

EVOLUCIÓN SOCIAL, JURÍDICA Y ECONÓMICA DEL CONCEPTO DE CONTRATO.

Por: ALEJANDRO DUQUE PÉREZ
Especialista en Derecho financiero y de los negocios
Candidato a Magíster en derecho privado.
Docente facultad de derecho U.P.B.

El concepto Clásico de contrato.

Para saber a qué me refiero cuando hablo de “concepto de contrato clásico”, comienzo por hallar en la construcción del contrato dos formulaciones posibles.

Cuando ambas partes poseen similar poder de negociación para establecer el contenido del negocio (objeto del contrato), lo cual da nacimiento al contrato de negociación individual, paritario o clásico, o cuando dicho poder sólo está en cabeza de uno de ellos, y en consecuencia se desarrolla mediante la metodología de la predisposición del contenido del contrato, lo cual da nacimiento al "contrato de adhesión o de cláusulas predispuestas".

El concepto de contrato clásico estará identificado con el concepto de contrato que incorpora la visión “decimonónica” del *code civil* francés de 1804. Se trata de una visión liberal e individualista porque pone el acento en la libertad para contratar y la posibilidad de autorregulación autónoma de los intereses de los particulares sin otros límites que el orden público y las buenas costumbres, y porque sólo reconoce materializado en él, el querer de los contratantes, desconociendo la proyección, alcance o función social del acuerdo.

El concepto clásico de contrato: Contrato de negociación individual o paritario.

En la entraña del concepto de contrato se posa sin miramientos el principio de la autonomía de la voluntad. Por ello, el problema de fondo en torno al concepto de contrato pasará por la identificación del rol acordado a la voluntad en la creación del contrato.

Lo primero será destacar que a lo largo del tiempo, la relación de la voluntad y la formación del contrato, ha sufrido cambios importantes. Y una vez verificado el dato de las mutaciones, fuerza es concluir que el concepto de contrato no ha sido único y que por el contrario, se ha adecuado a las transformaciones y exigencias sociales propias de las distintas épocas por las cuales ha navegado. Y en la verificación precedente, encontramos la autorización para dirigir nuestro esfuerzo a descubrir o construir un nuevo concepto de contrato que se adecúe a las transformaciones sociales de nuestra época.

El simbolismo, primero, y el formalismo, luego, vincularon la producción de efectos jurídicos al empleo de prácticas o ritos minuciosamente realizados conforme a un modelo, sin relación alguna con elementos psicológicos o intencionales. El derecho Romano limitó la autonomía de la voluntad fundado en razones técnicas. En el milenio transcurrido desde la publicación de las XII tablas (451 a.c.) hasta la promulgación del digesto, la doctrina señala la permanencia de dos principios rectores, aunque en cierta medida, antitéticos: el formalismo y el individualismo. Entre los romanos el sujeto era independiente frente a la sociedad, excluyéndose al Estado de toda intervención en las relaciones privadas.¹

Los jurisconsultos romanos, ajenos a las definiciones mediante abstracciones conceptuales, conocieron la existencia de convenciones en las cuales una de las partes daba alguna cosa o realizaba una acción, para luego recibir a cambio algo que la otra parte prometía a su vez dar o hacer. Entonces en el derecho

¹ MOSET ITURRASPE, Jorge y SOTO COÁGUILA, Carlos Alberto. *El contrato en una Economía de mercado*. Trujillo. Editora Normas Legales. 2004. p. 22

romano nacía un contrato cuando se contraía una obligación mediante el cumplimiento de una determinada forma solemne.

En el Derecho Romano “contrato” no significaba el acuerdo (acto común de voluntad de ambas partes) que da nacimiento a la relación obligatoria, sino el vínculo en sí como hecho objetivo. Surgía el vínculo con el cumplimiento de determinados actos solemnes y rituales y sólo a los actos de esta naturaleza capaces de generar una *obligatio* se los llamaba *contractus*. Y en el derecho Anglosajón suele definirse el contrato como “la promesa o el conjunto de promesas que atribuyen a una o a las dos partes el derecho a exigir algo judicialmente”.²

Siguiendo al profesor español, Luis Diez-Picazo, “el contrato concebido como el acuerdo de voluntades es elaborado bajo la confluencia de diversas corrientes de pensamiento. En primer lugar, por la influencia del derecho canónico, donde faltar a una promesa es un engaño, una mentira y, por consiguiente, un pecado (*mandacium est si quis non cumpleat quod promisit*). La doctrina canónica confirió un valor fundamental al consenso, imponiendo el deber de fidelidad a la palabra dada y el deber de veracidad. La segunda corriente del pensamiento que contribuyó al desarrollo del moderno concepto de contrato fue el voluntarismo jurídico. Según esta doctrina, cualquier persona que deseaba obligarse quedaba obligada por su sola voluntad. Esta corriente, a su vez, contribuyó con el desarrollo y auge del tráfico comercial de la época. La última corriente del pensamiento fue la escuela de derecho natural, donde por primera vez se afirma: *solus consensus obligat*, siendo grocio y pufendorf los padres directos del consensualismo contractual.”³

El entender el contrato como una obra exclusiva de las partes, excluyendo toda mediación del legislador o del juez, posibilita la consolidación del contrato como

² FARINA, Juan M. Contratos comerciales modernos. Modalidades de Contratación Empresaria. 3ª Edición. Ciudad de Buenos Aires: Editorial Astrea, 2005. Pp 219.

³ DIEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del derecho civil Patrimonial. Introducción- teoría del contrato, Vol I*, Editorial Civitas, Quinta edición, Madrid. 1996. Pp. 120-122

un instrumento productor de riquezas, lucros o beneficios dinerarios individuales injustificados, y lo aleja de su función social, como instrumento de satisfacción de necesidades vitales, capaz de procurar una coexistencia tranquila a los miembros de la comunidad.

Por su parte Roscoe Pound, en cita de Juan M. Farina, señala que la consagración del concepto de contrato como declaración de voluntad común es el resultado de la concepción sobre la finalidad del derecho que empezó a tener vigor a partir del siglo XVI: “se advierte la transición hacia la nueva manera de pensar en los teólogos y juristas españoles del siglo XVI. Mientras Aristóteles había pensado en desigualdades que surgían de los diferentes méritos individuales y de sus diversas capacidades para aquello que exigía el orden social, los nuevos juristas invocaron una igualdad natural (es decir, ideal) en cuanto a las posibilidades de realización, implícita en el análogo poder para el empleo consciente de las facultades propias, común a todos los hombres”. El fin o la finalidad del derecho era el logro de la máxima expresión de libre albedrío individual. Como consecuencia se debía dotar a los individuos del máximo de posibilidades en un mundo donde abundan los recursos aún no descubiertos ni explotados. “La finalidad consistía en posibilitar el máximo de libre acción individual compatible con la libre acción individual general”.⁴

Es así como alrededor del concepto de contrato clásico se van estructurando una serie de afirmaciones dogmáticas. Por ejemplo, se afirmó que “todas las personas son iguales ante la ley”, con lo que mediante abstracción se igualaron débiles y fuertes y en consecuencia se entendió, con la fuerza propia de la ficción de la teoría del conocimiento, “como sí” débiles y fuertes tuviesen igual poder de negociación. Así mismo se dijo que la ley se presume conocida por todos, o que la desproporción en las prestaciones intercambiadas no anula el contrato, etc.

⁴ FARINA, Juan M. *Op. Cit.* p. 226.

Pero el concepto de contrato clásico se sustentó en sendos presupuestos ideológicos y sociológicos: Los propios del siglo XVIII acosados por el liberalismo económico-político.

La reinante economía liberal se funda en el lema "*Laissez faire, laissez passer, le monde va de lui même*". El estado liberal requería un modelo de regulación no intervencionista. La libertad no era suficiente, se requería del establecimiento de las libertades económicas y el desarme de la intervención del estado en todos los aspectos que interfiriesen en el desarrollo de la propiedad privada y el libre mercado. El reconocimiento de esas libertades sería el reflejo de las necesidades de la burguesía ascendente y el poder constituido.

Si bien el estado liberal pareciera no pedir nada del estado, la realidad era bien contradictoria. Se requería un estado no intervencionista que permitiese la acción de las leyes del mercado y el egoísmo individual con miras al logro de la felicidad y la prosperidad de las naciones. En consecuencia, lo único que se pedía al estado era la consagración (o reconocimiento?) como "estado de naturaleza" a sus leyes económicas y sociales. El estado no intervenía, pero era garante de mantener el estado natural y hacer inquebrantables las leyes económicas y sociales de la burguesía ascendente.

El legislador entonces, se hacía responsable de "nada", dejaba hacer, dejaba pasar. Sólo se hacía responsable de garantizar los medios necesarios para el funcionamiento de los mercados y la acumulación rentable de capital, removiendo los obstáculos que imponía el viejo orden y que impedía el despliegue libre de las fuerzas productivas, invocando una pretendida igualdad jurídica lejana a una igualdad en términos reales.

El contrato de la época materializaba entonces tales exigencias. Es el mejor instrumento de arreglo a los intereses privados, pues la fuerza vinculante del contrato nace de la coincidencia de voluntades, obra común de las partes, que se reconocen jurídicamente en iguales condiciones y con la misma fuerza para

negociar un contrato. Por esto, el contrato de la época presupone también la idea sustancial de la igualdad jurídica de los contratantes.

Sobre la base de estos presupuestos y acompañado del pensamiento de los juristas Domat y Pothier, nace el gran código civil, el *code Napoléon*, y en él, el concepto de contrato que llamaré clásico, cuya filosofía y técnica fueron incorporadas en casi todos los códigos decimonónicos.

Características.

*** La Autonomía de la Voluntad como cimiento de la vinculatoriedad del contrato.**

Más allá de reconocer que el acuerdo de voluntades es obligatorio, es necesario entender qué lo hace obligatorio. Es menester indagar cuál es el supuesto normativo que realizado, hace surgir como efecto jurídico propio del mundo del derecho, un poder capaz de crear sendas normas vinculantes y obligatorias para las partes contratantes.

