama al conocimiento y ejercicio de los derechos.

Así tenemos una diversidad de productos o servicios a los cuales el consumidor deberá acceder de acuerdo a sus posibilidades económicas, pero desde el producto más costoso hasta el producto más cómodo, en ambos casos se debe respetar los estándares mínimos, establecidos por la norma, para salvaguardar la salud y seguridad del consumidor, esto último simplemente no está ni estará en discusión.

Para una efectiva vigencia de este derecho, es necesario que los productos y servicios básicos estén a disposición de todos; que los productos y servicios se

adecúen a requerimientos y posibilidades del consumidor; que el consumidor encuentre alternativas confiables; que los productos tengan garantía de comercialización; que se evite la utilización de propaganda subjetiva y publicidad encubierta; que se erradique la copia o plagio y la imitación o competencia desleal en marcas y productos; que se impida el direccionamiento de la elección sea mediante regalos o la utilización de frases que denoten discriminación en la oferta al mercado local respecto a otros mercados, etc. (Durand, 2007, pág.166,167).

Por otro lado, el Código no se refiere a si la aceptación el consumidor pueda ser siempre expresa o tácita, consideramos que puede ser de las dos maneras, siempre que se pueda probar de forma inequívoca. Eventualmente, tal y como sucede en el contrato civil, siempre se preferirá un documento que pueda contener el acuerdo de ambas partes, más aún si en la contratación de consumo, existe una exigencia de información que se dificulta informar verbalmente.

6.3.3.3.2. Protección mínima

Nos resulta interesante que el artículo 47 inciso a) del Código sobre la protección mínima al consumidor establece que:

En los contratos cuyas condiciones consten por escrito o en algún otro tipo de soporte, debe constar en forma inequívoca la voluntad de contratar del consumidor. Es responsabilidad de los proveedores establecer en los contratos las restricciones o condiciones especiales del producto o servicio puesto a disposición del consumidor.

Cuando se habla de forma inequívoca, entendemos que el Código se refiere a que la voluntad de contratar sea concluyente, es decir, no pueda dar espacio a interpretaciones por parte de cualquier agente, simplemente el único resultado debe ser la evidencia de la voluntad de contratar del consumidor.

Al respecto, creemos que la forma inequívoca de la voluntad, puede relacionarse de algún u otro modo con la manifestación expresa de la misma en un documento formal, sin embargo, creo que estaríamos limitando su sentido, toda vez que en determinados casos particulares habrá una manifestación tácita de la voluntad que resulte irrefutable, dado el contexto del propio contrato y del entorno del mismo consumidor.

Ahora bien, el término genera confusiones en tanto lo expresado, sin embargo, sería factible que se priorice por una manifestación escrita o formal, donde pueda visualizarse realmente, sin mayor análisis, la voluntad del contratar del consumidor. Además, no debemos olvidar que el Derecho del Consumidor, dado su carácter protectorio y tutelar, tiende a exigir al proveedor prueba escrita e irrefutable de la contratación.

El consumidor debe prestar su consentimiento sin mayores presiones, equivocaciones o riesgos.

Otro punto importante es lo que se establece en el inciso d) y e) del mismo artículo:

En el caso de formularios contractuales, los caracteres de éstos deben ser adecuadamente legibles para los consumidores, no debiendo ser inferiores a tres (3) milímetros. La redacción y términos utilizados deben facilitar su comprensión por los consumidores.

Los proveedores deben entregar a los usuarios copia de los contratos y demás documentación relacionada con dichos actos jurídicos cuando éstos hayan sido celebrados por escrito, incluidas las condiciones generales de la contratación. Los proveedores son responsables de dejar constancia de la entrega de los documentos al consumidor. En el caso de contratación electrónica, el proveedor es responsable de acreditar que la información fue puesta oportunamente a disposición del consumidor.

Desarrollaremos estos tópicos más adelante, sin embargo, es importante resaltar algunas cuestiones necesarias:

En primer lugar, se propaga el formalismo contractual como sinónimo de protección al consumidor. Se exigen caracteres adecuadamente legibles para los consumidores, que no permitan generarle ocio al leer, confusión, cansancio o en el peor de los casos, incompreensión absoluta sobre el texto que lee.

Esto sin duda es una labor importante, porque el hecho que el consumidor no comprenda lo que lee, no debe ser óbice para argumentar que es un problema subjetivo de cada consumidor, sino que debe actuar como exigencia para que los proveedores utilicen términos con mayor sencillez, claridad y precisión, de tal manera que si bien, el consumidor probablemente no podrá entender todo el texto, pueda darse una idea general sobre lo que está contratando.

En segundo lugar, se describe una situación que debe ser natural en la contratación, la entrega mutua del contrato que contiene las obligaciones, y en este caso particular, las cláusulas generales de contratación. Al respecto, debemos señalar que es una manera de asegurarnos que el consumidor tiene el documento que firmó, y que, por ende, prestó su consentimiento; por otro lado, es un mecanismo probatorio que le puede servir a ambas partes ante un eventual interpretación diversa sobre el contrato, o con mayor énfasis, ante un procedimiento de carácter administrativo o judicial.

Por lo demás, sobre las características de las cláusulas generales de contratación, se podrán revisar un análisis en el *título 6.3.6 sobre las cláusulas generales de contratación*.

6.3.3.3.3. Diligencia, confianza y publicidad

Cuando hablamos brevemente sobre la autonomía privada y la consideración jurídica que se le otorgaba a la declaración como manifestación de la voluntad nos referíamos que existían desde hace mucho tiempo tres teorías: la teoría de la voluntad, la teoría de la declaración y la teoría mixta.

Al respecto, habíamos dicho con anterioridad que la teoría de la declaración era propicia para resolver los conflictos que podrían suscitarse con la manifestación de la voluntad, pero que se podría atender a determinadas circunstancias donde se puede evidenciar que el destinatario conoció o pudo conocer que el oferente tenía otras intenciones.

En el mercado, el oferente y el destinatario no tienen posibilidades mayores para errores, y en su defecto, si lo existiesen, la condición de destinatario de la oferta del consumidor determina su carácter protectorio.

El oferente siempre es el proveedor, más aún, si de lo que se trata realmente es de observar como muchos proveedores nos ofertan sus bienes o servicios, los cuales tienen características determinadas, promociones, precios, entre otros supuestos esenciales.

Son ellos los que suministran información relevante respecto a los bienes y servicios, y sobre la base de esta información, el consumidor decidirá con quien contratar, de tal manera que no cabe pensar demasiado en una posibilidad de equivocación del proveedor, después de todo, cuenta con mayores herramientas de análisis, revisión, rectificación, creación y difusión, para ofrecer una información correcta, más aún, si es la naturaleza propia del negocio.

Por otro lado, el consumidor en la mayoría de casos no se detiene a pensar que el proveedor pueda haber cometido un error en su oferta, sobre todo en las cuestiones principales, llámese precios, garantías y bien o servicio a contratar. Simplemente, confía que la información que se le está brindado, incluso en la publicidad, es veraz y segura, y se encontrará listo para contratar.

Recordemos que el consentimiento en el consumidor se realiza sobre la base de la información suministrada por el proveedor, y corresponde, en la mayoría de casos a la adhesión respectiva a la oferta que se le propone, una simple aceptación de los términos contractuales previamente ofrecidos.

Tendríamos que pesar que la preminencia del elemento objetivo, es fundamental en el consensualismo de esta clase de contratos; lo declarado

debe ser interpretado como lo harían dos personas razonables, prescindiendo de las partes. (Garrido y Zago, 1989, pág. 97).

Aquí no debemos confundir el término persona razonable con el de consumidor razonable, que consideramos no es aplicable a estos casos, por no tener mayor sustento práctico, enfocarse en realidades utópicas y ser meramente teórico.

Los seguidores de la teoría de la declaración, buscan una protección de los destinatarios (los consumidores) y, por ende, del tráfico jurídico en general, entendiendo que quien ha confiado en la validez de las declaraciones no puede verse defraudado por la alegación de una falta de voluntad interna que él no puede ni tiene por qué conocer; así si el destinatario confió en la declaración, su confianza merece ser protegida y el declarante quedar vinculado no obstante su falta de voluntad. (Diez-Picazo, 1993, pág. 155-156).

Ahora bien, existen hechos que se pueden suscitar en la práctica y que merecerían mayor atención, como, por ejemplo, en el tema de la publicidad.

El CPDC establece en su artículo 13 lo siguiente:

La protección del consumidor frente a la publicidad tiene por finalidad proteger a los consumidores de la asimetría informativa en la que se encuentran y de la publicidad engañosa o falsa que de cualquier manera, incluida la presentación o en su caso por omisión de información relevante, induzcan o puedan inducirlos a error sobre el origen, la naturaleza, modo de fabricación o distribución, características, aptitud para el uso, calidad, cantidad, precio, condiciones de venta o adquisición y, en general, sobre los atributos, beneficios, limitaciones o condiciones que corresponden a los productos, servicios, establecimientos o transacciones que el agente económico que desarrolla tales actos pone a disposición en el mercado; o que los induzcan a error sobre los atributos que posee dicho agente, incluido todo aquello que representa su actividad empresarial.

Al respecto, es importante que el sistema del consumidor establezca una norma especial para la protección al consumidor frente a la publicidad, tomando en consideración la importancia de esta en la contratación.

De hecho, los artículos 14, 15 y 16, establecen disposiciones imperativas referidas al tema de la publicidad en promociones, sorteos, canjes, seguros e incluso, la publicidad dirigida a menores. Todos estos artículos contienen mandatos imperativos específicos sobre cómo, cuándo y qué anunciar en los determinados supuestos.

Aún sí, creemos que la evaluación deberá ser conforme el caso concreto y atendiendo a la normatividad conexas, más aún si el Decreto Legislativo 1044 – Ley de la represión de la Competencia Desleal (en adelante LRCD) señala en su artículo 7:

7.1.- La determinación de la existencia de un acto de competencia desleal no requiere acreditar conciencia o voluntad sobre su realización.

7.2.- Tampoco será necesario acreditar que dicho acto genere un daño efectivo en perjuicio de otro concurrente, los consumidores o el orden público económico, bastando constatar que la generación de dicho daño sea potencial.

Por otro lado, enumera una serie de actos que potencialmente pueden afectar al consumidor, esto se desprende de los artículos 8, 9, 10, 11 y 12, sobre los actos de engaño, actos de confusión, de explotación indebida de la reputación ajena, actos de denigración y actos de comparación indebida, respectivamente. Estos actos de manera directa o indirecta, terminarán por afectar al consumidor de ser cometidos por el proveedor.

Sobre este punto retomaremos en el siguiente capítulo.

6.3.4. Oferta contractual

En el capítulo anterior habíamos observado la formación del consentimiento desde la perspectiva del derecho civil y desde la perspectiva del derecho del consumidor; en ambos casos observamos sus particularidades, enfatizando en las cuestiones que ponen en tela de juicio el principio de la autonomía de la voluntad en la contratación contemporánea y congregando las instituciones jurídicas en el marco de la protección al consumidor, subrayando la relevancia de la información en la contratación de consumo.

También analizamos los presupuestos del consentimiento, siendo estos: los sujetos de derecho y la capacidad de estos para poder contratar. En esta oportunidad, desarrollaremos los elementos del consentimiento, siendo estos: la oferta y la aceptación.

Forno (2014: 119) señala que la oferta contractual es: *“aquella declaración de voluntad que el proponente dirige a otros u otros, sometiendo a su consideración la celebración de determinado contrato en términos tales que, para que éste se celebre, es suficiente, pero necesaria la aceptación del destinatario.”* Por su parte, desde otra perspectiva, Scognamiglio (1996:97) utiliza el término propuesta para referirse a la oferta, siendo esta: *“un acto de iniciativa, con el cual, una de las partes, que recibe el nombre técnico de proponente, propone a la otra, que eventualmente deberá aceptar, una determinada regulación de conflictos de intereses”*.

Es evidente que ambas definiciones son desarrolladas desde una perspectiva del derecho civil, siendo su contenido cierto y preciso, de tal manera que nos permita comenzar por aquí, y posteriormente analizar la oferta desde la perspectiva del derecho del consumidor.

6.3.4.1. Oferta en el Código Civil

El CC no define expresamente al término oferta, simplemente nos menciona el artículo 1373 que: *“El contrato queda perfeccionado en el momento y lugar en*

que la aceptación es conocida por el oferente", entiendo al oferente como aquella persona que previamente ha realizado una oferta.

Este artículo señala el perfeccionamiento del contrato.

Palacio (1982:17) menciona que:

Llamada también propuesta o policitud, es el acto mediante el cual una persona propone a otra, expresa o tácitamente la celebración de un contrato sobre bases determinadas. Debe contener todos los elementos sustanciales, de tal manera que la parte a quien ella va dirigida, solo debe prestar su asentimiento. Esta oferta debe revelar, pues, la intención de celebrar el contrato.

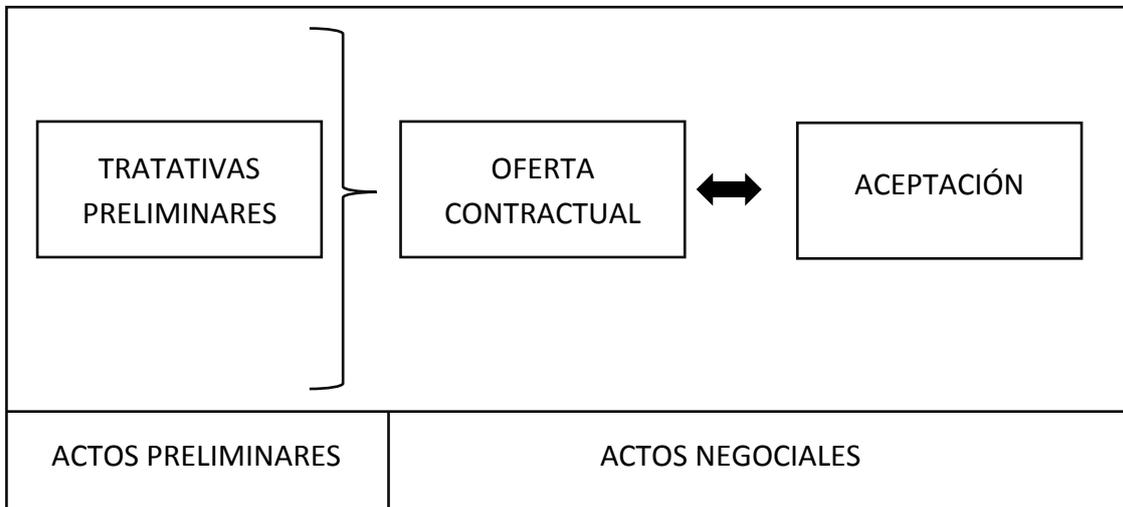
De las definiciones propuestas, vamos delimitando su alcance:

- Es una declaración de voluntad, por lo tanto, constituye en sí misma una declaración de carácter unilateral dirigida hacia otra persona y no un acto jurídico.
- Esta declaración puede ser expresa o tácita. Es evidente en este punto que la manifestación sea cual fuere el medio o modo utilizado, no debe dejar dudas que se está ofertando.
- La oferta va dirigida a otra persona, quien eventualmente, podrá aceptarla en los términos propuestos.
- La oferta no es un contrato, solo es un acto de iniciativa que busca la contratación, para que esta suceda, se necesita de una aceptación.
- Debe contener todos los elementos esenciales, lo cual permitirá que el receptor, simplemente acepte; esto nos permite entender que la oferta es suficiente, es decir, completa y como tal, no necesita mayor negociación para formar el contrato.
- Podemos afirmar la oferta es la penúltima declaración de voluntad, siendo la aceptación, la última.

Debemos señalar que no se puede confundir a la oferta con las tratativas preliminares de un contrato, la oferta y la aceptación son meramente actos negociales, mientras que las tratativas preliminares son, como su nombre lo

indica, negocios o actos preliminares, más no constituyen la oferta final, sino que en toda esa etapa de negociación habrá diversas ofertas y contraofertas.

Esto último lo podemos ejemplificar a través de un esquema⁴⁵:



Eventualmente, todas estas negociaciones tendrán la finalidad de configurar una propuesta final, a la que le corresponderá una aceptación, dando por perfeccionado el contrato.

Estas negociaciones previas, tienen buen asidero en la contratación civil, de hecho, se teoriza mucho sobre la responsabilidad precontractual, su naturaleza y aplicación práctica en la atribución de daños y perjuicios.

6.3.4.1.1. Requisitos de la oferta

Diversos requisitos plantean la doctrina en torno a la oferta, diversas son las maneras de expresar los principales requerimientos para que el acto jurídico unilateral que configura la oferta, tenga validez, dentro de la integridad de un contrato.

Hemos recopilado de diversas fuentes los requisitos que explicaremos a continuación, así la oferta debe ser:

⁴⁵ Elaboración propia.

1. Definitiva: En lo referido a que la misma corresponde a la conclusión de la declaración de voluntad de una de las partes, con esto queremos decir que no habrá más ofertas que la declarada; de haber otras ofertas, está ya no podrá integrarse a la otras, sino que la nueva sustituye a la primera, aún, integrando los elementos de la anterior, y así sucesivamente, dependiendo del caso.
2. Completa: Los elementos del contrato tienen que encontrarse presentes en la oferta, no es una simple declaración de voluntad. Recordemos que está destinada a contratar, por ende, debe estar sujeta a que la otra parte simplemente emita su aceptación. De esta manera, no se necesita mayores declaraciones para dar por perfeccionado el contrato.
3. Seria: La oferta debe ser congruente con el contexto y lo que busca el oferente, no se pueden permitir ofertar irrisorias. Siendo la oferta un acto jurídico, debe ser verificada con *intentio juris*, por lo que no tienen valor de tal las declaraciones en broma, o por vía ejemplificativa o las que incluyen la cláusula "sin compromiso" u otra análoga (sin perjuicio de que estas últimas valgan como *invitatio ad offerendum*). (López de Zavala, 1997, pág. 1839.
4. Vinculante: Es la propia naturaleza de la oferta, está destinada a vincular a dos personas, mientras esté dentro del plazo vigente.
5. Recepticia: La declaración debe ser recepticia, es decir, que, para producir efectos jurídicos, requiere la identificación del destinatario. La oferta debe dirigirse a una o varias personas previamente determinadas, esto no debe ser óbice para entender la oferta al público o la subasta. En palabras de Lavalle (1984: 759): "*la oferta debe ir dirigida a una persona o personas en especial, y solo puede ser aceptada por ellas, por tratarse de una declaración recepticia, el destinatario tiene que estar determinado*".
6. Conocida: La oferta tiene que ser conocida por el destinatario, esto también se desprende de lo establecido en el artículo 1375: "*la aceptación debe llegar a conocimiento del oferente dentro del plazo establecido por él*".

7. Reconocible: El destinatario tiene que saber que quieren contratar con él, y lo que ha recibido, a través de cualquier medio, es una oferta y no una simple invitación a contratar o la facilitación de información.
8. Idónea: En lo referido a la forma de la propuesta, es decir, la utilización de los medios en la manifestación de la declaración que contiene la oferta, en este sentido, la mejor forma consideramos que es la declaración explícita.
9. Oportuna: La oferta debe ser emitida al momento y durante el tiempo que convenga a los intereses de ambas partes.
10. Especialidad del contrato: Algunos autores consideran que la oferta debe ser concorde con el contrato que se pretende celebrar, en este sentido, si hablamos de una compraventa, deberá tener los requisitos propios de este contrato.

Finalmente, conviene señalar que la oferta, con ser conocida por el destinatario y legitimarlo para aceptarla provoca que el proponente quede sometido durante un plazo determinado o determinable a la decisión del destinatario en torno a la celebración del contrato, sometimiento que se configura como una situación de sujeción que grava sobre el oponente, y que es correlativa del poder de aceptación del destinatario. En resumen, al formular una propuesta, el oferente ejerce su poder negocial y queda sujeto a la decisión del destinatario de celebrar el contrato, a quien legitima para que ejerza su poder negocial bajo la forma de aceptación. (Forno, 2014, pág. 121).

6.3.4.1.2. Inexistente justificación para una revocación

La oferta tiene naturaleza vinculante, es decir, mientras se encuentre en el plazo de vigencia propuesto al destinatario, esta tiene validez en tanto, es la penúltima voluntad para formar el contrato.

Esta es una diferencia importante, con la etapa de tratativas, donde aquellas conversaciones o negociaciones al no tener la naturaleza de la oferta no son de carácter vinculante, teniendo la posibilidad la otra parte de dejar las conversaciones en cualquier momento, apartarse o finalmente dar por

concluido este proceso de negociación. Claro está que, en determinados casos concretos, no se haya violado el principio de buena fe o confianza al apartarse de estas negociaciones preliminares.

Al respecto, el artículo 1382 del CC señala que: *“La oferta obliga al oferente, si lo contrario no resulta de los términos de ella, de la naturaleza de la operación o de las circunstancias del caso”*

Así, queda claro que la forma es irrevocable, al menos para nuestro derecho y la teoría con la que se han desarrollado nuestras normas, la oferta es irrevocable como regla general, sin embargo, en determinadas situaciones previstas en el mismo artículo, esta no será vinculante.

Hasta aquí debemos tener claro que la irrevocabilidad de la oferta o su fuerza vinculante significa que el proponente no tiene la facultad (*rectitus* el derecho) de revocar la oferta, pero en ningún modo convierte al proponente en deudor ni crea un derecho de crédito en el patrimonio del destinatario. (Forno, 2014, pág. 127).

Sin embargo, el problema de fondo, radica en torno a la revocación de la oferta de contrato, esto resulta de la lectura del artículo 1384: *“La oferta deja de ser obligatoria si antes o simultáneamente con su recepción llega a conocimiento del destinatario la declaración del oferente en el sentido que puede revocarla en cualquier momento antes de su aceptación”*.

Por razones prácticas debemos considerar y aplicar la presunción establecida en el artículo 1374 sobre la contratación entre ausentes:

La oferta, su revocación, la aceptación y cualquier otra declaración contractual dirigida a determinada persona se consideran conocidas en el momento en que llegan a la dirección del destinatario, a no ser que este pruebe haberse encontrado, sin su culpa, en la imposibilidad de conocerla

Aunque en la teoría tenemos algunos reparos que no expondremos aquí, toda vez que muchas veces, las normas deben adecuarse a las necesidades de la vida cotidiana y a asegurar la eficiencia del tráfico jurídico, más aún, si

hablamos de disposiciones contractuales, cuestión que cumple el artículo 1374.⁴⁶

En el mismo contexto, se genera un problema si el aceptante ya emitió su declaración y ejecuta el contrato, sin embargo, la revocación le llega en los días posteriores.

Esto es un problema práctico por las siguientes razones:

En primer lugar, el aceptante emite su declaración de aceptación, pero esta no ha llegado a conocimiento del oferente, por ende, aún no existe el contrato; a su vez el oferente ya emitió la revocación de la oferta.

En segundo lugar, el aceptante habiendo aceptado la propuesta, ejecuta su prestación de buena fe, y le llega la revocación de la oferta.

En tercer lugar, la aceptación termina por llegar a conocimiento del oferente, que previamente ya la había revocado.

Del supuesto, es evidente que aún no se ha formado contrato, pero la pregunta simplemente ¿el aceptante quedará desprotegido? ¿Quién asumirá la ejecución de la prestación? Por lo pronto nuestro Código no señala nada al respecto, no hay una indemnización al respecto, y dudamos que nuestro Código pueda ofrecernos luces más allá de alguna interpretación amplia del

⁴⁶ En trabajos anteriores (Flores, 2015, pág. 18-19) habíamos considerado que el legislador, buscaba mediante la teoría de la recepción, aplicada de manera suplementaria, corregir los defectos o inconvenientes que se puedan presentar en la realidad respecto a la teoría de la cognición, como lo hemos visto anteriormente. Lo cierto es que, para la formación y perfección del contrato, y a pesar que una parte de la doctrina critique esta teoría, es necesario que ambas partes tengan conocimiento pleno de lo que se busca contratar y sus efectos, a fin de evitar cualquier inconveniente en el campo de realidad jurídica y posteriormente, campo de la materia procesal.

Postulamos la idea que, si bien la recepción es determinante en el proceso de la formación y perfección del contrato, no debe considerarse como la que finiquite la celebración del mismo, por el contrario, siendo una etapa más, debe complementarse con el conocimiento de la declaración contractual, a fin de respetar la línea legislativa que apunta la teoría general del contrato.

Se debe entender al conocimiento como la clave del sistema contractual, y a la recepción, como parte del proceso, para que este conocimiento sea efectivo y válido.

Comprendemos a la recepción de la declaración contractual como el medio, y al conocimiento (mediante la eficacia y acreditación de esta recepción, por ejemplo, mediante el Acuse de Recibo) como el fin. Solo así, a nuestro parecer, se puede llegar a una efectiva e inquebrantable contratación, y se tendría por perfeccionada la relación jurídica contractual, para los efectos correspondientes a cada una de las partes.

principio de buena fe, tal vez la interpretación que más favorecería al destinatario o aceptante, sería que su caso se encuentre dentro del tercer supuesto del artículo 1382 así de: *“las circunstancias del caso”*, se podría extender una discusión mayor.

Finalmente, consideramos que una revocación intempestiva podría ser causal de responsabilidad del oferente; de hecho, este último quedará en libertad, por ende, ya no está en la obligación de celebrar el contrato, pero atendiendo a las circunstancias del caso se podría observar los perjuicios ocasionados por la revocación, los cuales eventualmente deberán ser acreditados por el destinatario.

6.3.4.1.3. Oferta al público

El artículo 1388 del Código Civil establece que: *“la oferta al público vale como invitación a ofrecer, considerándose oferente a quienes accedan a la invitación y destinatario al proponente. Si el proponente indica claramente que su propuesta tiene carácter obligatorio valdrá como tal.”*

Este es un artículo muy peculiar, entendemos que la oferta al público tal y como está regulada en nuestro CC, solo la palabra “oferta” determina la similitud con una verdadera oferta contractual.

Es conocido que la oferta al público carece del carácter recepticio que cuenta una oferta contractual, es por ello que muchos autores han considerado que no es propiamente una oferta, porque a la declaración unilateral no existe un receptor determinado, la oferta al público se dirige a un público desconocido, general y ampliamente extendido.

Como su nombre lo indica, la oferta al público no está dirigida a un destinatario determinado ni determinable, sino a un destinatario indeterminado; esto es, está dirigida a cualquiera del público o a la masa en general. La falta de receptividad nos propone dos cuestiones: primero, exigir a la oferta al público el requisito de la receptividad de la oferta, de tal manera que, al no cumplir este requisito, legislativamente no se le da la naturaleza o valor de oferta, siendo

una simple invitación a ofrecer; o, segundo, no exigir a la oferta al público el requisito de la receptividad de la oferta, de tal manera que bajo este otro régimen, legislativamente sí se le da naturaleza o valor de oferta. (Torres, 2006, pág. 288).

Así la invitación a ofrecer juega un rol importante para entender esta institución jurídica, la formación de la contratación se cambia, es el público en general quien propone y el oferente aceptará una de las propuestas. Como observamos los roles se han cambiado.

La invitación a ofrecer no es una (verdadera) propuesta de contrato; ni pretende serlo porque se trata de una declaración que viene a cumplir una función diferente. Se observa que puede ocurrir que, por causas de la más diversa índole, quien desea contratar, antes que hacer él mismo la propuesta, prefiere escuchar las ofertas que otros le formulen para lo cual solicita que aquellos que tengan interés en contratar con él expresen la oferta (condiciones) en base a la cual están dispuestos a hacerlo. Por eso, quien realiza la invitación no asume ningún compromiso, sino que sólo da inicio a una fase de negociaciones o tratos preliminares que pueden culminar con las (o la) ofertas de los interesados. (Forno, 1991, pág. 241).

De hecho, la invitación a ofrecer no es una oferta contractual porque no es un acto negocial, sino que constituye parte de las tratativas preliminares, que puede o no, terminar en un acto negocial, en este caso, una oferta contractual propiamente dicha.

Tampoco podríamos considerar a la invitación a ofrecer como oferta, aún si la primera estuviera completa, es decir, si llevara todos los elementos necesarios y fundamentales que permitan a la otra parte, aceptar simplemente; esto en relación a que el requisito de completitud, no es el único a evaluar, toda vez que existen otros requisitos como la seriedad de la declaración, que en principio no existe, en este supuesto.

Bajo estos razonamientos, la oferta al público vale como ¿invitación a ofrecer? o ¿vale como oferta contractual?

Teóricamente la oferta al público solo difiere de la oferta contractual por su carácter recepticio, mientras que la invitación a ofrecer difiere en muchas cuestiones más.

Consideramos que la oferta al público tal y como se encuentra establecida en nuestro Código Civil, es inútil en la práctica, y por mucho que queramos encontrarle alguna construcción dogmática para sustentar diversos supuestos que rebasan su contenido, termina siendo defectuosa, o en el peor de los casos, un ejercicio vacío.

Bullard comentaba sobre la función de la oferta al público, lo siguiente:

Resulta ser, que en los contratos dados en un contexto de publicidad masiva (casi la totalidad de la "contratación en masa") el estipulante resulta siendo el aceptante de las ofertas que les plantean los potenciales adherentes. Este intento de catalogar fenómenos tan novedosos como la oferta al público dentro de categorías tradicionales como oferta, aceptación, consentimiento, etc, tiene, a nuestro entender, resultados contraproducentes.

Así, reconoce una ventaja adicional a quien ya tiene una ventaja estratégica derivada de su poder económico. Le permite al estipulante rechazar las "ofertas" que le presentan los consumidores. La ley, en lugar de igualar la situación de ambas partes, amplía la brecha existente.

De lo extraído en la cita, podemos darnos cuenta como esta institución que eventualmente se desarrolló para un tipo de contratación masiva o por adhesión, al tratar de encajarse en esquemas contractuales que le son disímiles a su propia naturaleza, pierde todo sentido normativo, y peor aún, desprotege a la parte débil de la contratación, que en muchos casos son los consumidores. Al respecto Forno (1991:249-250) señala en el mismo sentido:

Debe ponerse de relieve, en primer lugar, que lo que preocupa a quienes así razonan no es el destinatario de la declaración, o sea el público, la masa de consumidores; lo que parece interesar es

que hay que proteger al declarante, aun frente al consumidor, porque parecería que podría quedar vinculado por más contratos de los que podrá cumplir. Entonces, para tutelar a quien ofrece al público se sacrifica el interés del consumidor, pretendiendo que lo que aquél ha hecho es más bien una invitación a ofrecer. Decimos que se sacrifica el interés del consumidor porque tal solución permite a quien ha hecho una “invitación a ofrecer” rechazar no sólo las “ofertas” de los consumidores que exceden las posibilidades de aquél, sino que incluso puede rechazar las “ofertas” que se hagan dentro del límite de la capacidad del que invita.

Sobre esto, consideramos que el hecho que la oferta al público no tenga como requisito intrínseco la receptividad, no debería quitarle su naturaleza de oferta contractual, más aún, si está destinada a contratar proponiendo un contenido contractual a un público indeterminado, que, dicho sea de paso, es el paradigma del sujeto o parte en la contratación actual.

Por ejemplo, si pensamos que Marcos entra a una tienda. Coge una gaseosa del estante, la abre, se la toma y se intoxica. Es evidente que exhibir los productos en una tienda tiene el carácter de una oferta al público, y la aceptación es concurrencial a Marcos, quien pretende comprar la gaseosa. No se puede argumentar que exhibir los productos en una tienda es una invitación a ofrecer, y que, por no tener un contratante determinado, no puede existir una relación obligatoria, por consiguiente, no existirá responsabilidad alguna. Aquí también juega el rol extensivo de la relación de consumo, protegiendo al consumidor.

En otro caso, los consumidores pueden verse vulnerados si es que, a través de una oferta al público entendida como invitación a ofrecer, el proveedor espera la mayor cantidad de contratantes sin tener en consideración sus unidades disponibles. Simplemente nefasto.

La oferta al público es una oferta, en cualquier sentido. Que no tengan en su naturaleza el carácter recepticio, no implica que deje de serlo. El tráfico y la

velocidad comercial, tiende a la indeterminación de las personas, es decir, la generalización de un grupo gigante de personas que comúnmente pretenden contratar, en este sentido es imposible identificar a cada una de las personas, por ende, la carencia del carácter recepticio no es impedimento jurídico, para que la oferta pública, pueda surtir sus efectos económicos y contractuales, *contrario sensu*, prescindir del estado de sujeción propio de una oferta, pueda traer consigo perjuicios a los consumidores. De hecho, no resulta lógico ni sostenible que podamos aceptar una contratación en masa, sin que también podamos aceptar una oferta en masa o para la masa.

Todas estas cuestiones deben ser valoradas según la actualidad de la contratación.

Una opinión interesante, nos propone De la Puente y Lavalle (2001:235) cuando menciona:

La conveniencia de que la policitud sea considerada como una invitación a ofrecer es evidente. Ya se ha advertido el peligro que representa que la propuesta al público sea entendida como una oferta cuando las disponibilidades de bienes o servicios del proponente son inferiores a las demandas de los oferentes. De otro lado, suele ocurrir que el proponente no tiene los conocimientos técnicos necesarios para determinar con exactitud cuáles son las condiciones del negocio que desea celebrar, por lo cual espera que quienes sí poseen esos conocimientos le hagan una oferta concreta.