En el contrato clásico, el consagrado en la mayoría de los códigos decimonónicos, el fundamento de la obligatoriedad o vinculatoriedad, lo encontramos en la tan conocida autonomía de la voluntad. Es por ello que haciendo énfasis en esta característica, el contrato clásico toma el nombre de contrato-consentimiento.

Se hace evidente que, si el fundamento del concepto de contrato es que las partes son autónomas, iguales jurídicamente y con igual poder de negociación, sea precisamente la coincidencia de las voluntades la razón de la fuerza obligatoria de lo acordado entre las partes. La autonomía de la voluntad encuentra un despliegue material o real siempre que no haya dependencia o sumisión de una parte frente a otra, presuponiendo entonces el status de “autónomas” a las partes. No hay parte fuerte ni parte débil en el contrato, hay simplemente “Partes autónomas”.

Esa es la razón por la cual se ha entendido que la autonomía de la voluntad, al lado del principio de la buena fe, la fuerza vinculante y el efecto relativo de los contratos, sean los principios universalmente reconocidos de la contratación privada.

Como principio, la autonomía de la voluntad o privada ha sido definida como “el poder o facultad, que el ordenamiento jurídico reconoce a las personas para crear, modificar o extinguir relaciones contractuales y, a su vez, determinar libremente el contenido del contrato.”⁵

Pero desde esta perspectiva, la definición realmente nos está describiendo la situación jurídica que ocupan los contratantes para la celebración del contrato. En efecto, se trata del reconocimiento a los particulares de una situación en la que están autorizados para cambiar una determinada relación jurídica. La autonomía privada sería entonces la potestad conferida a los particulares para crear diversas obligaciones contractuales.⁶

Como bien lo señala Luigi Ferri en su esplendoroso estudio sobre la autonomía privada: “La ley, el reglamento, el negocio jurídico (la lista no pretende ciertamente ser completa) son, pues, fuentes normativas, esto es, modos de manifestación de normas jurídicas; a ellas corresponde respectivamente el poder legislativo, el poder de emanar reglamentos, y el poder de crear normas negociales, que nosotros indicamos con la expresión autonomía privada.”⁷

Pero cuál es la razón para conferir tal potestad a los particulares? Cuál es el fundamento del poder reconocido a los particulares para crear normas jurídicas particulares y concretas?

⁵ SOTO COÁGUILA, Carlo Alberto. *Transformación del Derecho de Contratos*. Lima. Editorial Grijley. 2005. p. 13.

⁶ Cfr. HOHFELD. Wesley Newcomb.; *Conceptos Jurídicos Fundamentales*. Buenos Aires. Distribuciones Fontanamara S.A. Quinta reimpresión. 2004. pp 71-76

⁷ FERRI, Luigi. *La Autonomía Privada*. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid 1969. Serie B Monografías Fundamentales de derecho privado y público Vol XLI. p. 10

A esta pregunta parecen responder quienes prefieren hablar de “autonomía privada” en un contexto analítico específico, separándola radicalmente del llamado principio de la autonomía de la voluntad.

Respecto de la denominación de este principio como autonomía privada o autonomía de la voluntad, Manuel de la Puente y Lavalle, citado por Soto Coágula, señala que “la expresión de autonomía privada no ha sido siempre plenamente acogida y que la literatura jurídica ha preferido utilizar el término autonomía de la voluntad, por entender que la facultad de autorregularse, que es el contenido de la autonomía, se confiere a la voluntad humana. Este planteamiento, según el referido autor, es comprensible por cuanto, siendo la autonomía concedida a los particulares el fundamento del acto jurídico, durante todo el período histórico en el que se consideró el acto jurídico como la expresión de voluntad de sus otorgantes, resultaba consecuente que se atribuyera a la voluntad el principio rector de las relaciones humanas. Era el auge de la teoría de la voluntad.”⁸

La autonomía de la voluntad será entonces el condicional para reconocer a los particulares la autonomía privada. Y una vez verificada como supuesto la autonomía de la voluntad subjetiva, se reviste al particular, como efecto jurídico, de la potestad de crear normas jurídicas contractuales. En consecuencia, una vez ejercida la potestad normativa a través del contrato, la norma particular y concreta creada, objetiva aquella voluntad subjetiva, convirtiéndola en derecho, derecho objetivo.

Por ahora conviene resaltar que la doctrina jurídica recogida en los códigos decimonónicos reconoce la voluntad como supuesto normativo para conceder a los particulares la potestad de crear normas para auto regular sus intereses.

Como ya lo dijimos, “La aceptación del principio consensualista se produce bajo la presión de las ideas ético-religiosas del derecho canónico y, más tarde,

⁸ SOTO COAGUILA, Carlos Alberto. *Ob Cit.* P.13

por las enseñanzas del derecho natural, que se inicia con Grocio y continúa con Pufendorf. De este modo se construye la figura del contrato como una obra exclusiva de la razón y de la voluntad de las partes desatendiendo a las desigualdades, necesidades, urgencias, debilidades y prescindiendo del resultado justo o injusto del acuerdo. Semejante idea merece de Villey, jurista y filósofo francés, el reproche siguiente: los racionalistas, que imaginaron el contrato clásico, eran sabios en filosofía e ignorantes en derecho”.⁹

Como puede verse, la voluntad juega un papel preponderante en el concepto de contrato que llamamos clásico. Para otorgar la potestad normativa de crear normas jurídicas contractuales a los particulares se valen de la potencialidad de abstracción propia de los iusnaturalismos racionalistas y las teoría de la voluntad imperantes en la época. Es presupuesto necesario para el reconocimiento de la potestad normativa la igualdad de las partes, su autonomía. Sólo recurriendo a este argumento se entiende que el Estado o el derecho, delegue las potestades normativas que les son propias.

Por ello creo pertinente hacer la siguiente reflexión: Si se prescindiera del recurso a la abstracción, y se atendiera a la verificación empírica de la desigualdad jurídica, de la capacidad real de determinación de la conducta de unos cuantos frente a otros, ¿el derecho hubiese reconocido tal potestad normativa?; ¿O la hubiese reconocido con los mismos alcances que se le reconocen con los presupuestos del iusnaturalismo racionalista?

Lo cierto es que, abstracción o no, realidad o no, la fuerza de obligatoriedad del contrato surge con ocasión del ejercicio de una potestad normativa reconocida por el ordenamiento jurídico a los particulares, potestad que a su vez es reconocida por la creencia o la presuposición de una perspectiva imaginaria de igualdad en los sujetos que llegan a la celebración del contrato. Son sujetos iguales pues poseen iguales necesidades, tienen las mismas urgencias, e idénticas debilidades.

⁹ MOSET ITURRASPE, Jorge y SOTO COÁGUILA, Carlos Alberto. *El contrato en una Economía de mercado*. Trujillo. Editora Normas Legales. 2004. p. 24-25.

Esta forma de entender la vida y consecuentemente el derecho, nos exige una mirada al contexto en el que nacen las doctrinas jurídicas que dan impulso al dogma de la autonomía de la voluntad.

Así las cosas, en el Estado Liberal de Derecho, la ley se concibe como norma general emanada del órgano representativo, que viene a regular según principios racionales la actividad estatal para garantizar el reconocimiento y defensa de los derechos y libertades fundamentales. Sin embargo, aunque la ley se pretende expresión de la voluntad popular, uno de los rasgos específicos del Estado liberal es la existencia de formas de sufragio restringido, generalmente de carácter censitario, es decir, limitando el derecho de voto a los que pagan una cierta cantidad de impuestos o “censo”. El verdadero cuerpo electoral se restringe a una minoría de ciudadanos: La burguesía, cuya voluntad se identifica con la voluntad general. El monopolio de la vida política lo ostenta el burgués mientras quedan al margen de los asuntos públicos tanto los hombres no propietarios como todas las mujeres.¹⁰

De a poco comenzamos a comprender que a todo nivel se hacían abstracciones funcionales para aquella época. En efecto, la deficiente realización de la voluntad general, reducida a la voluntad de la burguesía, no parecía un obstáculo para que la declaración de los derechos del hombre y el ciudadano desplegaran todos sus efectos. Y ello se hace comprensible cuando verificamos que la función que cumple se dirige a revertir la situación del absolutismo, apareciendo la ley al menos de manera formal como creación de un órgano de representación popular y libre.

Algo parecido ocurre con la orientación de la ley a la defensa de los derechos y libertades fundamentales. “La exigencia de que el estado no invada la esfera de la intimidad personal y respete los derechos del hombre parte de la creencia en que la dignidad y la libertad humanas están por encima del Estado. Desde

¹⁰ DE LUCAS, Javier. *Introducción a la teoría del derecho*. Valencia. 3ª Edición; Tirant lo Blanch. 1997. p. 103.

esta creencia Kant elabora su doctrina jurídico-política pudiendo considerarse la más importante fundamentación del Estado Liberal de derecho. Para Kant el Estado tiene como finalidad la garantía de la libertad, no de la felicidad; se trata de garantizar la libertad a cada uno mediante la ley, la libertad privada para que cada uno busque la felicidad a su modo. (...) El objetivo prioritario del Estado es la garantía de la libertad, que implica no injerencia en las relaciones entre individuos, salvo para asegurar la coexistencia de las libertades individuales a través del derecho. Seguridad y libertad son los ejes del Estado liberal, pero sin olvidar el derecho de propiedad al que en última instancia se supedita toda la teoría jurídico-política de la burguesía liberal. (...) En el Estado liberal los derechos humanos equivalen prácticamente a los derechos de la burguesía y se entienden en un sentido formal y negativo, son derechos de defensa contra el Estado y no de participación en la comunidad.¹¹