A pesar que el autor propuesto hace este razonamiento para la contratación paritaria, señala más adelante que en la contratación masiva el segundo párrafo del artículo puede dar solución al problema planteado. Esta opinión es muy interesante en la medida que busca solucionar determinados problemas de la institución desde la perspectiva teórica y práctica, sin embargo, creemos que debemos aprovechar la versatilidad de la institución jurídica y el conocimiento que hemos abordado a lo largo de estos años en materia civil y de consumo, para dar un paso adelante.

El hecho que “*si el proponente indica claramente que su propuesta tiene carácter obligatorio valdrá como tal*”; creemos que lo máximo que puede producir es limitar su posibilidad de revocar la oferta, más aún si consideramos que estamos ante un genuino caso de oferta contractual.

Debe considerarse que la oferta al público, cuando tiene todos los requisitos que ya se han indicado, es una auténtica propuesta contractual y así debió haberse reconocido en nuestro Código, porque no existe ninguna razón de orden teórico que sugiera lo contrario y porque, antes bien, precisamente razones de orden práctico de tutela de los consumidores y de seguridad jurídica en general, exigen que así sea. (Forno, 1991, pág. 250).

Sobre esto es conveniente aclarar algunos puntos:

- La oferta al público puede tener alguna indicación sobre la cantidad de bienes que se van a contratar, así se estaría protegiendo al consumidor de alguna u otra manera, al menos se le brinda información que entenderemos es verdadera.
- Como en cualquier otro supuesto, debe prevalecer el orden cronológico de la contratación con el oferente, así hasta que se terminen los bienes objetos de contratación, en la cantidad de contratos que se celebren.
- Si la oferta al público no señala algún límite, es evidente que el consumidor no podría entender que el oferente goza de bienes inacabables o infinitos, o que la misma propuesta durará toda la vida, sino por el contrario, estaremos ante un caso de contratación hasta que se agoten los bienes, situación que en la práctica ante la urgencia o necesita explícita del consumidor, tendría que probar el proveedor oferente que realmente se agotaron los bienes.
- Siempre existirá una presunción de buena fe en los actos mercantiles y contractuales, y sobre la base de esta, en los determinados casos, se deberá resolver las demás controversias.

Finalmente, debemos señalar que la oferta al público tampoco debe confundirse con la oferta al consumidor que estudiaremos más adelante, y que termina por completar un carácter protectorio adecuado a la contratación masiva, o en este caso, a la contratación de consumo.

6.3.4.1.4. Subasta

El artículo 1389 del CC señala:

En la subasta, la convocatoria es una invitación a ofrecer y las posturas son las ofertas.

La obligatoriedad de cada postura cesa desde que se formula otra mejor.

El contrato se celebra cuando el subastador adjudica la buena pro al postor que hasta ese momento ha formulado la mejor postura válida.

Al respecto, De la Puente y Lavalle (1983:66) señala que:

Normalmente en la subasta el subastador propone públicamente la celebración de determinado contrato de acuerdo a un pliego de condiciones (que suele denominarse convocatoria, edicto o proclama) entre las cuales se establece un precio mínimo por debajo del cual no se aceptan posturas, así como la indicación que el contrato se formará con el autor de la postura más favorable.

Analizaremos la referencia normativa brevemente, para ofrecer algunas perspectivas idóneas en torno a la naturaleza jurídica de la subasta.

La subasta es una invitación a ofrecer diversas propuestas u ofertas sobre determinado bien subastado. Al respecto, es interesante señalar lo complejo que resultaría circunscribir esta figura al molde del consentimiento negocial clásico, toda vez que difiere de su naturaleza. Díez-Picazo (1993:300) señala que la subasta es un mecanismo autónomo de contratación, así: *“Existen en este mecanismo o procedimiento tres momentos diferentes, que no puede ser reducidos a los puros y escuetos esquemas de una oferta y de una aceptación. Son el anuncio de la subasta, la licitación o realización de las posturas y el remate o adjudicación de la subasta”*.

En primer lugar, el anuncio de la subasta puede ser una oferta al público, en tanto contenga todos los elementos esenciales para la posterior formación del contrato, aunque las indicaciones en su mayoría se remitan al precio, no existe óbice para considerar se puedan agregar otras cuestiones que configuren la completitud de la oferta al público. De hecho, la eventual modificación del precio base, no entraña una contraoferta, este razonamiento sería erróneo, lo que entraña es la posibilidad de los destinatarios de poder cambiar el precio (siempre elevándolo) porque se entiende directa o indirectamente que está en la posibilidad establecida en el anuncio de la subasta, después de todo, de eso se trata.

En segundo lugar, las diversas posturas, que no serán las que finalmente se adjudiquen la subasta, pueden ser consideradas ofertas caducas, el término “cesar” es incorrecto en este supuesto. Cada una de las ofertas simplemente caducan y dan paso a una nueva oferta vigente y que finalmente, será aceptada, formando el contrato.

En tercer lugar, sobre el remate o la adjudicación de la subasta, este acto podría ser la confirmación del contrato que se ha celebrado en ese preciso momento, y podría confundirse con el de aceptación, que, para efectos prácticos, no cabe mayor ejercicio de análisis en lo que respecta a la buena pro.

6.3.4.2. Oferta a los consumidores

Hemos atendido oportunamente a la formación del consentimiento en la contratación de consumo, destacando las diferencias en cuanto a la formación del consentimiento regulada en nuestro Código Civil y por sobretodo poniendo en la palestra dos consideraciones que se debe tomar en cuenta siempre que hablamos de consentimiento por parte del consumidor: el deber de información y el rol de la publicidad.

En este capítulo desarrollaremos aquellas disposiciones referidas a la oferta al consumidor, destacándose la publicidad como una fuente constante de

comunicación masiva, y en muchos casos de información hacia un público indefinido como la gran masa de consumidores, haciendo desaparecer cualquier clase de etapa de negociación preliminar.

Este fenómeno crea, de alguna u otra manera exigencias para el proveedor y nuevas disposiciones de control entorno a la posibilidad de confusión o engaño a través de la publicidad.

Sobre estos temas se desarrolla este tópico.

6.3.4.2.1. El rol de la publicidad en el consumidor

Destacamos la importancia de la publicidad en el consumidor a tal punto que nuestro CPDC le ha asignado un subcapítulo II sobre Protección del consumidor frente a la publicidad, que contiene seis artículos.

Comenzaremos por hablar de publicidad y posteriormente retomaremos al análisis de esta sección.

El inciso d) del artículo 59 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal (en adelante LRCD), define el término publicidad como:

toda forma de comunicación difundida a través de cualquier medio o soporte, y objetivamente apta o dirigida a promover, directa o indirectamente, la imagen, marcas, productos o servicios de una persona, empresa o entidad en el ejercicio de su actividad comercial, industrial o profesional, en el marco de una actividad de concurrencia, promoviendo la contratación o la realización de transacciones para satisfacer sus intereses empresariales.

En este mismo sentido Hung (1972:11) entiende a la publicidad como: “*La comunicación de un mensaje destinado a informar al público sobre la existencia de productos o servicios y a influenciar la conducta de los compradores de tales productos o servicios, divulgado por un medio pagado y emitido con fines comerciales.*”

Otra definición de García (2008:29): *“un proceso de comunicación externa, interpersonal y controlada que, a través de medios masivos, pretende dar a conocer un servicio, idea o institución, con objeto de informar y/o influir en su compra o aceptación”*.

En todas definiciones podemos observar que son requisitos de la publicidad el ser un mecanismo de información y persuasión para el consumidor, además de revestir un carácter económico y comercial. En este sentido, Sumar y Avellaneda (2012: 50) señalan que:

(...) cuando dos empresas quieren competir entre ellas, lo harán brindando a los consumidores mejores condiciones para la adquisición de sus productos, sea en referencia al precio o la calidad de los estos. Pero también es cierto que dichas condiciones no serían de utilidad para las empresas si no pudieran ser conocidas por los consumidores. Es entonces que se convierte en relevante la publicidad; como el principal mecanismo destinado a que los consumidores reciban dicha información y la competencia sea posible.

Así, en el mundo del consumo es imprescindible hablar de la publicidad que acompaña siempre a un producto para potenciar su comercialización y existen al respecto una serie de disposiciones destinadas a regular que la información que se proporciona cumpla con requisitos mínimos de legalidad, veracidad, autenticidad, pertinencia y lealtad, para que los mensajes publicitarios no sean engañosos en su texto ni en sus efectos residuales. (Durand, 2008, pág. 189).

Leamos lo que escribe, Japaze (2015: 309):

El desarrollo del fenómeno publicitario nos lleva a reconocer que constituye uno de los núcleos básicos en torno a los que gira la economía y se erige como el medio idóneo para facilitar el funcionamiento del mercado. La publicidad sirve como principal arma de lucha entre los empresarios competidores y es el puente entre aquéllos y el público consumidor.

Los estudios del mercado demuestran que hasta el mejor producto o servicio moriría en las estanterías o carpetas de los empresarios productores de no ser por la publicidad que los acerca e instala en la gente. "La publicidad es el producto" o, dicho de otro modo, "el producto es, ante todo, su imagen", lo que el público ve o cree ver en aquello que se le ofrece

Solo de esta forma podemos entender la relación unívoca entre la publicidad y el consumidor, y en este mismo sentido la relación de la publicidad y las necesidades humanas, muchas de ellas creadas a través de mecanismos publicitarios y técnicas de marketing más sofisticadas y extendidas con el transcurrir del tiempo y que llegan de manera efectiva a los consumidores, quienes sobre la base de la información brindada y un conjunto de emociones – generadas por la publicidad- tomarán la decisión que mejor les convenga, al menos en teoría.

Y en este punto la intervención del Estado a través de una legislación protectoria resulta fundamental para mantener y propiciar un mercado transparente, creciente y con oportunidades para todos sus agentes.

Mencionamos que la finalidad de la publicidad es informar y seducir, lo que deberíamos entender es que ambas finalidades o funciones se den en sentido equitativo, es decir, que se muestra información verdadera y pertinente sobre determinado producto y servicio a la vez que, con esta información, se impregna un carácter de seducción para su adquisición o contratación, esto es lo que debería suceder, pero muchas veces la realidad es opuesta. La publicidad se ha enfocado en seducir al consumidor más que en brindar información.

Y esto último lo entendemos por la necesidad propia del marketing, que tiene como función captar la atención del mayor público posible, generar el deseo de contratar, generar la necesidad de lo que ve el consumidor. Se comprende con mayor practicismo, que la información real y pertinente, puede ser dada posteriormente, por ejemplo, al momento de contratar.

Es por ello que creemos que la regulación de la actividad publicitaria dentro de un marco general de mercado debe responder a las siguientes disposiciones:

- Garantizar el ejercicio de la libertad de expresión del proveedor, reconocido a nivel constitucional.
- Garantizar la libre competencia, prohibir y sancionar cualquier clase de actos que atenten contra la leal competencia a través de la publicidad.
- Velar por el cumplimiento de los valores supremos reconocidos por el ordenamiento jurídico, que no deben ser transgredidos por ninguna clase de publicidad.
- Proteger al consumidor ante cualquier situación de vulnerabilidad, desequilibrio, engaño, confusión o cualquier práctica abusiva proveniente del ejercicio distorsionado de la actividad publicitaria.

En esto último enfocaremos nuestro análisis.

El CPDC ha establecido en su artículo 13 que:

La protección del consumidor frente a la publicidad tiene por finalidad proteger a los consumidores de la asimetría informativa en la que se encuentran y de la publicidad engañosa o falsa que de cualquier manera, incluida la presentación o en su caso por omisión de información relevante, induzcan o puedan inducirlos a error sobre el origen, la naturaleza, modo de fabricación o distribución, características, aptitud para el uso, calidad, cantidad, precio, condiciones de venta o adquisición y, en general, sobre los atributos, beneficios, limitaciones o condiciones que corresponden a los productos, servicios, establecimientos o transacciones que el agente económico que desarrolla tales actos pone a disposición en el mercado; o que los induzcan a error sobre los atributos que posee dicho agente, incluido todo aquello que representa su actividad empresarial.

Al respecto, es importante que el sistema de protección al consumidor establezca una norma especial para la protección al consumidor frente a la publicidad, tomando en consideración la importancia de esta en la contratación.

Dos puntos relevantes sobre este artículo.

En primer lugar, menciona que la protección frente a la publicidad se fundamenta en la asimetría informativa, concepto bastante conocido en nuestra materia.

De hecho, la existencia de la asimetría en la contratación de consumo, es natural a la propia relación, es decir, preexistente; no habrá posibilidad que un consumidor conozca más que un proveedor, por ende, un poco más o un poco menos, siempre estará ante una situación de asimetría informativa, la cual a su vez, fundamenta el principio contenido en el artículo V inciso 4) que señala:

Las normas de protección al consumidor buscan corregir las distorsiones o malas prácticas generadas por la asimetría informativa o la situación de desequilibrio que se presente entre los proveedores y consumidores, sea en la contratación o en cualquier otra situación relevante, que coloquen a los segundos en una situación de desventaja respecto de los primeros al momento de actuar en el mercado.

Vega (2001: 95-96) señala al respecto: *“(...) a pesar que los operadores suministran información al mercado, ella no siempre suele ser completa. El consumidor se encuentra en una situación desventajosa ya que, generalmente, solo recoge la información que la empresa arroja”*. Es por ello que existe una asimetría informativa, siempre presente y evidente entre el consumidor y proveedor, y lo que buscan las normas de consumidor, es, más que corregirla, mediatizarla de tal modo que la información sea útil para el consumidor y no genere un exceso de gasto a la empresa. Se contrata sobre información relevante, no debemos olvidar eso, más aún, si hablamos de contratación de consumo.

Por otro lado, la finalidad de la protección es efectivamente tutelar al consumidor frente a la publicidad engañosa o falsa que, de cualquier manera, incluida la presentación o en su caso por omisión de información relevante, induzcan o puedan inducirlos a error.

Al respecto, sobre el engaño, el CPDC no establece alguna primera aproximación, por ende, tenemos que remitirnos a la LRCD, así el artículo 8 señala qué son actos de engaño:

Consisten en la realización de actos que tengan como efecto, real o potencial, inducir a error a otros agentes en el mercado sobre la naturaleza, modo de fabricación o distribución, características, aptitud para el uso, calidad, cantidad, precio, condiciones de venta o adquisición y, en general, sobre los atributos, beneficios o condiciones que corresponden a los bienes, servicios, establecimientos o transacciones que el agente económico que desarrolla tales actos pone a disposición en el mercado; o, inducir a error sobre los atributos que posee dicho agente, incluido todo aquello que representa su actividad empresarial.

Y el artículo 9 sobre los actos de confusión:

Consisten en la realización de actos que tengan como efecto, real o potencial, inducir a error a otros agentes en el mercado respecto del origen empresarial de la actividad, el establecimiento, las prestaciones o los productos propios, de manera tal que se considere que estos poseen un origen empresarial distinto al que realmente les corresponde

Sobre los actos de engaño, y en especial sobre la publicidad engañosa, es preciso señalar la definición que nos ofrece la Directiva 2006/114/CE del Parlamento Europeo que señala en su artículo 2 inciso b), de manera precisa que es: *“toda publicidad que, de una manera cualquiera, incluida su presentación, induce a error o puede inducir a error a las personas a las que se dirige o afecta y que, debido a su carácter engañoso, puede afectar su comportamiento económico o que, por estas razones, perjudica o es capaz de perjudicar a un competidor”*.

Nos resulta interesante el hecho de resaltar que una publicidad engañosa puede afectar el comportamiento económico de la persona, es decir, influye de

manera perversa a tomar un decisión errónea y perjudicial sobre la falsedad de la información atribuida.

No debe perderse de vista que la ilicitud del tipo viene dada por su contradicción con los bienes que el ordenamiento intenta tutelar: el interés de la comunidad toda que desea un mercado transparente, libre de prácticas deshonestas; el interés de los demás competidores que procuran establecer una lucha leal y limpia, exenta de prácticas perniciosas; y el interés de los consumidores, de acceder al consumo en condiciones de trato digno, equitativo y con respeto de sus libertades y derechos. (Japaze, 2015, pág. 334).

Así podemos observar que, a través de la publicidad, todos los agentes terminan perdiendo, incluyendo al que actuó contraviniendo la ley, y peor aún, al propio mercado.

Sobre los actos que a través de la publicidad generen confusión, la Directiva 2006/114/CE no se refiere expresamente solo describe la confusión en su artículo 4 inciso h, y bajo el supuesto de una actividad comparativa: *“que no dé lugar a confusión entre los comerciantes, entre el anunciante y un competidor o entre las marcas, los nombres comerciales, otros signos distintivos o los bienes o servicios del anunciante y los de algún competidor”*.

Al respecto, Ascarelli (1970: 203) señala que:

la primera categoría de actos de concurrencia desleal son los actos de confusión idónea que sean capaces de producir daño, es decir, los actos de concurrencia cuyas modalidades violen el interés a la diferenciación entre los concurrentes, que llevan a desviar a la clientela de un concurrente determinado, en cuanto a confundir los productos o servicios, la empresa, los locales, la propia actividad comercial o industrial de otra empresa en la que se incluye la confusión entre los signos distintivos, no obstante su autonomía conceptual y legal (marcas de productos y servicios, nombres comerciales, marcas colectivas, marcas de certificación, slogans, lemas comerciales y denominaciones de origen). La confundibilidad deberá valorarse teniendo en cuenta un consumidor de tipo medio

y en relación a la presentación completa de productos, empresas y actividades, de modo que el examen analítico y la impresión general que el aspecto pueda provocar en la media del público.

Se destaca la valoración del consumidor medio para cualquier interpretación normativa de la publicidad puesta a consideración de algún acto de confusión y la generación del posible daño en el consumidor.

Otros actos de competencia desleal, que se pueden materializar a través de la publicidad, y cuya real tutela recae en el propio competidor por el objeto de protección, pero que eventualmente pueden afectar al consumidor son los actos de explotación de la reputación ajena, señalados en el artículo 10 de la LRCD como:

Consisten en la realización de actos que, no configurando actos de confusión, tienen como efecto, real o potencial, el aprovechamiento indebido de la imagen, el crédito, la fama, el prestigio o la reputación empresarial o profesional que corresponde a otro agente económico, incluidos los actos capaces de generar un riesgo de asociación con un tercero.

Actos de denigración, señalados en el artículo 11:

Consisten en la realización de actos que tengan como efecto, real o potencial, directamente o por implicación, menoscabar la imagen, el crédito, la fama, el prestigio o la reputación empresarial o profesional de otro u otros agentes económicos.

O los actos de comparación y equiparación indebida, señalados en el artículo 12:

Los actos de comparación consisten en la presentación de las ventajas de la oferta propia frente a la oferta competidora; mientras que los actos de equiparación consisten en presentar únicamente una adhesión de la oferta propia sobre los atributos de la oferta ajena.

Estos actos, pueden causar perjuicio al consumidor a través de la publicidad en la medida que no ofrecen información verdadera y objetiva, sino por el contrario información falsa y distorsionada, para ganarse a los consumidores que deciden erróneamente sobre la base de esta información.

Finalmente, antes de revisar algunas disposiciones específicas en torno a la protección del consumidor sobre la publicidad debemos señalar la importancia del artículo 7 de la LRCD:

7.1.- La determinación de la existencia de un acto de competencia desleal no requiere acreditar conciencia o voluntad sobre su realización.

7.2.- Tampoco será necesario acreditar que dicho acto genere un daño efectivo en perjuicio de otro concurrente, los consumidores o el orden público económico, bastando constatar que la generación de dicho daño sea potencial.

Este artículo señala con suma claridad que no es necesario acreditar que se genere el daño en el consumidor, simplemente que exista posibilidad de generarse ese daño, y, por otro lado, que no se exime al proveedor de la responsabilidad por actos de competencia desleal, el hecho que no haya sido voluntario, de tal manera que la asignación de la responsabilidad es objetiva.

Brilla por su ausencia en el CPDC y en la LRCD alguna alusión clara a la publicidad abusiva, quizá por el tema de su indefinición y sentido subjetivo de interpretación, sin embargo, creemos que conjuntamente con la publicidad engañosa o tendiente a confusión, la publicidad abusiva también es importante en la protección al consumidor.

El Código de Protección al Consumidor de Brasil de 1990 señala sobre publicidad abusiva en su artículo 37 inciso 2):

Es abusiva, entre otras la publicidad discriminatoria de cualquier naturaleza, a que incite a la violencia, explore el miedo o la superstición, se aproveche de la deficiencia de juicio y experiencia del niño, no respete valores ambientales, o que sea capaz de

inducir el ambiente consumidor que se comporte de forma perjudicial o peligrosa a su salud o seguridad.

Por su parte, Stiglitz (1994: 139) señala algunas disposiciones que de alguna u otra manera pueden describir prácticas que la publicidad no debe contener y difundir:

- a) dañar el respeto por la dignidad humana;
- b) incluir cualquier discriminación por raza, sexo o nacionalidad;
- c) ser ofensivos a creencias políticas o religiosas;
- d) incentivar conductas dañosas a la salud o seguridad;
- e) incrementar conductas dañosas al medio ambiente.

En el Perú, las referencias se han limitado a la publicidad dirigida a menores y a la violación del principio de adecuación social, enfocándose en actos ilegales o actos de discriminación, sin que la normativa en conjunto contemple, enuncie o identifique otras situaciones.

6.3.4.2.2. Incorporación del contenido publicitaria en la oferta

El artículo 46 del CPDC señala que:

La oferta, promoción y publicidad de los productos o servicios se ajusta a su naturaleza, características, condiciones, utilidad o finalidad, sin perjuicio de lo establecido en las disposiciones sobre publicidad.

El contenido de la oferta, promoción o publicidad, las características y funciones propias del producto o servicio y las condiciones y garantías ofrecidas obligan a los proveedores y son exigibles por los consumidores, aun cuando no figuren en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido.

Sobre esto, es pertinente analizar la oferta al consumidor.

Debemos recordar que todos los deberes precontractuales que se le exigen al proveedor, en razón del suministro de información, tienen su fundamento último en el principio de buena fe, que impone a las partes la obligación de comportarse lealmente en la fase previa a la celebración del contrato. La finalidad que se persigue al imponer estas obligaciones es que el consumidor o usuario disponga de la información suficiente sobre las características fundamentales del bien o servicio que se le ofrece para que, de ese modo, el consumidor pueda formar correctamente su voluntad contractual. (Sirven, 2009, pág. 19-20).

Pero esta protección al consumidor no solo se limita a la etapa de tratativas o la información sobre el producto sino también se extiende a la publicidad, mediante la incorporación de algunos supuestos al contrato de consumo final.

Dado que la publicidad es un mecanismo de atracción al cliente, y que muchas veces contiene información sobre determinados productos o servicios, desde la óptica del Derecho del Consumidor, la publicidad se integra al contrato en tanto las afirmación y proposiciones que contenga ella.

Esto tiene mucho sentido, pero hay que ser precisos para determinar que la publicidad en sí misma no es ni puede ser, una oferta contractual, nos coloca más cerca a pensar que se trata de una invitación a ofrecer, entonces ¿cuál es su rol dentro de la oferta? Simplemente completa la oferta final con lo que se ha expuesto en la publicidad, es decir, nos importa su rol informativo y la información que contenga o difunda.

Al respecto, Díez-Picazo (1991:18) reflexiona:

Los civilistas de cuño tradicional, entre los cuales, sin duda, me hallo, no habíamos prestado nunca especial atención al problema de la relación entre publicidad comercial y contratación. Entendíamos, desde luego, que no integraba una oferta de contrato el mensaje publicitario. Y que más bien lo que se podía encontrar

en él es lo que la doctrina denominaba las invitaciones *ad offerendum*

Después de esto, cabe señalar que no cualquier clase de publicidad puede integrarse al contrato, sería ilógico que el consumidor reclamase alusiones que no son factibles en el mundo material o que son difundidas mediante la utilización de metáforas, fantasías o evidentes exageraciones, después de todo, la LRCD permite este tipo de publicidad a través de lo que denomina licencias publicitarias en su artículo 20: *“En el ejercicio de la actividad publicitaria se encuentra permitido el uso del humor, la fantasía y la exageración, en la medida en que tales recursos no configuren actos de competencia desleal”*.

La publicidad que debe tomarse en consideración es aquella de carácter informativo, es aquella que pueda señalar alguna condición, característica o componente importante en el producto o servicio, llámese alguna cualidad especial, la utilización de un material importante en su contenido, o simplemente, el precio o los lugares de venta. Esta publicidad es la que deberá integrarse a la oferta contractual.

El artículo 14 del Código señala algunas exigencias que son interesantes repasar:

14.1 La publicidad de promociones de ventas debe consignar, en cada uno de los anuncios que la conforman, la indicación clara de su duración y la cantidad mínima de unidades disponibles de productos ofrecidos. (...)

14.2 Cuando existan condiciones y restricciones de acceso a las promociones de ventas, éstas deben ser informadas en forma clara, destacada y de manera que sea fácilmente advertible por el consumidor en cada uno de los anuncios que las publiciten (...)

14.3 La fuente de información indicada en el párrafo anterior debe ser un servicio gratuito de fácil acceso para los consumidores e

idóneo en relación con el producto o servicio y el público al que van dirigidos los anuncios (...)

14.4 La información complementaria no consignada en los anuncios y puesta a disposición a través de una fuente de información distinta debe ser consistente y no contradictoria con el mensaje publicitario.

Así, el proveedor debe cumplir con todo lo expuesto en la publicidad, anuncios y promociones siempre que estos sean razonables y que tengan un sustrato fáctico importante que respalde lo que se ha anunciado.

Este artículo también guarda relación con la protección a las expectativas del consumidor, toda vez que el consumidor contrata sobre la base de lo que observa y sobre ello se genera en mente una posible adquisición del producto para sus fines más particulares, en este sentido, si la publicidad ofrece determinada característica del producto o servicio y eventualmente, al momento de contratar no se la ofrecen, el consumidor experimenta una decepción que no debe ser pasada por alto, sin que de por medio, exista un razonamiento sobre publicidad engañosa.

Podemos afirmar entonces que el consumidor podrá exigir lo que se haya ofrecido en la actividad promocional o publicitaria, no pudiendo el empresario alegar que en el contrato relativo a la adquisición de los bienes o servicios no aparece recogido, generando el incumplimiento en su caso, responsabilidad contractual. Las precisiones que aparecen en los anuncios, por parte de aquellos que pretenden colocar sus productos o servicios en el mercado, se integrarán al contrato que se celebre con el consumidor, sin importar su transcripción o no en el correspondiente instrumento (de existir éste, claro está). El oferente, en suma, deberá responder indefectiblemente por aquello a lo que se ha obligado a través de la publicidad, bajo las precisiones anteriormente realizadas. (Wajntraub, 2004, pág. 58).

Aquí podemos darnos cuenta que lo que se protege a través de estas disposiciones es la confianza del consumidor, no se busca castigar o sancionar al proveedor, el sentido de la norma es salvaguardar esa confianza que le

genera al consumidor observar una publicidad y adquirir el producto o servicio del proveedor.

Font (1988:32-33) lo explica de la siguiente manera:

Esa confianza comienza a formarse a distancia y a largo plazo a través de los actos promotores de la contratación, que, luego, son sucedidos, cuando el consumidor responde a los estímulos publicitarios, por actos promotores del contrato que tienen ya por objeto promover la celebración inmediata o a corto plazo del contrato, presentando para ello, como parte de su contenido, declaraciones de voluntad dirigidas al público configuradoras de ofertas de contrato o de meras invitaciones a ofrecer; de no ser así, sucedería que el empresario-oferente se negaría a contratar con todo consumidor exigente, quisquilloso para el empresario, lo que bloquearía la acción para exigir el contenido de la publicidad.

Por otro lado, es importante señalar que este tipo de oferta se aleja de la oferta contractual contenida en el Código Civil, por su falta de receptividad. Habíamos visto algunos breves esbozos argumentando el carácter de indeterminación de la oferta al público y su poca incidencia en la práctica, al considerarse una oferta contractual legítima, pese a no tener el requisito de receptividad.

En esta oportunidad nos encontramos ante un fenómeno muy similar, pero con algunos matices.

- El oferente de la relación: la oferta al consumidor tiene que ser realizada siempre por el proveedor; mientras que la oferta al público puede realizarse por cualquier personas, natural o jurídica, tenga la condición de proveedor o no.
- El destinatario de la oferta: en la oferta al consumidor, es evidente que es el propio consumidor destinatario de esta; en la oferta al público, esta palabra puede englobar en efecto a la gran masa de consumidores, sin embargo, también puede recaer en su especificidad determinando cualidades propias de determinadas personas, lo cual no engloba el concepto más amplio sobre consumidor.

- El tipo de contratación: es evidente que, en cualquiera de los casos, hablamos de una contratación masiva.
- Los bienes: debe existir certeza sobre los bienes en ambos casos
- La tutela jurídica: la oferta al consumidor está regulada por el Código de Protección y Defensa del Consumidor, mientras que la oferta al público está regulada por el Código Civil; a pesar de ello consideramos que son categorías que pueden integrarse dada su naturaleza jurídica y el sentido práctico de ambas, o su defecto, convivir en un mismo cuerpo normativo sin mayores problemas.

Toda oferta a los consumidores – por la forma que se realiza- es una oferta al público; pero no toda oferta al público es una oferta a los consumidores. (Vega, 2001, pág.151); al menos no en el estado actual de ambas instituciones.

Por lo demás, la justificación de la integración de la publicidad a la oferta contractual, en el sentido que hemos expuesto, es porque su consentimiento se ha formado sobre la base de esta, incluso si la celebración del contrato es por adhesión o si ha suscrito las cláusulas generales de contratación; estos supuestos no cambian en absoluto el “querer interno” y la declaración de aceptación al contrato, sobre el mensaje que la publicidad ha dejado en la mente del consumidor, en definitiva, sería una nítida voluntad de contratar.

6.3.5. Contrato por adhesión

Los contratos en masa, predispuestos, standard, automáticos, tipo, formularios, formato, machote o simplemente contratos por adhesión tal como lo conoce nuestra legislación nacional civil y de consumo, fuera de las particularidades teóricas que se le puede atribuir a cada uno de los términos mencionados, son generalmente entendidos como aquellos donde una parte predisponente reglamenta el contenido contractual respecto de la posibilidad de aceptación o rechazo de la otra parte.

Son llamados contratos por adhesión, a aquellos supuestos en los cuales una de las partes, que generalmente es un empresario mercantil o industrial que realiza una contratación en masa, establece un contenido prefijado para todos

los contratos de un determinado tipo en el ejercicio de la empresa que realicen. (Diez-Picazo, 1993, pág. 323).

Esta especie de contratos concierne a una modalidad de la oferta, la cual es emitida en ellos con un contenido rígido e inamovible. Dicha modalidad es propia de la denominada política de supermercado, porque sólo da al oferente la alternativa "tómelo o déjelo" (*take it or leave it*). No hay margen para contraofertar, para regatear, en fin, para modelar el contrato con participación del aceptante. Su libertad contractual queda confinada a la autodecisión (facultad de contratar o no) la cual ni siquiera subsiste en los contratos celebrados por adhesión. (Alterini, 1999, pág. 130).

El Código Civil define en su artículo 1390: "*el contrato es por adhesión cuando una de las partes, colocada en la alternativa de aceptar o rechazar íntegramente las estipulaciones fijadas por la otra parte, declara su voluntad de aceptar.*"

La doctrina civil y comercial han sido proclive a su estudio, al paso que los Códigos de todo el mundo incorporaban disposiciones entorno a esta institución jurídica; podría decirse que era una forma socializar el Derecho Privado, siempre de raigambre liberal, y regular una materia que en la práctica se podía observar día a día, además que su campo de acción era cada vez más amplio, erigiéndose incluso por sobre cualquier contrato negociado o típico.

Fue Saleilles el primer jurista que dedicó un estudio doctrinario destacando la importancia del contrato por adhesión en la práctica contractual postindustrial. De la Puente y Lavalle (2017: 528) nos comenta al respecto:

Quizá desde que en 1902 Saleilles mostró perplejidad ante la construcción jurídica que debía darse a unos contratos que él llamó, a falta de otra denominación más adecuada, contratos de adhesión, pocos temas, con la posible excepción de la lesión y la teoría de la imprevisión, han suscitado tanta atención en la doctrina contractualista.

Por su parte, Saleilles (1902)⁴⁷ quien por aquel entonces mencionaba: “*Hay unos pretendidos contratos que no tienen de contratos más que el nombre... a falta de una mejor definición, podrían llamarse contratos de adhesión, en los cuales existe la predominancia exclusiva de una sola voluntad*” (Como se cita en Tapia y Valdivia, 2002, pág.22)

El citado autor observó que la contratación en masa a principios del presente siglo, referida principalmente a los contratos de trabajo, de seguro y transporte, no descansaba en el consentimiento libre de los contratantes, sino que el esquema bilateral del Código (de Francia) se había sustituido por lo que él llamó “contrato de adhesión”; expresión generalizada posteriormente por la doctrina. A su juicio, la consecuencia más notable radicaba en la negación de la naturaleza contractual de esta práctica negocial, pues se daba el predominio absoluto de una voluntad sobre la otra. Con independencia que en los años posteriores se avivara este planteamiento tras la aparición de nuevas figuras que ponían en evidencia a la concepción tradicional del contrato, tales como los contratos forzosos o los planificados. (Orduña, 1998, pág. 258).