Recordando la época de la revolución francesa, el jurista Alf Ross, señala “Es por todos conocido que esta época está impregnada de principio a fin por el ideario iusnaturalista. Alentada por la filosofía de Rosseau y los ideales emergentes de libertad e igualdad, impera la firme creencia en un derecho ideal eterno e invariable, que Dios ha imprimido en la naturaleza del hombre y que puede ser conocido a través de la razón humana. Se trata de un derecho ideal que resultará fácilmente realizable cuando el príncipe devuelva la soberanía a su legítimo propietario, el pueblo; se inaugura entonces una nueva era en la historia de la humanidad. Se adora a la razón como una diosa y se otorga a los principios un valor superior al de las colonias. *Périssent les colonies plustôt qu’ un prince!*, reza una conocida exclamación. Este credo encuentra su expresión monumental en la declaración de los derechos del hombre. Su evidente influencia en el *code Napoléon* ha contribuido a dar su impronta al derecho francés hasta nuestros días. En el borrador de la comisión de la redacción del *Code napoléon*, dicha creencia aparece como la divisa de todos sus artículos, adornándose con las siguientes hermosas palabras: *il existe un droit universel et immuable, source de toutes les lois positives: N’est que la*

¹¹ Ibid., p.p. 104.

raison naturelle, en tant qu'elle gouverne tous les hommes. He aquí la profesión de fe de la revolución.¹²

En la base de esta creencia se encuentran los ideales liberales de libertad e igualdad, tal y como fueran sintetizados por Kant. Desde el punto de vista político práctico, suponen una reacción contra la monarquía absoluta, contra los restos de feudalismo (los privilegios) y contra el sistema gremial, y al mismo tiempo una exaltación de la libertad individual de movimiento (*bewegungsfreiheit*) en todos los ámbitos. En el plano teórico, dichos ideales encontraron su expresión en la doctrina de la dignidad e inviolabilidad de la persona humana, y en la afirmación de la existencia de unos derechos subjetivos, innatos y absolutos, que garantizan la libertad de los individuos frente al poder del Estado. La doctrina del *contrat social* persigue precisamente este fin: expresar el carácter primario y absoluto de los derechos subjetivos frente al poder estatal.¹³

Sin vacilación, se observa que el elemental acuerdo de voluntades tenía fuerza normativa en el siglo XIX porque los derechos se identificaban con los derechos de la burguesía pues eran quienes poseían capacidad de negociación y de expresar realmente su voluntad en correspondencia con su capacidad dispositiva a través del discernimiento. Era una sociedad con necesidades diferentes y que presuponía que ninguna de las partes del contrato tenía un enorme poder sobre su contraparte capaz de determinar su conducta al punto de estar en frente de necesidades condicionadas que anularían o reducirían a la mínima expresión la función que cumple la voluntad. Pero la fuerza del contrato, bebió del derecho natural.

En este ambiente se fue creando nuestra legislación civil. primero los autores del derecho canónico cuya influencia es determinante para fundamentar la

¹² ROSS, Alf. *Teoría de las fuentes del derecho*. Una contribución a la teoría del derecho positivo sobre la base de investigaciones histórico-dogmáticas. Texto original en alemán. (José Luis Muñoz de Baena Simón, Aurelio de Prada García y Pablo López Pietsch. Trad.) Madrid. Centro de estudios Políticos y Constitucionales. 2007. p 68

¹³ Ibidem.

fuerza obligatoria del contrato en un criterio de orden moral: El respeto absoluto a la palabra en desarrollo de la obligación moral de no mentir; Luego Grocio, acude a la razón humana para enseñarnos que la obligatoriedad del contrato se fundamenta en un “supuesto convenio, primitivo y tácito, otorgado contemporáneamente a la constitución de la vida social y por el cual los hombres se habrían obligado a ser fieles a sus promesas”.¹⁴ Por último Kant quien enfatiza que le hombre dicta su propia ley gracias a la exaltación de los principios de libertad e igualdad sintetizada por el autor Alemán.

No olvidemos que conforme con los postulados de la economía clásica, el principio de la libre concurrencia debe regular los cambios, cuyo funcionamiento será tanto más eficiente en la medida en que ninguna fuerza exterior al mercado actúe sobre él. El papel del mercado es el de armonizar los intereses individuales de los agentes económicos y de la comunidad; cada cual, al perseguir sus propios intereses, no hace otra cosa que buscar “los intereses generales”, al decir de Smith. La distribución de la riqueza, debe realizarse atendiendo a la eficiencia individual de los participantes en el mercado. La consecuencia es la siguiente: si el mundo económico está gobernado por las leyes del mercado, la esfera privada se muestra como libre de poder o de dominación. Nadie puede influir sobre la determinación de los precios, cualquiera sea su poder. De ahí la afirmación de que lo acordado es justo.¹⁵

Es evidente que la obligatoriedad del contrato paritario o clásico nace del hecho de la libre aceptación del contenido del contrato por los contratantes. En este sentido, el concepto clásico de contrato, el propio de los códigos decimonónicos, se fundamenta en el principio de la autonomía de la voluntad y en el principio “*Volenti non fit injuria*” (A una persona que actúa voluntariamente ningún daño se le hace).

¹⁴ MOSET ITURRASPE, Jorge y SOTO COÁGUILA, Carlos Alberto; op Cit; p.p. 29

¹⁵ *Ibíd.*

Se trata de un concepto de contrato construido sobre una base subjetiva fundada en la voluntad y la libertad. Por ello, si una persona por su libre voluntad expresada en el contrato, admite ser tratada desigualmente, pareciera entonces que ello no afectase de manera relevante el principio de la igualdad, pues sostener lo contrario, sería negar el principio de la libertad y que constituye el fundamento de la autonomía de la voluntad. “*Volenti non fit injuria*” Se ha dicho entonces que sostener lo contrario implica negar la esencia de la relación contractual.

Este concepto de contrato sólo es pertinente en operaciones económicas reguladas a través de contratos paritarios en los cuales las partes gozan de igual poder económico y jurídico, de tal suerte que su voluntad se manifieste extensamente a través de un similar poder de negociación, capaz de lograr en términos reales recíprocas concesiones entre las partes.

* El contrato es ley santa.

El paradigma liberal-individualista reconoce en el contrato la fuerza vinculante propia de la ley. El contrato vincula a las partes con la misma fuerza que la ley vincula a sus destinatarios.

La obligatoriedad del contrato viene alzada en cuestión santa: El contrato es el producto de la libre discusión de hombres libres e iguales y como consecuencia de ello, se trata de un acuerdo irreprochable que se fundamenta en la moralidad, la libertad y la seguridad.

Las partes son libres para celebrar el contrato, pero una vez celebrado, quedan las partes vinculadas a él sin escapatoria posible. Si para la época reinaba el aforismo *dura lex sed lex*, el contrato no se quedaba atrás y debía ser interpretado *duro contractus, sed contractus*.

Así las cosas, el contrato era cuestión de derecho natural, y sus vínculos se reforzaban con la obligatoriedad propia de lo natural, desechando cualquier posibilidad de cuestionamiento. Se trata del fundamento iusnaturalista

racionalista que da lugar al nacimiento de la criticada escuela positivista legalista.¹⁶

Es por esto que se ha afirmado por todos, que el contrato es ley para las partes. Esta visión es propia de un positivismo radical, que por radical no podía sino tener fundamento en algún tipo de iusnaturalismo: el iusnaturalismo racionalista, que exigió el apego excesivo al texto de la ley con miras a la protección exclusiva de la propiedad y el lucro. Los fines ocultos detrás de esta concepción, reprochable, claro está, no se confiesan, sino que se ocultan bajo las banderas de la moralidad, la seguridad, la libertad y un pretendido equilibrio contractual.

La moralidad sirve entonces para enseñarnos que lo único inmoral es precisamente no cumplir el contrato, sea cuales fueren las circunstancias. Inmoral es entonces no cumplir o faltar a la palabra empeñada, sin importar si hay abuso, lesión o usura.

Así las cosas podemos referirnos al contrato clásico, como “su santidad, el contrato”, máximo soberano, que celebrado por personas capaces, con igual poder de negociación, es ajeno a cualquier tipo de reproche o tacha.

- El contrato libremente acordado, siempre es justo.

¹⁶ La entrada en vigor del *code de napoleón* acarrió una radical modificación en la importancia atribuida a las teorías iusnaturalistas. Pese haber jugado un papel destacado y activo durante la revolución y la gestación del *code*, con posterioridad, con el resultado ya a la vista, se produjo un fuerte descenso en su consideración por parte de los juristas. La razón era sencillamente que se creía haber encontrado finalmente el derecho, y haberlo fijado de la forma más cercana posible al ideal; ya no existía pues motivo práctico alguno para cultivar la política jurídica. En general los autores se limitaban a admitir en unas pocas líneas la existencia de un derecho superior, un derecho natural, al que, por lo demás, no dedicaban mayor atención. Esto no ocurrió sólo con los primeros comentaristas (aproximadamente hasta el comienzo del reinado de Luis Felipe), los cuales concebían su tarea, en lo esencial, como una verificación analítica del significado exacto y del ámbito de validez de los textos legales. Otro tanto puede decirse del posterior grupo de comentaristas (hasta el fin de siglo, aproximadamente), al que se ha denominado “l’ecole de l’ exégèse”; basándose en razonamientos lógico formales y en construcciones jurídicas, éstos buscaban exponer sintéticamente el material jurídico, reconstruyendo la voluntad del legislador allí donde fuera inexistente o no estuviere clara. Cfr. Alf Ross, teoría de las fuentes del derecho, p.p.70 y 71.

Teorías como la del justo precio en los contratos, nos muestran que los instrumentos jurídicos pueden colocarse al servicio de cualquier fin, de donde se sigue que, el contrato, pueda prestarse para el aprovechamiento indebido frente a sujetos que por distintas razones ocupan una posición subordinada en la relación negocial. De éstos siempre se ha preocupado el derecho, en mayor o menor medida.

La evolución del derecho de los contratos, en éste tema crucial, se ha ido dando a partir de “categorías” o clases de personas: comenzó con los trabajadores, siguió con los inquilinos urbanos o rurales, luego con los deudores de préstamos dinerarios con o sin hipotecas, para llegar en los últimos años, a los consumidores y usuarios de bienes y servicios.¹⁷

Pero por qué lo libremente acordado es justo?Cuál es el fondo de semejante afirmación? Creo encontrar respuesta en la concepción que del derecho subjetivo, imperaba en la época de gestación del concepto clásico de contrato.