Sobre la utilización correcta del término Rezzónico explica: “*Con miras a auxiliar la permanencia del vocablo y de la idea de contrato, se propone designar el fenómeno contrato “por” adhesión en vez de contrato “de” adhesión*”.

Sobre el contenido textual de la definición normativa tenemos que hacer algunos comentarios.

En primer lugar, se menciona que inexorablemente una de las partes está colocada en la alternativa de rechazar o aceptar las estipulaciones. Al parecer esta parte solo tendrá la posibilidad de ejercer su libertad para contratar, viéndose la libertad contractual, restringida o en este caso anulada por la misma práctica contractual, más no, en su derecho subjetivo.

⁴⁷ Raymond Saleilles fue un jurista francés. Se conoce como uno de los precursores del estudio del derecho comparado. La obra en la que se referencia por primera el término contratos de adhesión es publicada en 1902 bajo el nombre de “*De la déclaration de volonté, contribution a l'étude de l'acxte juridique dans le Code Civil allemand (Art. 116 á 144)*”.

Aquí el rol de la autonomía de voluntad se pone en discusión paulatinamente, porque impide al adherente que participe en una verdadera negociación y llegue a dar su consentimiento en el juego de intercambiar ofertas y aceptaciones parciales hasta llegar al pleno acuerdo (Suescún, 2005, pág. 8)

Lo cierto es que el consentimiento se mantiene en un contrato de adhesión, eso no se pone en juego; lo que está restringido en la celebración de este tipo de contratos es la capacidad de las partes de negociar las cláusulas, es decir, no existe la posibilidad de postular una contraoferta a la otra parte.

Si bien es un contrato masivo, se utiliza para fines de contratación con muchas personas, la propia naturaleza del mismo nos hace indicar que, en relación a un contrato negociado, cuando el oferente envía su oferta a la otra parte, y esta última, acepta esa oferta sin discutir, también estaríamos naturalmente ante un contrato de adhesión, en sentido práctico.

Stiglitz (1994:185-186) lo describe de la siguiente manera:

Existen fórmulas contractuales donde, por predispuestas, la voluntad de uno de los contrayentes (adherentes) se limita solo a decidir si contrata. De esta manera, el consentimiento que aquel presta es el único acto voluntario con que contribuye a la formación del acto. Al hallarse eliminada la etapa de tratativas, el consumidor queda sustraído de participar en ella y de manifestarse. Por lo demás, el presupuesto esencial del sistema de contratación a tipos constantes, consiste en que solo el empresario crea el contenido negocial. Existe consentimiento y, por ende, contrato, pero la atmósfera contractual se halla enrarecida, y ello consolida la desigualdad formal.

Se entiende entonces, que el consentimiento no está limitado, ni mermado, ni restringido. Debe quedar claro que el hecho que una de las partes oferte a la otra un contenido contractual sin que la última pueda modificar no afecta la esencia del futuro contrato, a fin de cuentas, si una parte acepta una oferta, es porque también está de acuerdo con lo establecido en el contrato, así la concurrencia de ambas declaraciones de voluntad permanece vigente.

Otra cuestión es, lo referido a la inexistencia de la igualdad formal, y por supuesto, fáctica que juega un rol importante en este tipo de contratación, y que por lo demás, ya lo hemos explicado en diversos pasajes de la presente investigación.

En segundo lugar, es importante resaltar que tal como se menciona, en el texto las estipulaciones fijadas por la otra parte, deben ser aceptadas de manera completa, no existe posibilidad que la parte aceptante pueda negociar ni siquiera una parte parcial de las estipulaciones, como podría ocurrir en algunos contratos de consumo o la desconfiguración de la naturaleza de adhesión que hace referencia el artículo 1395: “ *Las partes pueden convenir expresamente que determinadas cláusulas generales de contratación aprobadas por la autoridad administrativa, no se incorporen a la oferta en el contrato particular que ellas celebran*”.

Esto se coliga de tal manera que no se trata de una imposición o una lógica de sí y solo sí; sino que es simplemente un mecanismo para aceptar o rechazar lo que se pone delante del adherente. Consideramos que se podría hablar de imposición en los contratos celebrados con proveedores monopólicos, es decir, que sean las únicas personas que ofrezcan determinados bienes o servicios, al adherente que quisiera contratar sobre esos bienes o servicios, no le quedaría opción de aceptar tal y como está el contenido del contrato, e incluso, de aceptar que con esa única persona contratará.

De la Puente y Lavalle (2017:532) señala que estos contratos pueden recibir el nombre de contrato prácticamente necesario, en tanto:

sin ser su necesidad impuesta por el ordenamiento jurídico, la parte débil, entendida como aquella compelida por las circunstancias a obtener bienes y servicios cuya provisión se encuentra monopolizada por un grupo de empresas, se encontró colocada en la necesidad de contratar, aceptando las condiciones impuestas por tales empresas.

Suescún (2005:25) con una redacción más alarmante prefiere denominarlos contratos de dependencia económica y los define como:

(...) aquellos que rigen una actividad profesional en la que uno de los participantes, “el sometido”, depende para su existencia o supervivencia de la relación contractual regular, privilegiada o exclusiva, que ha establecido con su concordante, “la parte privilegiada”, lo que da como resultado colocarle bajo su dependencia económica y bajo su dominio.

Fuera del nombre que se le utilice o las características particulares de cada caso, estamos ante una contratación que irremediamente se suscita en la práctica diaria, y donde, a consecuencia del poder que tiene aquel que redacta las estipulaciones, son proclives para la realización de abusos y aprovechamientos indebidos sea por necesidad, ignorancia, descuido; lo curioso es que estos abusos se dan contra la parte más débil que generalmente son los consumidores (dado la contratación masiva) y que generalmente son los que sostienen estas “cualidades” en su desfavor.

Creemos que, para los objetivos de nuestra investigación, la importancia de este contrato, más que su facilidad, vigencia, utilización y velocidad respecto de la comercialización⁴⁸, radica en el estudio de su propio contenido, es decir, de la posibilidad que tiene el predisponente de establecer cláusulas generales de contratación, y que esta redacción, no pueda constituir un abuso o lesión de los derechos del adherente.

Repasaremos algunas cuestiones que merecen nuestra atención.

6.3.5.1. Necesidad de su utilización en el tráfico mercantil

El contrato por adhesión nace en un contexto de economía mundial, la velocidad, dinamismo y celeridad de las relaciones humanas, han impactado en el campo del contrato, de tal manera que este no puede quedarse estancado

⁴⁸ La moderna economía, caracterizada por la producción “standarizada” y en masa de bienes y servicios y del vasto consumo y comercio de ellos, ha favorecido la difusión de un tipo particular de negociación orientada a permitir la rapidez de la circulación de productos a través de la predisposición de esquemas contractuales uniformes y la consiguiente simplificación del iter formativo del contrato. Este sistema de contratación permite reducir al mínimo las tratativas sin perder un margen indispensable de flexibilidad, de esta manera la contratación sobre la base de cláusulas generales de contratación representa una respuesta audaz e inteligente a dicho requerimiento. (Ferri, 1982, p. 112; De la Puente y Lavalle, 2011, p.71).

en el tiempo; la negociación, las tratativas y las conversaciones propias de un contrato discrecional, hoy en día serían costos mayores (tiempo, urgencia, necesidad, inmediatez, dinero) que los contratantes no estarían dispuestos a asumir.

Las necesidades de racionalización y de celeridad de los intercambios han llegado más lejos y han producido determinados tipos de comportamientos sociales, que, sin previa relación interpersonal, determinan la obtención de los bienes a que se aspira. Así, los fenómenos de estandarización y de automatización de la materia contractual dan lugar a dos tipos de fenómenos, que habrán de ser objeto de estudio especial: los contratos de adhesión o contratos tipo, con un contenido pre formulado, denominado hoy como “condiciones generales de la contratación”, y lo que pueden denominarse relaciones contractuales de hecho o derivadas de una conducta social típica. (Diez-Picazo, 1993, pág. 131).

Sucede que el tráfico en masa nos enfrenta al consumidor anónimo, que solo adquiere cierta personificación cuando llega a la ventanilla, al mostrador o al distribuidor automático. Se evidencia aquí toda la ausencia de subjetividad propia del tráfico de masa, presentándose la relación impersonal. Surge entonces un cliente abstracto, muchas veces identificado por un número. (Rezzónico, 1987, pág. 6).

Todo este panorama de contratación masiva, nos hace preguntarnos ¿cuáles son las razones de la utilización de los contratos por adhesión?

Con el nacimiento del mercado, el crecimiento demográfico, la gradual globalización y el auge de la producción industrial, se necesita de un contrato que sirviera para los fines de circulación de los bienes y servicios de manera masiva.

Así, los proveedores estructuraron estrategias y planeamientos orientados a gozar de una posición preponderante en el mercado, de tal manera que, se necesitaba despojarse de los obstáculos que restringieran esta tendencia, se tenía que estandarizar los procesos de comercialización de los bienes que salían en masa de las fábricas, dando como resultado la aparición de contratos

con contenido predispuesto por empresas que ostentaban posiciones monopólicas u oligopólicas o por productores en serie de diversas clases de bienes y servicios. Se imponía el nuevo contrato como correlato de la organización empresarial. (Vega, 2001, pág. 31).

EcheverrÍ (2010: 136) añade lo siguiente:

Aparece un nuevo sujeto de gran importancia para el derecho y que afectaba la concepción tradicional del contrato, como un acto jurídico entre iguales: el empresario, quien es la persona encargada de la producción de los bienes y servicios que, al contar con gran mano de obra y con maquinaria se encontró con las posibilidades que le ofrecía un mercado en el cual él podía cada día ofertar más y más, bienes y servicios. Dado lo anterior, se hacía necesario que el instrumento a través del cual se posibilitaba la circulación en el mercado de bienes y servicios, es decir, el contrato, se flexibilizara haciendo posible la concreción de un mayor número de negocios en el menor tiempo posible. De ahí surge el llamado contrato masificado o de adhesión.

Por su parte, Rezzónico (1987: 9-10) también señala una serie de razones que detallaremos brevemente:

- Razones económicas. – En referencia al estadillo de la industrialización y los cambios sustanciales en la producción y comercialización de bienes, determinando que una uniformidad y estandarización en la producción obtuviera una solución jurídica también uniforme y estandarizada.
- Elementos tecnológicos. - A través de la automatización de la gestión empresarial por computadoras, que exige cierta uniformidad y crea la posibilidad de clasificación por categorías.
- Factor jurídico. - Esto como explicación que los códigos no contemplan toda la posible realidad del proceso de comercialización y producción, dando inicio a una cantidad de cláusulas que, o introducen tipos de solución completamente

nuevos, o adaptan el derecho dispositivo a las necesidades de la empresa por medio de una más o menos acusada derogación.

- Antecedentes sociológicos. - La vida masificada determina respuestas masificadas. De alguna manera las cláusulas generales de contratación neutralizan el desorden de la masa, encolumnándola y disciplinándola: en ello está su mérito y también su posibilidad de abuso.

6.3.5.2. Naturaleza jurídica

La naturaleza jurídica del contrato por adhesión ha sido estudiada desde diversas teorías. En la actualidad, se ha aceptado por unanimidad que el contrato por adhesión es efectivamente un contrato, de tal manera que no corresponde detenernos con mayor profundidad en la teoría anti contractualista o la teoría del acto jurídico unilateral; contrario sensu, revisaremos la teoría contractualista y algunas posiciones intermedias.

Sobre la teoría anti contractualista, algunos juristas consideraban que el contrato por adhesión no era genuinamente un contrato; lo que sucede en estos contratos no es un verdadero acuerdo, es decir, una parte emite una simple declaración unilateral de voluntad, que se contiene en una oferta contractual, a su vez, el aceptante emite otra declaración unilateral distinta, de tal manera que no pueden confundirse nunca en un mutuo consenso o acuerdo, sin consentimiento contractual, es imposible pensar en un contrato.

Sobre la teoría contractualista, acepta que el contrato por adhesión es genuinamente un contrato. Esta concepción resulta de pensar que si bien una de las partes ha prefijado el contenido reglamentario del contrato, esto no exime a la otra parte de prestar su consentimiento final, después de todo el consentimiento finalmente existe así se haya pre redactado o negociado el contenido del contrato.

Así, la adhesión no es simplemente un acto unilateral, sino que constituye para efectos del contrato una verdadera aceptación, lo que da lugar a pensar que

existe un libre consentimiento, así no habría una supresión de la voluntad del aceptante.

Lo que diferencia de los demás contratos a los contratos por adhesión, no es que en ellos haya adhesión pura y simple de la oferta, y en los otros no, sino que en unos hay una oferta última (un texto del contrato, que admite el aceptante) formado a base de negociaciones; y en otros hay una oferta, primera y última, formada solo con la intervención del oferente, es decir un texto del futuro contrato, redactado sin tratos previos y sin intervención del aceptante. (Albaladejo, 1975, pág.354)

Hay por lo demás, una teoría intermedia o conocida también, como teoría ecléctica, la cual reconoce que las cláusulas de contratación en los contratos por adhesión son de dos tipos: principales y accesorias. Las primeras serían aquellas conocidas y fruto de la voluntad de las partes, mientras que las segundas, serían aquellas que son fruto de la voluntad del estipulante.

Un punto importante que cabe señalar es la diferencia entre el contrato por adhesión y aquel contrato con las cláusulas generales de contratación. Al respecto Díez-Picazo (1993:325) ha señalado que sobre los contratos por adhesión son aquellos que las cláusulas han sido puestas en conocimiento de los interesados en el momento en que estos dan su aceptación o adhesión; mientras que las cláusulas generales de contratación, pertenecen a aquellos casos en que las condiciones de ejecución de las obligaciones nacidas del contrato no serán conocidas por el adherente, sino en un momento posterior.

Finalmente, Silva-Ruiz (2001:56) citando a Vattier (1994:14):

Las condiciones generales y los contratos de adhesión se implican mutuamente; mientras las primeras predeterminan unilateralmente el contenido de los futuros contratos de adhesión, estos concretan las condiciones generales en las singulares relaciones entabladas entre empresa y los adherentes. Por eso tiene razón J. Duque cuando afirma que el destino de las condiciones es el ser sometidas a la adhesión por quien las utiliza predisponente o no en una contratación.

Si bien ambos razonamientos son adecuados, no debemos olvidar que existen en el mismo sentido señalado, dos tipos de contratos, un contrato por adhesión y otro contrato celebrado sobre la base de cláusulas generales de contratación, a partir de esta identificación se puede desarrollar con mayor claridad estas diferencias.

6.3.5.3. Ventajas y desventajas

Desde su nacimiento indeterminado, el contrato por adhesión, como institución del derecho no tenido un desenvolvimiento pacífico a lo largo de la doctrina e incluso en la práctica jurídica y mercantil. Hemos identificado las ventajas y desventajas que ha traído consigo el auge y vigencia de este tipo de contrato.

Entre las ventajas podemos mencionar las siguientes:

- Se logra una mayor agilidad en las relaciones contractuales, producto de la inexistencia de las negociaciones, lo cual hace posible la celebración de más contratos y mayor velocidad en el tráfico mercantil.
- Hay una evidente reducción de costos de transacción para ambas partes, esto en función que se maneja un contenido único, no existe negociación, no se espera a conseguir toda la información, la asunción de responsabilidad está fijada, e incluso, se conoce que todos estos factores inciden en el precio final.
- Hay una cierta claridad en el texto, toda vez que se redacta con mayor cuidado el contenido contractual, en la contratación discrecional muchas veces somos testigos de una sobrecarga de estipulaciones inútiles para el contenido y muchas veces incompatibles con los fines del contrato.
- De alguna manera se reducen los riesgos, toda vez que ciertas condiciones ya están prefijadas y se conoce sobre lo que se contrata.
- Homogeneidad en los negocios, más aun, cuando las estipulaciones del contrato pueden valer de igual manera a miles de contratos más.
- Se aprovecha la estructura del trabajo, por un lado, son los economistas los que pueden prefijar el contenido del contrato, los abogados podrán revisar y precisar dicho contenido, y los agentes de venta, finalmente

serán los comunicadores del mismo, hacia el consumidor. Todo este proceso (genérico, puede haber variaciones) demuestra la especificidad del trabajo en los contratos por adhesión y va acorde con las estructuración interna y jerarquizada de la empresa hoy en día.

- Se podría decir que los contratos por adhesión ofrecen seguridad jurídica, porque las condiciones presupuestas, han sido revisadas, analizadas y estudiadas por especialistas en la materia, de tal manera que su calidad debe ser conocida.
- Promueven un trato uniforme de las relaciones en masa, una interpretación única de los alcances de los contratos, con incidencia en la ejecución de los mismos y en la jurisprudencia, así como una unificación del derecho privado comparado cuando su aplicación desconoce fronteras (Vega, 2001, p. 546).
- Una de las razones más frecuentes para justificar estos acuerdos es: Que los códigos han quedado anticuados y que el mismo legislador moderno carece de experiencia y de holganza para ocuparse en regulaciones tan detalladas como requieren las necesidades de cada rama de comercio. (De Castro y Bravo, 1985, pág. 17).

Entre las desventajas podemos mencionar las siguientes:

- Definitivamente la imposibilidad de configuración interna del contrato, lo cual es, a simple vista, una limitación a la autonomía de la voluntad, específicamente a la capacidad que nos ofrece nuestra libertad contractual.
- Posición de debilidad, inferioridad y vulnerabilidad del adherente, lo cual muchas veces lleva a aceptar las condiciones del estipulante por necesidad, urgencia, ignorancia, agobio u ociosidad.
- Ventaja en los procesos judiciales o procedimientos administrativos de parte del estipulante, muchas veces la empresa o proveedor, de tal manera que puede afrontar todo un proceso o procedimiento porque cuenta con más dinero, mayor conocimiento del derecho, mayor potencia económica e incluso, sin ser meramente subjetiva, con mayor actitud para ganar en fueros judiciales.

- Latente posibilidad de abuso hacia los adherentes o consumidor, así las empresas tienden a formular cláusulas generales de contratación que les ofrezcan una ventaja sustantiva para ellas, y un perjuicio paulatino a la otra parte, de tal manera que eventualmente, configura un ejercicio abusivo.
- En situaciones monopólicas, la situación descrita con anterioridad se hace más alarmante, toda vez que el proveedor (único en el mercado) puede estipular condiciones abusivas sin que el consumidor o adherente puedan defenderse, de tal manera que si lo hacen, pueden quedarse desprovistos de los bienes y servicios sobre los que quieren contratar.
- En muchos casos se pretende maximizar los beneficios de la contratación estandarizada a costa de los adherentes o usuarios, negando importancia al desequilibrio contractual, a la desproporción que existe entre una y otra parte sacrificando la transparencia, la equidad, la conmutabilidad, la buena fe, la justicia, etc., en aras de la eficiencia y la rentabilidad empresarial como únicos valores (Vega, 2001, pp. 554-558).

6.3.6. Cláusulas generales de contratación

El artículo 1392 de nuestro Código Civil define las cláusulas generales de contratación como: *“aquéllas 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”*; como observamos, su configuración está determinada por su utilización en la contratación masiva.

De hecho, debemos dejar en claro, al igual que gran parte de la doctrina destacada y harto conocida, que la proliferación o difusión de las cláusulas generales de contratación no se debe a alguna clase de protección particular recaía en el adherente o en el consumidor, por su condición de parte débil en el contrato o la falta de capacidad de negociación entorno a las cláusulas del mismo, sino por el contrario, la verdadera razón de su utilización (y reglamentación) es porque constituyen un medio idóneo para la

comercialización masiva de bienes y servicios, con la dinámica propia y las exigencias de celeridad y facilidad que imponen los mercados actuales.

Con esto no queremos decir que la protección al contratante débil o al consumidor no sea importante en lo referido a las cláusulas generales de contratación, más aún, por todas las exigencias sociales y económicas que se suscitan a lo largo de las últimas décadas, sino que, no es razón en tanto nos referimos al origen, proliferación y difusión de las cláusulas generales de contratación; en efecto, lo que si podríamos afirmar es que la protección al consumidor o al adherente es un reacción del ordenamiento jurídico, una nueva cosmovisión que logró impactar en la estructura del contrato clásico que no se “engrana” del todo con la estructura del contrato masivo, pero que la realidad ha mostrado que deben armonizarse y convivir adecuadamente dentro de un mismo orden normativo.

Otro punto importante es el uso de los términos “condiciones”, “estipulaciones” o “cláusulas”, al respecto conviene precisar lo siguiente.

La RAE define “condición” en la acepción propia del Derecho, como: *“Acontecimiento futuro e incierto del que por determinación legal o convencional depende la eficacia inicial o la resolución posterior de ciertos actos jurídicos”*; “cláusula” como: *“Cada una de las disposiciones de un contrato, tratado, testamento o cualquier otro documento análogo, público o privado”*; y “estipulación” como: *“Cada una de las disposiciones de un documento público o particular”*.

Si bien el término condiciones generales de contratación es utilizado en Chile⁴⁹, Colombia⁵⁰, Ecuador⁵¹, España⁵² y la Unión Europea⁵³, solo por tomar algunos

⁴⁹ Si bien el lenguaje en la Ley de Protección de los derechos de los consumidores, es difuso, toda vez que se emplea indistintamente el término cláusulas y condiciones, debemos señalar que al referirse a la noción de “generalidad”, la Ley prefiere utilizar condiciones, así se desprende de su artículo 12A: *“En los contratos celebrados por medios electrónicos, y en aquéllos en que se aceptare una oferta realizada a través de catálogos, avisos o cualquiera otra forma de comunicación a distancia, el consentimiento no se entenderá formado si el consumidor no ha tenido previamente un acceso claro, comprensible e inequívoco de las condiciones generales del mismo y la posibilidad de almacenarlos o imprimirlos”*.

⁵⁰ Como podemos observar en el artículo 34 de la Ley de Protección al Consumidor: *“Las condiciones generales de los contratos serán interpretadas de la manera más favorable al consumidor. En caso de duda, prevalecerán las cláusulas más favorables al consumidor sobre aquellas que no lo sean”*.

ejemplos, consideramos que la expresión no es del todo clara y precisa respecto del carácter y la naturaleza del objeto de nuestro estudio, más aún si en sentido técnico jurídico se refiere a ciertas determinaciones que eventualmente se subordinan al origen del acto jurídico, o en palabras de Ezaine (1991:111) se entiende por condición: “ (...) *la modalidad que tiene como efecto jurídico esencial subordinar el nacimiento, consecuencias o resolución de un acto jurídico, a un acontecimiento futuro e incierto*”.

Por estipulación es preciso señalar que no hemos encontrado alguna referencia normativa que incluya en su contenido el término “estipulaciones generales de contratación”, quizá porque el término es tan amplio que puede ser entendido como sinónimo de contrato, convenio, pacto o incluso, como sinónimo de cualquier cláusula del contrato; lo cual eventualmente, para efectos jurídicos, no conviene su utilización, por temor a caer en imprecisiones.

En lo que respecta a las cláusulas generales de contratación, el término es utilizado en Argentina⁵⁴, Brasil⁵⁵, Italia⁵⁶, y en nuestra propia legislación. Consideramos que es correcto referirnos a cláusulas en tanto se entiende que

⁵¹ La Ley orgánica de defensa del consumidor utiliza el término cláusula al definir el contrato por adhesión y condiciones a lo largo de su articulado, sin embargo, no hace referencia expresa a las cláusulas generales de contratación

⁵² La Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios contiene el título II sobre Condiciones generales y cláusulas abusivas.

⁵³ Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación señala en su artículo 1.1.: “*Son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos*”.

⁵⁴ Artículo 985 del Código Civil y Comercial:

Las cláusulas generales predispuestas deben ser comprensibles y autosuficientes. La redacción debe ser clara, completa y fácilmente legible.

Se tienen por no convenidas aquellas que efectúan un reenvío a textos o documentos que no se facilitan a la contraparte del predisponente, previa o simultáneamente a la conclusión del contrato. La presente disposición es aplicable a la contratación telefónica, electrónica o similares.

⁵⁵ Al definir contrato por adhesión el Código de Protección al Consumidor señala: “*Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo*”.

⁵⁶ El artículo 1341 no define lo que es condición general del contrato, pero señala que: “*Le condizioni generali di contratto predisposte da uno dei contraenti sono efficaci nei confronti dell'altro, se al momento della conclusione del contratto questi le ha conosciute o avrebbe dovuto conoscerle usando l'ordinaria diligenza*”.

son disposiciones contenidas en un contrato, asimismo la utilización del término genera confusiones con otras instituciones del propio derecho patrimonial.

Conviene resaltar lo señalado por Messineo (2007:65): *“Quien considere el contrato en su aspecto material cuando está redactado por escrito, puede darse cuenta que el mismo se compone de cláusulas, esto es, proposiciones, entre las cuales se suele distribuir y articular su contenido”*.

Bajo esta premisa podemos comenzar a definir las cláusulas generales de contratación.

De la Puente y Lavalle (2017:563) señala:

Por ahora me limitaré a destacar que las cláusulas generales de contratación tienen existencia jurídica propia antes de formar parte de los contratos que están destinadas a integrar. Estos contratos, por su lado, no van a ser colmados totalmente por las cláusulas generales, sino deben tener elementos propios (particulares) de cada uno de ellos, de tal manera que, en realidad, el resultado final es que en los contratos celebrados a base de cláusulas generales de contratación habrá cláusulas generales, comunes a todos ellos, y cláusulas particulares, privativas de cada uno de ellos.

Más tarde, en otra obra, el mismo autor (De la Puente y Lavalle, 1993, pág.300-301) señalaría:

Las condiciones, cláusulas o estipulaciones (...) formuladas preventivamente en forma unilateral por la empresa o conjunto de empresas, en forma general y abstracta, que son publicadas o hechas a conocer con miras a que, con base a ellas, se celebren una serie indefinida de contratos individuales, las cuales solo tendrán carácter vinculatorio cuando se celebren los respectivos contratos.

Por su parte, Cárdenas (2000: 1226) señala: *“las cláusulas generales de contratación son disposiciones predispuestas, generales y abstractas que integrarán la oferta de una serie indefinida de contratos individuales y que*

adquirirán fuerza vinculante solo una vez celebrados los correspondientes contratos". En un sentido similar, Martínez (2013:79-80):

son condiciones generales de la contratación, las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos.

Por todo lo expuesto, nos damos cuenta que las cláusulas generales de contratación no son válidas y eficaces en tanto su existencia jurídica, que puede ser anterior a la del contrato correspondiente, sino que, más bien, es con el contrato, o mejor dicho con la incorporación a la oferta contractual y al contenido del mismo, que adquieren plena validez y eficacia.

Volvemos a resaltar que las cláusulas generales de contratación no pueden ser negociadas, y su aceptación recae por sobre todo el clausulado, así carecería de todo sentido si simplemente fueran cláusulas redactadas previa y unilateralmente por una persona o entidad, como un proyecto de contrato apto de ser materia de tratativas. La utilidad, y mejor dicho necesidad, de las cláusulas generales radica justamente en que el área de los futuros contratos cubierta por ellas es indiscutible, de tal manera que solo sean materia de negociación elementos propios y mínimos de cada contrato, como, por ejemplo, los datos de las partes, algunas especificidades particulares de los contratantes, entre otros no numerosos supuestos. (De la Puente y Lavalle, 2017, pág. 564).

Estas cláusulas podrían llamarse especiales, particulares o singulares, propias de cada contrato, sin posibilidad de unificación y constancia por la particularidad del caso en concreto. Corresponden a aquellas cláusulas que tienen como fin delimitar últimamente el contenido del contrato, son tan importantes como las cláusulas generales. Estas pueden ser, según Messineo (1973:426):

- identidad y calidad de las partes

- objeto y cantidad del bien
- contenido económico
- circunstancias propias
- duración del contrato
- momento y lugar de la ejecución

Para terminar este preámbulo y estudiar los detalles, tenemos que hacer la diferenciación entre contrato por adhesión y cláusulas generales de contratación.

Someramente hemos tratado el tema en las líneas precedentes, sin embargo, creemos que es importante cuando menos, señalar lo siguiente:

- El contrato por adhesión es tal cual su propia naturaleza, un contrato; las cláusulas generales no son un contrato, son una declaración unilateral de voluntad que posteriormente se incorporará a un contrato.
- El contrato por adhesión responde al momento de la celebración del contrato; mientras que las cláusulas generales de contratación responden a un momento antes, su origen es distinto, estas últimas resalta la etapa de predisposición.
- Un contrato por adhesión no necesariamente tiene que responder a una contratación masiva, puede ser particular en la función de la institución, las cláusulas generales de contratación son exclusivamente generadas para la contratación en masa.
- Así el contenido del contrato por adhesión puede ser distinto en diversos contratos, mientras que, en los contratos con cláusulas generales de contratación, en efecto, su contenido se aplica de manera igual, unívoco y uniforme a una serie de futuros contratos.
- La oferta del contrato por adhesión es inalterable, colocando al adherente en la situación de aceptar o rechazar íntegramente la oferta; en un contrato con cláusulas generales de contratación si bien surge del mismo esquema, como hemos dicho antes, habrá ciertas cláusulas especiales o particulares que, no siendo necesariamente negociadas, son expresión de la parte contratante.

6.3.6.1. Necesidad de su utilización para la provisión de servicios

Se ha puntualizado que las cláusulas generales de contratación constituyen un fenómeno moderno por el que a la producción de bienes y la realización de servicios en masa y en serie le corresponde una contratación en masa o en serie y que los métodos actuales de producción y de distribución refuerzan la redacción previa y rígida de esquemas uniformes de contratación. (Di Iorio, 1986, pág. 413).⁵⁷

Esto es importante porque hablamos de un acceso a bienes y servicios por parte de los contratantes, cuestión importante y fundamental en una sociedad de consumo, de hecho, reflejo de las necesidades imperantes de cada persona, y de la posibilidad que tienen en particular para adquirirlos.

Como todo fenómeno en masa, al igual que el contrato por adhesión, las cláusulas generales de contratación constituyen herramientas para la provisión e intercambio de bienes y servicios a través de la contratación. Debemos señalar, que esta es la naturaleza de la misma, y no cuestiones meramente subjetivas como la protección al contratante débil, hablamos del origen y no del efecto.

A todo esto, debemos tomar en cuenta que los bienes y servicios, como lo explica la más elemental teoría económica son limitados y escasos, es decir, hay una insuficiencia que repercute en el precio, modalidad de adquisición, cantidad y cuestiones estructurales del mismo mercado, que tanto la empresa como el consumidor tienen que enfrentar, soslayando sus efectos y creando espacios para una mayor eficiencia.

De ahí que no bastará con haber declarado a quien corresponden los bienes, o quien tiene más de ellos, o quien comercializa de la mejor manera, de lo que se trata es de hacer posible una circulación idónea y facilitar el acceso a los individuos para su aprovechamiento. La sociedad que no satisfaga tal elemento

⁵⁷ Este aspecto, debe ser tenido en cuenta en países como el nuestro, considerando la dependencia del capital y tecnología extranjera, que condicionan marcadamente el desarrollo, y que se observa constreñido a admitir contrataciones, incluso con organismos internacionales, con imposición de cláusulas generales de contratación que pueden ser consideradas abusivas y muchas veces lesivas de su independencia. (Di Iorio, 1986, pág. 414)

imprescindible, manteniendo invariable la posición de los bienes y servicios con relación a los individuos existentes en un momento dado, no durará demasiado; se producirá el agotamiento de sectores y saturación dentro de ellos. (Gherzi, 1990, 20).

Es por ello, que la empresa, como operador de mercado, factor predominante en el sistema económico y principal propulsor de este, tiene que pensar, accionar y crear los mecanismos idóneos para cumplir con sus objetivos económicos, de ahí la necesidad de las cláusulas generales de contratación, que de inmediato se ponen a disposición del consumidor, para facilitar y reducir los costos de transacción en la contratación en masa. La velocidad, celeridad y dinamismo se vuelven el motor de cualquier variable de eficiencia en la relación jurídico económico entre el empresario predisponente y el consumidor anónimo.

La estandarización de la materia contractual no solo sirve al propósito de simplificar y facilitar la organización empresarial, con la siguiente reducción de los costes de negociación, cálculo anticipado de las cuentas de explotación y centralización de las estructuras y técnicas empresariales, sino que también redundará en la bonanza del tráfico de bienes y servicios dotándolo de una mayor celeridad y seguridad jurídica, dado que flexibiliza la regulación anticuada de los códigos en orden a las nuevas necesidades de cada rama comercial, y procura claridad y unidad en los ámbitos de interpretación y ejecución de los contratos. (Orduña, 1998, pág. 255).

Solo así, se entiende lo que García Amigo (1969:15) manifiesta:

Es evidente que el nacimiento de las condiciones generales de los contratos se debe a las exigencias que la moderna economía demanda a la dogmática del contrato, como vehículo jurídico utilizado para el intercambio de bienes en una economía basada en la división del trabajo: ellas representan un paso más en la evolución técnica de dicho instrumento jurídico y corresponden a las necesidades económico sociales de nuestra época, de la que representan un medio técnico jurídico inseparable; y en este

sentido cumplen una función social importantísima: solamente con la utilización de las mismas es posible que unos grandes almacenes funcionen; que la Volkswagen celebre en idénticas condiciones más de cinco mil contratos de compraventa diaria en las latitudes más lejanas mediante sus representantes; que unas ventanillas despachen miles y miles de billetes de transporte, espectáculos, etc.