Recordemos que el concepto de derecho subjetivo es un concepto moderno, porque la propia lógica de su formación requiere una concepción individualista. Es en la baja edad media (Siglo XIII) que empieza a perfilarse esta categoría a cargo de teólogos nominalistas como Duns Scotto, y fundamentalmente, Guillermo de Occam. El contexto en que surge es la denominada cuestión de la *pobreza evangélica*, consistente en la articulación del voto de pobreza de los franciscanos con la propiedad de bienes mundanos. Diversas decretales y constituciones papales habían resuelto, si bien no definitivamente la cuestión, reconociendo a los franciscanos un derecho de uso de los bienes cuya propiedad correspondía a la santa sede. Una *constitución* del papa Juan XXII rechazó esta posibilidad sobre la base, entre otras, de que no cabía un derecho de uso sobre bienes que se consumían. Occam intervino en la polémica distinguiendo dos clases de poderes: El poder de usar (*ius polii*) y el poder de reivindicación (*ius fori*). Pero lo interesante es la argumentación empleada.

¹⁷ MOSET ITURRASPE Jorge y PIEDECASAS Miguel A; *La Revisión del contrato*; Santa Fe, Argentina; Rubinzal-Calzoni editores; 2008; p.p 18 y 19.

Occam impugna la visión racionalista y objetivista del derecho basada en la teoría de Tomás de Aquino, propugnando la sustitución de la comprensión del derecho como lo justo en el caso (*id quod iustum est*) por la de un poder del sujeto (*potestas*). Este poder del sujeto no es una parte del conjunto de ventajas o cargas distribuidas por el poder, sino una *potestad* del sujeto sobre la norma extrema vinculante. La definición de Occam es “el poder humano principal de reivindicar en juicio un bien temporal y de tratarlo de cualquier modo que no sea prohibido por el derecho natural”.¹⁸

Pero la cristalización moderna del concepto de derecho subjetivo como poder o facultad, la debemos al iusnaturalismo racionalista de los siglos XVII y XVIII, de la mano de Pufendorf y Grocio. La teoría del contrato social, resulta también definitiva.

Básicamente, los hombres en estado de naturaleza disfrutaban, bien es cierto que con inseguridad, de unos derechos naturales. Llevados los hombres a la creación de un estado civil sobre la base de un contrato, estos derechos naturales de carácter subjetivos (frente a las visiones medievales objetivistas del derecho natural) pasan, en mayor o menor grado, a conformarse como derechos positivamente reconocidos y regulados. De esta forma los derechos subjetivos ocupan el lugar central en la nueva concepción del derecho. Las declaraciones de derechos de finales del siglo XVIII suponen la cristalización de este nuevo panorama, en el que el derecho subjetivo adquiere un carácter prevalente sobre el derecho objetivo.¹⁹

Entonces, para afirmar que lo acordado es justo, es necesario declarar dogmáticamente, que los derechos subjetivos pueden ejercerse libre o discrecionalmente. El mejor guardián de los derechos propios, el más hábil defensor de los intereses de un sujeto de derecho, es su propio titular. Por eso, lo único que puede atentar contra este dogma, es que el sujeto que actúa no

¹⁸ Cfr. PECES-BARBA Gregorio, FERNANDEZ Eusebio y DE ASÍS, Rafael; Curso de teoría del Derecho; 2ª Edición Madrid; Marcial Pons; 2000; p.p. 275 y 276

¹⁹ Ibidem.

sea capaz, de hecho y de derecho, actúe constreñido por el miedo, la intimidación, el error o la violencia. En los demás casos, el contrato es siempre justo y no se ocupa de necesidades que fuerzan a contratar para satisfacer las necesidades básicas o absolutas.

- El concepto de contrato clásico realiza la seguridad jurídica.

El derecho de los códigos decimonónicos se considera como definitivo, perfecto y destinado a perdurar. Ahí su fundamento iusnaturalista. En consecuencia, cualquier cambio o reforma atenta contra la seguridad jurídica.

Es por ello que desde la óptica tradicional el contrato vincula no sólo al legislador sino también al juez. Efectivamente, el contrato ha de regirse por la ley vigente al tiempo del perfeccionamiento del contrato. Y el juez ha de respetarlo de tal manera que su labor será verificar si las partes actuaron libremente, dotadas de capacidad y libres de vicios en el consentimiento. Verificado esto, el juez no podrá revisar las prestaciones nacidas del contrato para mantener el equilibrio originario ni lograr condiciones de equidad o la rectitud sustancial del contrato. De permitir esto, según la visión tradicional, se perdería la seguridad jurídica depositada en el contrato originario.

El contrato, si ha de respetar el principio de la seguridad jurídica, deberá cumplirse tal cual como se celebró. Por ello toda revisión, reajuste, intervención judicial para moderar excesos, supone, para aquel pensamiento, sembrar inseguridad, desconfianza; la pérdida de la fe en el derecho y en sus instituciones, es el resultado final.²⁰

En esta concepción formalista-radical de la seguridad jurídica, la fidelidad de los jueces a la ley es estática y mecánica: La aplicación correcta del derecho se opera a través de métodos lógico-deductivos y no hay valoración ni referencia a propósitos diferentes a los consagrados en el texto legal o en el contrato. Por ello, las decisiones judiciales y la ley se vinculaban necesariamente tanto desde su contenido, lo material, como desde la fuerza del lenguaje, lo

²⁰ PEREZ LUÑO, Antonio Enrique; *La seguridad Jurídica*; Ariel; Barcelona, 1991

semántico. Esto porque se consideran las expresiones verbales por sí mismas, como lo hace el racionalismo más exigente.

El concepto clásico de contrato no pensaba entonces sino en la seguridad del acreedor pero no en la del deudor, pues el contrato se debe cumplir en todas las circunstancias, desconociendo el carácter bilateral de la seguridad jurídica.

Además, con sustento en la seguridad jurídica, que implica de suyo el respeto absoluto a la palabra empeñada, el contrato clásico se mantenía indiferente a que haya mediado lesión (subjetiva-objetiva), abuso del derecho, o imprevisión contractual. Todos los desarrollos sobre estos temas en materia contractual son posteriores y ajenos a la concepción clásica del contrato, como fue originalmente concebido.

- La intromisión judicial en el contrato como intervención “textual”.

Un excesivo culto a la ley trae como primera consecuencia un rechazo categórico a la intervención de los jueces. Al juez le está prohibido intervenir en el contrato, sólo deben hacer efectiva la ley o repetir sus palabras.

La doctrina clásica se ha inclinado entonces por la prohibición de la revisión del contrato por parte de los jueces. “de ahí que en la disyuntiva entre “resolver o revisar” la doctrina clásica no duda: el juez debe resolver terminar con el contrato que se ha vuelto litigioso; nunca, en cambio, buscar superar las diferencias, armonizarlo, volverlo a la equidad.”²¹

Para el juez todo está en la ley, en el texto de la ley. Hasta el concepto de orden público se entendía ceñido a la ley e indisponible para el juez. Su intervención es textual porque se limita a reconocer que el legislador prohibió expresamente a los particulares celebrar convención contraria a una norma suya a la que le atribuye carácter imperativo. Sólo en estos casos puede el juez

²¹ MOSET ITURRASPE Jorge y PIEDECASAS Miguel A.; *op.cit* p.p. 23.

intervenir el contrato, intervención que en realidad no es tal, pues se limita a repetir las palabras de la ley.

Y es que el contrato es obra de las partes, no obra de los jueces. El contrato interesa exclusiva y excluyentemente a las partes que lo celebran. El contrato es ajeno a la sociedad y cumplen una función individual, nunca una función social. Es que se cree que el eco y resonancia social no se logra sino a través de la satisfacción de las necesidades e intereses individuales, de las cuales se disponía libremente a través del contrato. De ahí que sea pilar fundamental del contrato clásico la teoría de los efectos relativos del contrato, de tal suerte que en su carácter individualista, el contrato no podía perjudicar a los terceros.

El contrato se hace de una vez y para siempre, por eso el juez no podrá intervenir para modificarlo en ningún sentido. Y como no afecta a terceros, ni a la comunidad, ni siquiera la preservación del bien común puede justificar que el juez intervenga o revise el contrato.

- El contrato como totalidad: como un todo cerrado.

Para la concepción clásica texto y norma eran una y la misma cosa. De ahí que en el contrato la literalidad se consideraba la base firme para determinar las obligaciones nacidas del contrato.

Derecho y ley, norma y texto, conforman un todo cerrado y ajeno a cuestiones externas. Y es que si bien, lo importante y determinante en el contrato y la interpretación del mismo es la intención, lo cierto era que lo puesto importaba mucho más que lo presupuesto. “Se pensaba que la declaración era el trasunto o la demostración de la voluntad real de los celebrantes, y no se comprendía cómo pudiendo decirlo todo, se había optado por la omisión o el silencio. Los contratantes, era la creencia firme, además de libres, iguales y fraternos, eran capaces, dotados de inteligencia y experiencia comercial.”²²

²² MOSET ITURRASPE Jorge y PIEDECASAS Miguel A.; *op.cit* p.p. 27

La concepción decimonónica entendió el contrato como un universo. Las obligaciones contractuales eran el espejo de la literalidad del contrato. Lo que no se había dicho allí era indiferente para el contrato. Si no se preveía un riesgo que luego acaecía, se entendía que el perfeccionamiento del contrato era prueba suficiente de la asunción de todos los riesgos que se ocurrieran durante la ejecución del mismo. Se entendía que el deudor los tomaba a su cargo. Así mismo, el cambio de circunstancias o la ocurrencia de un acaso no mencionado en el contrato, era indiferente para los contratantes.

EL contrato clásico es un todo cerrado, autosuficiente, regulador de todo, y todo lo preveía. Ese todo cerrado se explica por sí mismo sin recurrir a circunstancias externas al mismo. La literalidad como totalidad, margina al contrato de la realidad de los hechos. Y es por ello que en su origen le fueron ajenos criterios de equidad, buena fe, adecuación social, etc., criterios estos que luego aparecerían como freno a los abusos que pudieran derivarse de la radical literalidad del contrato.