La uniformidad nos ofrece celeridad, pasamos de la uniformidad de la tecnología, a la uniformidad contractual, y esta última trayendo como resultado un idóneo instrumento en masa.

Finalmente, tenemos que recalcar que las cláusulas generales de contratación no se originan ni se regulan para proteger a los consumidores o al contratante débil, sino para asegurar las exigencias del tráfico jurídico y económico en la contratación masiva. Esto lo veremos con mayor precisión en el capítulo posterior.

6.3.6.2. El verdadero sentido de la regulación sobre cláusulas generales de contratación

Cualquier estudio sobre cláusulas generales de contratación debe cuando menos intentar aclarar dos aspectos relevantes y siempre tocados a lo largo de la doctrina, a veces de manera separada y a veces con una mejor sistemática, estos puntos son: la validez estructural del consentimiento por parte del consumidor o adherente; y, la diversidad de mecanismos de control.

Sobre la formación del consentimiento, debemos tener en cuenta la complejidad del tema, que si bien hemos tratado con detalle en capítulos anteriores (en referencia a la contratación en masa), en cuanto a las cláusulas generales de contratación, no podemos distinguir la adhesión del contratante mucho más allá que la simple aceptación de un contrato particular o negociado, lo que evidencia que el problema de fondo, que a su vez sustenta el control y reglamentación posterior, no viene a ser la falta de consentimiento, ni la

protección a la parte débil, sino que se podría hablar de la determinación del contenido contractual.

De ahí que la cuestión del control de las cláusulas generales de contratación no se centra tanto en la validez, como si, en la eficacia; de ahí que el CPDC hable de una ineficacia relativa y absoluta para determinadas cláusulas, y no hable de invalidez; esto porque el problema no reside en si una u otra parte hizo ejercicio de la libertad contractual, más aun cuando el control, o en todo caso, los remedios para cualquier caso de validez contractual se refugian en los vicios del consentimiento y su respectivo régimen jurídico.⁵⁸

Es por ello que cualquier control de las cláusulas generales de contratación no podría ser explicado de manera clara si argumentamos que la reglamentación recae sobre la validez, y en efecto, si lo lográsemos, surge el segundo problema, que no podría tener fundamento si ese contrato no es plenamente eficaz.

Lo que importa realmente al ordenamiento jurídico, en esta institución, no es tanto la intervención de tutela respecto de los presumibles abusos que pueden inferirse de la alteración de la formación del contrato por imperio de las condiciones generales, por más justas y razonables que sea los motivos de la reprobación: ya sea por la desigualdad material en la posición contractual que asuman las partes o el reiterado déficit de legitimidad en el consentimiento otorgado mediante la adhesión contractual, supuestos reconducibles en sus más graves manifestaciones a la protección derivada de los vicios del consentimiento, sino lo que interesa prioritariamente es una intervención de control que indique una decantación legal o normativa del ámbito de reglamentación de las condiciones generales, pues, como sabemos la estandarización no es solo un factor de simplificación y uniformidad de la materia contractual sino, sobre todo, un factor que afecta la textura del tráfico jurídico patrimonial con una innegable proyección a normalizar su contenido. (Orduña, 1998, pág. 268).

⁵⁸ Así se establece en nuestro CC, específicamente en el título VIII sobre los vicios de la voluntad (artículo 201 hasta 2018) y el título IX sobre la nulidad de los actos jurídicos (artículos 219 hasta 232)

La eficacia normativa de las cláusulas generales de contratación propone una serie de derechos y deberes para ambas partes, que lo que eventualmente hace es que las medidas de protección (al adherente) no se materialicen a través de una impugnación al ejercicio contractual y al contrato resultante, sino que estas medidas se articulen en mecanismos de cumplimiento y responsabilidad sobre el predisponente.

Finalmente, entendemos porque el control sobre las cláusulas generales de contratación se realiza desde un plano funcional (directamente hacia la eficacia del contrato) que parte del contenido contractual, de tal manera que sobre la formación contractual quedarán expeditos las acciones sobre nulidad o anulabilidad; mientras que en el primer supuesto se confirma la necesidad de proliferación de la contratación masiva (alcance, vigencia y naturaleza); los criterios de interpretación sobre la base de la buena fe, el equilibrio contractual y la justicia conmutativa, y la acumulación de deberes y cargas de tendencia protectoria al consumidor.

6.3.6.3. Naturaleza jurídica

Al igual que sucede con el estudio sobre la naturaleza jurídica del contrato por adhesión, nos encontramos ante dos tesis profundamente estudiadas por la doctrina, y una teoría mixta o intermedia que también conviene repasar. Debemos señalar que nos enfocaremos a explicar brevemente cada una de estas teorías para finalmente emitir una opinión final y suscribirnos a alguna de ellas.

Sobre la teoría normativista, se ha señalado que las cláusulas generales de contratación no tienen una naturaleza contractual, es decir no son disposiciones emitidas o emanadas de los particulares para reglar determinadas obligaciones, a pesar que este sea su efecto; sino por el contrario, tienen carácter normativo, es decir estas disposiciones valen como normas imperativas de orden público y al colocarse en la esfera privada, deben cumplir en su totalidad.

Diez-Picazo (1993:347) nos relata que existió un debate en la doctrina sobre el valor normativo de las cláusulas generales de contratación, pero que para esto deberían respaldarse en una fuente del derecho, considerando que también carecían de regulación. Al respecto señala que: *“el nudo gordiano trató de romperlo Garrigues sosteniendo que las reglas impuestas unilateralmente por las empresas a sus clientes merecen la calificación de verdaderos “usos mercantiles”, lo que explica que los clientes queden sometidos a ellas, aunque no las hayan conocido”*.

Al respecto, De Castro y Bravo (1985: 24-25) sostiene una crítica respecto a esta teoría:

Pues no puede desconocerse que el Estado de Derecho, en sus reglas constitucionales o fundamentales, es incompatible con la atribución a los empresarios de un privilegiado poder normativo. Tal poder legislativo, en favor de una clase, supone una previa subversión real de la organización político-jurídica, de máxima trascendencia, cuya existencia no se prueba y respecto a la que todo induce a creer que no se ha producido ni se producirá (...) No hay un Derecho de la Economía, fuera del Estado, que las convierta misteriosamente en Derecho objetivo. No existe una autonomía originaria conquistada a favor de los empresarios

En otros trabajos ya habíamos hecho una crítica a este aspecto, observando dos detalles, así Flores (2017:23):

- a) No tienen rango de ley, es decir, no provienen de un determinado órgano del Estado (Congreso de la República) ni en su dación han sido establecidas un procedimiento preestablecido ya que han sido unilateral y libremente redactadas por una parte (por lo general el empresario, que no tiene facultades para crear leyes);
- b) Su aplicación no es obligatoria para las partes, toda vez que se ejerce irrestrictamente la libertad de contratar, e inmerso en el contrato, es evidente que está sujeta a condición que haya

concertación entre las partes (y únicamente entre las partes), por lo demás de llegar a establecerse un contrato, estaríamos ante la famosa frase: “El contrato es ley entre las partes”. En resumen, mientras haya contrato, tendrán la fuerza obligatoria natural e inherente a la contratación civil.

Sobre la tesis contractualista, se reconocen a las cláusulas generales de contratación el carácter contractual, de tal manera que son una expresión de la voluntad privada. Al respecto Stiglitz y Stiglitz (1985:69) señalan:

La modalidad en la formación del acto consistente en la adhesión a un contenido predeterminado con anterioridad y no discutido previamente, no priva al negocio de su naturaleza contractual, pues en definitiva hay una declaración sobre la cual las partes consienten, no pudiendo desconocerse que la adhesión, aunque consista en la aceptación incondicionada de pactos establecidos por otros es, al menos formalmente, un acto de libre voluntad que no puede ser constreñido a cumplirse.

Esta tesis es la más aceptada, toda vez que en virtud de la práctica funcional para las cual están creadas las cláusulas generales de contratación, esta tesis se adapta mucho mejor.

La consecuencia de esta postura es que todos aquellos casos en los que las cláusulas generales no se inserten en el texto documental, a parte que pretenda su aplicación deberá probar que la conoció y acepto, pues de no mediar una aceptación expresa a las cláusulas ofertadas por el predisponente, en principio, solo quedará el empresario obligado al cumplimiento. O, lo que es lo mismo, solo adquirirán fuerza obligatoria cuando pasen a formar parte del contenido contractual, cuya normativa contractual pasarán a integrar; para estos efectos, en la práctica se incluye una cláusula en la que el aceptante manifieste su voluntad de someterse a las cláusulas generales de contratación, contenidas en formularios o contratos ajenos al que se suscribe. (Reyes, 1999, pág. 238).

Una tesis particular, la establece Rezzónico (1987:324) quien señala que las cláusulas generales de contratación son una nueva institución autónoma:

Sostenemos que la esencia jurídica de las CNG (condiciones negociales generales) no es la de un contrato, sino la de una realidad independiente; que asignar carácter contractual a ese fenómeno social, sin más, equivale a ingresar en el terreno de las ficciones; en fin, que el campo de despliegue residual es el del derecho contractual, en cuya afirmación no debe buscarse ninguna contradicción, sino el empleo de un utillaje existente adaptado a la nueva realidad (cierta persistencia estructural con innovación funcional, como ya se expresó), con coincidencia de las limitaciones y posibilidades que ello comporta, y dando paso siempre al análisis de la realidad desde la perspectiva propia del fenómeno social de las condiciones negociales generales.

Así, las cláusulas generales de contratación podrían tener una naturaleza sui generis, propia y no asimilable a otras instituciones, para los cuales, los autores y juristas deberían escribir una nueva historia, y nuevas líneas de pensamiento que reflejan y delimitan la naturaleza de este tipo de cláusulas.

6.3.6.4. Características

A continuación, mencionaremos algunas características propias de las cláusulas generales de contratación que hemos identificado a lo largo de la doctrina. Así, cabe mencionar:

- Predisposición o prerredacción. – las cláusulas generales de contratación son predisuestas en la medida en que son elaboradas unilateralmente o utilizadas por la empresa que ha de celebrar una serie indefinida de contratos futuros con arreglo a ellas, razón por la cual se redactan siempre de modo previo a la conclusión de los negocios previstos por el interesado. Estas cláusulas se redactan antes de la negociación de los contratos que se concertarán en adelante, pero lo

cierto es que la predisposición en sí misma no permite hablar de negociación. Por lo demás, poco o nada interesa si quien las va a usar es el autor de las mismas: predisposición no es sinónimo de autoría. Lo único que se busca es saber cuál será el contenido de los contratos que se concluirán por quien usará de ellas, tener certeza de sus alcances. Es claro que en su formulación no intervienen los posibles adherentes contratantes, pues ello le quitaría una de sus notas señalativas. (Vega, 2006, pág. 318).

La predisposición tiene por objeto, precisamente, dotar a las cláusulas generales de contratación de aquella generalidad que se hablará en el siguiente punto, que constituye otra característica, de tal manera que la totalidad de cada serie de cláusulas pueden formar parte de todos los futuros contratos que se celebren a base de ellas. Asimismo, responde a la exigencia de racionalización de la actividad de la empresa, a la velocidad de las relaciones comerciales y a la certeza de los pactos. (De la Puente y Lavalle, 2017, pág. 567).

- Unilateralidad. – Esta unilateralidad a la que se refiere la definición normativa supone que la redacción previa no necesariamente de quien es el titular de las cláusulas generales, o, mejor dicho, de quien las utilizará. Al respecto puede suscitarse que el titular encomiende por razones económicas o técnicas a otra persona sin que sea el mismo quien redacte las cláusulas, así tampoco se podría argumentar que no exista unilateralidad.
- Generalidad. - Esta característica está explícita en la propia definición normativa que nos ofrece nuestro Código. Al respecto debemos señalar que se trata de la posibilidad y exigencia que se le hace al predisponente de poder aplicar las cláusulas a un grupo indistinto de contratos y eventualmente de contratantes, sin que, por esta razón, el contrato se neutralice. Díez-Picazo (1993:346-347) señala: “*no es necesario que sea genuina universalidad (todos los contratos). Puede referirse a todos los contratos de un determinado tipo cuando en la contratación de una empresa exista diversidad de tipos*”

- **Abstracción.** – Para Soto (2003: 578) la abstracción significa que: *“las cláusulas generales son concebidas independientemente de una concreta relación jurídica”*; en el mismo sentido, De la Puente y Lavalle (2017:568) nos dice que: *“las cláusulas son concebidas sin pensar en una relación concreta, o sea no se toma en consideración la personalidad de los contratantes de los futuros contratos ni la relación jurídica particular que van a crear tales contratos.”*
- **Imposición.** - Esta característica es particular y merece algunas reflexiones. En primer lugar, podríamos considerar que no se trata de una imposición *per se*, como sucede en los contratos por adhesión, después de todo aún queda manifiesta la posibilidad que el adherente no acepte la oferta; sin embargo, en el tema de las cláusulas generales de contratación quizá la situación sea como en los contratos por adhesión necesaria, para los cuales, si se puede de hablar de una imposición y eventualmente una sumisión por parte del cliente, consumidor o adherente, más aun si consideramos que de no aceptar, se estaría quedando sin la posibilidad de acceder a los bienes y servicios que necesita.
 Por otro lado, dadas las características anteriores, las cláusulas generales están hechas para no negociarse ni modificarse ni suprimirse, una vez incorporadas a la oferta contractual, se aceptan o no; consideración que no es menos importante, para efectos de considerar a la imposición de las cláusulas como una de sus características.
- **Inmutabilidad.** - Es otro elemento esencial de las cláusulas generales, pero que no ha sido incorporado por el codificador peruano en el Código Civil, ya que de acuerdo a establecido por los artículos 1395 y 1400 del Código vigente, se faculta a las partes contratantes a pactar que determinadas cláusulas generales no se apliquen a un contrato en particular. Sin embargo, las cláusulas generales pre formuladas por el predisponente deben ser un conjunto único e indiscutible y como tales, no pueden ser modificadas. (Soto, 2003, pág. 578).

Si sucede que, la parte adherente puede modificar el contenido de las cláusulas generales de contratación, no estaríamos a un contrato celebrado bajo estos términos, sino ante un contrato de estructura clásica y negociada, asimismo esto es sumamente peligroso, salvo que las cláusulas se presuman con carácter abusivo o lesivo, abrirían la puerta para que muchas personas comiencen a negociar determinadas cláusulas, desbaratando la verdadera finalidad de la utilización de estas cláusulas generales.

- Inevitabilidad. - El consumidor o usuario no puede evitar su aplicación, siempre que quiera obtener el bien o servicio. Esto puede entenderse en dos sentidos: absoluto, que solo con esa empresa puede el cliente contratar ese bien o servicios (régimen de monopolio); relativo, que la empresa a la que se dirige el consumidor o usuario para obtener el bien o servicio solo contrata bajo las cláusulas que impone. (Clemente, 1998, pág. 297).

Finalmente conviene resaltar que se han señalado, algunas características adicionales, que, si bien son menos frecuentes, creemos importante mencionar. Estas son: contractualidad, constituyen el contenido parcial de un contrato, incorporación a contratos paritarios o masivos, contenido vinculatorio y eliminación de la etapa de las tratativas respecto del contenido normativo de las mismas. (Torres, 2009, pág. 150).

6.3.6.5. Principales problemas en la contratación

En este punto tocaremos algunos de los puntos que dificultan la aplicación práctica y real de las cláusulas generales de contratación.

Otro aspecto común en la redacción de las cláusulas generales, es la utilización de un lenguaje excesivamente técnico y especializado, ambiguo y oscuro, y a esto, debemos añadirle letras pequeñas. Todo ello, dificulta la lectura e imposibilita una adecuada comprensión y pleno conocimiento del

contenido del contrato, poniendo a los consumidores en una situación latente de vulnerabilidad respecto de sus derechos.

Es por ello que el CPDC establece en su artículo 48 que los contratos que contengan cláusulas generales de contratación deben cumplir los siguientes requisitos:

- a. Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, debe hacerse referencia expresa en el documento contractual.
- b. Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo del contenido del contrato antes de su suscripción.
- c. Buena fe y equilibrio necesario en los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas.

Observemos algunas de estas particularidades.

6.3.6.5.1. Letra pequeña

La letra pequeña es una característica típica de las cláusulas generales de contratación y los contratos celebrados con su incorporación, de hecho, que el contrato sea escrito a través de letras casi invariables e ilegibles, no es coincidencia de un ahorro de papel en la impresión, sino que en muchos casos se ocultan condiciones o cláusulas de carácter abusivo que al predisponente le favorecen de sobremanera y que al momento de celebrar el contrato, sería dificultosa su explicación, pudiendo eventualmente nunca celebrarse si el consumidor lo hubiese leído con claridad.

Quizá por eso, nuestro CPDC establece en su artículo 47 inciso d): *“En el caso de formularios contractuales, los caracteres de éstos deben ser*

adecuadamente legibles para los consumidores, no debiendo ser inferiores a tres (3) milímetros. La redacción y términos utilizados deben facilitar su comprensión por los consumidores”.

Consideramos que una correcta exposición de las cláusulas generales a través de informativos publicitarios (folletos o volantes) y por supuesto, los portales electrónicos de las empresas, facilitan o disminuyen la posibilidad de equivocación del consumidor sobre la lectura de letras con un tamaño pequeño.

6.3.6.5.2. Complejidad

El artículo anterior no era ajeno a calificar que no solo la letra tiene una valoración cualitativa para la norma, sino que exigía que: *“La redacción y términos utilizados deben facilitar su comprensión por los consumidores”*; al respecto, esto configura un problema mayor, que comprende una solución amplia.

Si la letra pequeña se puede solucionar con el tamaño, el hecho que las cláusulas generales de contratación deban redactarse en un lenguaje sencillo es un problema mayor dada la especialidad y tecnicismo particular sobre lo que se va a contratar.

Lo que se busca es que la comunicación entre proveedor y consumidor sea fluida, clara y que en todo momento se empleen expresiones que ambos puedan comprender, de tal manera que no se induzca al consumidor a equivocaciones sobre lo que está contratando. Esto también se colige del artículo 47 inciso a):

En los contratos cuyas condiciones consten por escrito o en algún otro tipo de soporte, debe constar en forma inequívoca la voluntad de contratar del consumidor. Es responsabilidad de los proveedores establecer en los contratos las restricciones o condiciones especiales del producto o servicio puesto a disposición del consumidor.

De esta manera, se debe evitar en todo momento una redacción oscura y ambigua, esto es un despropósito y una manera de mermar la voluntad del consumidor o adherente. Imaginemos la complejidad del texto y el uso del lenguaje técnico, y sobre esto, le sumemos una redacción turbia u oscura, simplemente estaríamos ante la posibilidad de vernos confundidos, equivocados o hasta pensar, que al consumidor se le está ocultando determinada información, cuestión que no es menos importante.

6.3.6.5.3. Lenguaje

La frecuencia de un lenguaje muy técnico produce los mismos efectos que una complejidad en las cláusulas, de hecho, van coligados. Lo que se debe buscar es que el consumidor al leer los formularios que contienen las cláusulas generales de contratación, no se vea obligado a leer y releer sobre el mismo texto, mucho menos que este texto por remisión, incorpore otros documentos.

Al respecto es muy importante considerar el nivel del consumidor promedio del Perú, sería absolutamente ilógico pensar que en un país como el nuestro, las exigencias sobre la redacción de las cláusulas generales de contratación estén hechas para la comprensión de un profesional, o para la lectura de un economista, jurista o científico. El carácter de generalidad, su aplicación concreta dirigida a la masa y posibilidad de facilitación en el tráfico de bienes y servicios, responde a ese mismo fin: su redacción para la gran masa, que, en nuestro país, tiene un nivel promedio/bajo de comprensión lectora. Situación alarmante, que esperamos pueda reducirse en los próximos años.⁵⁹

Cabe recordar lo que comenta Durand (2008: 328-329):

⁵⁹ Según información que data hasta setiembre de 2018, en el Perú aún hay 1 millón 369 mil 295 personas que no saben leer ni escribir, lo cual representa el 5.9% de peruanos que se encuentra en condición de analfabetas (Perú21, 2018). Por otro lado, los resultados de la última Evaluación Censal de Estudiantes (ECE) de 2016 muestra que solo el 46,4% de los estudiantes de segundo grado de primaria alcanzaron un nivel satisfactorio en lectura. En cuarto de primaria, incluso, la cifra fue aún más baja: 31.4%; conformando 4 millones de estudiantes que no comprende lo que lee. Por otro lado, según los resultados de la última prueba de PISA (2016), el Perú es el país con el mayor porcentaje de estudiantes de 15 años que no superan el promedio establecido por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) en lectura: 60%. (El Comercio, 2018).

Hay un amplio sector de la población peruana que vive en situación de pobreza y que están medianamente informados, pero no instruidos que sienten que quien debe tutelar sus derechos no lo hace porque le exige que sea analítico, culto y razonable; algo que tiene que ver generalmente con el nivel de educación, recurso que es deficientemente suministrado por el Estado y que es además esquivo y caro en algunos casos para un pueblo que no lee porque no sabe, o que no sabe porque no lee.

Así, el problema de la educación en el Perú, pese a que se sigue avanzando y mejorando en las cifras, no debe merecer una preocupación menor, toda vez que afecta a las personas no solo en su vida diaria, sino también en sus relaciones de consumo, y en el acceso que tienen estas, para desenvolverse como seres humanos en una sociedad donde las estructuras sociales aún son precarias y sumamente complejas.

6.3.6.6. Obligatoriedad de aprobación de las cláusulas generales de contratación por la autoridad administrativa

El Código Civil diferencia aquellas cláusulas generales aprobadas por la autoridad administrativa, de aquellas que no requieren este procedimiento. Las primeras se incorporan inmediatamente a la oferta, mientras que la segundas se tienen incorporadas a la posibilidad de conocimiento del adherente a través del contenido directo o la publicidad; así se desprende de los artículos 1393 y 1392, respectivamente.

El régimen sobre invalidez e ineficacia (artículo 1398 y 1399) solo surte efectos para las cláusulas generales que no fueron aprobadas administrativamente. En este punto diferimos de la norma, toda vez que, de presentarse una cláusula abusiva a pesar de haber sido aprobadas por la autoridad administrativa, no obsta al control judicial o administrativo. ¿Si existen cláusulas lesivas deben eliminarse verdad?

Al respecto, lo importante de la aprobación administrativa es que está destinada a evaluar, revisar y regular las cláusulas abusivas, también tiene que suprimir, modificar y comprobar aquellas cláusulas que resulten lesivas para los intereses del consumidor, es por ello que respecto de los contratos de consumo, la aprobación administrativa debe ser obligatoria, toda vez que son celebrados sobre la base de cláusulas generales de contratación, ¿qué mayor seguridad que las cláusulas y el contenido hayan sido revisados por la entidad que regula el sector?

El artículo 1394 del Código Civil establece que: *“El Poder Ejecutivo señalará la provisión de bienes y servicios que deben ser contratados con arreglo a cláusulas generales de contratación aprobadas por la autoridad administrativa”*;

Para nosotros, y siguiendo el mandato que impone la misma norma, en todo caso, que faculta a la autoridad administrativa, deben ser regulados bajo este régimen, todos aquellos bienes y servicios de gran tráfico comercial, alta demanda social o necesidad impuesta por los avances de la tecnología; en este sentido, sin pretender redactar una lista numerus clausus, serán: a) servicios como electricidad, combustible, agua, transporte público, carga, correspondencia; b) ventas de supermercado, almacenes e inmobiliarias, y c) operaciones financieras.

Creemos que esta aprobación, revisión y regulación del contenido contractual debe ser establecida y coordinada por la autoridad especializada en el sector, las empresas y los propios consumidores a través de las asociaciones, y ¿por qué no ir más allá? A esta Comisión, se le puede integrar juristas y vocales o jueces de la materia. Con el trabajo en conjunto de todos los operadores, no solo creemos que se evitaran las cláusulas abusivas, sino también se reglamentará de mejor manera el contenido del contrato, evitando gastos económicos, procesos administrativos o judiciales, afectaciones a los consumidores y divergencias innecesarias; que serán disipadas con una adecuada y preventiva protección al consumidor.

6.3.6.7. Cláusulas abusivas

Según el artículo 49 del Código de protección y Defensa del Consumidor se consideran cláusulas abusivas: “(...) y, por tanto, *inexigibles todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que, en contra de las exigencias de la buena fe, coloquen al consumidor, en su perjuicio, en una situación de desventaja o desigualdad o anulen sus derechos*”. Abordaremos el análisis de la definición, emitiendo algunos alcances doctrinarios.

Farina (1995:284) señala que se puede entender por cláusulas abusivas: “*a las impuestas unilateralmente por el empresario y que perjudiquen a la otra parte, o determinen una posición de desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de los contratantes, en perjuicio de los consumidores y usuarios*”, por su parte, Stiglitz (1999:34-35) comenta que es una:

Cláusula cuyo contenido o elementos esenciales queden al arbitrio del predisponente o las establecidas en su beneficio exclusivo y en perjuicio del adherente, que comprometan el principio de la mayor reciprocidad de intereses o que contengan la enuncia por el consumidor de facultades, sin fundamentos declarados que lo justifiquen.

En primer lugar, debemos argumentar que la protección contra las cláusulas abusivas no es ni debe ser una tutela únicamente en el campo de la contratación de consumo, es decir, el campo de los consumidores y usuarios, sino que también, se precisa la misma tutela para cualquier persona que contrate bajo cláusulas generales de contratación en cualquier tipo de contrato. Incluso afirmamos que podrían existir cláusulas abusivas en los contratos discrecionales.

Se comprende este razonamiento en tanto no tendría sentido delimitar la protección frente a las cláusulas abusivas únicamente en los contratos de consumo, toda vez que la importancia de su regulación radica cuando menos en dos tópicos: el de ofrecerle la corrección de las normas contractuales que propugnen por un mercado creciente, extendido y dinámico; y, en la imposibilidad que tiene la otra parte para redactar esas cláusulas, situándose

en una situación de vulnerabilidad. En ambos casos el legislador debe considerar las razones prácticas y socioeconómicas en la expresión normativa.

En segundo lugar, las exigencias sobre el desequilibrio que las cláusulas abusivas causan al contrato, no son entendidas como un principio general del derecho, de hecho, solo se puede entender una exigencia de igualdad en las prestaciones, bajo un estándar de justicia o buena fe, que son principios que se plasman en el contrato a través de otras exigencias.

Por lo tanto, las referencias a “reciprocidad” o “equilibrio” de las prestaciones son una proyección de determinados parámetros técnicos jurídicos propios del juego del contrato en particular, de lo contrario podríamos estar pensando en figuras como la rescisión contractual para situaciones de imprevisibilidad al momento de la celebración del contrato, y como hemos observado, no es el mecanismo de solución que nos ofrece la norma.

En tercer lugar, es mucho más claro el fundamento que se hace sobre “las exigencias de la buena fe”, toda vez que a pesar que no deja de ser un concepto amplio y difundido, su interpretación es más precisa, después de todo esas exigencias son harto conocidas y han sido propuestas oportunamente en esta investigación (*ver 5.2.3. sobre el principio de buena fe y la protección al consumidor; y 6.3.3.3. sobre el consentimiento en los contratos de consumo*) Cualquier sentido contrario a las mismas, podría comportar la abusividad de una cláusula.

6.3.6.7.1. Enumeración de las cláusulas abusivas en nuestro ordenamiento jurídico

El artículo 1398 del Código Civil menciona:

En los contratos celebrados por adhesión y en las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, no son válidas las estipulaciones que establezcan, en favor de quien las ha redactado, exoneraciones o limitaciones de responsabilidad; facultades de suspender la ejecución del contrato, de rescindirlo o

de resolverlo, y de prohibir a la otra parte el derecho de oponer excepciones o de prorrogar o renovar tácitamente el contrato.

De ahí se desprende una breve enumeración de cláusulas abusivas, de manera amplia y a manera de una interpretación extensiva, se menciona:

1. exoneraciones o limitaciones de responsabilidad;
2. suspensión de la ejecución del contrato
3. imposibilidad de rescisión y resolución del contrato
4. prohibición de oponer excepciones
5. prórroga o renovación tácita del contrato.

Por su parte, el CPDC utiliza una formula bastante conocida en el mundo, estableciendo una lista negra sobre las cláusulas abusivas de ineficacia absoluta (artículo 50) y una lista gris sobre las cláusulas abusivas de ineficacia relativa (artículo 51).

Sobre la lista negra tenemos las siguientes:

- a. Las que excluyan o limiten la responsabilidad del proveedor o sus dependientes por dolo o culpa, o las que trasladen la responsabilidad al consumidor por los hechos u omisiones del proveedor.
- b. Las que faculden al proveedor a suspender o resolver unilateralmente un contrato, salvo disposición legal distinta o la aplicación de normas prudenciales debidamente sustentadas emitidas por la autoridad correspondiente.
- c. Las que faculden al proveedor a resolver un contrato sin comunicación previa o a poner fin a un contrato de duración indeterminada sin un plazo de antelación razonable, salvo disposición legal distinta o la aplicación de normas prudenciales debidamente sustentadas emitidas por la autoridad correspondiente.
- d. Las que establezcan a favor del proveedor la facultad unilateral de prorrogar o renovar el contrato.

- e. Las que excluyan o limiten los derechos legales reconocidos a los consumidores, como el derecho a efectuar pagos anticipados o prepagos, o a oponer la excepción de incumplimiento o a ejercer el derecho de retención, consignación, entre otros.
- f. Las que establezcan respecto del consumidor limitaciones a la facultad de oponer excepciones procesales, limitaciones a la presentación de pruebas, inversión a la carga de la prueba, entre otros derechos concernientes al debido proceso.
- g. Las que establezcan la renuncia del consumidor a formular denuncia por infracción a las normas del presente Código.
- h. Las que sean contrarias o violatorias a normas de orden público o de carácter imperativo.

Las cláusulas a), b) , c), d), e), f), g), son cláusulas que se desprenden de las establecidas en el CC, mientras que la cláusula h), si bien no se encuentra establecida en el artículo 1398, también se desprende de una lectura normal de las normas civiles, nos atreveríamos a decir que resulta un tanto obvio su incorporación a esta lista, más aún, cuando toda situación que atenta contra las buenas costumbres u orden público tiene una sanción civil (incluso pudiendo determinar la nulidad del acto jurídico) y por otro lado, es más que evidente que las normas imperativas deben cumplirse, sin mayor discusión.

Sobre la lista gris tenemos las siguientes:

- a. Las que impongan obstáculos onerosos o desproporcionados para el ejercicio de los derechos reconocidos al consumidor en los contratos.
- b. Las que permitan al proveedor modificar unilateralmente las condiciones y términos de un contrato de duración continuada, en perjuicio del consumidor, salvo que obedezca a motivos expresados en él y el consumidor goce del derecho a desvincularse del mismo sin penalización alguna. Lo dispuesto en el presente literal no afecta las cláusulas de adaptación de los precios a un

índice de ajuste legal ni la fijación de tarifas de los servicios públicos sujetos a regulación económica.

c. Las que establezcan la prórroga automática del contrato fijando un plazo excesivamente breve para que el consumidor manifieste su voluntad de no prorrogarlo.

d. Las que establezcan cargas económicas o procedimientos engorrosos para efectuar quejas ante el proveedor, así como las que establezcan procedimientos engorrosos para proceder a la reparación del producto no idóneo, o supongan cualquier acto previo o acción por parte del consumidor que imposibilite la debida protección de sus derechos.

e. Las que permitan al proveedor delegar la ejecución de su prestación a un tercero cuando aquel fue elegido por sus cualidades personales.

f. Las que establezcan que el proveedor puede cambiar unilateralmente en perjuicio del consumidor el tipo de moneda con la que fue celebrado el contrato.

Lo curioso del asunto es que las cláusulas abusivas en las normas protectoras del consumidor, son sancionadas con ineficacia absoluta y relativa, según los supuestos señalados en los artículos 50 y 51 vistos anteriormente; mientras que en las normas civiles son sancionadas con invalidez para los postulados enunciados en el artículo 1398.

Pese a los distintos tratamientos sobre ineficacia e invalidez, creemos que, en la práctica, esto se difumina de acuerdo a la correspondencia de los hechos, de tal manera que no existen notarias discrepancias. Como sabemos solo en sede judicial podrán ser declaradas nulas, mientras que la autoridad administrativa puede ordenar su inaplicación. En ambos supuestos, sabemos que la cláusula no puede surtir efectos y que será considerada inexistente respecto del clausulado complementario.

Estas cláusulas abusivas, serán proscritas con la medida ordinaria de ineficacia por razones materiales, serán nulas de pleno derecho y se tomarán por no puestas. La invalidez en consecuencia, afecta solo la cláusula abusiva en concreto. Todo esto como consecuencia del principio *utile per inutile non vitiatur*⁶⁰, secuela del axioma de defensa del deudor que aquí encarna el principio *pro consumitore*, como la parte más débil de la relación jurídica. (Durán, 2000, p. 478.). En este sentido, es importante la definición sobre invalidez que nos brinda Osorio (2006): “la invalidez expresa ineficacia que puede determinar incluso la nulidad.” (p.515).

Por su parte, De la Puente y Lavalle (2017:643) comenta: “*según la teoría del acto jurídico adoptada por el Código civil peruano la invalidez legal no está sancionada, de por sí, con la nulidad ni con la anulación, lo que determina, por las razones expresadas que el acto declarado inválido es, en realidad, ineficaz*”.

Por lo expuesto, creemos que lo verdaderamente útil en estos casos es el derecho de accionar vía administrativa, o demandar la nulidad de la cláusula o del contrato entero a libre elección del consumidor, que traerá consigo la sanción de la conducta abusiva del proveedor. Asimismo, creemos que la misma nulidad puede interponerse respecto de las cláusulas confusas, ilegibles e ininteligibles.

Finalmente, sobre el tema de las cláusulas negras y grises, consideramos que el enunciado se reproduce en la mayoría de países con legislación de consumo, y es correcto; sin embargo, creemos que en ambos casos el tema no puede verse clausurado, porque: 1. No se puede excluir la cláusula general contenida a través de la definición del artículo 49.1, la cual se materializa a través de ambas listas; 2. No puede limitarse ni ser exhaustiva, toda vez que en el universo de las transacciones se presentarán innumerables variables y nuevos contenidos contractuales; y, 3. La interpretación debe conjugarse de

⁶⁰ La expresión en su traducción al español significa: “lo útil no se vicia por lo inútil”, así en materia de cláusulas abusivas, lo que se busca es conservar el contrato o el acto jurídico, eliminando o declarando la nulidad de la cláusula abusiva, y preservando el resto del contenido contractual.

acuerdo a las circunstancias del caso concreto, en tal sentido, se reafirma la interpretación judicial o administrativa.

6.3.6.7.2. Algunos alcances sobre las cláusulas abusivas desde la jurisprudencia

La Sala Especializada en Protección al Consumidor ha señalado preliminarmente los alcances para determinar el carácter abusivo de una cláusula:

para determinar si una cláusula es o no abusiva debe tenerse en cuenta la naturaleza del producto o servicio objeto del contrato, así como las circunstancias que concurrieron al momento de su celebración, la información brindada al consumidor, así como el resto de cláusulas estipuladas en el contrato. (RES 78-2012/SC2-INDECOPI de fecha 11 de enero de 2012 y RES 3252-2014/SPC-INDECOPI de fecha 29 de setiembre de 2014).

Asimismo, los requisitos para la determinación de una cláusula abusiva:

Para determinar el carácter abusivo de una cláusula es necesario que:

- (i) La cláusula ocasione una desventaja al consumidor;
- (ii) la cláusula esté inserta en un contrato que, interpretado en conjunto, no justifique la desventaja impuesta al consumidor; y,
- (iii) la cláusula ocasione una desventaja que sea significativa, en el sentido que desequilibre la relación entre la posición del proveedor y la posición del consumidor. (RES 00712016/SPCINDECOPI de fecha 11 de enero de 2016).

Sobre la legitimidad del consumidor para interponer denuncias ante la Sala, materia de cláusulas abusivas:

De otro lado, como lo ha sostenido esta Sala en anteriores pronunciamientos, en lo que respecta a la legitimidad del consumidor para interponer denuncias de parte en materia de cláusulas abusivas, en la contratación con proveedores financieros, esta Sala considera que deberá diferenciarse entre dos (2) supuestos claramente identificables. Un primer supuesto se configurará cuando el consumidor alegue el carácter abusivo de una cláusula aprobada administrativamente; y, un segundo escenario cuando esta cláusula no se encuentra aprobada administrativamente. (RES 3252-2014/SPC-INDECOPI de fecha 29 de setiembre de 2014).

En consonancia con lo expuesto, también se ha señalado que:

(...) para formular una denuncia en sede administrativa ante la autoridad de consumo, cuestionando la abusividad de una cláusula general de contratación aprobada administrativamente, será necesario que exista un agravio a un interés legítimo como presupuesto procesal -conforme requiere la norma-; esto es, una afectación concreta al consumidor en particular, que es el sujeto procesal a quien la conducta cuestionada le ha producido efectos desfavorables y en quien radica el interés, personal y directo, para denunciar tal acto.

Sin embargo, el requisito procesal previamente mencionado -afectación concreta en los casos de cláusulas aprobadas administrativamente- no resultará de aplicación para las demás estipulaciones que hayan quedado a la discrecionalidad del proveedor financiero, es decir, respecto de aquellas cláusulas no aprobadas administrativamente.

Así, en tal supuesto, la procedencia de una denuncia en materia de cláusulas abusivas no estará supeditada a que se hubiera aplicado dicha estipulación en perjuicio de determinado consumidor; por lo que la autoridad administrativa en materia de consumo podrá

avocarse al análisis en abstracto del presunto carácter abusivo de una determinada cláusula en su contenido, tanto en tutela de los intereses colectivos o difusos de los consumidores, como ante una real o potencial afectación a un consumidor determinado.

Por los fundamentos expuestos, debe quedar claro que, en materia de cláusulas no aprobadas administrativamente, el Indecopi podrá avocarse al análisis de una presunta afectación potencial a los derechos de los consumidores; no obstante, cuando se trate de estipulaciones que hubieren sido aprobadas administrativamente por la SBS, se requerirá la verificación de una afectación concreta a un determinado consumidor. (RES 0864-2017/SPC-INDECOPI de fecha 21 de febrero de 2017).

6.3.8. Tipos de control de cláusulas generales de contratación. Evitando cláusulas abusivas

Esta es la parte quizá más propositiva entorno a la aplicación de las cláusulas generales de contratación y la sanción sobre las cláusulas abusivas.

Son tres los controles respectivos sobre las cláusulas generales de contratación, con la finalidad de evitar, prevenir, sancionar, modificar y extinguir las cláusulas abusivas. Al respecto, mencionamos:

1. Control preventivo. – Dentro del control preventivo, consideramos que la autorregulación debería cumplir un rol preponderante, a manera de preparación de cláusulas generales más justas y precisas, y difundirlas a través de sus miembros. Asimismo, resulta más que interesante que los empresarios participen en la defensa, promoción y educación en derechos del consumidor, de tal manera que se vaya creando una cultura de consumo.

Otro punto muy interesante es la participación de las asociaciones de consumidores en la elaboración de las cláusulas, esto resulta fundamental, y se convierte en una exigencia establecida en el Código.

El INDECOPI como autoridad tutelar de los consumidores en el Perú, podría crear comisiones especializadas con profesionales en la materia, gremios empresariales y por supuesto, las asociaciones de consumidores, con la finalidad que se expongan diversas ideas, propuestas y puntos de vista entorno a las cláusulas generales de contratación. El debate no sería ocioso, al contrario, sería extremadamente productivo, generando transparencia y consenso en la creación y corrección de cláusulas.

La autoridad administrativa también debe jugar un rol vigilante y proclive a la eliminación de cláusulas abusivas. En algunos países se ha ensayado la potestad de la administración de autorizar las cláusulas generales de contratación.

2. Control legislativo. - Quizá este control sea un reflejo de la vigencia y proliferación de la intervención del Estado en el contrato. Polo (1990:55) señala:

El refuerzo del Derecho imperativo ha de tener por objeto, efectivamente, el limitar el poder de determinación de las partes – y correlativamente de la empresa- en cuanto al contenido del negocio bien mediante la supresión de las normas de derecho dispositivo o su conversión a imperativas, la prohibición de determinadas cláusulas lesivas para el consumidor o usuario, la determinación completa y precisa del contenido del contrato y las obligaciones de las partes, bien colmando las lagunas que se advierten en íntegros sectores de la contratación.

Este reforzamiento legislativo no debe olvidar otros factores como la educación al consumidor, la exigencia de conocimiento del consumidor, la comprensión de las cláusulas generales de contratación, así como, la interpretación de las mismas.

Por otro lado, es correcto a nuestro parecer el sistema de enumeración e cláusulas a través de una cláusula general, que permite al Tribunal judicial o administrativo, determinar los alcances de la abusividad en

función de una premisa base que sirve de esquema inalterable sobre las otras normas.

3. Control judicial y extrajudicial. - No es de extrañar la importancia del juez en la resolución de cualquier conflicto determinado por cláusulas generales de contratación.

No podemos ocultar que muchos de nuestros consumidores aún son ignorantes de sus derechos y remisos a acudir a los Tribunales. Esto debe de ser determinante al momento de celebrar un contrato, siempre el proveedor estará mejor ubicado. Es evidente que un control *a posteriori* no puede impedir a los empresarios continúen usando en la contratación con otras personas las mismas cláusulas que han sido judicialmente declaradas ilícitas o abusivas, toda vez que las sentencias solo producen efectos respecto de los casos juzgados. (Polo, 1995, pág. 70).

Otra medida no disparatada y muy real es la creación de un defensor del consumidor, como se denomina en Suecia: *Ombudsman*.⁶¹

No debemos olvidar que a comienzos del período (2016-2021) del actual Defensor del Pueblo, Walter Gutiérrez Camacho, se iniciaron una serie de acciones destinadas a proteger al consumidor y poner en palestra del debate toda aquella interferencia sobre la protección de la gran masa de consumidor.

Al ser elegido como Defensor, propuso un discurso programático y ordenado, donde la Defensoría del Pueblo tenía como uno de sus pilares de actuación la supervisión de las entidades públicas con la finalidad de observar si estas cumplían con proteger los intereses de los consumidores. Observemos un extracto de la entrevista de Rocío La

⁶¹ El término ombudsman es traducido frecuentemente como “medidor” o “comisario”. Es un órgano administrativo que se encarga de la intervención, denuncia, prevención, mediación, entre otras actividades dentro del marco de protección al consumidor.

Rosa al por aquel entonces flamante Defensor del Pueblo (El Comercio, 2016):

Creo que Indecopi en los cinco años que han pasado prácticamente no ha existido, ha sido una institución prácticamente invisible en lo que se refiere a protección al consumidor. No ha comprendido ni se ha bancado la idea de protegerlo. Entiendo en parte porque el gobierno tampoco entendió la importancia de defender al consumidor. Aquí no hay ningún problema en afectar los derechos del cliente porque el Estado no se banca su protección como política de Estado.

A pesar de ello, no se llegó a cumplir en su totalidad, y no fue un tema exento de críticas, por un determinado sector de políticos y juristas, que no comprenden la extensión de la protección y tutela por parte del Estado hacia el consumidor, y que además encuentra su fundamento en la Constitución, consideración no menor, que está ligado al trabajo de la Defensoría, desde sus competencias.

Con el transcurrir del período del Defensor, la acción en materia de protección y defensa del consumidor se ha ido relegando para dar paso a otras preocupaciones, dando los resultados que se han visto en los últimos años.

CAPÍTULO VII: CÓDIFICACIÓN DE LAS NORMAS DE DERECHO CONTRACTUAL DE CONSUMO EN EL CÓDIGO CIVIL

7.1. ¿Por qué existe la posibilidad de sistematizar las normas del derecho del consumidor en el Código Civil?

El debate sobre si el derecho del consumidor es parte del derecho civil, derecho mercantil o es una disciplina jurídica autónoma es frecuente en la academia desde hacía décadas, pero lo cierto es que, en el Perú, la doctrina ha aceptado al Derecho del Consumidor como una disciplina jurídica autónoma, esto bien, gracias a la tesis propuesta en el año 2004, por el doctor Julio Durand Carrión titulada: El derecho del consumidor como disciplina jurídica autónoma y que al día de hoy se ha proliferado a lo largo de nuestro territorio, incluso llegando a otros países de la región, manteniendo su vigencia y permanencia en el tiempo por la profundidad de su estudio y la sistemática de sus postulados.

El problema en realidad, no es este. Considerando el carácter autónomo del Derecho del Consumidor, aun surge cuando menos una pregunta: ¿Cuál es su relación con el Derecho de los Contratos o mejor, con la Teoría General del Contrato? La respuesta no es única, evidentemente el Derecho del Consumidor ofrece una perspectiva más amplia y acorde al mundo de hoy, respecto de los nuevos paradigmas contractuales. Martínez de Aguirre (1994:74) ha señalado:

El principio constitucional de protección a los consumidores ha sido desarrollado en nuestro ordenamiento por diversas normas, de rango, procedencia y naturaleza bien distintos (...) Algunas de esas normas inciden directamente o indirectamente en el Derecho Civil, afectando con mayor o menor intensidad, según los casos, a diferentes aspectos de la teoría general del contrato.

Esto resulta interesante, más aún cuando Pinochet (2007:17) con suma precisión, comenta que: *“la relación existente entre el Derecho de consumo y el Derecho clásico de contrato, es que el primero ha venido a entregar armas al*

Derecho común para enfrenar debidamente muchos de los desafíos que los nuevos paradigmas de la contratación han impuesto al Derecho Civil". En esto coincidimos enteramente, y es que, la realidad nos muestra que el derecho del consumidor ofrece una perspectiva única de adaptación, sus instituciones no son ajenas al Derecho Civil, y, por el contrario, lo que se evidencia en la práctica contractual es que hoy más que nunca, existe una necesidad de todo el Derecho, y en especial del Derecho Civil de adaptarse a diversos factores como la empresa, el mercado y los consumidores.

Esta fusión o incorporación, gradual y progresiva, responde al fenómeno de contratación en masa y a las cuestiones relativas al Derecho clásico de los contratos, de tal manera que deben incorporarse los principios generales y principales disposiciones de derecho de consumo al Código Civil, para lograr una adecuada sistematización del derecho privado; caso contrario, devendría en un Código totalmente retrasado y descontextualizado, observándose el debilitamiento de su fuerza protectora de la parte débil y promotora de los derechos fundamentales de la persona, que, durante mucho tiempo, se salvaguardaron y desarrollaron, alcanzando el desarrollo personal y social en los ciudadanos, desde las diversas codificaciones de los siglos XIX y XX.

Recordemos que en las últimas décadas hablamos de dos fenómenos jurídicos que han impacto en el derecho privado, específicamente en el Derecho Civil, estos son: la constitucionalización y la humanización del Derecho, partiendo para ambos fenómenos jurídicos, de la premisa general de la protección y reivindicación de la dignidad de la persona humana, entendida en el mercado, en la figura jurídica del consumidor.

Al mismo tiempo, el progresivo incremento de la intervención estatal en la contratación constituye una de las manifestaciones del tránsito del Estado liberal al Estado social de Derecho; el Estado ya no se limita a garantizar la libertad formal de los individuos, sino que exige que esa libertad se desenvuelva en un marco delimitado en su contenido material para asegurarse de que este cumple con unos requisitos mínimos de justicia que den lugar a una libertad sustantiva. (Martínez de Aguirre, 1994, pág. 46).

Bajo este esquema, no se trata por ninguna razón, de sustituir o desplazar al Código Civil, por el contrario, se trata de reubicarlo una vez más, como ley “rectora de la vida en común”, y que su aplicación pueda ejecutarse e interpretarse bajo los nuevos principios generales contractuales y los valores sociales inherentes a un Estado de Derecho. Díez-Picazo y Gullón (1983:53) sostenían que:

La crisis del Derecho civil codificado tiene otras causas. Es de anotar su carácter excesivamente patrimonial que hace que la persona se contemple y regule en función de sujetos de una relación jurídica de aquella naturaleza y no por sí misma: sus valores, sus bienes y atributos como tal persona pasan por completo desapercibidos y abandonados al campo de las declaraciones constitucionales sonoras y espectaculares. Al derecho civil se le priva así de lo más sustancial que tenía, pues su función y finalidad no es otra que la defensa de la persona y de sus fines.

A través del derecho del consumidor, contemporáneo por excelencia, se presta mayor atención a los derechos de las personas, se involucra en los casos en concretos y en la defensa de esos derechos fundamentales, lejos de dogmatismos extremos, cuestiones políticas e incluso interpretaciones económicas, que terminan resultado antojadizas o restrictivas de derechos por no contemplar el panorama completo.

Así, cuando buscamos una integración entre el derecho del consumidor y el derecho civil, pensamos en un Estado, que a través de su columna vertebral normativa, protege a la parte más débil frente a un conglomerado de poderes a los que las personas no pueden enfrentar, pero que tampoco puede verse vulneradas en sus derechos, en especial como consumidores, agentes protagonistas del mercado y de la vida misma, personas humanas con necesidades, expectativas, intereses, sueños y esperanzas, que por ninguna razón pueden verse frustradas o menoscabadas.

Pese a la vigencia y utilización masiva y espontánea del contrato de consumo en la actualidad, este no se encuentra regulado en nuestro CC, salvo ciertas disposiciones sobre contratación por adhesión. En principio, son razones de estudio y sistematización, las que han separado la disciplina del derecho mercantil del derecho civil, de tal manera que el primero, se encargará de regular materias específicas, entre ellas, el derecho del consumidor.

El CPDC regula los contratos en su título II comprendiendo su contenido desde el artículo 45 hasta el artículo 55. Como observamos, el contrato de consumo, que es fundamental en nuestra vida diaria, se ha regulado de manera independiente a nuestro CC, dejándolo únicamente aplicable de manera supletoria.

Esto nos resulta interesante, más aún si somos conocedores que el acto de consumo no fue considerado como un acto de comercio, por el aspecto subjetivo de la institución, por lo cual, desde la perspectiva del derecho mercantil, el acto de consumo era considerado desde la doctrina de los actos mixtos. Sin embargo, esta corriente ha perdido fuerza, y hoy, más que nada, es el principio de protección de los consumidores el que se presenta como un factor que acerca al acto de consumo al derecho civil, lo que nos facilita considerar que a través de un contrato de consumo las personas satisfacen sus necesidades personales y familiares. Y si la esencia del derecho civil es la tutela de la persona en el ámbito privado, es claro que su faceta de consumidor no puede serle ajena. (López, 2000, pág. 39).

En este punto debemos reflexionar: ¿Cuál es la importancia y vigencia de nuestro CC si es evidente que el contrato en la sociedad contemporánea, no es un contrato civil, sino un contrato de consumo? ¿Es adecuada la separación de disciplinas, específicamente en materia contractual? La respuesta es negativa. Explicamos.

Nos encontramos en el momento perfecto para unificar las obligaciones y los contratos en nuestro CC, la noción de empresa y persona humana, no es ajena a su propia naturaleza, hoy en día, con más frecuencia las personas hacen empresa, viven de las empresas, ya no nos encontramos ante una clase

burgués comercial y castrante de la Edad Media, por el contrario, la globalización y las tendencias constitucionales, han permitido el crecimiento y el desarrollo empresarial de sectores, que otrora, hubiesen sido marginados. Todos nuestros actos humanos y de la vida jurídica, son comerciales o no comerciales, tienen un lucro, un valor pecuniario o simplemente son para satisfacer nuestras necesidades. En todas estas situaciones convergen y se conjugan tanto personas jurídicas como naturales, por ende, no se colige una independencia desde la raíz y naturaleza jurídica. Morales (1990:200) menciona que:

En la sociedad moderna la gravitación del sujeto de derecho (persona natural o colectiva) se manifiesta en el círculo de relaciones económicas. El derecho patrimonial parte del movimiento económico en que se encuentra la sociedad moderna y ha dejado de tener una faz individual para socializarse.

Es conveniente que nuestro Código deje de cercenarse, la especialización en diversas materias no significa la fragmentación del Código, por el contrario, debemos modernizar el derecho civil, parte de la modernización es sistematizar las normas contractuales de consumo al mismo CC.

Asimismo, la posibilidad de modernizar el CC con la legislación de contratación de consumo y sus principios; y, en segundo lugar, la existencia de mecanismos jurídicos que protegen a la parte débil (paradigma del derecho clásico que se observó deficiente ante la sociedad de consumo y su extensión socioeconómica) en ambas legislaciones, faculta a encontrar vías de integración y destacar de manera comprensiva las diferencias sustantivas entre ambos regímenes.

Sobre este punto es interesante resaltar que muchas de las disposiciones del CC desarrollan materias que interesan a los consumidores; lo que se busca hoy es que el CC asuma el significado que tenía hace tiempo, de reflejar la vida económica y social, precisamente la fase, o dimensión del consumo, colmaría una verdadera y propia laguna. (Alpa, 2004, pág. 98).

Así, instituciones como el contrato por adhesión, las prohibiciones de cláusulas abusivas, protección a la salud e integridad, el deber de información, la buena fe contractual y la oferta al público son mecanismos jurídicos que fluctúan en ambas legislaciones y que justifican un estudio pormenorizado e integrador de ambos sistemas.

Irti (2003:27) explica un factor importante: “(...) *el sistema de derecho privado asume un valor ejemplar: es el modelo que las otras disciplinas se esfuerzan en imitar y reproducir. Constituye una parte general propiamente dicha, a la que se reconoce un papel propedéutico e inductivo para todos los estudios jurídicos*”. En correlato con ello, Momberg (2012:337-391) menciona que: “*Si entendemos que el Código Civil debe ser el derecho común o ley general del sistema privado, su normativa debe incluir la regulación general de aquellos contratos en que una de las partes se encuentre en situación de desventaja o vulnerabilidad frente a otra.*” (pág. 337-391).

Esto en clara referencia al contrato de consumo, y es que, no encontramos fundamentos relevantes para separar una misma institución en dos cuerpos normativos, *contrario sensu*, el esfuerzo del jurista y legislador está en encontrar la amalgama de las principales instituciones contractuales y sistematizarlas en el Código Civil, toda vez que corresponden a una única regulación. Solo de esta forma dejaremos de observar el progresivo anquilosamiento de nuestro Código y comenzaremos a promover su modernización en el ordenamiento jurídico.

7.2. Modelos de vinculación normativa de la legislación contractual de consumidor y civil.

Con la finalidad de esquematizar un mejor análisis, hemos decidido utilizar los modelos de vinculación normativa tanto de distinción como de integración que nos ofrece Momberg (2015, 737-747).

Sobre la base de los modelos propuestos repasaremos cuál es bajo nuestra postura el mejor modelo de vinculación normativa, asimismo, estudiaremos

brevemente algunos modelos de vinculación en países latinoamericanos y europeos, demostrando sus principales características.

7.2.1. Clasificación de los modelos de vinculación

7.2.1.1. Modelos de vinculación de distinción

El modelo de distinción normativa implica que coexistan dos legislaciones al mismo tiempo, con la particularidad que la legislación en materia civil regulará lo relativo a los contratos privados interindividuales y algunas disposiciones sobre contratación masiva (contratos por adhesión y cláusulas generales de contratación); mientras que simultáneamente, existe la legislación en materia de consumidor que regulará lo relativo a los actos de consumo o las contrataciones de consumo.

Este es el modelo más utilizado en el mundo, y por supuesto es el modelo que ha adoptado nuestra legislación en lo que respecta a la regulación del derecho del consumidor y el derecho civil. Así, encontramos, por un lado, un Código Civil promulgado el 24 de julio de 1984 y un Código de Protección y Defensa del Consumidor promulgado el 01 de setiembre de 2010.

En lo que respecta a la teoría general del contrato, el CC establece en el libro VII sobre Fuentes de las Obligaciones los artículos comprendidos entre el 1351 y el 1528; mientras que el CPDC establece el título II sobre contratos los artículos comprendidos entre el 45 y el 55, esto último no es parte de la teoría general del contrato.

Un punto importante a destacar es que en los modelos de vinculación no se establece ninguna disposición que se refiera al consumidor o relación de consumo en el Código Civil, esto se deja a los Códigos o leyes específicas sobre la materia, Alpa (2017:63) se refiere a estos últimos como Códigos sector y nos dice que: *“no son simples textos únicos, sino que coordinan, sistematizan*

y actualizan la legislación fragmentaria existente en algunos sectores, adecuándola al régimen comunitario”.

Aun así, debemos comprender que la existencia del CPDC no quiere decir que sea el único cuerpo aplicable a los consumidores, de hecho, es conveniente resaltar que, aun teniendo un Código, existen disposiciones en otras leyes específicas o conexas que son de aplicación normativa al ámbito de la protección al consumidor, conforme el sector que regulan.

Entre las normas que podemos señalar, y sin pretender que nuestra lista sea taxativa y excesivamente lineal, caben mencionar:

Materia	Normativa conexas
Telecomunicaciones	<ul style="list-style-type: none"> • Resolución del Consejo Directivo N° 047-2015-CD-OSIPTEL - Reglamento para la Atención de Reclamos de Usuarios de Servicios Públicos de Telecomunicaciones. • Texto Único Ordenado de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones, aprobado por la Resolución de Consejo Directivo N° 138-2012-CD/OSIPTEL • Resolución del Consejo Directivo N° 166-2013-CD-OSIPTEL - Reglamento de Portabilidad Numérica del Servicio Público Móvil y el Servicio de Telefonía Fija
Energía	<ul style="list-style-type: none"> • Resolución del Consejo Directivo N° 030-2016-OS/CD - Reglamento del Registro de Instaladores de Gas Natural. • Resolución del Consejo Directivo N°-004-2016-OS/CD - Norma que establece los criterios para la

	capacitación del personal que participa en las actividades de distribución de gas natural.
Transporte terrestre	<ul style="list-style-type: none"> • Decreto Supremo N° 017 – 2009 – MTC - Reglamento Nacional de Transporte Turístico Terrestre
Transporte aéreo	<ul style="list-style-type: none"> • Ley 27261 - Ley de Aeronáutica Civil del Perú. • Decisión 619 de la Comunidad Andina - Establece los derechos y obligaciones de los usuarios, transportistas y operadores de los servicios de transporte aéreo regular y no regular en los países de la Comunidad Andina.
Saneamiento	<ul style="list-style-type: none"> • Resolución de Consejo Directivo N° 066-2006-SUNASS-CD - Reglamento General de Reclamos de Usuarios de Servicios de Saneamiento y documento de análisis de impacto regulatorio. • Resolución N° 011-2007-SUNASS-CD - Reglamento de Calidad de la Prestación de Servicios de Saneamiento
Salud	<ul style="list-style-type: none"> • Resolución de superintendencia N° 069-2017-SUSALUD/S – Aprueba la plataforma en línea “Resuelve tu afiliación”. • Resolución de superintendencia N° 160-2011-SUSALUD/S – Reglamenta general para la atención de los reclamos y quejas de usuarios de las IAFAS e IPRESS. • Decreto supremo N° 030-2016-SA - Reglamento para la Atención de Reclamos y Quejas de los Usuarios de las Instituciones Administradoras de Fondos de Aseguramiento en Salud - IAFAS,

	<p>Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud - IPRESS y Unidades de Gestión de Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud -UGIPRESS, públicas, privadas y mixtas</p> <ul style="list-style-type: none"> • Decreto Supremo N° 07-2015-SA – Reglamento de la Ley N° 29414 – Ley que establece derechos de las personas usuarias de los servicios de salud.
Educación	<ul style="list-style-type: none"> • Ley N° 29719 - Ley que promueve la convivencia sin violencia en las instituciones educativas. • Ley N° 30403 - Ley que prohíbe el uso del castigo físico y humillante contra los niños, niña y adolescentes. • Resolución de Secretaría General N° 056-2016-ED -Procedimiento para la defensa de los derechos de los usuarios en el Ministerio de Educación. • Ley N° 26549 - Ley de los Centros Educativos Privados y su Reglamento. • Ley N° 27665 - Ley de Protección a la Economía Familiar respecto al pago de pensiones en Centros y. Programas Educativos privados.
Inmobiliario	<ul style="list-style-type: none"> • Decreto Supremo N° 006-2016-VIVIENDA - Reglamento de la Ley N° 29203, Ley que crea la Central de Información de Promotores Inmobiliarios y/o Empresas Constructoras de Unidades Inmobiliarias. • Ley N° 29203 – Ley que crea la Central de Información de Promotores Inmobiliarios y/o Empresas Constructoras de Unidades Inmobiliarias

Finanzas y seguros	<ul style="list-style-type: none"> • Ley N 29946 - Ley del Contrato de Seguro • Ley 29878 - Ley que establece medidas de protección y supervisión de las condiciones generales de las pólizas de seguros médicos, de salud o de asistencia medica • Ley N° 26702 -Texto Concordado de la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros. • Resolución SBS N°8181- 2012 - Reglamento de transparencia de información y contratación con usuarios del sistema financiero.
Turismo	<ul style="list-style-type: none"> • Ley N° 29408 – Ley General de Turismo. • Resolución Ministerial N° 430-2018-MINCETUR - Código de Conducta contra la Explotación Sexual de Niñas, Niños y Adolescentes (ESNNA). • Decreto Supremo N° 009-2017-MINCETUR, 31.07.2017, que modifica el Reglamento de Restaurantes y Reglamento de Establecimientos de Hospedaje.

Como observamos, no todas las normas sobre protección al consumidor se encuentran en el Código, de hecho, este tampoco es el objetivo de la codificación en nuestra materia.

Por otro lado, debemos señalar que las disposiciones establecidas en materia civil serán de aplicación supletoria, en cualquier materia dentro de las relaciones de consumo tal como lo establece el Código Civil en el Título Preliminar artículo IX cuando menciona: “*Las disposiciones del Código Civil se aplican supletoriamente a las relaciones y situaciones jurídicas reguladas por otras leyes, siempre que no sean incompatibles con su naturaleza.*”; y, el CPDC

en el artículo 45 sobre el contrato de consumo: “(...) *En todo lo previsto por el presente Código o en las leyes especiales, son de aplicación las normas del Código Civil en cuanto resulten compatibles con la naturaleza de los contratos.*”

7.2.1.1.1. El caso de Brasil

Brasil fue el primer país en contar con un Código de Defensa del Consumidor. Este Código fue publicado en 1990 y se encuentra vigente hasta el día de hoy. Debemos señalar que por aquel entonces regía el Código Civil de 1916, quien al igual que en nuestro caso, regía todas las cuestiones (de alguna u otra manera) referidas a las obligaciones y actos jurídicos, donde por alguna razón, se podían concentrar las cuestiones referidas a los actos de consumo, meramente desde la perspectiva contractual.

Benjamin (1998:497) resalta el trabajo que se hizo en el Código de Defensa del Consumidor:

Más que tratar de innovar aspectos puntuales, el CDC promovió una auténtica revolución en el Derecho brasileño, modificando profundamente el Derecho Privado y los aspectos centrales del Derecho Procesal Civil y del Derecho Penal. No obstante, es necesario anotar que la Comisión no se propuso echar abajo, ni cernir dudas sobre las teorías y doctrinas clásicas que orientaban, hasta el momento, todo el sistema jurídico brasileño. Su objetivo fue siempre proteger apropiadamente al consumidor y, desde tal perspectiva, modernizar o suprimir todo aquello que se opusiera a tal propósito.

Con la promulgación del actual Código Civil de 2002, este cuerpo normativo se ha conjugado de manera correcta con las disposiciones establecidas en el Código de Defensa del consumidor, quien como lo habíamos señalado, se mantiene vigente.

El actual Código unifica a las obligaciones civiles y comerciales, en la regulación orgánica de contratos civiles y de contratos comerciales

respectivamente. En tal sentido, hay unidad normativa civil/comercial. En esta opción normativa unitaria se regula los contratos, después de sentar los principios generales de la contratación, adopta el sistema único de normatividad de los contratos civiles y comerciales (Osorio, 2013, pág. 56).

Un punto importante a destacar respecto al nuevo Código, es la incorporación expresa de la buena fe objetiva, señalada en el artículo 113: “*Los negocios jurídicos deben ser interpretados conforme a la buena fe y los usos del lugar de su celebración*”⁶² y en materia contractual en el artículo 422: “*Los contratistas están obligados a guardar, así en la conclusión del contrato, como en su ejecución, los principios de probidad y buena fe*”.⁶³ Disposición que se conjuga con el artículo 4 inciso III) del Código de Defensa del Consumidor sobre los principios rectores:

(armonización de los intereses de los participantes de las relaciones de consumo y protección del consumidor compatibles con la necesidad de un desarrollo económico y tecnológico con el fin de permitir a los principios en que se basa el orden económico. Artículo 170 de la Constitución Federal), siempre sobre la base de la buena fe y el equilibrio en las relaciones entre consumidores y proveedores.⁶⁴

7.2.1.1.2. El caso de Chile

Chile, constituye otro ejemplo de la región del modelo de distinción. Al respecto, debemos señalar que en Chile no existe un Código de Defensa del Consumidor, es la Ley 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores, promulgada en 1997, la que rige las cuestiones referidas al

⁶² El texto original señala: “*Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração*”.

⁶³ El texto original señala: “*Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé*”.

⁶⁴ El texto original señala: “*harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores*”.

derecho del consumidor; al mismo tiempo, es innegable la existencia del Código Civil chileno promulgado en 1855, y que a lo largo de más de 150 años ha sufrido modificaciones en su articulado, sin que estas signifiquen un notorio avance en materia de obligaciones y contratos.

Ambas normas, prácticamente no se coligen ni relacionan, no encontramos disposiciones específicas como la definición del contrato, contratos por adhesión, régimen de responsabilidad, entre otras disposiciones, más allá de eso, algún estudio sobre la lectura conjunta de ambas normas, puede comprender la formación del contrato o las cláusulas abusivas y sus respectivas sanciones. Baraona (2014:402) señala que:

Es un desafío para los estudiosos del derecho buscar una adecuada integración entre el sistema del derecho común con el de la Ley 19.496, de modo que el derecho del consumo se pueda beneficiar de la larga experiencia acumulada por aquel. Ha de cuidarse de que esta integración no sea forzada, pues, ello puede llevar a desconocer la especialidad y peculiaridad del derecho del consumo, a fin de no hacerle aplicables normas del derecho común que podría aparecer disfuncionales.

Bajo esta reflexión, emprendemos el estudio de los modelos de vinculación de integración.

7.2.1.2. Modelos de vinculación de integración

El modelo de integración, en realidad se refiere a diversos modelos según el tipo y el grado de incorporación de las normas del derecho de consumidor a las normas del derecho civil.