El concepto de contrato al que nos hemos venido refiriendo y que hemos llamado concepto de contrato clásico ha sido magistralmente definido en 1912 por Gounot cuando advierte que “Hay contrato cuando dos personas de idéntica situación jurídica e igual fuerza económica exponen en un libre debate sus pretensiones opuestas, haciéndose concesiones recíprocas y terminando por concluir un acuerdo donde ellas han valorado todos sus términos y que están bien seguros de la expresión de su voluntad común.” (Agregar nota al pie)

Este concepto de contrato, de utilidad indiscutible, incluso en la actualidad, es ajeno por naturaleza a la regulación de las operaciones económicas en las que interviene el consumidor. Más bien, es idóneo para regular operaciones económicas realizadas por dos sujetos ubicados, en términos reales, en el mismo plano en cuanto a su *statuts* y poder económico (piénsese por ejemplo

en la Fiat que negocia una provisión de neumáticos con la Pirelli, o en el pequeño propietario que enajena su morada a otro pequeño propietario).²³

CONTRATO DE ADHESIÓN, CON CLÁUSULAS PREDISPUESITAS O DE SIMPLE DECISIÓN: LA BASE DEL CONTRATO DE CONSUMO.

El siglo XIX enfrentó una revolución no menos profunda y determinante que la revolución francesa de 1789: la revolución industrial.

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.²⁴

La revolución industrial produjo un aumento en la cantidad física de bienes y servicios, lo que luego dará origen al sistema de economía capitalista.²⁵

La revolución industrial nos enfrenta con una nueva forma de producción: la forma de producción seriada. Y esta se relaciona íntimamente con la estructura contractual de adhesión.

Gherzi²⁶ nos habla de la Normativización científica de los procesos productivos. Y hace referencia a varias etapas.

²³ ALPA, Guido. El Contrato en el derecho privado Italiano actual. En Estudios sobre el Contrato en General Ed. Leysser L. León y Vincenzo Roppo. 2ª Ed. Lima – Perú: Ara Editores, 2004. p.p. 125

²⁴ STIGLITZ, Gabriel, Director; Defensa de los consumidores de productos y servicios; Buenos Aires; Ediciones LA ROCA, 2001. 480 P.

²⁵ GHERSI, Carlos Alberto. Contratos Civiles y Comerciales Tomo I. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo de Palma. 6ª edición. 2006. p.p. 14

- 1) La primera revolución industrial. El concepto de eficiencia en el proceso productivo se logró mediante la incorporación de la máquina a la organización, obteniendo una aceleración y mejor utilización de la fuerza de trabajo. De esta forma, los movimientos de los trabajadores se sistematizaron, convirtiéndose el ser humano en auxiliar de la máquina, con ahorro de costos e incremento en el beneficio. Este es el primer paso hacia la fabricación en serie.
- 2) La segunda revolución industrial. Su comienzo la podemos ubicar a comienzos del siglo XIX y llega hasta nuestros días, aunque para una mejor comprensión y análisis la debemos subdividir en cuatro partes consecutivas: El taylorismo, el fordismo, el neofordismo y la robótica.
 - a. El taylorismo: La máxima aspiración de Frederick W. Taylor era “asegurar simultáneamente la prosperidad del empleador y el empleado”, consistiendo ello en ventajas económicas para la empresa y prosperidad social para el trabajador. Este científico estudia y vislumbra como causa del bajo rendimiento la holgazanería en contacto con otros hombres, de ahí que fuera necesario establecer métodos científicos de trabajo. Para ello propone tres cuestiones fundamentales: relacionar la remuneración con el rendimiento; establecer una remuneración adicional como incentivo por arriba del estándar, y la primordial, la elección de los trabajadores y la descomposición de tareas en operaciones de tipo funcional. Uno de sus seguidores fue Fayol, en Francia, quien adicionó a esta estructura, la departamentalización de la empresa y distribución consiguiente de responsabilidades.
 - b. El Fordismo. Está basado en la “Norma social del consumo”- sustentada por Henry Ford- y de esta forma es la primera vez que se liga la producción con el consumo, surgido durante y firmemente después de la primera guerra mundial. Se comienza a metodizar el trabajo en forma vertical, en lo que se denomina “la

²⁶ Ibid. p.p 23 y s.s.

cadena de producción semiautomática” reduciéndose los tiempos llamados muertos o inútiles de los trabajadores en su ensamble con las herramientas o máquinas. La implementación aparece como una consecuencia de la introducción de la energía eléctrica, que facilita el desplazamiento del bien en elaboración en la cadena de producción (mediante rieles que forman redes, donde se incorporan las distintas partes). Al poder determinarse fehacientemente la cantidad de bienes producidos y la secuencia temporal, se puede establecer el mercado de comercialización, es decir, se liga la producción con el consumo.

- c. El neofordismo. Surgen nuevos problemas en la cadena de producción semiautomática; ellos son: el rendimiento del trabajo en equipo y el empleo del capital adecuado en su relación con la secuencia de los tiempos de incorporación. El neofordismo ensaya para el primero de los problemas, el control automático de la producción, mediante el empleo de “herramientas-máquinas” con autocontrol. Además, replantea la recomposición de tareas para operarios y trabajadores. De esta forma se coordina mejor la secuencia de la cadena de producción, obteniéndose un determinado ritmo, que obra beneficiosamente en los aspectos cuantitativos y cualitativos. Por último el control varía también incorporándose mediante “sistemas” una programación global. Todo este cambio influye en un mejor empleo del capital y permite cálculos secuenciales más exactos de su utilización.
- d. La robótica. La última fase, que llega hasta nuestros días, implica el “mecanismo robot” como producto-control en la cadena automática de producción, con lo cual se disminuye el margen de riesgo, no sólo de velocidad, sino también en el mantenimiento de la calidad. Sin embargo trae un nuevo problema. La celeridad de producción y la superación de modelos implican también una necesaria adecuación de los mercados consumidores, de lo contrario, se formarían stock de productos que perderían vigencia, y por ende, valor de comercialización.

- 3) La revolución Telemática: tal vez los creadores del ENIAC (Electric numerical integrator and calculator), primer ordenador de casi treinta toneladas, jamás imaginaron, como se lo imaginó el cineasta soviético Andrei tarkovski en su obra *solaris*, el triunfo de las fuerzas inmateriales – fuerzas de comunicación e informática- al final del siglo pasado.

La imagen de una sociedad futura se basa, sin duda, en la producción, circulación y comercialización de la información, que demandará el cambio a la sociedad mundial del conocimiento, como lo remarca *Drucker en las nuevas realidades*.

Uno de los campos de mayor proyección será la telemática, punto de encuentro entre las telecomunicaciones y la informática (imaginemos simplemente la concreción de contratos por computadoras entre Japón y Estados Unidos o por medio de fax, etc.). Esto sin duda revolucionará el concepto tradicional de contrato (sin firmas) y todo lo atinente a la forma (fax) y prueba (sistemas de seguridad).

La producción en serie y su relación con los contratos de adhesión.

La producción seriada se dirige a un mercado consumidor, mercado que sin duda es un mercado masificado. La transformación demográfica es también un factor indudable de transformación social. El aumento de la población da lugar a nuevas necesidades. Producción seriada y mercado masificado, conforman una nueva estructura que a su vez exige una novedosa herramienta jurídica homogénea.

Los consumidores comienzan a entenderse anónimos o indiferenciados, pues se objetivan sus necesidades, que dejan de ser individuales, para comenzar a entenderse como necesidades sociales. El contrato se comienza a construir sobre bases objetivas fundadas en la adecuada satisfacción de las necesidades de una gran masa de hombres, esto es, del consumidor como categoría objetivada, anónima y uniforme, como objetivadas, anónimas y uniformes son las necesidades que se dirige a satisfacer a través del contrato. Así las cosas, nos encontramos frente a un nuevo contexto en el cual los presupuestos del concepto de contrato

clásico se alejan, dando paso a nuevas estructuras en las que ya no tiene sentido que cada co-contratante, particularmente, cada consumidor, pudiese ejercer su poder de negociación para discutir sus condiciones de acceso al bien individualmente.

La producción seriada o en masa nos muestra cómo las formas y los contenidos del contrato resultan iguales, como reflejo de la estructura de producción y consumo homogeneizado de bienes y servicios. Es en este momento cuando hace aparición en escena, como herramienta jurídica homogénea, el llamado contrato de adhesión, con cláusulas predispuesta o de simplemente decisión.