Esto significa que una eventual modernización del CC, tendrá disposiciones relativas o referidas – en menor o mayor cuantía- sobre la materia de consumo, así en el Código podrán regularse diversas normas, especialmente sobre la materia de las obligaciones, contratos o responsabilidad en el campo del consumo.

Todo esto no implica que se derogue cualquier disposición anterior, sino que, exista una legislación especial sobre derecho del consumidor, que contiene normas muy específicas; y a su vez, una legislación civil, que contiene normas más generales y que sirve como primer filtro de aplicación de las normas de protección al consumidor.

Repasaremos brevemente algunos modelos.

7.2.1.2.1. Integración completa

Incorporación absoluta de las normas de derecho del consumidor en materia contractual al Código Civil. Este método de integración completa lo podemos encontrar en Alemania, Suiza y los Países Bajos.

En el caso de Alemania, con la reforma del BGB (*Bürgerliches Gesetzbuch*) en el año 2002 se implementaron nuevas disposiciones en materia de obligaciones tales como la responsabilidad por incumplimiento, obligaciones de saneamiento y por supuesto, los contratos de consumo, regulados dentro del Libro II sobre las Obligaciones sección 3 sobre las obligaciones bajo contratos, subtítulo 2 sobre los principios de los contratos de consumidor (artículo 312 en adelante).

Otras leyes que quedaron integradas al Código Civil, con relación a la protección al consumidor fueron, en comentario de Díaz (2002: 9-11):

- Ley sobre las condiciones generales de los contratos (Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGBG)), la regulación se encuentra en los nuevos §§305-310 BGB.
- Ley sobre la revocación de los contratos de venta a domicilio y similares (HaustürWG), la regulación se encuentra en los nuevos §§312-312 a, 312 f BGB. El §312.1 BGB reconoce en favor del consumidor un derecho de revocación en los supuestos de contratos celebrados mediante negociación verbal en el lugar de trabajo o en el ámbito de la vivienda privada.
- Ley de contratos a distancia (FernAbsG), la regulación se encuentra en los nuevos §§312 b-312 d, 312 f BGB.

- Ley de enajenación de derechos de utilización en inmuebles en régimen de tiempo parcial (Veräußerung von Teilzeitnutzungsrechten an Wohngebäuden (TzWrG), desde enero de 2002 la regulación se encuentra en los nuevos §§481-487 BGB.
- Ley de créditos al consumo (Verbraucherkreditgesetz (VerbrKrG)), desde enero de 2002 la regulación se encuentra en los nuevos §§491-498 BGB.

En el caso de los Países Bajos, el Código Civil Holandés incorpora la normativa especial en materia de protección de los consumidores, en el marco de la recodificación de la materia de obligaciones y contratos en Europa, siguiendo la tendencia general sobre la unificación. (Colombi, 2001, pág.111-112).

En el caso de Suiza, es una regulación sistemática más compleja, pero que no ha perdido modernidad; de hecho, ya desde 1912 al regular las materias civiles y comerciales, comenzaba a desligarse de otros Códigos de la época.

En Suiza se logró la unificación federal en derecho civil en 1907 y posteriormente, revisado el Código de las Obligaciones, se lo incorporó al Código Civil en 1912 como Libro V. Dejamos en claro, que la unificación no trajo problemas en Suiza, sino que ha simplificado la aplicación de la ley, ya que este resulta la misma para el contrato civil que para uno comercial. (Gastaldi, 1997, p. 104).

Respecto de este modelo, consideramos que para nuestra legislación y tradición jurídica, sería una tarea realmente titánica y diríamos poco productiva, en el sentido que si bien de alguna manera se podría incorporar al Código, disposiciones de derecho del consumidor en su totalidad, no tendría un correlato sistémico y una coherencia interna, que permitiera la aplicación de la norma sin entrar en vacíos normativos, profundas desventajas o incluso interpretaciones tan distintas que en lugar de mostrar un desarrollo normativo, podría involucrar un retraso.

7.2.1.2.2. Integración parcial

Incorporación relativa de las normas de derecho del consumidor al Código Civil. Este método de integración parcial lo podríamos encontrar en países como Italia y Argentina.

Las normas referidas a la protección al consumidor aún permanecen vigentes a la par que el Código Civil incluye normas básicas como: consumidor, proveedor, relación de consumo, contrato de consumo y los principios básicos.

En Italia, la incorporación de los contratos de consumo, ha sido tomada de la mejor manera por gran parte de los juristas, la observan como un avance en sentido técnico y orgánico en materia de obligaciones y contratos. Sirena (2005: 234) señala con mucha precisión que:

La específica colocación tipográfica de las disposiciones relativas a los contratos celebrados por los consumidores no descarta, de ningún modo, que las normas por ellas dictadas sean asimilables a la parte general del contrato; lo que se debe determinar, más bien, es si ellas, tomando en cuenta su razón justificativa y su fundamento, dan lugar a un derecho especial o si introducen en el ordenamiento jurídico un nuevo núcleo de reglas y principios generales, en el cual se pueda reconocer aquel intrínseco valor axiológico y aquella fuerza expansiva que caracterizan, justamente, el derecho común de los contratos.

Así, la disciplina titulada “De los contratos del consumidor”, concerniente más exactamente a las “cláusulas vejatorias”, se insertan en las nuevas reglas funcionalmente resumidas como “tutela del consumidor. La intervención más vistosa sobre el derecho común de los contratos la constituye la citada compilación que se ha introducido en el Título II del libro IV del Código Civil el título XIV – bis denominado, “De los contratos del consumidor”. (Benedetti, 1998, p. 18-19).

Al respecto Roppo (2005:35) nos dice sobre el contrato de consumo en el Código Civil de Italia: “*constituyen el núcleo central, el cuerpo normativo del*

contrato con el consumidor comprende también muchos otros regímenes que lo completan, bien sean anteriores a la reforma del código, o bien hayan sido introducidos posteriormente”.

Por otro lado, Benedetti (1998:19) nos deja una aclaración para el recuerdo:

Si la tarea del civilista es la de reelaborar principios, esquemas generales, conceptos dogmáticos, individualizar y experimentar criterios de orientación, delinear horizontes a la propia búsqueda, según el desarrollo de las estructuras económico-sociales y del ordenamiento jurídico, la demanda sobre el actual valor del contrato se vuelve ineludible.

En Argentina, la labor de codificación de los derechos del consumidor en el Código Civil, no ha sido menor ni menos importante. El Código Civil y Comercial fue promulgado en el 2015, a la fecha podríamos decir que conjuntamente con el Código de Brasil es el Código más moderno de Latinoamérica, e incluso incorpora nociones y realidades propias de nuestra época, que eventualmente, no están exentas de discusión y confrontación.

En materia de obligaciones y contratos, añade el Título III sobre contratos de consumo, comprendiendo los artículos 1092 hasta el 1192. Al respecto, Stiglitz (2015: 487-488) señala:

La materia que hace al contenido de estos contratos corresponde a derechos que, en el ordenamiento jurídico argentino, tienen específico rango constitucional (art. 42 CN). La regulación ha adoptado como criterio el de fragmentación del tipo general de contrato, que influye sobre los tipos especiales, de modo tal que, por ejemplo, podemos tener un contrato de compraventa que se rija por las disposiciones generales que se han venido analizando en los capítulos anteriores y otro directamente disciplinado por las de este título. No obstante, si bien se la ha modificado, no se ha derogado la legislación especial preexistente, ello porque se ha tenido en consideración que la dinámica propia de las relaciones de consumo hace que sean muy cambiantes, lo que determina que

sea conveniente contar con una ley que pueda ser fácilmente modificada, según se explicó en los Fundamentos que acompañaron al Proyecto.

Se han establecido mínimos legales que actúan como un “núcleo duro” de tutela, los que pueden ser ampliados por la legislación específica, mas no limitados. En la interpretación de las normas, de las relaciones jurídicas y de los contratos, lo establecido en el Código debe ser considerado el mínimo legal previsto para la protección.

Se trata de un ámbito donde las relaciones jurídicas entre los particulares se encuentran atravesadas por el interés público y limitadas por el orden público protectorio; pues es claro que en un sinnúmero de actividades cotidianas los consumidores se encuentran expuestos a riesgos que no pueden controlar, para lo que se hace necesaria la intervención de agencias u órganos públicos que aseguren el control de la actividad, generalmente por medio de entes reguladores o de superintendencia, a fin de evitar perjuicios para los consumidores, débiles en la relación jurídica.

En particular, el modelo de Argentina, es un típico ejemplo de vinculación de integración parcial de las normas de consumidor, no debemos olvidar que la ley de protección a los consumidores aún sigue vigente. Resulta muy interesante como se ha tratado de ofrecerle un protagonismo central al Código Civil, lejos de la teoría francesa clásica del Código anterior. Ahora se observa un código que regula diversos ámbitos jurídicos y prácticos de la realidad, y eso es de rescatar.

Nuestra labor de integración, propone y desarrolla este último modelo de vinculación, toda vez que se pueden incluir los principios y normas básicas del derecho del consumidor, pero verdaderamente sistematizadas e integradas, destacando su viabilidad y posibles ventajas en el campo de la protección al consumidor dentro del sistema de derecho privado; en la presente investigación hemos desarrollado la temática sobre los contratos, por considerar que

corresponde a una disciplina única que muchos denominan nueva teoría general del contrato, y que su incorporación al Código Civil, donde reside la teoría general clásica, es más que necesaria para labores de análisis, estudio, aplicación jurisprudencial, entre otros supuestos, donde el ser humano, la persona o el consumidor, a través de la importancia y regulación de los contratos, se alza como un agente de desarrollo social y económico.

Este tema por supuesto, recibirá comentarios positivos, negativos, críticas constructivas y destructivas, y por supuesto, solo es un primer paso en la importancia del estudio del derecho del consumidor a través del derecho civil, o mejor dicho, su estudio conjunto y armónico, más aún si, estos derechos (y aquí nos referimos a todos los derechos del consumidor, no solo los relativos al contrato de consumo) incumben a toda la sociedad, a todas las personas (incluso las personas jurídicas) y que son el pilar y aspiración para una sociedad más justa, libre e igualitaria.

7.3. Diálogo de fuentes

La incorporación de las normas contractuales de consumidor, o el contrato de consumo al Código Civil, implica de alguna manera, una sistematización de otras normas del sistema de protección al consumidor al CC, lo cual demuestra un avance en la legislación pertinente del derecho privado, sin embargo, también es plausible de crear nuevos retos y desafíos no solo en la labor de vinculación e integración, sino en la interpretación que puedan ofrecer los organismos jurisdiccionales , tanto judiciales como administrativos.

En este campo, se destaca el diálogo de fuentes como una herramienta de interpretación adecuada y beneficiosa. En esta investigación, detallaremos algunas cuestiones interesantes que merecen nuestra atención.

La teoría y el término fueron propuestos por el profesor Erik Jayme en el marco del Derecho Internacional en 1995. Al respecto, Castagnola (2017:126) comenta:

El llamado método del diálogo de las fuentes supone la aplicación simultánea, coherente y coordinada de las diversas fuentes del derecho internacional con la finalidad de eliminar la norma incompatible cuando la contradicción que causa es insuperable. Y, de esa manera, recuperar la coherencia del ordenamiento jurídico iusprivatista en el marco de lo que Jayme denomina el derecho a la identidad cultural en una sociedad globalizada.

Por supuesto, que este diálogo de fuentes, que busca evitar la exclusión y contradicción entre las diversas normas que componen un determinado sistema específico, o si se prefiere, un microsistema de normas, tiene que llevarse a cabo con una correcta cosmovisión de todo el campo normativo y una adecuada argumentación contextual, lo cual no solo implica observar el campo jurídico/normativo, sino otras disciplinas pertinentes, para los fines del proceso.

Así, las fuentes no se excluyen ni se anulan, por el contrario, estas fuentes se coordinan y conjugan entre sí. Barocelli (2016: 14) señala:

reconstruir la coherencia de un sistema de Derecho en tiempos de fragmentación, internacionalización, flexibilización de valores y jerarquías, en tiempos de necesarias convivencia de paradigma y métodos, de extrema complejidad y pluralismo de fuentes, no es tarea fácil y exige mucha ciencia y sensibilidad de los juristas.

Se deja de lado el dispositivo de resolución de antinomias del derecho moderno basado en la idea de que una regla debe excluir a la otra por razones temporales, de especificidad, o de jerarquía. El objetivo que se propone el diálogo de fuentes y sus reglas derivadas es poner en práctica una labor de integración de las diferentes fuentes en las que se hallan cada una de las reglas en conflicto. (Sozzo, 2012, pág. 84).

Esto nos llama la atención, más aún, si pensamos que se deja a la labor jurisprudencial la posibilidad de aplicar diversas fuentes de manera simultánea y evitando la contradicción. Estas fuentes pueden ser de diversos sectores normativos o de diversa jerarquía piramidal e incluso podríamos hablar de

documentos internacionales, que se pondrán a disposición de la autoridad competente, quien buscará la mejor solución, partiendo de una interpretación holística y sistémica de estas fuentes.

Como es conocido, las normas, principios y valores de rango constitucional no serían posibles para establecer un diálogo con el resto de normativa infra constitucional, porque de alguna u otra manera, no podría contravenirse bajo ningún supuesto la norma constitucional, más aún, cuando cualquier norma de carácter legal que no esté acorde con la Constitución tendrá que ser declarada como inconstitucional.

Así, en materia de protección al consumidor tenemos obligatoriamente que partir del artículo 65 de nuestra actual Constitución:

El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado. Asimismo, vela, en particular, por la salud y la seguridad de la población.

Pese a la corta redacción del texto, y al término “interés” en lugar de “derechos”, tanto la misma Constitución como su interpretación por parte del Tribunal Constitucional, entiende que debe existir una protección especial hacia los consumidores, dado su naturaleza de parte débil o vulnerable de la relación de consumo; con esto queremos decir, que ese “especial interés” es suficiente para que el Estado despliegue toda una normativa tutelar y protectoria frente a los derechos del consumidor en su sentido más amplio y extenso, lo cual implica no solo salud y seguridad, sino también intereses económicos, libertad de elección y trato equitativo y digno.

Solo de esta manera, en materia de derechos del consumidor, el diálogo de fuentes permite asegurar a la persona humana (consumidor) una tutela especial y digna, conforme los valores y principios constitucionales de protección especial, y renovar la aplicación del propio sistema constitucional, con prevalencia de los tratados internacionales de derechos humanos, concretizando el principio *pro homine*. Estas fuentes deben aplicarse a favor

del consumidor, evitando la constante declaración de inconstitucionalidad de las normas, porque a través de una interpretación complementaria con leyes y principios incluso de otras disciplinas, en sentido favorable del consumidor, se evita vacíos, vicios, interpretaciones obtusas y razonamientos descontextualizados.

Por otro lado, conviene tener presente cuales son las normas que integran el sistema de protección al consumidor, estas normas provienen de diversos sectores y están vinculadas a la protección al consumidor en tanto se tutela la calidad, prestación y ejecución de los servicios y bienes que tienen inmediata relación con el acceso al consumo por parte del consumidor, en diversas situaciones.

Anteriormente en el título *7.2.1.1. Modelos de vinculación de distinción*, propusimos una larga lista de disposiciones relacionadas con la protección al consumidor y usuario, a esta lista le podríamos añadir las siguientes normas, a manera de complemento:

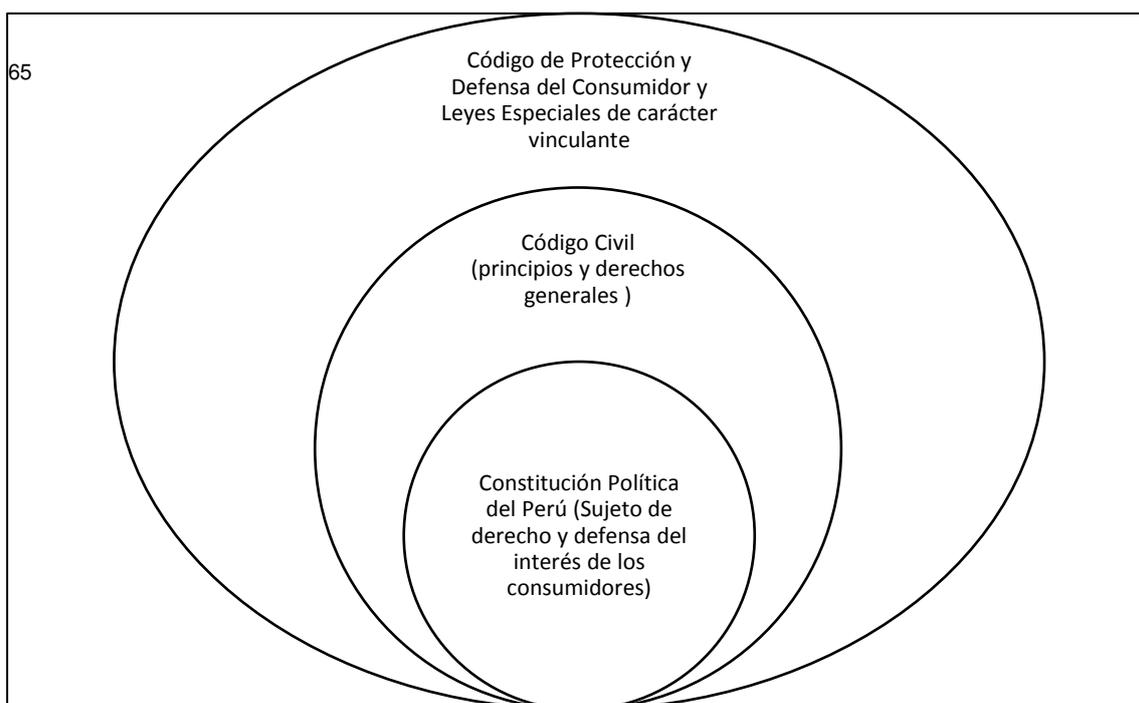
- Decreto legislativo N° 1439 – Sistema Nacional de Abastecimiento.
- Decreto Legislativo No 1044 - Ley de Represión de la Competencia Desleal
- Ley N° 30224 – Sistema Nacional para la calidad y el Instituto Nacional para la calidad.
- Ley N° 30021 - Ley de Promoción de la Alimentación Saludable
- Ley N° 29973 – Ley General de la persona con discapacidad.
- Ley N° 29733 – Ley de protección de datos personales.
- Ley N° 29168 - Ley que promueve el desarrollo espectáculos públicos no deportivos
- Ley N° 28982 – Ley de protección y defensa del turista.
- Ley N° 28705 - Ley General para la Prevención y Control de los Riesgos del Consumo del Tabaco.
- Resolución SBS N° 6523-2013 - Reglamento de Tarjetas de Crédito y Débito.

Conviene señalar que todas estas normas no solo deben ser interpretadas a la luz de los principios y valores, sino que estos últimos actúan como herramientas de integración y control jurisdiccional en determinados supuestos, evaluando su carácter normativo y axiológico, así, a nivel legislativo, cualquier interpretación o integración legal deberá comenzar por lo dispuesto en el artículo V inciso 2):

En cualquier campo de su actuación, el Estado ejerce una acción tuitiva a favor de los consumidores. En proyección de este principio en caso de duda insalvable en el sentido de las normas o cuando exista duda en los alcances de los contratos por adhesión y los celebrados en base a cláusulas generales de contratación, debe interpretarse en sentido más favorable al consumidor.

Este principio protectorio es la primera guía de interpretación, y a la cual siempre la autoridad deberá remitirse, y del cual se desprende la regla *in dubio pro consumidor*.

El sistema normativo de protección al consumidor se debe visualizar bajo el siguiente gráfico:



⁶⁵ Elaboración propia.

Así, podemos entender que el núcleo duro del sistema de protección al consumidor sigue siendo la Constitución, pero no solamente como una norma jerárquica, sino que de ella se emana la responsabilidad del Estado de desplegar sus mayores esfuerzos legislativos e instrumentos procesales para cumplir ese mismo mandato de protección y defensa del consumidor, que lo logrará de mejor manera a través de la construcción normativa y sistémica de principios y derechos establecidos en la legislación correspondiente.

Los resultados son inmediatos, en primer lugar, se logra estructurar respuestas normativas y jurisprudenciales sólidas y asertivas a las situaciones que se presenten, que buscan asegurar un nivel sustancial de protección al consumidor; en segundo lugar, amparados en la Constitución, la interpretación a cada una de las normas, debe buscar potenciar todos los derechos fundamentales de la persona humana, que, en la práctica del mercado, es el consumidor mismo.

De esta manera la uniformidad de la legislación y la jurisprudencia podrá desarrollar un mejor derecho del consumidor, a su vez, la integración de la contratación de consumo, un mejor derecho civil, y finalmente, a la aspiración suprema de los valores de igualdad, libertad y solidaridad en el marco jurídico, un mejor derecho para nuestra sociedad.

Afirmamos que las normas de protección al consumidor tienen un rol primordial en el mundo jurídico y económico de nuestra realidad, su papel es importante no solo para salvaguardar, reivindicar y proteger los derechos de los consumidores; sino para emprender la búsqueda hacia la revalorización del ser humano. Esta tarea es primordial no solo para diseñar políticas públicas y normativas, sino constituye una tarea de cada una de las personas que conformamos el tejido social de nuestro país, prevaleciendo el desarrollo de las relaciones personales, comerciales y mercantiles, con transparencia, lealtad y solidaridad, conceptos que al día de hoy pueden verse antagónicos, pero que, de una interpretación holística y ética, no son más que pilares de nuestra propia naturaleza.

Finalmente, debemos legislar o reformar en pro del ser humano y en pro del desarrollo de nuestra sociedad; en este sentido debemos legislar. Lo que pueda dar un destello de esperanza de un país mejor para nosotros y nuestras generaciones, que hoy se haga.

7.4. Ventajas doctrinarias, normativas y jurídicas

Llegado a este punto, debemos exponer las ventajas de la integración de las normas de consumo al Código Civil, a nuestro parecer son las siguientes:

- a) Centralidad del Código Civil en el ordenamiento jurídico nacional. Dinamismo y flexibilidad para las normas paradigmáticas y ulterior aplicación de todas las disposiciones contenidas en el Código Civil.
- b) Nueva contextualización y modernización de las normas en materia civil, evitando el estancamiento y anquilosamiento de sus disposiciones contractuales, desarrollando una efectiva interacción y un mayor alcance de interpretación entre las normas del Derecho Civil y del Derecho de consumo.
- c) Se establece, derivado del texto Constitucional y de las interpretaciones del Tribunal Constitucional, la condición de consumidor como sujeto de derecho en materia de Derecho Civil, así como la consolidación del principio de protección al contratante débil, como premisa general contractual.
- d) Evita contradicciones, limitaciones e incongruencias entre la norma civil y la norma de consumo. Asimismo, evita que los operadores jurídicos puedan desperdiciar los instrumentos y mecanismos jurídicos y legales que se han desarrollado en el Derecho Civil.
- e) Jerarquía, eficacia y estabilidad del sistema de protección al consumidor.
- f) Garantiza mayores mecanismos de protección y diversas vías de acción desde interpretaciones jurídicas (propias del derecho civil y de consumo)

hasta políticas públicas en materia de consumo (propias de la gestión gubernamental y del derecho del consumidor).

CONCLUSIONES

- **Sobre el fundamento iusfilosófico**

Es insuficiente la concepción filosófica sobre la justicia contractual desde la perspectiva de la doctrina clásica del contrato para cautelar y hacer efectiva la relación de simetría contractual.

Todas las relaciones contractuales deben practicarse y comprenderse desde la perspectiva de valores como reciprocidad y solidaridad, así la justicia contractual debe ser desarrollada bajo los presupuestos de proporcionalidad, igualdad y alteridad.

La proporcionalidad busca evitar y corregir prestaciones desproporcionales o desequilibradas, desde una perspectiva que evalúe la posibilidad de satisfacer adecuadamente las necesidades de ambas partes.

La igualdad se aprecia, en la regulación que debe realizar el Estado, para establecer una diferencia a favor de la parte débil, logrando la igualdad o cuando menos, acercándose, a la igualdad de condiciones. Se deben corregir los abismos sustanciales entre una parte y otra, provenientes de variables como: la capacidad cognitiva, económica, cultural, política, que tienen suma influencia al momento de la negociación.

La otredad va más allá del cumplimiento e incumplimiento del contrato, sino que es más fecundo el campo para reconocernos en el otro, en las tratativas o la etapa negocial o pre contractual. De ahí que es justo cuando la parte fuerte de la relación tiene un deber imperante de información, así como una interpretación restringida ante cualquier duda, y también es justo cuando salvaguardando los derechos de la parte débil, se impongan, revisen, estructuren o modifiquen las cláusulas que conforman el contenido contractual.

La justicia se encuentra inmersa en todo el campo del derecho, justicia para actuar, observar y trascender; justicia como pilar de relaciones contractuales, de protección a quien menos tiene, de defensa de sus derechos, de salvaguarda de sus expectativas y sueños.

- **Sobre el fundamento histórico**

El contrato es entendido como una forma de comunicación donde dos personas manejan discursos lingüísticos para lograr objetivos y fines, que puedan satisfacer sus intereses, es por ello que, siempre ha existido, incluso antes de la misma Ley. Cuando las personas aún se regían por prácticas consuetudinarias (muchas veces de carácter místico o religioso); ya existían los contratos.

La palabra contrato proviene del latín *contractus* o *contraho* derivado de *contrahere* que nos da la idea de juntar, reunir o lograr, a su vez el término puede ser utilizado como sinónimo de *commitere* o *constituere*. Esta, se encuentra formada por el prefijo “con” (o “cum”) que nos ofrece una indicación de unión, colaboración, convergencia; y “tractus” de la voz “trahō, -ere” que significa arrastrar, arrastre, que nos ofrece la idea de continuidad y extensión. Por lo tanto, contrato significa etimológicamente la continuidad o habitualidad de las uniones o colaboraciones.

El hombre de Cromagnon de Africa, con sus particularidades evolutivas, fue el primer ser humano que celebró el contrato de truke. En la Edad Antigua, el antecedente más remoto de un contrato con una formalidad determinada es el descubrimiento de la Estela de Gizeh, la cual se trataba de una compraventa de una casa en una zona de Egipto.

En Roma clásica los esquemas contractuales eran rígidos, estructurados y preestablecidos, de tal manera que la condición de la naturaleza obligatoria, dependía del cumplimiento de los mismos requisitos, así, los contratos eran meramente formales y típicos.

Consideramos que con la aparición de los gremios y asociaciones de comerciantes y artesanos existió un control en los contratos, a través de condiciones generales que al menos eran impuestas por el gremio a sus compradores, y que en muchos casos eran para favorecer los intereses del mismo gremio, cuando menos en cuestiones de precios, fechas y calidad, aquí puede residir un antecedente al contrato por adhesión.

El consensualismo no proviene del derecho canónico, sin embargo, la acepción *pacta sunt servanda*, sí; de tal manera que se concebía al contrato como una promesa entre las partes, la cual debía respetarse, de lo contrario, sería un perjurio o una falta de carácter religioso.

En la edad moderna, las corrientes filosóficas sobre el contrato de autores como Hobbes, Rousseau, Locke, Hegel y Kant, influenciaron en la noción de contrato entendido como mecanismo de intercambio, fuente de obligación, medio de satisfacción de nuestras necesidades y expresión de la voluntad y libertad del ser humano.

La promulgación de los diversos códigos civiles decimonónicos (Francia, Alemania, Italia, España y otros), fuera de la dogmática propia de las instituciones según la cosmovisión, cultura o raigambre jurídico de cada país, entiende al contrato sobre la base de la presunción de igualdad entre partes, libertad contractual y de contratar, remedios civiles y la percepción que el contrato es Ley entre las partes, quienes, a su vez, autorregulan sus intereses mejor que nadie.

La revolución industrial trajo consigo trajo consigo la masificación de las relaciones contractuales, la contratación dejó de ser interindividual, esto último sería extremadamente costoso y complejo, simplemente impracticable; así, la contratación se estandarizó con la producción a gran escala. Nacen los contratos por adhesión y las cláusulas generales de contratación, y se da un hecho nunca antes visto: la intervención del Estado para evitar abusos y arbitrariedades.

El contrato moderno tiene prerrogativas que responden a nuestros tiempos, de tal manera que identificamos: i) una mayor orientación pública, ii) pérdida de una visión general del contrato fruto de regulación contractual para sectores específicos, iii) consideración de Reglamentos y normas sectoriales para la redacción de sus cláusulas, iv) búsqueda de tutela a grandes grupos de contratantes, y, v) incremento del lenguaje contractual, producto de utilización de extranjerismos o términos provenientes de otras disciplinas.

Estas características del contrato moderno, las observamos mejor reflejadas en la institución jurídica del contrato de consumo, de tal manera, que identificamos sus particularidades: i) categoría autónoma, relevante y frecuente, ii) plena incidencia en los campos de la Economía, el Marketing y el Derecho, iii) dado la asimetría intrínseca de su estructura, busca reestablecer un equilibrio contractual, iv) nace como consecuencia de la imposición de condiciones y limitantes a la autonomía privada de una de las partes, v) es meramente formal, garantizando transparencia y seguridad jurídica, y, vi) su campo de acción es más amplio, superando los contratos típicos establecidos en el Código Civil.

- **Sobre los principios de buena fe y protección a la parte débil**

No se puede concebir ni permitir situaciones donde una parte haya quebrantado la relación de confianza que corresponde a toda relación contractual, más aún, si esta última se encontraba en una posición vulnerable, lo cual la convierte en un contratante débil y frágil, es por ello que la buena fe y la protección a la parte débil son verdaderas exigencias.

Ambas partes esperan lealtad en el actuar, lo que sucede es que si alguna de ellas tiene el poder de negociación – cualquiera haya sido la causa de esta situación- el deber de lealtad se duplica, por lo tanto, la buena fe se extiende, dejando de ser una institución que solo resguarda el cumplimiento, la promesa y la confianza, sino convirtiéndose en una exigencia que contiene una serie de reglas y conductas en la práctica contractual.

Consideramos que el reconocimiento jurídico del principio de buena fe, es solo la materialización de los valores socialmente aceptados, ello en relación a un actuar honesto, recto, probo, leal; los cuales se plasman en otros principios como la vida humana, la propiedad, la preservación de los contratos, la justicia, entre otros.

Es una exigencia de la contratación de consumo sobre la base de la buena fe: suministrar información sobre los hechos del contrato para evitar futuros

errores; evitar la existencia de vicios ocultos y desarrollar una política empresarial de atención oportuna a los consumidores.

Las conductas que transgreden el principio de buena fe en materia contractual son: lesión a la confianza y a los intereses. ocultamiento de información, actos culposos de deslealtad, perjuicios a la otra parte, comportamiento prepotente, falta de seriedad y rigor de lo ofrecido., renuncia injustificada a tratativas avanzadas, silencio sobre negociaciones paralelas, entre otras.

Los modos de conducta de las partes, según el principio de buena fe, involucran: confianza y protección de los intereses mutuos, actuación mínima de lealtad y honestidad, actitud proba, solidaridad en las transacciones y apoyo mutuo, voluntad sincera, leal y fiel a la relación jurídica, convicción para llevar a cabo el negocio, y ejecutarlo, sacrificio sin perjuicio en la conclusión de fines, razonabilidad o equilibrio de las prestaciones, observancia de circunstancias particulares e implícitas, deber de brindar información veraz, deber de reparación, logro de fines económicos y sociales, resolución de conflictos de manera equitativa.

El consumidor es entendido más allá de la concepción de parte débil, su debilidad no está determinada por la individualidad del contrato a celebrarse, sino que es estructural y endógena, categorizándolos con más amplitud, esto nos permite postular la idea de vulnerabilidad del consumidor, que es mucha más amplia que el *favor debilis* o el *favor debitoris*.

El consumidor es lo más parecido al trabajador, entendidos como tal, ambos son figuras expuestas como reyes del desarrollo de la actividad industrial y mercado, sin embargo, ambos sujetos son susceptibles de abuso y explotación, es decir, constituyen sujetos débiles frente a los empresarios o proveedores y su actividad económica.

La noción de vulnerabilidad del consumidor es más amplia que la noción de parte débil, en tanto radica en: Déficit de información, Reducida capacidad crítica y reflexiva, Poca educación general y especialmente de consumo, Autoexclusión social, Miseria y pobreza extrema, Inexperiencia, Ignorancia de derechos sustantivos y adjetivos, Desconocimiento de las acciones de tutela de

sus derechos, Dificultad para defender sus derechos en los procedimientos o procesos correspondientes, Lentitud de procedimientos administrativos y judiciales, excesivo formalismo y la dificultad de acceso a la justicia, Incapacidad de organización efectiva en la defensa de sus intereses comunes, Poca capacidad económica, Imposibilidad de elaborar el contenido contractual, Incremento de monopolios empresariales, Búsqueda constante de precios cómodos, promociones y ofertas, Falta de adaptación a nuevos mecanismos digitales, informáticos o virtuales.

- **Sobre una nueva teoría general del contrato y la importancia del contrato de consumo**

No es correcto hablar de la crisis del contrato. Es correcto hablar de la crisis de la teoría general del contrato, esto en relación a fenómenos que han impactado en sus postulados y que son: transformación técnica, científica y cultural, existencia de nuevas formas de contratación, dinamismo y velocidad en la vida de las personas, preocupación por las situaciones sociales, socialización o humanización del contrato, nacimiento de nuevas expresiones sobre los vicios de voluntad, búsqueda de una mejor herramienta para satisfacer de una mejor manera las necesidades de los contratantes y la paulatina intervención del Estado

La contratación en una economía social de mercado, se realiza conforme las necesidades, intereses o expectativas de las partes, teniendo en consideración las limitaciones como el orden público, las buenas costumbres, normas imperativas y fines supremos del Estado, así este último tiene la función de proteger el contenido del contrato, y también, de castigar, incluso al mismo contrato, cuando existen disposiciones de carácter proscrito, abusivo o lesivo a los intereses generales y particulares.

Es interesante que si bien, la libertad contractual se establece como uno de los principios económicos constitucionales, su limitación se establece en el artículo sobre los derechos fundamentales del ser humano, así se puede entender mejor que la libertad jurídica no es libertad humana (ni en el plano más

filosófico), sino que es, una libertad reducida en tanto fines sociales, consideramos que la existencia de la libertad humana, se imposibilidad en su aplicación práctica.

La teoría general del contrato se estructura sobre la base de dos tipos contractuales: el contrato negociado (que ocupa casi la totalidad de su estudio) y el contrato en masa (que ocupa una mínima parte). Lo curioso es que, en la realidad, el contrato negociado es una excepción a la regla en el tráfico mercantil, mientras que el contrato por adhesión o masivo es la regla. El segundo a desplazado rotundamente al primero, a tal punto que la contratación negociada ha pasado a celebrarse en los extremos de la sociedad.

Es necesario una teoría general del contrato, que pueda atender a la protección no solo al contratante débil, sino al consumidor en sentido concreto, toda vez que esto impone un carácter protectorio mayor; de tal manera que es evidente que al lado de la teoría general clásica, existe otra teoría general, que ha sido abordada tímidamente en nuestro Código Civil, y que no debería ser obviada, más aún si consideramos el porcentaje de utilización de los contratos masivos, contratos por adhesión o los contratos de consumo.

Las figuras contractuales que buscan proteger a la parte débil o eventualmente al consumidor que se encuentran incorporadas al Código Civil son: contratos por adhesión, oferta al público, cláusulas generales de contratación, cláusulas generales de contratación aprobadas por la autoridad administrativa y los contratos de hecho; mientras que no se encuentran reguladas: los contratos de consumo y la oferta al consumidor.

- **Sobre teoría del contrato de consumo y su incorporación al Código Civil**

Es conveniente que nuestro Código deje de cercenarse, la especialización en diversas materias no significa la fragmentación del Código, por el contrario, debemos modernizar el Derecho Civil; parte de la modernización es sistematizar las normas contractuales de consumo al mismo Código Civil.

Asimismo, la posibilidad de modernizar el Código Civil con la legislación de contratación de consumo y sus principios; y, en segundo lugar, la existencia de mecanismos jurídicos que protegen a la parte débil (paradigma del derecho clásico que se observó deficiente ante la sociedad de consumo y su extensión socioeconómica) en ambas legislaciones, facultan a encontrar vías de integración y destacar de manera comprensiva las diferencias sustantivas entre ambos regímenes.

Las normas sobre contratos que deberían ser integradas al Código Civil son: contrato de consumo y el consumidor, información precontractual en el contrato de consumo, la oferta al consumidor, las cláusulas generales de contratación y cláusulas abusivas.

Sobre el contrato de consumo, es necesario identificar sus elementos (sujetos, bienes y la obligación) para proponer una definición que permita integrarse al Código Civil, y que evidencia, el postulado erróneo establecido en el artículo 45 del Código de Protección y Defensa del Consumidor.

El contrato de consumo es consensual, bilateral, obligacional, por adhesión, formal, oneroso, conmutativo, nominado y principal.

La relación de consumo, no solo está referida al contrato, sino a todas las circunstancias que rodean, refieren o constituyen un antecedente o son una consecuencia de la actividad encaminada a satisfacer la demanda de bienes y servicios para los consumidores

La formación del consentimiento en un contrato de consumo, no está referida únicamente al simple consentimiento postulado por las normas del derecho civil, sino que este debe compaginarse con la exigencia de recibir información veraz, útil, suficiente, oportuna y accesible hacia el consumidor.

El consentimiento en el consumidor se realiza sobre la base de la información suministrada por el proveedor, y corresponde, en la mayoría de casos a la adhesión respectiva a la oferta que se le propone, una simple aceptación de los términos contractuales previamente ofrecidos. La existencia de error por parte del proveedor en su oferta, determina una interpretación en tanto personas

razonables, o en su defecto, a favor del consumidor. Es por ello que, en materia de consumidor, se postula la teoría de la declaración.

Consideramos que el hecho que la oferta al público no tenga como requisito intrínseco la receptividad, no debería quitarle su naturaleza de oferta contractual, más aún, si está destinada a contratar proponiendo un contenido contractual a un público indeterminado, que, dicho sea de paso, es el paradigma del sujeto o parte en la contratación actual.

La actividad publicitaria dentro de un marco general de mercado debe garantizar el ejercicio de la libertad de expresión del proveedor, la libre y leal competencia, velar por el cumplimiento de los valores supremos de la Constitución y proteger al consumidor ante cualquier situación de abusividad, engaño y confusión.

La publicidad en sí misma no es ni puede ser, una oferta contractual, y a pesar de ser más cercana a la naturaleza de la invitación a ofrecer, la publicidad simplemente completa la oferta final con lo que se ha expuesto en la publicidad, es decir, nos importa su rol informativo y la información que contenga o difunda.

El contrato por adhesión, no solo es un contrato masivo, también puede ser interindividual, de tal manera que, si una parte acepta una oferta íntegramente, es porque también está de acuerdo con lo establecido en el contrato, así la concurrencia de ambas declaraciones de voluntad permanece vigente.

Se identificaron las ventajas de la utilización de los contratos por adhesión: mayor agilidad en las relaciones contractuales, reducción de costos de transacción, cierta claridad en el texto, reducción de riesgos, homogeneidad en los negocios, aprovechamiento de la estructura del trabajo, seguridad jurídica y trato uniforme de las relaciones en masa.

Se identificaron las desventajas de la utilización de los contratos por adhesión: imposibilidad de configuración interna del contrato; posición de debilidad, inferioridad y vulnerabilidad del adherente; ventaja en los procesos judiciales o procedimientos administrativos de parte del estipulante; latente posibilidad de

abuso hacia los adherentes o consumidor; se afianzas situaciones monopólicas y búsqueda de maximización de beneficios de la contratación estandarizada a costa de los adherentes o usuarios.

Las cláusulas generales de contratación no son válidas y eficaces en tanto su existencia jurídica, que puede ser anterior a la del contrato correspondiente, sino que, más bien, es con el contrato, o mejor dicho con la incorporación a la oferta contractual y al contenido del mismo, que adquieren plena validez y eficacia.

En los contratos de consumo, la aprobación administrativa de las cláusulas generales de contratación debe ser obligatoria para cada sector, toda vez que es que está destinada a evaluar, revisar y regular las cláusulas abusivas, también tiene que suprimir, modificar y comprobar aquellas cláusulas que resulten lesivas para los intereses del consumidor.

Con la integración y sistematización de las normas contractuales de consumidor al Código Civil, no se busca sustituirlo ni desplazarlo, por el contrario, se trata de reubicarlo una vez más, como ley “rectora de la vida en común”, y que su aplicación pueda ejecutarse e interpretarse bajo los nuevos principios generales contractuales y los valores sociales inherentes a un Estado de Derecho.

No encontramos fundamentos relevantes para separar una misma institución en dos cuerpos normativos, contrario sensu, el esfuerzo del jurista y legislador está en encontrar la amalgama de las principales instituciones contractuales y sistematizarlas en el Código Civil, toda vez que corresponden a una única regulación

RECOMENDACIONES

A lo largo de la presente tesis hemos propuesto una serie de ideas y planteamientos fundados sobre la base de la contratación de consumo, de tal manera que, es momento de recopilar los pilares centrales de la investigación, proponer cuestiones innovadoras que lleven a la reflexión y la contribución práctica como mecanismo de cambio social, así, se pretende solucionar diversos aspectos que configuran aristas para el mejoramiento de los diversos problemas planteados en la presente investigación.

- **Integración y vinculación normativa del contrato de consumo en el Código Civil**

En los últimos años, se discute la posibilidad de integración normativa del contrato de consumo en el Código Civil, esta pauta responde en mayor o menor medida a la unificación de los contratos y obligaciones entre el derecho civil y mercantil, de hecho, nuestro Código Civil en su artículo 2112 establece el marco general para este propósito, de tal manera que facilita nuestra labor.

Ahora bien, en materia de contratación, debe quedar en claro que la teoría general del contrato, es única e integral dentro del derecho privado, rama donde se coloca el derecho del consumidor y el derecho civil; en efecto, es innecesaria cualquier fragmentación del régimen contractual, y por el contrario es sumamente más beneficio la integración del contrato de consumo en un mismo cuerpo normativo.

Por su parte esta labor de integración al Código, responde a un producto socio cultural, de las necesidades de nuestros ciudadanos, jueces, operadores jurídicos y de mercado y a la necesidad de armonizar nuestro derecho civil interno a la luz de las exigencias del mercado moderno y las nuevas tendencias interdisciplinarias que amenazan con fragmentarlo y olvidarlo, los cuales el código no puede prescindir, para recuperar la centralidad del derecho civil en el sistema jurídico. Es conveniente que el Código Civil deje de cercenarse, la especialización en diversas disciplinas, debe ser utilizada para modernizar el derecho civil y no para alejarlo de la realidad.

Por supuesto que esta labor, no busca prescindir ni sustituir al Código Civil, al contrario, se trata de reubicarlo como una norma “rectora de la vida en común”, además que su propia naturaleza tuitiva lo hace proclive a la sistematización, además que las normas sobre contratos y obligaciones se encuentran establecidas en el Código, que acompañan a la larga trayectoria y tradición jurídica sobre la protección a la parte débil o vulnerable, y no solo en el derecho patrimonial sino también en el derecho extra patrimonial.

Este diálogo de ambas disciplinas, que gira en torno al contrato permite también proponer nuevas interpretaciones del Derecho Civil a través de la figura del consumidor y el contrato de consumo, a su vez que se expanden los principios tuitivos y protectorios del Derecho del Consumidor, de tal manera que mientras las normas civiles se modernizan, las normas de protección al consumidor se fortalecen con la historia, tradición y solidez del derecho civil.

Finalmente, en materia contractual los principios de buena fe y contratación sobre la base de equidad, tienden a expandirse y potenciarse dentro del ámbito de la contratación, resaltando la figura del consumidor no solo como un agente o sujeto del mercado, anónimo y masivo, sino como una persona humana y como agente de desarrollo social y económico.

- **Propuesta normativa de integración del contrato de consumo al Código Civil**

Oportunamente hemos realizado un análisis exegético a las normas actuales que componen la teoría general del contrato establecida en el Código Civil, y las disposiciones en materia de contratos establecidas en el Código de Protección y Defensa del Consumidor, en este sentido, realizamos observaciones planteando mecanismos de solución en la redacción de las normas y destacando la nobleza y utilidad práctica de otras disposiciones fundamentales. En este marco normativo, señalamos que pese a que los contratos en masa (dentro de los cuales se comprende el contrato de consumo) se habían proliferado en nuestra sociedad por sobre los contratos de estructura

clásica, el Código Civil había abordado de manera tímida e incompleta su contenido.

En este sentido, proponemos una redacción que se incorpore al Código Civil y que complete su función primordial de ser el centro de referencia normativo de la actividad socioeconómica, modernizando su contenido.

CÓDIGO CIVIL	
FUENTES DE LAS OBLIGACIONES	
TÍTULO AGREGADO	
Artículo (-).- Relación de consumo	La relación de consumo genera obligaciones al proveedor en el ejercicio de su actividad respecto del consumidor, sea a título gratuito u oneroso, exista o no contrato.
Artículo (-).- Contrato de consumo	El contrato de consumo es aquel por el cual el consumidor adquiere un bien o contrata un servicio a cambio de una retribución al proveedor.
Artículo (-).- Oferta al consumidor	El contenido de la oferta, promoción y publicidad de los productos o servicios se ajusta a su naturaleza, características, condiciones, utilidad o finalidad, asimismo obliga al oferente todo en cuanto se anuncie y responda a la naturaleza del producto o servicio, aun cuando no figuren en el contrato celebrado o documento o comprobante recibido.

--	--

Por otro lado, no podemos dejar de señalar algunas disposiciones que hallándose establecidas en el Código Civil, pueden contener una redacción legislativa en función de la incorporación de este nuevo título.

CÓDIGO CIVIL	
TÍTULO PRELIMINAR	
Artículo (II) Ejercicio abusivo del derecho. -	La Ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos de un derecho. <i>Será considera todo aquel que se ejerce contrariamente a los fines del ordenamiento jurídico, o el que excede los límites de la buena fe, el orden público o las buenas costumbres.</i> Al demandar indemnización u otra pretensión, el interesado puede solicitar las medidas cautelares apropiadas para evitar o suprimir provisionalmente el abuso.
FUENTES DE LAS OBLIGACIONES	
Artículo 1392.- Cláusulas generales. -	Las clausulas generales de contratación son aquellas redactas previa y unilateralmente por una persona o entidad, en forma general y abstracta, con el objeto de establecer el contenido parcial de una serie indefinida de futuros

	<p>contratos particulares, con elementos propios de ellos.</p> <p><i>Las cláusulas generales predispuestas deben ser comprensibles y autosuficientes. La redacción debe ser clara, completa y fácilmente legible.</i></p>
<p>Artículo 1394.- Bienes y servicios con régimen por cláusulas abusivas generales. -</p>	<p><i>Las cláusulas generales de contratación deben ser aprobadas por la autoridad administrativa en los siguientes sectores: energía, agua, transporte público, financiero, inmobiliario y ventas de almacenes en general. Este listado no es taxativo y puede ser ampliado conforme la amplitud del mercado.</i></p>
<p>Artículo 1398.- Estipulaciones inválidas</p>	<p>En los contratos celebrados por adhesión y en las cláusulas generales de contratación <i>aprobadas o no administrativamente</i>, no son válidas las estipulaciones que establezcan, en favor de quien las ha redactado, exoneraciones o limitaciones de responsabilidad; facultades de suspender la ejecución del contrato, de rescindirlo o de resolverlo, y de prohibir a la otra parte el derecho de oponer excepciones o de prorrogar o renovar tácitamente el contrato.</p>

	<p><i>Las disposiciones señaladas en el párrafo anterior, son aplicadas al régimen del contrato de consumo conforme la legislación específica y en beneficio del consumidor.</i></p>
--	---

- **Presupuestos para el reconocimiento de la vulnerabilidad del consumidor en la contratación de consumo**

En el marco de las normas contractuales unificadas, es decir, de la propuesta de integración normativa en el Código Civil, el concepto de consumidor involucra elementos normativos, jurídicos y fácticos, que determinan una condición más amplia que las disposiciones entorno a la protección del contratante débil, así esta última se entiende únicamente desde la noción de parte contractual y una protección ante un estado de necesidad apremiante o algún hecho posterior a la celebración del contrato.

La protección al consumidor gira no solo ante el estado de necesidad referido a la satisfacción de sus necesidades a través de los actos de consumos, sino a una situación de vulnerabilidad que lo coloca natural y estructuralmente por debajo de cualquier otro operador de mercado, en el marco o no, de un contrato de consumo, de tal manera, que es latente la posibilidad de riesgos, perjuicios, daños y abusos en su contra.

Así, el reconocer la vulnerabilidad en el consumidor debe partir de la observación y comprobación de la asimetría informativa entre proveedor y consumidor dentro de una relación o contrato de consumo, de tal manera que el consumidor queda a merced de todo lo que pueda ofrecerle el proveedor, porque es este último quien no solo maneja más y mejor información, sino el que redacta las cláusulas generales de contratación, elige las modalidades de contratación, elige la provisión de bienes y servicios, controla la publicidad, entre otros supuestos.

Por lo tanto, la noción de consumidor como parte débil es más que el estado de necesidad, más que una situación económica mercantil, más que la posibilidad de escoger entre un grupo de proveedor, más que el hecho de no tener información ni capacidad de negociación; al respecto se deben considerar los siguientes elementos: Déficit de información.

- Reducida capacidad crítica y reflexiva.
- Poca educación general y especialmente de consumo.
- Autoexclusión social.
- Miseria y pobreza extrema.
- Inexperiencia.
- Ignorancia de derechos sustantivos y adjetivos.
- Desconocimiento de las acciones de tutela de sus derechos.
- Dificultad para defender sus derechos en los procedimientos o procesos correspondientes.
- Lentitud de procedimientos administrativos y judiciales, sumado al excesivo formalismo y la dificultad de acceso a la justicia.
- Incapacidad de organización efectiva en la defensa de sus intereses comunes.
- Poca capacidad económica.
- Imposibilidad de elaborar el contenido contractual.
- Incremento de monopolios empresariales.
- Búsqueda constante de precios cómodos, promociones y ofertas.
- Falta de adaptación a nuevos mecanismos digitales, informáticos o virtuales.

Es por ello que la denominación y determinación normativa sobre la debilidad del contratante, solo es el primer supuesto dentro de una nueva conceptualización y reconocimiento de la vulnerabilidad del consumidor en la contratación y el mercado.

No se trata de un supuesto jurídico, una presunción de hecho o un capricho doctrinal, sino de una condición intrínseca al consumidor, que determina el desarrollo dogmático y contenido del Derecho del Consumidor.

- **Cláusulas Generales de Contratación. Algunas soluciones importantes**

Con referencia a las cláusulas generales de contratación, en consonancia con lo establecido por el artículo 1393 y 1394 del Código Civil y el artículo 51 del Código de Protección y Defensa del Consumidor, para un mejor control preventivo en la formulación de las cláusulas generales de contratación en diversos sectores propios de la actividad mercantil y con alta incidencia y demanda por parte de los consumidores, la aprobación de dichas cláusulas debe realizarse como una exigencia del ejecutivo a determinados sectores económicos.

De esta manera, a través de mecanismos de revisión, formulación e intervención en la redacción de las cláusulas administrativas, se lograría eliminar paulatinamente las cláusulas abusivas o ilícitas sin necesidad de que los consumidores ejerzan en las vía administrativa o civil.

Así, el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI) de manera conjunta con las entidades administrativas encargadas de determinados sectores, llámese Organismos Reguladores o Ministerios, deberán crear comisiones especializadas e independientes, donde se convoquen a especialistas en la materia, gremios empresariales, asociaciones de consumidores y la propia Administración, que puede ser representada por los vocales de turno del Tribunal e inclusive, los jueces especializados en la materia.

Esta Comisión, sería la encargada de llevar a cabo la labor de revisión, formulación, adaptación y negociación de determinadas cláusulas abusivas, de tal manera que se reglamentará de mejor manera el contenido del contrato, evitando gastos económicos, procesos administrativos o judiciales, afectaciones a los consumidores y divergencias innecesarias; que serán disipadas con una adecuada y preventiva protección al consumidor.

FUENTES DE INFORMACIÓN

Fuentes bibliográficas

ALBALADEJO, M. (1975). *Derecho Civil. Tomo II. Volumen I*. Barcelona: Librería Bosch.

ALPA, G. (2017). *¿Qué es el Derecho privado?* Traducido por Cesar Moreno More. Lima: Zela Grupo Editorial.

ALPA, G. (2004). *Derecho del consumidor. Traducción a cura de: Juan Espinoza Espinoza*. Lima: Gaceta Jurídica.

ALTERINI, A. (1999). *Contratos. Civiles-comerciales-de consumo. Teoría general*. 1era reimpresión. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

ALVES, S. (2017). *El deber de información: consideraciones a un estudio comparado*. En: CARRANZA, C. (coor). (2017). *Derecho del consumidor. Temas actuales*. Lima: Editorial Normas Jurídicas.

ASCARELLI, T. (1970). *Teoría de la concurrencia y de los bienes inmateriales*. Barcelona: De Bosch.

ALZAMORA, M. (1987). *Introducción a la Ciencia del Derecho*. Lima: Editorial EDDILI.

BACA, V. (2013). *Protección al consumidor. Colección por el vigésimo aniversario del INDECOPI*. Lima: Editorial INDECOPI

BARRIENTOS, M. (2013). *Artículo 3º b). Derecho a información veraz y oportuna*”. En: PIZARRO W, Carlos y DE LA MAZA, I. (2013) *La Protección de los Derechos de los Consumidores. Comentarios a la Ley*

de Protección a los Derechos de los Consumidores. Santiago de Chile: Legal Publishing.

BAROCELLI, S. (2016). *Los principios del Derecho del Consumidor como orientadores de la interpretación y aplicación del diálogo de fuentes*. En: BAROCELLI, S. (coor). Impactos del nuevo Código Civil y Comercial en el Derecho del Consumidor. Diálogos y perspectivas a la luz de sus principios. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires.

BELTRÁN, J. (2003). *Contrato por adhesión*. En: GACETA JURÍDICA. (2006). Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas. Tomo VII. Contratos en general. Lima: Gaceta Jurídica.

BENÍTEZ, J. (2010). *La revisión del contrato*. Bogotá, Colombia: Editorial Temis.

BENJAMIN, A. (1998). *El Código brasileño de protección al consumidor*. En: VELILLA, M (coor). (1998). Política y Derecho del Consumo. Biblioteca milenio. Colección Derecho económico y de los Negocios. Bogota: El Navegante Editores.

BENJAMIN, A. (1994). *Derecho del Consumidor*. Traducción: Instituto Nacional del Consumo. En: STIGLITZ, R (coor). (1994). Libro Defensa de los Consumidores de productos y servicios (Daños- Contratos). Buenos Aires: Ediciones La Rocca.

BERNALES, E. (1996). *La constitución de 1993: análisis comparado*. Lima: CIEDLA.

BETTI, M. (1969). *Teoría general de las obligaciones*. Traducción y notas de Derecho Español por José Luis de los Mozos. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.

- BIANCA, M. (2007) *Derecho Civil. El contrato*. Tomo III. Bogotá: Universidad Externado Colombia.
- BLANCH, J. (2017). *Algunas reflexiones en torno al concepto romano y moderno de contrato*. San Pablo, Brasil: Ediciones Universidad CEU San Pablo.
- BONIVENTO, F. (1986). *Breves apuntes al Libro VII – Fuentes de las obligaciones – del nuevo Código Civil del Perú 1984*. En: CULTURAL CUZCO. (1985). *El Código Civil peruano y el Sistema Jurídico Latinoamericano*. Ponencias presentadas en el Congreso Internacional celebrado en Lima del 9 al 11 de agosto de 1985. Lima: Editorial Cuzco.
- BORDA, A. (2016). *Derecho Civil. Contratos*. Buenos Aires: La Ley.
- CARRANZA, C. (2017). *De la tutela constitucional del consumidor al reconocimiento de su vulnerabilidad por el Código de Protección y Defensa del consumidor peruano. Primera exploración jurisprudencial*. En: CARRANZA, C(coor). (2017). *Derecho del consumidor. Temas actuales*. Lima: Editorial Normas Jurídicas.
- CARBONIER, J. (1971). *Derecho civil. El derecho de las obligaciones y la situación contractual*. Barcelona: Editorial BOSCH Casa Editorial.
- CASTAGNOLA, Y. (2017). *El diálogo de fuentes como herramienta de interpretación en el Código Civil y Comercial argentino: su impacto en el Derecho de los Consumidores*. En: CARRANZA, C(coor). (2017). *Derecho del consumidor. Temas actuales*. Lima: Editorial Normas Jurídicas.
- CASTILLO, M. (2011). *Filosofía del Derecho*. Lima: Editorial FECAT.
- CATHREIN, V. (2002). *Filosofía del Derecho*. El Derecho Natural y el Positivo. Madrid, España: Editorial REUS.

- CLEMENTE, M. (1998). *El régimen de ineficacia de las cláusulas abusivas*. En: ORDUÑA, J (dir). *Contratación y consumo*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- COLOMBO, J. (1997). *Los actos procesales-Tomo I*. Santiago: Editorial jurídica Chile.
- COMEZ, J. (1826). *Tratado Teórico – práctico del arte de la notaría*. Tomo primero. Traducción libre. Barcelona: Imprenta de J. Mayol y compañía.
- DE CASTRO Y BRAVO, F. (1985). *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes*. Madrid: Editorial Civitas.
- DE CASTRO y BRAVO, F. (1977). *El negocio jurídico*. Madrid: Editorial Civitas S.A.
- DE LA PUENTE Y LAVALLE, M. (2017). *El contrato en general. Comentarios a la Sección Primera del Libro VIII del Código Civil. Primera Parte. Tomo I*. Tercera edición. Lima: Palestra Editores.
- DE LA PUENTE Y LAVALLE, M. (2011). *El contrato en general. Comentarios a la sección primera del libro VII del Código Civil*. Vol XI. Tomo III. Lima: Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- DE LA PUENTE Y LAVALLE, M. (2006). *Perfeccionamiento del contrato*. En: GACETA JURÍDICA. (2006). *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*. Tomo VII. *Contratos en general*. Lima: Gaceta Jurídica.
- DE LA PUENTE Y LAVALLE, M; CÁRDENAS, C; y GUTIERREZ, W. (2000). *Contrato y mercado*. Lima: Editorial Gaceta Jurídica.
- DE LA PUENTE Y LAVALLE, M. (1993). *El contrato en general. Tomo I*. Lima. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

- DE LA PUENTE Y LAVALLE, M. (1983). *Estudios sobre el Contrato Privado*. Lima: Cultural Cuzco S.A.
- DÍAZ, J. (1971). *Los principios generales del derecho*. Buenos Aires, Argentina: Editorial PLUS ULTRA.
- DIEZ-PICAZO, L. (1993). *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial. Introducción Teoría del Contrato. Volumen primero. Cuarta edición*. Madrid: Editorial CIVITAS.
- DIEZ-PICAZO, L. (1991). *Masificación y contrato*. En: STIGLITZ, R(dir). (1991). *Derecho de daños. Homenaje a Jorge Mosset Iturraspe*. Buenos aires: Editorial Depalma.
- DIEZ-PICAZO, L y BULLÓN, A. (1983). *Sistema de Derecho Civil*. Tercera Edición. Madrid, España: Editorial Tecnos.
- DI IORIO, A. (1986). *Las cláusulas generales de contratación en el Código Civil peruano y en el ordenamiento jurídico latinoamericano*. En: CULTURAL CUZCO. (1985). *El Código Civil peruano y el Sistema Jurídico Latinoamericano. Ponencias presentadas en el Congreso Internacional celebrado en Lima del 9 al 11 de agosto de 1985*. Lima: Editorial Cuzco.
- DI PIETRO, A y LAPIEZA, Á. (1996). *Manual de Derecho Romano*. 4ta edición. Buenos Aires, Argentina: Editorial Depalma.
- DURÁN, Ramón. (2000). *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas. Estudio comparado de la Ley española de 1998 y el ordenamiento peruano*. En: ALTERINI, A; DE LOS MOZOS, J y SOTO, A. (2000). *Contratación contemporánea. Teoría General y principios*. Lima y Bogotá: Editorial Palestra y TEMIS.

- DURAND, J. (2008). *El Derecho del Consumidor como disciplina jurídica autónoma*. Lima: Edición Asamblea Nacional de Rectores.
- DURAND, J. (2007). *Tratado de Derecho del Consumidor en el Perú. Doctrina, Legislación, Instituciones, Jurisprudencia Internacional, Nuevas Perspectivas de Desarrollo*. Lima: Fondo Editorial Universidad de San Martín de Porres.
- EZAINE, A. (1991). *Diccionario jurídico. Parte Civil*. Lima: Editores e importadores A.F.A.
- FARINA, J. (2005). *Contratos comerciales modernos*. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- FARINA, J. (1995). *Defensa del consumidor y del usuario. Comentario exegético de la ley 24.240 y del decreto reglamentario 1798/94*. Buenos Aires: Editorial ASTREA.
- FERNÁNDEZ, M. (1994). *Contratos por adhesión y cláusulas abusivas, ilegales o inequitativas*. En: STIGLITZ, R (coor). (1994). Libro Defensa de los Consumidores de productos y servicios (Daños- Contratos). Buenos Aires: Ediciones La Rocca.
- FERRI, L. (2004). *Lecciones sobre el contrato. Curso de Derecho Civil. Traducción de Nélvor Carreteros Torres*. Lima: Editora jurídica GRIJLEY.
- FERRI, L. (1982). *Lecciones del Contrato*. Segunda Edición. Bologna: Editorial Nicola Zanichelli S.P.A.
- FORNO, H. (2014). *Los efectos de la oferta contractual*. En: IUS ET VERITAS. (2014). Estudios de Derecho Contractual. Lima: Editorial IUS ET VERITAS.

- GARCÍA, M. (2008). *Las claves de la publicidad. 6ta edición*. Madrid: ESIC Editorial.
- GARRIDO, R Y ZAGO, J. (1989). *Contratos civiles y comerciales. Parte General. Primera reimpresión*. Buenos Aires: Editorial Universidad.
- GASTALDI, J. (1984). *La moderna contratación en el Código Civil*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi.
- GHERSI, C. (1990). *Contratos civiles y comerciales. Parte General y especial. Figuras contractuales modernas*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea.
- HEIVA, M. (2015). *Kant y la filosofía del derecho contractual: las teorías basadas en la autonomía*. En Libro: FABRA, J (coor) y NUÑEZ, A (coor). (2015). *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*. Vol. III. Ciudad de México, México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- HERNANDEZ-GIL, A. (1945). *Metodología del Derecho. (Ordenación crítica de las principales direcciones metodológicas)*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.
- HERRERA, D. (1988). *Derecho Romano*. 3era edición. Lima: Editorial y Distribuidora de Libros – EDDILI.
- HUNG, F. (1972). *La regulación de la actividad publicitaria. Colección de Trabajos de Ascenso*. Caracas: Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela.
- IHERING, R. (2011). *El espíritu del Derecho romano en las diversas fases de su desarrollo*. Traducido por Enrique Principe y Satorres. Granada: Editorial Comares.

- IHERING, R. (1881). *La lucha por el derecho*. Traducido por Adolfo Posada y Biasca. Madrid: Editorial Marcial Pons.
- IRTI, N. (2003). *Introducción al estudio del derecho privado*. Lima, Perú: Editorial Grijley.
- JAPAZE, M. (2015). *La publicidad comercial y las prácticas abusivas*. En: RUSCONI, D. (2015). *Manual de Derecho del Consumidor*. 2da edición. Buenos Aires: Editorial Abeledo Perrot.
- KANT, I. (2003). *Crítica a la razón práctica*. Buenos Aires, Argentina: Editorial La Página S.A.
- KRAMER, E. (1974). *Die "Krise" des liberalen Vertragsdenkens*. Munich: Fink.
- LARENZ, K. (1942). *Filosofía contemporánea del Derecho y del Estado*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.
- LAVALLE, J. (1984). *De los contratos en general*. En: BELLUSCIO, A.(dir). (1984). *Código Civil y leyes complementarias*. Tomo V. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- LEGAZ Y LACAMBRA, L. (1978). *Filosofía del Derecho*. Barcelona: Casa Editorial BOSCH.
- LEÓN, A. (1991). *La voluntad y la capacidad en los actos jurídicos*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- LEÓN, L. (2014). La buena fe en la negociación de los contratos: apuntes comparatísticos sobre el artículo 1362 del código civil peruano y su presunto papel como fundamento de la responsabilidad precontractual. En: IUS ET VERITAS. (2014). *Estudios de Derecho Contractual*. Lima: Editorial IUS ET VERITAS.

- LÓPEZ, D. (2004). *La teoría impura del derecho: la transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. Bogotá: Editorial Legis.
- LÓPEZ, J. (1986). *Algunas consideraciones sobre el contrato, formuladas a propósito de los artículos 1351 y 1352 del nuevo Código Civil del Perú*. En: CULTURAL CUZCO. (1985). *El Código Civil peruano y el Sistema Jurídico Latinoamericano*. Ponencias presentadas en el Congreso Internacional celebrado en Lima del 9 al 11 de agosto de 1985. Lima: Editorial Cuzco.
- LÓPEZ, M. (1997). *La doctrina de los actos propios en la jurisprudencia. La utilidad de las normas abiertas, el ocaso del legalismo estricto y la nueva dimensión del juez*. Buenos Aires: Ediciones De Palma.
- LORENZETTI, R; HIGHTON, E; y KEMELMAJER, A. (2014). *Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*. LA LEY. (2014). *Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, Título II: Contratos en general*. Buenos Aires: La Ley.
- MACHICADO, J. (2007). *Corpus Iuris Civilis. Cuerpo de Derecho del ciudadano romano*. La Paz: Centro de Estudios de Derecho.
- MANTILLA, F. y TERNERA, F. (2008). *El derecho de los contratos: entre lo general y lo especial*. Libro: MANTILLA, F. (dir) y TERNERA, F. (dir). (2008). *Primera reimpresión. Los contratos en el Derecho Privado*. Rosario, Colombia: Editorial Legis.
- MARTÍN, J. (2011). *Lecciones de derecho privado romano*. La Plata, Argentina: Universidad Nacional de La Plata.
- MARTÍN, J. (1995). *La rescisión del contrato. En torno a la lesión contractual y el fraude de acreedores*. Barcelona: Bosch Editor.