El fenómeno de contratación en masa o adhesión surge como consecuencias de las exigencias técnicas demandadas por el desarrollo industrial del mundo capitalista: abaratamiento de costes, celeridad en el perfeccionamiento de las transacciones y uniformidad en las obligaciones y derechos a los que se someten los consumidores o usuarios de los servicios y bienes ofertados.²⁷

El maestro, Don Luis Claro solar, refiriéndose a los contratos de adhesión expresó: “con propiedad solo hay verdadero contrato, cuando hay verdadera concurrencia de las voluntades de los contratantes, cuando por encima de sus personales divergencias y distintos criterios de apreciación, se ha formado una voluntad común, que es, no forzosamente la voluntad del oferente y tampoco forzosamente la voluntad del aceptante, que ha reemplazado o modificado la oferta de aquél, sino la voluntad contractual, lo que hay de idéntico o de común en las intenciones unilaterales de las dos partes. Se habrá podido llegar así a construir una voluntad contractual, que no será exactamente ni la del oferente, ni la del aceptante, sino algo ficticio y artificial, una voluntad hasta cierto punto puramente jurídica, en lugar de una voluntad real; pero ella es el resultado de la

²⁷ VAZQUEZ DE CASTRO, Eduardo. El consumidor ante el predisponente en la contratación seriada. Aproximación desde el derecho europeo y español. En El futuro de la protección jurídica de los consumidores, Actas del primer congreso Euroamericano de protección jurídica de los consumidores. Pamplona. Thomson*Civitas. 2008 p.p. 657 y 658.

libre discusión de las proposiciones respectivas, mediante la cual han podido adaptarse las voluntades privadas a la utilización de los esfuerzos comunes para la satisfacción de los intereses individuales recíprocos. Pero hay ciertos casos en que la posición respectiva de las partes no permite este procedimiento de discusión; pues la naturaleza misma del contrato que debe celebrarse y las condiciones económicas en que los contratantes deben funcionar, impiden alterar las condiciones a que el negocio se halla sometido; y en ellos la oferta se presenta bajo condiciones *sine qua non*, sin las cuales el contrato no podrá celebrarse: hay oferta, la persona a quien es hecha puede o no aceptarla; pero no puede aceptarla sino con esas condiciones que constituyen la “ley del contrato” impuesta por el oferente y que la persona a quien la oferta se dirige no puede alterar y debe someterse a aceptarla o a rechazar pura y simplemente el contrato.”²⁸

Y sigue Don Luis Claro Solar: “Saleilles ha dado a estos contratos el nombre imaginante, pero poco preciso de “contratos de adhesión”, porque se forman adhiriendo una persona a las bases o cláusulas establecidas por otra para determinados contratos, generalmente es una sociedad anónima que tiene arregladas a ellas las operaciones de su giro, que consisten en uno o varios contratos tipos que ella propone sin discusión posible sobre sus términos a quien quiera tratar con ella. En estos contratos, según expresa Saleilles, hay el predominio exclusivo de una sola voluntad, obrando como voluntad unilateral, que dicta su ley, no más a un individuo que a una colectividad indeterminada, y que se compromete ya de antemano, unilateralmente, salvo adhesión de aquellos que quieran aceptar la ley del contrato, y apoderarse de éste compromiso ya creado sobre sí mismo.”²⁹

Un criterio de racionalización y organización empresarial conduce a la imposición de contratos tipo (formularios, impresos, etc.). las grandes empresas mercantiles e industriales, que celebran contratos en masa, imponen

²⁸ CLARO SOLAR, Luis; Explicaciones de derecho civil Chileno y comparado. Volumen V, Tomo Undécimo. Chile. Editorial jurídica de Chile. Mayo de 1979. p.p 128 y 129.

²⁹ *Ibidem*.

a sus clientes un contrato tipo previamente redactado; pero ocurre a su vez que el Estado suele establecer ciertos límites e incluso, llega a predisponer cláusulas, en amparo del público.³⁰

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 adheriendo al formulario que le es ofrecido o no contratar. A su turno el siglo XX puso en evidencia, definitivamente, el declinar de la concepción clásica. El postulado de la libertad absoluta se contraponen con el desenvolvimiento del individuo en sociedad, lo que importa relaciones interdependientes. La igualdad es una ficción que ignora el permanente estado de confrontación entre distintas categorías de desiguales, por caso, los empleadores y los trabajadores, los propietarios y los locatarios, los predisponentes y los adherentes, los empresarios y los consumidores, los aprovechadores y las víctimas de la lesión, los profesionales y los profanos, etc.³¹

El contrato de adhesión se construye a partir de la formulación de categorías universales objetivadas como serían las empresas de un lado y los consumidores del otro. Dichas características poseen la característica de que entre ellas se verifica una asimetría de poder, lo que le permite a una de las partes (las empresas) predisponer las cláusulas, generándose un programa de dominación.³²

Bajo estas condiciones no sería impensable un concepto de contrato sin acuerdo³³. O por lo menos donde el acuerdo de voluntades no es condición

³⁰ FARINA, Juan M; Op.Cit. p.p. 153

³¹ STIGLITZ, Gabriel; Op.cit. p.p. 184 y 185.

³² GHERSI, Carlos Alberto. Contratos de Consumo. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo de Palma. 2005. p.p. 29

³³ IRTI, Natalino. Intercambios Sin Acuerdo. En Estudios sobre el Contrato en General Ed. Leysser L. León y Vincenzo Roppo. 2ª Ed. Lima – Perú: Ara Editores, 2004.

suficiente para perfeccionar válidamente el contrato, como lo sostendremos más adelante.

La idea no es nueva y ha estado presente desde que le mismo Saleilles bautizó los contratos de adhesión para seguidamente afirmar que no los consideraba verdaderos contratos. “dejando a un lado dice, todo lo que concierne a estos pretendidos contratos, que no son el fondo más que manifestaciones unilaterales de voluntades paralelas, si volvemos a lo que es acuerdo y concurso de voluntades, con el propósito de desprender una voluntad común que tome una forma objetiva, independiente, en adelante de la subjetividad de las partes, no es dudoso que el juez no podrá realizar esta voluntad común sino a condición de hacer salir, de lo que era individual, el elemento colectivo y unitario que ahí se halla idealmente comprendido”³⁴.

Esta es también la opinión de Duguit: “se podría hablar razonablemente, dice, de un contrato de arrendamiento de servicios entre el empleador poderoso capitalista y el obrero?...Contrato; no lo hay”. También Hauriou en una sabia nota a una sentencia, expresa que “los actos de adhesión no tienen de contractual más que el nombre...La operación se descompone en la emisión de una voluntad reglamentaria a la cual otra voluntad viene adherir. Es la sola voluntad reglamentaria la que se toma en cuenta en la interpretación”³⁵

Ya en 1941, el teórico de las relaciones contractuales de hecho, Günter Haupt, escribía en un famoso ensayo que “en la práctica moderna del comercio jurídico, y a gran escala, las relaciones contractuales se constituyen distintamente de cómo se había concebido en las reglas del código civil, al margen del acuerdo de voluntades: tales relaciones contractuales no se constituyen mediante la celebración del contrato, sino a través de *fattispecie* de hecho, a través de contactos sociales (*Kraft sozialen kontakts*).³⁶

³⁴ CLARO SOLAR, Luis; op.cit. p.p. 130

³⁵ Ibidem.

³⁶ BIANCA, Máximo. ¿Son no contractuales los contratos en masa? En Estudios sobre el Contrato en General Ed. Leysser L. León y Vincenzo Roppo. 2ª Ed. Lima – Perú: Ara Editores, 2004. p.p. 358.

En otro clima político, Martín Posch, el máximo civilista de la república Democrática Alemana, escribía, veinte años después, que la práctica de la circulación en masa de los regímenes capitalistas se evidencia el carácter ficticio del viejo esquema contractual, mientras los juristas burgueses persisten en esforzarse, inútilmente, en identificar la *fattispecie* de la oferta y la aceptación, con la consciente ficción de identificar la celebración del contrato donde es claro que no existe ninguna voluntad de celebrar un contrato.³⁷

La corriente de pensamiento que se ha apoyado en el poder de hecho ejercido por el predisponente al dictar el contenido del contrato ha cambiado la óptica de la teoría contractual, al reclamar un control sustancial de la normativa de la relación; a ello se han sumado las diversas reformas legislativas producidas en Europa e Italia, para la protección del contratante débil.³⁸

Características.

- Es un contrato no negociado.

En el contrato de adhesión, de cláusulas predispuestas o de simple decisión, el acuerdo de voluntades existe sólo aparentemente. Incluso es posible contratar contra la voluntad de unos de los contratantes, pues el adherente, no obstante estar inconforme con el contenido del contrato, no tiene más remedio que adherirse, suministrando su aceptación determinado por la fatalidad de tener que satisfacer una necesidad suya.

En el contrato de adhesión la voluntad común no se forma. Uno de los contratantes ostenta una posición privilegiada que le permite imponer el contenido del contrato. La otra parte, sólo ejercerá un poder de decisión y no un poder de negociación capaz de perfeccionar el contrato con la fuerza

³⁷ Ibidem.

³⁸ *Ibid.* p.p. 360

vinculante que se deriva de la concurrencia de voluntades creadora de una voluntad común.

No hay convenio en el contrato de adhesión porque falta poder de negociación a una de las partes para poder concretarlo. El poder de negociación surge, en términos reales, de ostentar una posición paralela y proporcional con el co-contratante. Esa similitud de posición otorga a las partes un poder de negociación que se manifiesta en la posibilidad real y efectiva de determinar de una u otra forma el contenido del contrato. Hay poder de negociación cuando en el diálogo, mi voluntad es capaz de hacer reversar la voluntad de mi contraparte en el contrato. Mi voluntad es el límite de la voluntad del otro y pone en evidencia que ninguna de las partes ejerce un poder absoluto de hecho, capaz de determinar el contenido contractual.

En estos contratos, el consentimiento, si lo hay, es el más mínimo posible. Si pudiéramos graduar la intensidad en la manifestación del consentimiento, tal manifestación del consentimiento del adherente será la más mínima, la menor posible dentro de los niveles de intensidad hipotéticamente propuestos. En cambio si hiciéramos el mismo ejercicio con el contrato clásico, observaríamos que la manifestación del consentimiento capaz de perfeccionar el contrato tendría que ser la de mayor intensidad y exigencia, sería la mayor dentro de los niveles de intensidad hipotéticamente propuestos.

La libre discusión desaparece y es sustituida con la imposición de fórmulas estrictas y rígidas en la contratación, estructuras contractuales inmodificables para una de las partes y fácilmente modificable para la otra.

- La autonomía de la voluntad se reduce y el orden público como límite se amplía.

La autonomía privada siempre ha tenido límites que determinan su alcance: ellos son el orden público y las buenas costumbres. Y, a menores límites mayor el alcance de la autonomía privada, a mayores límites, menor el alcance del principio.

La formulación decimonónica de la autonomía privada, tenía por fundamento la idea de que el mayor beneficio social sólo puede alcanzarse por medio de un libre juego de fuerzas. Esta concepción liberal aplicada a la economía y al derecho contractual se traduce en la idea de que el Estado solamente debería estar llamado a controlar los fenómenos distorsionantes de un mercado constituido por la iniciativa espontánea y libre de las voluntades privadas (Estado garante)³⁹

Es por ello que la fuerza vinculante del contrato era la voluntad y que todo contrato era justo, pues se presuponía que el contrato se perfeccionaba dentro de una escenario de libre juego de fuerzas. Si ambos contratantes eran libres e iguales, como se creía en la ilustración, nada había que distorsionase el mercado y en consecuencia, nada tenía que controlar el Estado.

Ello explica que el concepto de orden público fuese estrecho y estático, y en consecuencia, se constituía en límite menor de la autonomía privada de los contratantes. Para erigirse en límite era necesario contar con normas que así lo establecieran, bien por la vía positiva, esto es, como requisitos de validez de la disposición; o bien por la vía negativa, esto es como causales de nulidad.

Debido a la preponderancia de la filosofía individualista, la interpretación a los límites era bastante restringida. Tanto que para considerar cuando y en qué momento se estaba violando el orden público era preciso, en primer lugar, que una norma legal estableciera la prohibición de atentar contra ella o; en segundo lugar, que el mismo legislador admitiera que se trataba de una norma de orden público.

Entonces el orden público se reducía a los casos establecidos expresamente en la ley. Por esto el concepto de orden público era estático y no admitía evoluciones. No se le permitía ni al juez ni al intérprete la posibilidad de

³⁹ VASQUEZ DE CASTRO, Eduardo. Op. Cit. p.p. 640 y 641.

conceptualizar sobre situaciones diferentes a las establecidas por el mismo legislador.

La noción de orden público al momento de expedirse el código francés, tenía señalada una característica de orden público político y no económico, puesto que lo económico no era competencia del estado.

Pero luego se ha dado el salto al estado social y democrático de derecho en el que los poderes públicos intervienen para la consecución de un pretendido estado de bienestar. Se concibe el Estado no solo como garante sino con iniciativa intervencionista instrumentalizada a través de nuevas políticas legislativas.⁴⁰

Siguiendo a Javier de Lucas⁴¹, a partir de la segunda guerra mundial se generaliza un nuevo modelo de Estado de Derecho, al que se conoce con el término Estado social De derecho.

Si el estado liberal fue el resultado de la lucha contra el absolutismo en nombre de la libertad, la nueva fórmula del Estado Social surge para corregir los defectos del liberalismo: El abstencionismo estatal, y el individualismo.

El estado social es en efecto una modalidad del Estado de Derecho, por lo que a pesar de los diferentes cambios respecto a la etapa anterior, subsisten los elementos configuradores del Estado de derecho antes señalados.

Pero la diferencia radica en que el estado social trata de atender una serie de exigencias de justicia social sin renunciar a la defensa de las libertades tradicionales de carácter individual, desde una perspectiva que haga posible compatibilizar los principios de libertad y solidaridad antes contrapuestos.

La incorporación de los derechos sociales en las constituciones junto con el objetivo declarado de lograr la justicia social, dan pie para que el Estado de derecho pase a ser denominado Estado social de derecho.

⁴⁰ Ibidem.

⁴¹ DE LUCAS, Javier. Op.Cit. p.p. 107 y s.s.

Es por ello que en el Estado social de derecho viejas aspiraciones sociales se convierten en derecho positivo elevadas a la categoría de principios constitucionales.

La formulación como tal de la noción estado social de derecho se debe a Herman Heller que en su famoso ensayo de 1929 ¿Estado de derecho o dictadura? Afirma que frente a la anarquía económica y la dictadura fascista, la solución no está en renunciar al Estado de derecho, sino en darle un contenido económico y social, en realizar dentro de su marco un nuevo orden laboral y de distribución de bienes.

El socialismo democrático y el movimiento obrero, surgidos para denunciar los conflictos de clase a que había dado lugar el estado liberal, influyeron notablemente en la incorporación de los derechos sociales en los textos constitucionales. Pero también pensadores liberales progresistas como Keynes fueron decisivos a la hora de establecer las bases del Estado social de derecho, definiendo las grandes líneas del Estado de bienestar: “el estado social aun cuando no se puede identificar con el estado de bienestar se caracteriza por buscar como principal objetivo la consecución de un bienestar social general”.

En el estado social el derecho el Estado no sólo va a cumplir funciones protectoras y represivas sino que debe cumplir funciones promocionales y distributivas.

Las tres facetas que caracterizan el Estado social de derecho son las siguientes:

1. Función de remodelación social: Recuérdese que el Estado liberal partía de la separación Estado-sociedad. En el Estado social, Estado y sociedad se acercan pues los grupos e instituciones en las que se agrupan los individuos se insertan en el juego de los poderes públicos para encontrar respuesta a múltiples intereses y demandas, las cuales no podían ser satisfechas sin la ayuda del estado. Esto ha llevado sin duda a la disolución de la distinción tradicional entre lo público y lo

privado. Ese nuevo vínculo Estado – sociedad se manifiesta en el paso del estado limitado al estado responsable.

2. Intervención y tutela Económica: Ese estado responsable ha de preocuparse de los efectos de orden económico y social que los actos públicos han de adelantar. Ello supone que la legitimidad de la acción estatal se mida principalmente en el Estado actual por su eficacia, por su capacidad de conseguir y mantener unas determinadas condiciones de vida. Todo esto lleva a un cambio decisivo en el propio papel y sentido de la constitución: Anteriormente la constitución carecía de valor normativo específico, es decir, contenía principios programáticos pero no el orden jurídico básico de la comunidad. La nueva orientación del constitucionalismo sostiene la supremacía normativa de la constitución, entendiendo que la totalidad de sus preceptos vinculan jurídicamente y es inmune frente a cualquier norma u orden que contraría sus mandatos.

Junto a ese cambio sustancial en la idea de constitución se extiende la noción de constitución económica que alude a la regulación constitucional del proceso económico. La constitución económica atiende a la ordenación jurídica de las estructuras y relaciones económicas en las que ya no están solo implicados los ciudadanos, sino también y de manera creciente el propio estado en su función de protagonista del desarrollo de la vida social, en su función de intervención y tutela económica.

3. Estado asistencial, obrero o benefactor: Mientras que en su vertiente de intervención el Estado actúa en el orden de la gestión pública de la economía, en su vertiente asistencial actúa en el orden de la redistribución de la riqueza a través de un plan general y complejo de transferencias de capital. En esta faceta cumple dos funciones principales:
 - a. Generar empleo, determinar las condiciones de contratación laboral y regular el régimen salarial mínimo.
 - b. Otorgar prestaciones en un complejo sistema de seguridad social integral.

Este fenómeno ha hecho que en el derecho contractual tenga cada vez mayor peso el componente social. Pero cómo se inserta esta exigencia sin contradicciones con el principio de autonomía de la voluntad?

La respuesta que ensayamos es entender que el contenido del orden público se ha extendido de tal manera que, siendo mayor el límite ha de ser menor el alcance del principio de la autonomía privada, sin que por ello sea seguro afirmar que desaparecido o haya entrado en crisis.

La autonomía de la voluntad encuentra apreciables limitaciones impuestas por estado social de derecho y por su objetivo básico de establecer un orden social justo. Es por ello que la autonomía privada como poder de autodeterminación no encuentra respaldo y consideración en sí y de por sí: El juicio de merecimiento respecto del acto responde a una función que el ordenamiento considera útil y social. (Función social de la Autonomía privada).

Con la expresión orden público no se alude a una exigencia de una supremacía del interés público sobre el particular: El orden público como límite de la actuación negocial, expresa más específicamente la exigencia de que los particulares en sus convenciones, no subviertan aquellos valores fundamentales en que se funda el orden social, y que las realicen en el respeto de esos principios y valores considerados como esenciales y característicos de un determinado Estado en un momento Histórico (GB Ferri) (buscar cita)

El concepto de orden público no ha cambiado: el orden público comprende normas de derecho necesario, esto es, aquellas sin las cuales se pone en riesgo la coexistencia pacífica de los miembros de la sociedad, pues se permitiría la vulneración de lo que, en un momento histórico, se considera como el régimen jurídico básico de la comunidad. Es por ello que el efecto jurídico asignado a las normas que se consideran de orden público es la ineficacia jurídica de los pactos de los particulares que los desconocen. La razón es evidente: si se reconociese valor a tales pactos, se estaría vulnerando lo que de necesario corresponde a cada uno de los miembros de la colectividad

y que además no puede faltar en ninguno de ellos si se quiere alcanzar un escenario de paz social.

Ahora bien, siendo el Estado el responsable de la anhelada “justicia social” es imposible negar que se genera un escenario de intervención o neutralización del contrato. Esa neutralización del contrato es una exigencia de la “justicia social”, que no es otra cosa que la exigencia de la adecuación del derecho a las aspiraciones sociales del grupo y a sus necesidades, conforme a la interpretación humana de ciertos valores en un momento y lugar históricamente determinado.

Entonces los pactos que amparados en los poderes privados de la autonomía, contraríen el orden público, serán ineficaces. No tendrán valor jurídico alguno.

Teniendo en cuenta que en un estado social de derecho, el régimen jurídico básico de la comunidad se amplía compatibilizando los derechos individuales con los sociales, no es de extrañar, que el alcance de la autonomía privada se acorte como consecuencia de la ampliación del contenido del orden público y las normas que lo desarrollen.

Ya no es suficiente con el reconocimiento meramente formal de los derechos; la ley y los derechos, deben estar redactados de tal forma que garanticen la realización material y efectiva de los derechos consagrados en el régimen jurídico básico.

Ilustremos con un ejemplo lo que venimos diciendo. El principio de la autonomía privada o de la voluntad a exhibido como una de sus consecuencias que nadie puede ser obligado a contratar. Sin embargo, ¿puede admitirse que el único comerciante decidan “boicotear” a una persona y no venderle por razones raciales, ideológicas o religiosas?

Si dentro del régimen jurídico básico se ha consagrado el derecho a la no discriminación por razones de raza, sexo, condición, ideología etc., así como la libertad religiosa, política etc., estos derechos se encuentran dentro de la

esfera de lo que hemos denominado “orden público”. En consecuencia, el ejercicio de cualquier derecho, incluido el de la autonomía de la voluntad, no podrá ejercerse desconociendo esos derechos pues se atentaría contra el orden público de la nación, que hoy es diferente al que se protegía en los códigos decimonónicos.