- MEORO, M. (1998). El régimen de ineficacia de las cláusulas abusivas. En: ORDUÑA, J (dir). Contratación y consumo. Valencia: Tirant lo Blanch.
- MESSINEO, F. (2007). *Doctrina general del contrato. Traducción de Fontanarrosa, Sentís y Volterra*. Lima: ARA editores.
- MESSINEO, F. (1973). *El contrato en general*. Tomo I. Milán: Giuffrè Editore.
- MESSINEO, F. (1942). *Instituciones de Derecho Privado*. Milán: Editorial CEDAM.
- MORALES, A. (1990). *Los grandes cambios en el Derecho Privado Moderno. La empresa y la unificación de las Obligaciones y los Contratos Civiles y mercantiles*. Lima, Perú: Revista Peruana de Derecho de la Empresa y Asesoranina Ediciones.
- MORALES, R y LEÓN, L. (2004). *Presentación de libro*. En: FERRI, L. (2004). Lecciones sobre el contrato. Curso de Derecho Civil. Traducción de Nélvor Carreteros Torres. Lima: Editora Jurídica GRIJLEY.
- MOSSET, J. y SOTO, C. (2004). *El contrato en una economía de mercado*. Lima: Editora Normas Legales.
- MOSSET, J. (1994). *Interpretación económica de los contratos*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni Editores.
- MURO, M. (2016). *Contratos civiles y obligaciones. Temas claves*. Lima: Gaceta Jurídica.
- OCÉANO. (1990). *Historia universal. Del islam y la cristiandad altomedieval. (s.VII) al absolutismo monárquico. (s.XVII)*. Tomo II. Barcelona: Ediciones Océano
- OCÉANO. (1990). *Historia universal. De la humanidad prehistórica al imperio bizantino (s. VII)*. Tomo I. Barcelona: Ediciones Océano.

- OCHOA, C. (1995). *Bases fundamentales de la Constitución económica de 1993*. En: COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS. (1995). *La constitución de 1993: Análisis y comentarios II*. Lima: CAJ.
- OMEBA. (1967). *Enciclopedia jurídica*. Buenos Aires: Buenos Aires Editorial Bibliográfica.
- ORDUÑA, J. (1998). *Contratos concluidos mediante condiciones generales de la contratación*. En: ORDUÑA, J (dir). *Contratación y consumo*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- OSORIO, M. (2006). *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. Buenos Aires: Editorial Heliasta
- OST, F. (2005). *El tiempo del derecho*. Ciudad de México: Siglo XXI.
- OTERO, L. (2004). *Contrato de Adhesión vs. Responsabilidad de Asistencia Médica*. Bogotá: Editorial Temis.
- OTTE, E. (1996). *Sevilla y sus mercaderes a fines de la Edad Media*. Sevilla: Fundación el Monte.
- PALACIO, G. (1982). *Elementos de Derecho Civil peruano*. Tomo II. Tercera Edición. Lima: Editor SESATOR.
- PETIT, E. (1994). *Tratado elemental de Derecho Romano*. Traducido de la novena edición francesa y aumentado con copiosas notas por José Fernández Gonzáles. Buenos Aires, Argentina: Editorial Universidad.
- PINOCHET, R. (2007). *¿Integra el Derecho de Consumo el Derecho Civil, el Derecho Mercantil o conforma una disciplina jurídica autónoma?* En: GUZMÁN BRITO, A. (edit). *Estudios de Derecho Civil III*. Jornadas

nacionales de Derecho Civil. Valparaíso: Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

POLO, E. (1990). *Protección del contratante débil y condiciones generales de los contratos*. Madrid: Cuadernos Civitas.

PRECIADO, R. (1982). *Lecciones de Filosofía del Derecho*. Ciudad de México: Editorial Universidad Nacional Autónoma de México.

PUIG, J. (1981). *Introducción al Derecho Civil*. Barcelona: Editorial BOSCH.

QUISPE, A. (2007). *La Constitución Económica*. 2da edición. Lima: Edición personal Alfredo Quispe Correa.

RADBRUCH, G. (1944). *Filosofía del derecho*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.

REHBINDER, M. (2014). *Sociología del Derecho*. Madrid: Editorial Pirámide.

REYES, M. (1999). *Las condiciones generales de la contratación*. En: REYES, M. (coor). *Derecho de consumo*. Valencia: Tirant lo Blanch.

REZZÓNICO, J. (1999). *Principios fundamentales de los contratos*. Buenos Aires: Astrea.

REZZÓNICO, J. (1987). *Contratos con cláusulas predispuestas. Condiciones generales negociales*. Buenos Aires: Editorial Astrea.

RIPERT, G. (1925). *La regla moral en las obligaciones civiles*. París: Librería General de Derecho y Jurisprudencia.

ROPPO, V. (2009). *El contrato*. Lima: Gaceta Jurídica.

- ROPPO, V. (2005) El contrato del 2000. Serie de ensayos de la Revista de Derecho Privado. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia
- ROUSSEAU, J. (1999). *El contrato social o principios de derecho político*. Buenos Aires: Editado por El Aleph.
- RUBIO, M. (2014). *El sistema jurídico. Introducción al Derecho*. Décima edición. Lima: Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- RUBIO, M. (2012). *Para conocer la Constitución de 1993*. Tercera edición. Lima: Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- SALA, J. (1856). *Digesto Romano-español*. 2da Edición. Tomo I. Madrid: Imprenta de Viuda de Domínguez.
- SANTOS, J. (1966). *La contratación privada. Sus problemas en el tráfico moderno*. Madrid: Editorial Montecorvo.
- SAVIGNY, F. (1908). *Sobre el fin de la revista de la Escuela Histórica*. En libro: SAVIGNY, F. (1908). *La escuela histórica del derecho. Documentos para su estudio*. Traducido al español por: Rafael Atard. Madrid: Editorial Librería General Victoriano Suárez.
- SCOGNAMIGLIO, R. (1996). *Teoría General del Contrato. Traducción por Fernando Hinestrosa*. Segunda reimpresión. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- SCHAPP, J. (1998). *Derecho Civil y Filosofía del Derecho. La libertad en el Derecho*. Traducido por Luis Villar Borda. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia.
- SILVA-RUIZ, P. (2001). *Contratos de adhesión, condiciones contractuales generales (condiciones generales de los contratos o de la contratación y las cláusulas abusivas)*. En: En: ALTERINI, A; DE LOS MOZOS, J y

- SOTO, A. (2001). *Contratación contemporánea. Contratos modernos y derecho del consumidor*. Lima y Bogotá: Editorial Palestra y TEMIS
- SIRVENT, J. (2009). *La oferta en los contratos con consumidores*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- SOCIEDAD BÍBLICA CATÓLICA INTERNACIONAL. (2005). *La Biblia Latinoamericana*. 127 edición. Traducción de Bernardo Hurault. Quito: Editorial Verbo Divino y Editorial San Pablo.
- SOTO, C. (2000). *La transformación del contrato: del contrato negociado al contrato predispuesto*. En: ALTERINI, A; DE LOS MOZOS, J y SOTO, A. (2000). *Contratación contemporánea. Teoría General y principios*. Lima y Bogotá: Editorial Palestra y TEMIS.
- SPOTA, A. (1984). *Instituciones de derecho Civil. Contratos: Introducción, ámbito de aplicación, clasificaciones, formación*. Volumen I. 4ta reimpresión. Buenos Aires: Ediciones Depalma
- STIGLITZ, G. (2015). *Código Civil y Comercial de la nación comentado. Tomo III. Libro Tercero*. Buenos Aires: Editorial INFOJUS.
- STIGLITZ, R. (1994). *Contratación privada y protección al consumidor*. En: STIGLITZ, R (coor). (1994). *Libro Defensa de los Consumidores de productos y servicios (Daños- Contratos)*. Buenos Aires: Ediciones La Rocca.
- STIGLITZ, R. (1994). *Control de la publicidad y comercialización*. En: STIGLITZ, R (coor). (1994). *Libro Defensa de los Consumidores de productos y servicios (Daños- Contratos)*. Buenos Aires: Ediciones La Rocca.
- STIGLITZ, R Y STIGLITZ, G. (1985). *Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección al consumidor*. Buenos Aires: Ediciones Depalma.

- SUESCÚN, J. (2005). *Derecho privado. Estudios de Derecho Civil y comercial contemporáneo. Tomo II. Segunda reimpresión*. Bogotá: Legis S.A.
- SÚMAR, O y AVELLANEDA, J. (2012). *Paradojas en la regulación de la publicidad en el Perú*. Lima: Universidad del Pacífico.
- TAPIA, M y VALDIVIA, J. (2002). *Contratos de Adhesión*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- TORRES, M. (2016). *Fundamentos de la Nueva Teoría General del Contrato*. Lima: Editorial GRIJLEY.
- TORRES, A. (2009). *Contratación Masiva Protección al Consumidor*. Lima: Motivensa.
- TORRES, M. (2006). *Oferta al público*. En: GACETA JURÍDICA. (2006). Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas. Tomo VII. Contratos en general. Lima: Gaceta Jurídica.
- VATTIER, C. (1994). *Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión*. Lección inaugural del curso académico 1994-1995. Burgos: Universidad de Burgos.
- VEGA, Y. (2001). *Contratos de consumo. Consideraciones preliminares sistemáticas a favor de su construcción dogmática*. Lima: Editorial Grijley. En: ALTERINI, A; DE LOS MOZOS, J y SOTO, A. (2000). *Contratación contemporánea. Teoría General y principios*. Lima y Bogotá: Editorial Palestra y TEMIS.
- VEGA, Y. (2006). *Las cláusulas generales de contratación*. En: GACETA JURÍDICA. (2006). Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas. Tomo VII. Contratos en general. Lima: Gaceta Jurídica.

- VEGA, Y. (2001). El derecho del consumidor y la contratación contemporánea: Consideraciones preliminares a favor de la construcción dogmática de los contratos de consumo.
- VELILLA, M. (1998). *La evolución de la Teoría General del Contrato y el Derecho del Consumidor*. En: VELILLA, M (coor). (1998). Política y Derecho del Consumo. Biblioteca milenio. Colección Derecho económico y de los Negocios. Bogota: El Navegante Editores.
- VIDAL, F. (1989). *El acto jurídico en el Código Civil Peruano*. Lima: Editorial Cuzco.
- VILLAR, J. (1975). *La interpretación y los apotegmas jurídico-lógicos*. Madrid: Editorial Tecnos.
- WAJNTRAUB, J. (2004). *Protección jurídica del consumidor. Ley 24.440 y su reglamentación, comentada y anotada; normativa complementaria*. Buenos Aires: Lexis nexis.
- ZENTNER, R. (2015). Contrato de consumo. En: RUSCONI, D. (2015). Manual de Derecho del Consumidor. 2da edición. Buenos Aires: Editorial Abeledo Perrot.
- ZOLEZZI, L. (2012). *Derecho en contexto*. Lima: Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Fuentes hemerográficas

- ALONSO, F. (1998). El derecho en el Egipto faraónico. *En: Espacio, Tiempo y Forma, Serie II, Historia Antigua, t. 1*. Madrid, España: Ediciones UNED. 19-62.
- BARAONA, J. (2014). La regulación contenida en la Ley 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores y las reglas del Código

- Civil y Comercial sobre contratos: un marco comparativo. *Revista chilena de derecho*, 41(2). Santiago de Chile: Pontificia Universidad Católica de Chile. 381-408
- BENEDETTI, G. (1998). Tutela del consumidor y autonomía contractual. *En revista: Di diritto e procedura civile. Traducido por Nélvor Carreteros y Rómulo Morales*. Milán: Editorial Giuffré. 17-32.
- BERNALES, E. (2013). El desarrollo de la Constitución de 1993 desde su promulgación a la fecha. *En: Revista Pensamiento Constitucional. Vol. 18, Núm. 18*. Lima: Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 35-46.
- BULLARD, A. (1989). Contratación en masa ¿Contratación? *En: Derecho PUCP. N° 45*. Lima: Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 47-55.
- BUENAGA, O. (2014). Hegel y el Derecho Privado. La persona, la propiedad y el contrato. *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política, n° 20, julio 2014*. Madrid, España: Universidad Carlos III de Madrid. Instituto de derechos humanos Bartolomé de las Casas. 27-49.
- CABRILLAC, R. (2009). El Derecho Civil Francés del Código Civil. *En: Revista de Derecho (Valdivia). N°22 – Vol. 2*. Santiago: Universidad Austral de Chile. 65-73.
- CAJARVILLE, J. (2003). Concepto de relación de consumo. *En: Revista de la Facultad de Derecho. N°22*. Montevideo: Fundación de cultura universitaria. 151-164.
- CÁMARA, S. (2015). La Codificación del Derecho de Consumo: ¿Refundación o Refundición? (Modelos y enseñanzas desde el Derecho Comparado). *En: Revista de Derecho Civil. Vol 2. Núm. 1*. La Rioja: Editorial Universidad de Almería. 105-151.
- CAÑAS, R. (2008). El contrato social de Rousseau: El problema de la natural enemistad entre la soberanía y el gobierno. *Revista Estudios*,

- Universidad de Costa Rica. No. 21. San José: Ediciones Universidad de Costa Rica. 123-135.*
- CÁRDENAS, C. (2000). Las cláusulas generales de contratación y el control de las cláusulas abusivas. *En Revista crítica de Derecho Inmobiliario. N° 658. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. 1225-1256.*
- CARO, R. (2014). Reconstrucción de la justicia contractual desde la justicia relacional. *En: RECERCA. Revista de Pensamiento y análisis. Número 14. Málaga: Universidad Jaume I. 93-116.*
- COLOMBI, A. (2001). El nuevo derecho alemán de las obligaciones: primeras observaciones. *En: Anuario de Derecho Alemán. Milán: Editorial Giuffrè. 89-120.*
- CORDERO, J. (1998). Asociacionismo popular: gremios, cofradías, hermandades y hospitales. *La vida cotidiana en la Edad Media: VIII Semana de Estudios Medievales: Nájera, del 4 al 8 de agosto de 1997. Rioja: Instituto de Estudios Riojanos. 387-400.*
- CORTÉS, F. (2010). El contrato social liberal: John Locke. *Co-herencia, vol. 7, núm. 13, julio-diciembre. Medellín, Colombia: Universidad EAFIT. 99-132.*
- DE LA PUENTE Y LAVALLE, M. (2001). La oferta contractual. *En: En: Revista THEMIS-PUCP. Núm. 42. Lima: Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 233-240.*
- DE LA PUENTE Y LAVALLE, M. (1995). Las cláusulas generales de contratación y la protección al consumidor. *En: Revista THEMIS-PUCP. Núm. 31. Lima: Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 15-22.*
- DE TRAZEGNIES, F. (2005). La verdad construida: algunas reflexiones heterodoxas sobre la interpretación legal. *En: Revista THEMIS –*

- PUCP. Núm. 51.* Lima: Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 31-42.
- DÍAZ, M. (2002). La Gran Reforma del Código Civil Alemán (Bürgerliches Gesetzbuch). La Ley de modernización del derecho de obligaciones. *Boletín jurídico de la Universidad Europea de Madrid, N° 5.* Madrid: Universidad Europea de Madrid. 1-11.
- DYER, C. (1998). Los orígenes del capitalismo en la Inglaterra medieval. *En: BROCAR. Cuadernos de investigación histórica. Núm. 22.* La Rioja: Universidad de La Rioja. 7-19.
- DURAND, J. (2012). El Derecho del consumidor y sus efectos en el Derecho Civil, frente a la contratación de consumo de mercado. *En Vox Juris. N° 24(2).* Lima: Editorial Universidad de San Martín de Porres. 97-124.
- DURAND, J. (2008). El Consumidor Razonable o Diligente, El mito que puede crear un cisma entre Los Peruanos. *En Derecho y Sociedad. Núm. 31.* Lima: Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 327-335.
- ECHEVARRÍ, V. (2010). Del contrato de libre discusión al contrato de adhesión. *Opinión Jurídica, Vol. 9, No. 17.* Medellín: Editorial Universidad de Medellín. 127-144
- FLOREZ, C. (1999). De la sociedad feudal a la génesis del estado moderno en Europa occidental. *Agenda Internacional. Vol. 6. Núm.12.* Lima: Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 113-122.
- FONT, J. (1988). La integración publicitaria del contrato: un instrumento de derecho privado contra la publicidad engañosa. *Cuadernos de derecho y comercio, ISSN 1575-4812, N° 4.* Madrid: Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio. 7-48.
- FORNO, H. (1991). La oferta al público: Razones para una discrepancia. *En: Derecho PUCP. N° 45.* Lima: Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 215-263.

- GARCÍA, M. (1969). *Condiciones generales de los contratos (Civiles y Mercantiles)*. Anuario de Derecho Civil. Núm. 1. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado. 165-167.
- GONZÁLES, F. (1961). Sobre los orígenes y supuestos del formalismo en el pensamiento jurídico contemporáneo. *En: Anuario de Filosofía del Derecho. N° 8*. Madrid: Ministerio de Justicia y Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política. 47-76.
- HERNÁNDEZ, K y GUERRA, D. (2012). El principio de autonomía de la voluntad contractual civil. Sus límites y limitaciones. *En: Revista Jurídica de Investigación e Innovación Educativa. Núm.6*. Málaga: Universidad de Málaga. Pp. 27-45.
- HERRERA, F. (2012). El contrato de consumo: notas características. *En: Principia Iuris 17*. Boyacá: Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas Universidad Santo Tomás. Pp. 62-116.
- KELSEN, H. (2008). La doctrina del derecho natural y el positivismo jurídico. *En: Revista sobre enseñanza del Derecho. Año 6. Número 12*. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires. 183-198.
- LAMARCA, A. (2001). La modernización del derecho alemán de obligaciones: reforma del BGB. *En: INDRET, Revista para el análisis del Derecho*. Barcelona: Departamento de Innovación, Universidad y Empresa. 1-11.
- LANDA, C. (2014). La constitucionalización del Derecho Civil: El derecho fundamental a la libertad contractual, sus alcances y sus límites. *En: THEMIS. Núm. 66*. Lima: Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. pp. 309-327.
- LÓPEZ, J. (2000). La protección del consumidor en el Derecho Privado codificado. *Con-texto. 7*. Bogotá: Universidad de Externado Colombia. 37-39.
- MARLASCA, O. (2008). El préstamo de géneros en la sociedad romana, visigoda y en algunos reinos cristianos de la Alta Edad Media. *En:*

Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña. N°12. La Coruña, España: Universidade da Coruña. 599-613.

MARTINEZ DE AGUIRRE, C. (1994). Trascendencia del principio de protección a los consumidores en el Derecho de obligaciones. *Anuario de Derecho Civil. 4.* Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.31-89

MARTINEZ DE MOREIN, M. (2014). Sobre la construcción del principio *pacta sunt servanda rebus sic stantibus*, su aplicación a los contratos y estado actual de la cuestión. *En: Revue internationale des droits de l'antiquité (1948) 61.* Zaragoza: Universidad de Zaragoza. 329-362.

MARTÍNEZ, P. (2013). El régimen de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios. *En: Revista CESCO de Derecho de Consumo. Núm. 5.* La Mancha: Unviersidad Castilla-La Mancha. 64-95.

MESINAS, F. (2014). Alcances de la introducción de la regla de buena fe en el Código del Consumidor. *En: Revista Actualidad Jurídica. N° 244.* Lima: Editorial Gaceta Jurídica. 101-107.

MEZZASOMA, L. (2015). Disciplina del contrato. Tutela del contratante más débil y valor constitucional. *Derecho Privado y Constitución. Núm. 29.* Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Pp. 187-225.

MOISSET DE ESPANÉS, L. (1992). Reflexiones sobre la llamada escuela exegética. *En: Revista de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, Volumen 15.* Rosario: Jurisprudencia Argentina. 1359- 1375.

MOMBERG, R. (2015). Análisis de los modelos de vinculación del Código Civil y la legislación de protección al consumidor. Hacia un principio general de protección de la parte débil en el derecho privado. *Revista chilena de derecho, 43(2).* Santiago de Chile: Pontificia Universidad Católica de Chile. 737-756.

MOMBERG, R. (2012). La transformación de la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores en la norma común del derecho de

- contratos chileno". *En: Estudios de Derecho Civil VII*. Santiago: Editorial ELORRIAGA. 377-391.
- MONSALVE, V Y RODADO, D. (2011). La integración de la buena fe objetiva en la etapa de formación de los contratos de consumo. *Vniversitas*. 122. Bogotá: Editorial Universidad Javeriana. 483-518
- MORALES, R. (2010). La definición del contrato de consumo en el Código de Protección y Defensa del Consumidor. *En: Revista Actualidad Jurídica N° 202*. Lima: Editorial Gaceta Jurídica. 33-35.
- OSORIO, S. (2013). Trascendencia del nuevo código civil de Brasil. *Revista Jurídica "Docentia et Investigatio". Núm. 15*. Lima: Facultad de Derecho y Ciencia Política U.N.M.S.M. 53-58.
- OSSOLA, F y HIRUELA, M. (2007). El contratante débil (determinación de la categoría jurídica). *Revista oficial del Poder Judicial 1/1*. Lima: Poder Judicial. 415-422.
- PÉREZ, C. (2009). Stipulatio: Características generales. *En: Ars Boni et Aequi. N° 5*. Santiago, Chile: Editorial Universidad Bernardo O'Higgins. 137-156
- RAMOS, C. (1995). El código napoleónico: fuentes y génesis. *En: Derecho y Sociedad. N° 10*. Lima, Perú: Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 153-161.
- RODRIGUEZ, J. (1987). Rudolf von Ihering. *Anuario de Filosofía del Derecho. Anuario de Filosofía del Derecho*. Madrid: Edición Ministerio de Justicia y Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política. 249-272.
- RODRIGUEZ-SALA, M. (2009). La Cofradía-Gremio durante la baja Edad Media y los siglos XVI y XVII, el caso de la Cofradía de los cirujanos, barberos, flebotomianos y médicos en España y la Nueva España. *Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales N° 10*. La Mancha: Asociación castellano-manchega de Sociología. 149-163

- RUIZ, F. (1946). La socialización del Derecho Privado y el Código Civil de 1928. *Revista de la escuela nacional de jurisprudencia. Tomo VIII. Núm. 31.* Ciudad de México: Universidad Autónoma de México. 45-88.
- SAAVEDRA, R. (2013). Una visión comparada de la definición del contrato: notas sobre las diferencias entre los sistemas jurídicos de la tradición jurídica occidental. *En: IUS ET VERITAS. N°46.* Lima, Perú: Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 186-203.
- SANCHEZ-REYES, C. (1995). Mercado y Consumidor. *En: Cuadernos de Estudios Empresariales. N°5. Servicio de Publicaciones UCM.* Madrid, España. 415-422.
- SCHOTZ, G. (2013). El favor debilis como principio general del Derecho Internacional Privado. Su particular aplicación a las relaciones de consumo transfronterizas. *Ars Iuris Salmanticensis ESTUDIOS Vol. 1.* Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca. 115-150
- SIRENA, P. (2005). La integración del Derecho de los consumidores al Código Civil. *Derecho PUCP. Núm. 58.* Lima: Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 229-272
- SOLÍS, J. (2015). Breves reflexiones sobre la cientificidad del contrato. *En: Revista Vox Juris. N°29.1.* Lima, Perú: Fondo editorial Universidad de San Martín de Porres. 25-57
- SOTO, C. (2003). Las cláusulas generales de contratación y las cláusulas abusivas en los contratos predispuestos. *Vniversitas, núm. 106.* Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana. 563-609.
- SOZZO, G. (2012). La resistematización de la regulación del consumo en el Proyecto de Código Civil 2012. *En: Revista de Derecho Privado. Año 2. Núm.4.* Buenos Aires: EDICIONES infojus. 79-107.
- STILGLITZ, R. (1999). Contrato de consumo y cláusulas abusivas. *En: Contexto, 4, 32.* Bogotá: Universidad de Externado Colombia. 32-51.

VIDAL, A. (2000). Contratación y consumo. El contrato de consumo en la Ley N° 19.496 sobre protección a los derechos de los consumidores. *En: Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso XXI*. Valparaíso: Editorial Universidad Católica de Valparaíso. 229-255.

VILLALBA, J. (2009). Aspectos introductorios al derecho de consumo. *En: Prolegómenos. Derechos y Valores, vol. XII, núm. 24*. Bogotá: Universidad Militar Nueva Granada. 77-95.

WEGMANN, A. (2018). Sobre la noción de contrato en las Instituciones de Gayo. *En: Revista de Derecho Privado. N° 34*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia. 19-49.

Fuentes electrónicas

EL COMERCIO. (2018). Comprensión lectora: una tarea pendiente en el Perú. Fecha: 06.08.2018. Recuperado de:

<https://elcomercio.pe/peru/compcion-lectora-tarea-pendiente-peru-video-noticia-543914>

ESPINOZA, J. (2012). El principio de buena fe. *En: Revista Justicia y Derecho*. Núm. 8. Recuperado de:

<http://justiciayderecho.org.pe/revista8/articulos/EL%20PRINCIPIO%20E%20LA%20BUENA%20FE%20-%20JUAN%20ESPINOZA%20ESPINOZA.pdf>

FLORES, P. (2018). El contrato y las exigencias sociales contemporáneas. *En: Portal Jurídico Enfoque Derecho - THEMIS PUCP*. Recuperado de:

<https://www.enfoquederecho.com/2018/02/21/el-contrato-y-las-exigencias-sociales-contemporaneas/>

FLORES, P. (2017). Análisis introspectivo de las principales instituciones jurídicas contractuales. Nuevas propuestas jurídicas y normativas al libro

fuentes de las obligaciones del Código Civil Peruano. En: Revista Sapere USMP. Año III. N° 14. Recuperado:

http://www.derecho.usmp.edu.pe/sapere/ediciones/edicion_14/articulos/articulos_concursos/analisis.pdf

FLORES, P. (2015). El perfeccionamiento del contrato entre ausentes. Un análisis al artículo 1374 del Código Civil. En: Revista Sapere USMP. Año III. Núm. 10. Recuperado de:

http://www.derecho.usmp.edu.pe/sapere/ediciones/edicion_10/articulos_investigadores/LA_PERFECCION_CONTRATO_TERMINADO_ALUMNO_PAVEL.pdf

PABLO VI. (2007). Carta Encíclica *Populorum Progressio*. Recuperado de:

http://www.iglesiacatolica.org.pe/cep_especiales/2007/ixss/documentos_social/populorum%20progressio.pdf

PERÚ21. (2018). Tasa de analfabetismo en el Perú se ha reducido en los últimos cinco años. Fecha: 08/09/2018. Recuperado de:

https://peru21.pe/lima/peru-tasa-analfabetismo-reducido-ultimos-cinco-anos_nndc-426696

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. (2018). Cláusula. Edición del Tricentenario en línea. Recuperado de:

<https://dle.rae.es/?id=9QZ2f8u>

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. (2018). Condición. Edición del Tricentenario en línea. Recuperado de:

<https://dle.rae.es/?id=ABisSB6>

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. (2018). Consumir. Edición del Tricentenario en línea. Recuperado de:

<http://dle.rae.es/srv/search?m=30&w=consumirb>

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. (2018). Debilidad. Edición del Tricentenario en línea. Recuperado de:

<http://dle.rae.es/srv/search?m=30&w=debilidad>

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. (2018). oportuno. Edición del Tricentenario en línea. Recuperado de:

<https://dle.rae.es/?id=GtMyboX>

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. (2018). oportuno. Edición del Tricentenario en línea. Recuperado de:

<http://dle.rae.es/srv/search?m=30&w=oportuno>

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. (2018). suficiente. Edición del Tricentenario en línea. Recuperado de:

<http://dle.rae.es/srv/search?m=30&w=suficiente>

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. (2018). veraz. Edición del Tricentenario en línea. Recuperado de:

<http://dle.rae.es/srv/search?m=30&w=veraz>

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. (2018). verdad. Edición del Tricentenario en línea. Recuperado de:

<http://dle.rae.es/srv/search?m=30&w=verdad>

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. (2018). Vulnerable. Edición del Tricentenario en línea. Recuperado de:

<http://dle.rae.es/srv/search?m=30&w=vulnerable>

ROUSSEAU, J. (1999). El contrato social. Edición en línea por El Aleph.

Recuperado de:

<http://www.enxarxa.com/biblioteca/ROUSSEAU%20El%20Contrato%20Social.pdf>

RUIZ, P. (-). El Derecho de contratos alemán (derecho contractual alemán). En página web de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Argentina. Recuperado de:

[file:///C:/Users/Pavel/Downloads/dscontratosrusia%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Pavel/Downloads/dscontratosrusia%20(1).pdf)

SI-EDUCA. (2012). Ilustración, la Enciclopedia y el siglo de las Luces. Recuperado de:

<https://si-educa.net/intermedio/ficha382.html>

UNIVERSIDAD DE AMERICA LATINA – UAL. (-). Los contratos y otras fuentes de obligaciones. Unidad 8. En: Derecho Romano. Recuperado de:

http://ual.dyndns.org/Biblioteca/Derecho_Romano/Pdf/Unidad%208.pdf

Fuentes jurisprudenciales

STC. Expediente N° 3315-2004-AA/TC de 08 de 17 de enero de 2005.

STC. Expediente N° 2670-2002-AA/TC de 30 de enero de 2004.

STC. Expediente N° 0008-2003-AI/TC de 11 de noviembre de 2003.

RES. 2495-2017/SPC-INDECOPI de fecha 21 de agosto de 2017

RES. 1921-2017/SPC-INDECOPI de fecha 08 de junio de 2017

RES. 0154-2017//SPC-INDECOPI de fecha 11 de enero de 2017

RES. 0040-2017/SPC-INDECOPI de fecha 03 de enero de 2017

RES. 160-2016/SPC-INDECOPI de fecha 19 de enero de 2016

RES 0071-2016/SPC-INDECOPI de fecha 11 de enero de 2016

RES. 103-2015/SPC-INDECOP de fecha 19 de enero de 2015

RES 3252-2014/SPC-INDECOPI de fecha 29 de setiembre de 2014

RES 78-2012/SC2-INDECOPI del 11 de enero de 2012

Fuentes normativas

Nacionales

ASAMBLEA CONSTITUYENTE. (1979). Constitución Política de la República. Diario oficial *El Peruano*. Lima, 12 de julio de 1979.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA. (1997). Ley general de sociedades. Ley. N° 26887. Diario oficial *El Peruano*. Lima, 05 de diciembre de 1997.

CONGRESO CONSTITUYENTE DEMOCRÁTICO. (1993). Constitución Política de la República. Diario oficial *El Peruano*. Lima, 30 de diciembre de 1993.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA. (2010). Código de Protección y Defensa del Consumidor. Ley N° 29571. Diario oficial *El Peruano*. Lima, 02 de setiembre de 2010.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA. (1984). Código Civil. Decreto Legislativo N° 295. Diario oficial *El Peruano*. Lima, 25 de junio de 1984.

PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. (2008). Ley de represión de la competencia desleal. Decreto Legislativo N° 1044. Diario oficial *El Peruano*. Lima, 26 de junio de 2008.

Internacionales

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. (2008). Constitución de la República del Ecuador. Registro oficial. Quito, 20 de octubre de 2008.

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. (1991). Constitución Política de Colombia. Gaceta Constitucional número 114. Bogotá, 4 de julio de 1991.

CONGRESO CONSTITUYENTE. (1994). Constitución de la nación de Argentina. Boletín Oficial de la República Argentina. Santa fe, 22 de agosto de 1994.

CONGRESO CONSTITUYENTE. (1988). Constitución de la República Federativa de Brasil. Diario Oficial de la Unión. Brasilia, 5 de octubre de 1988.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. (2011). Estatuto del Consumidor. Ley 1480 de 2011. *Diario Oficial No. 48.220*. Bogotá, 12 de octubre de 2011.

CONGRESO DE LOS DIPUTADOS. (1978). Constitución española. Boletín oficial del Estado. Madrid, 29 de diciembre de 1978.

CONGRESO NACIONAL DE BRASIL. (1990) Código de Defensa del Consumidor. Ley N° 8078 de 1990. *Gaceta Oficial*. Brasilia, 11 de setiembre de 1990

CONGRESO NACIONAL DE CHILE. (1997). Ley sobre protección de los derechos de los consumidores. Ley 19496. *Diario Oficial de la República de Chile*. Santiago, 07 de febrero de 1997.

CONGRESO NACIONAL DEL ECUADOR. (2000). Ley orgánica de defensa del consumidor. Ley 2000-21. *Registro oficial de Ecuador*. Quito, 10 de julio de 2000.

CONSEJO DE ESTADO – IMPERIO FRANCÉS. (1804). Código Civil. *Ley del 21 de marzo de 1804*. París, 21 de marzo de 1804.

GOBIERNO DE ESPAÑA. (2007). Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. Real Decreto Legislativo 1/2007. *Boletín Oficial del Estado*. Madrid, 30 de noviembre de 2007.

PARLAMENTO DEL REICH. (1896). Código Civil. *Boletín del Reich n. 21*. Berlín, 24 de agosto de 1896.

PARLAMENTO EUROPEO. (2006). Directiva sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa. Directiva 2006/114/CE. *Diario Oficial de la Unión Europea*. Estrasburgo, 12 de diciembre de 2006.

REINO DE ITALIA. (1942). Código Civil. Real Decreto 16.03.1942.núm. 262. Roma, 16 de marzo de 1942.

SANTÍSIMA AUTORIDAD PAPAL. (1983). Código de Derecho Canónico. *Sacrae disciplinae leges*. Roma, 25 de enero de 1983.