En el ejemplo propuesto vemos como el alcance de la autonomía privada se restringe, pues este contratante no podrá negarse a contratar, pues de hacerlo, sin un motivo legítimo, estaría contrariando el orden público, cuyo contenido se amplia.

Todo esto explica que en tratándose de contratos de adhesión se advierta la desigualdad real y material entre los contratantes, no siendo suficiente el reconocimiento de una igualdad abstracta y formal. Por esta razón, es menester encontrar mecanismos y fórmulas cuya finalidad apunte a la protección de quien en términos reales es desigual y permita restablecer el equilibrio perdido. Máxime si dentro del régimen jurídico básico de la comunidad se consagrado el derecho de igualdad material.

El primero de los mecanismos a los cuales se ha acudido es al desarrollo del llamado derecho imperativo.

La función de las normas imperativas se halla condicionada por su propia esencia. Es el ordenamiento jurídico el que reconoce que prevalecen por sobre los preceptos privados, y esa atribución está dada en consideración a que lo que regula (su contenido), no es factible de ser propuesto por los particulares por los particulares al configurar internamente sus intereses. A punto tal que, en la colisión entre el precepto de voluntad y la norma, el ordenamiento positivo prefiere ésta última. En síntesis, el desarrollo de la imperatividad restringe el voluntarismo.⁴²

Consciente de ello el legislador (el Estado) o el jurista (la docencia), han desenvuelto en el presente siglo un rol destacado. El primero a través de la

⁴² STIGLITZ, Gabriel. Op. Cit. p.p. 188 y 189.

introducción, para ciertos contratos típicos, donde campea el orden público de protección, de normas relativamente imperativas. Son aquellas en que el ordenamiento legal tolera que las partes, al auto-regular sus intereses, los antepongan a la regla legal, pero sólo para el caso de mejorar la posición contractual del débil.

De allí que podamos afirmar que la autonomía de la voluntad va adquiriendo un rol residual, a favor de la afirmación sustancial del equilibrio contractual.⁴³

El contenido del contrato de adhesión depende del papel correctivo del mercado.

Los contratos de adhesión contentivos de cláusulas predispuestas pueden explicarse fácilmente desde la ausencia de negociación del contenido, amén de que a partir de la violación de la libertad contractual, la parte predisponente se encuentra en una situación de privilegio para imponer cláusulas que desfavorecen los intereses de los adherentes.

Si somos conscientes de esta situación no es difícil advertir que serían cada vez más las cláusulas abusivas e inequitativas en contra de los intereses de los adherentes. Pero cómo justificar un instrumento jurídico que posibilita de manera abierta y directa semejante situación? Cómo aceptar que existe un instrumento jurídico que permite a una parte que ocupa una posición privilegiada determinar libre y arbitrariamente el contenido de las obligaciones que asume su contraparte?

La respuesta no la ofrece el profesor Diego F. Salazar en su artículo *Asimetrías de Información y Análisis Económico de los Contratos de Adhesión: Una Reflexión Teórica sobre el Ejercicio de la Libertad Contractual*.

“Inicialmente la aparición de cláusulas que tenían por objetivo beneficiar única y exclusivamente al predisponente del contrato fue explicada por la ausencia de negociación del contenido, lo que constituía una vulneración del principio de libertad contractual. Este principio sugería que las relaciones entre las

⁴³ *Ibídem.*

personas racionales e iguales deberían ser determinadas por acuerdos libremente aceptados entre ellos sin que nadie pudiera imponer a otro su voluntad. Los acuerdos tendrían valor por haber sido queridos por los interesados y reflejarían la regulación que mejor se acomodara a sus intereses ya que: “nadie mejor que uno mismo para reconocer lo que es más justo y más conveniente” Entonces, según esta concepción, la única forma en que los contratantes alcanzarían la máxima satisfacción en una transacción determinada, era que ellos determinaran conjuntamente el contenido de la misma de acuerdo con sus intereses, lo que era la expresión de su libertad contractual. Así, la maximización del interés de cada una de las partes estaba garantizada por la posibilidad que cada uno tenía de negociar el contenido de sus transacciones. Luego, la ausencia del proceso de discusión del contenido que se presentaba en los contratos de adhesión era la causa de que los adherentes terminaran aceptando acuerdos que no reflejaran sus intereses de forma adecuada¹⁷. La falta de negociación constituía la violación del principio de libertad contractual y era la razón del problema.

*Este contenido de la libertad contractual había sido definido en la época de los inicios del *laissez faire*, en donde los mercados no se habían desarrollado y los agentes que ofrecían bienes y servicios eran pequeños productores¹⁸. En este contexto histórico no existía la posibilidad de que los oferentes reaccionaran a las expectativas de cada uno de los demandantes, por lo que la discusión de los términos de cada transacción era la única forma de asegurar que ambas partes satisficieran de la mejor forma sus intereses. Efectivamente, en mercados poco competitivos no se ofrecen todos los bienes deseados por los demandantes y no se demandan todos los bienes producidos por los oferentes por lo que no existe la garantía de que las decisiones de cada uno de los sujetos que intervienen buscando su propio bienestar sean compatibles entre si. En esta situación las partes deben discutir los términos de cada transacción hasta el punto en que cada uno de ellas se encuentre en una mejor situación después de realizar el intercambio.*

Como lo muestra Atiyah, con el desarrollo de los mercados hacia situaciones en las que existía una mayor competencia, el contenido del principio de la libertad contractual debió ser redefinido, revaluándose el papel que jugaba la negociación en determinadas transacciones. Cuando aumentó el número de los oferentes, de los demandantes y de los bienes y servicios transados, los mercados parecían acercarse cada vez más a la situación de competencia idealizada por la doctrina económica neoclásica según la cual la oferta estaba en capacidad de reaccionar a cada una de las expectativas de los demandantes; es decir, el mercado podía coordinar las decisiones de todos los

agentes que actuaban independientemente movidos por sus propios intereses. Luego, en mercados más competitivos, los mismos agentes libres, racionales e iguales no tenían que negociar el contenido de cada transacción ya que el propio mercado podía asegurar que cada quien obtuviera lo que maximizara sus intereses. Si esto era así, la negociación podía ser reemplazada por el mercado y de todas formas continuaría asegurando que los individuos obtendrían la máxima satisfacción posible como resultado de sus contratos. Bajo esta nueva concepción, la discusión del contenido de los contratos podía ser suprimida del concepto de libertad contractual. Como resultado de lo anterior, a partir del Siglo XIX, se consideró que los agentes en un mercado ejercían su libertad contractual cuando escogían libremente con quien contratar. Este concepto fue aplicado plenamente en el caso de los contratos de adhesión.

La definición modificada de la libertad contractual era idéntica al concepto de libertad de elección en el mercado. Por lo tanto, quienes confiaban en que el mercado aseguraba que las decisiones realizadas libremente por agentes racionales conducían a maximizar sus intereses, también aceptaban que el mercado era el mecanismo encargado de regular el contenido de los contratos de adhesión”⁴⁴

Así las cosas, el contrato de adhesión es dotado de contenido por el mercado y no arbitrariamente por uno de los contratantes que, según estos planteamientos, ya no ostenta posición dominante alguna debido a la acción del mercado; y el adherente no ocupa posición débil alguna que merezca una protección especial por parte del derecho. Se trata pues del equilibrio contractual obtenido ya no por la negociación de las partes sino más bien por el mecanismo de precios en mercados de competencia óptima.

En términos simples, alejados en mucho de las exigencias del análisis económico del derecho, podemos señalar como característica del contrato de

⁴⁴ SALAZAR, Diego F. Asimetrías de Información y Análisis Económico de los Contratos de Adhesión: Una Reflexión Teórica sobre el Ejercicio de la Libertad Contractual. (buscar revista)

adhesión la determinación del contenido como consecuencia del papel correctivo del mercado.

El proceso comienza por reconocer que dada la posibilidad de predisponer el contenido del contrato, es natural observar una tendencia creciente por parte de los predisponentes de incorporar cláusulas abusivas y vejatorias en los contratos de adhesión. Pero en ese momento ha de aparecer el mercado como mecanismo de protección. No es necesaria la intervención del derecho; el mercado es suficiente para recuperar el desequilibrio contractual que supone mantener la posición inicial. Justamente, la libre competencia en mercados de competencia perfecta limitará a los predisponentes la posibilidad de incluir cláusulas abusivas en los contratos para así obtener una mejor posición ante sus competidores y cautivar un número mayor de satisfechos consumidores. El principio puede condensarse así: A mayor competencia, menos cláusulas abusivas. Y por esa vía, el contenido del contrato de adhesión dejaría de ser obra de las partes, al menos en lo que tiene que ver con cláusulas que permitan una posición de ventaja desproporcionada de los predisponentes en relación con los adherentes.

Sin embargo, la realidad se muestra lejana a verificar la realización de los planteamientos bosquejados. Si bien la competencia ha logrado una reducción en los precios y en algunos casos procura mayores beneficios para los consumidores, no es menos cierto que no ha logrado la exclusión de cláusulas abusivas que desconocen el equilibrio contractual.

En igual sentido señala Diego F. Salazar: “De hecho, la competencia entre los parqueaderos no ha podido asegurar que se supriman estas cláusulas, por el contrario, su uso se ha vuelto cada vez más generalizado. De la misma forma, se puede entender porque las prestadoras de servicios de Internet consagran en sus condiciones generales una serie de cláusulas de exclusión y limitación de su responsabilidad por la no prestación del servicio. En este caso, el aumento de la competencia ha producido una disminución de las tarifas pero no una supresión de este tipo de cláusulas. En materia de telefonía celular la situación ha sido idéntica; las empresas prestadoras han desarrollado una competencia sobre las tarifas pero mantienen en los

contratos cláusulas que limitan su responsabilidad en lo relativo a la prestación del servicio⁴⁵.”

⁴⁵ Ibidem.