
Mecanismos Jurídicos de la Contratación Moderna

LIZARDO TABOADA CÓRDOVA

Abogado. Profesor de Acto Jurídico en la Pontificia Universidad Católica del Perú

El contrato es definido en la doctrina como un acuerdo de voluntades que produce efectos jurídicos patrimoniales, en la medida que se cumpla con una serie de elementos, presupuestos y requisitos estructurales de orden legal, entre los que destaca como elemento fundamental, como es evidente, el consentimiento de las partes contratantes, además, claro está, de la finalidad lícita, el objeto, la capacidad legal de ejercicio, la forma prescrita bajo sanción de nulidad si se trata de un contrato solemne, etc. Por ello nadie duda que el contrato puede ser caracterizado adecuadamente como un acuerdo de voluntades, consecuencia de la perfecta coincidencia entre la oferta y la aceptación. En tal sentido el artículo 1351 del Código Civil señala que el contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial.

Debido a la importancia del consentimiento en la estructura contractual y en la teoría general del contrato, uno de los principios fundamentales en materia de contratación es el de la "Autonomía Privada", denominado también clásicamente dentro de una orientación individualista y voluntarista "Autonomía de la voluntad", el mismo que a su vez se subdivide en dos principios: el de la Libertad de Contratar y la Libertad Contractual.

La libertad de contratar es entendida como la facultad que tiene el sujeto de decidir libremente si celebra o no un contrato, o lo que es lo mismo como el derecho del sujeto a decidir si contrata o no, mientras que la libertad contractual como la facultad que tienen las partes de poder decidir libremente los alcances del contenido del contrato que celebren. Desde este punto de vista se entiende que si en un caso particular no existe libertad de contratar por encontrarse un sujeto obligado a celebrar un contrato, no habría contrato, sino que se trataría simplemente de un hecho jurídico. En el mismo sentido, para que exista un contrato es necesario que el contenido del mismo

haya sido libremente negociado por ambas partes. La libre negociación de los contratos es en definitiva uno de los fundamentos sobre los que descansan los sistemas de contratación en los diferentes sistemas jurídicos. Por ello el artículo 1362 del Código Civil peruano señala que los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes. Ahora bien, la libertad contractual, como no podía ser de otro modo, tiene sus límites, establecidos por el respeto a las normas imperativas, los principios de orden público y las buenas costumbres, entendidas como reglas de convivencia social aceptadas por los miembros de una comunidad como de cumplimiento obligatorio. Por ello el artículo 1354 del Código Civil señala con toda claridad que las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo. Esto significa en consecuencia que los contratos no sólo deben haber sido celebrados libremente, sino que el contenido del mismo, es decir, el conjunto de cláusulas, términos y condiciones contractuales, deben haber sido establecidas libremente por las partes.

No obstante lo cual, la experiencia en todos los diferentes sistemas jurídicos ha venido demostrando desde hace mucho tiempo atrás, que la mayor parte de los contratos que se celebran modernamente no son negociados, esto es, no son producto de la libre negociación entre las partes de los términos, condiciones y cláusulas contractuales, sino que en muchos casos es una de las partes la que impone a la otra la totalidad del contenido contractual, teniendo la otra parte únicamente la alternativa de decidir si celebra o no el contrato, en consideración al principio de la libertad de contratar. En la actualidad, lo podemos comprobar diariamente, la mayor parte de los contratos no son libremente negociados entre las partes, sino resultado de la imposición de una de las partes contratantes, por lo general, la parte más fuerte y poderosa económicamente.

La característica de los sistemas de contratación modernos es pues la imposición por una de las partes de la totalidad del contenido contractual a la parte contratante más débil. Esta modalidad de contratación denominada "contratos por adhesión" es definida acertadamente en el artículo 1390 del Código Civil cuando dispone que 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. Inicialmente la doctrina contractualista fue reacia a aceptar la nueva modalidad de contratación por adhesión, en el entendimiento que no se daba cumplimiento en ellos al principio de la libertad contractual. No obstante lo cual, progresivamente los mismos fueron aceptándose, en la medida que los hechos fueron demostrando que pese a no existir libertad contractual, estaba siempre presente la libertad de contratar, hasta su aceptación definitiva en la doctrina moderna como una de las modalidades de contratación utilizadas con más frecuencia en las economías modernas.

Como es evidente, la utilización frecuente de contratos celebrados por adhesión no sólo es expresión de una realidad económica, sino que sirvió también como mecanismo jurídico para favorecer la contratación moderna, en la medida que dicha modalidad facilita la contratación rápida y veloz que exigen los tiempos modernos al no existir negociación entre las partes de los términos de los contratos que se celebran. Sin embargo, un nuevo recurso o mecanismo jurídico para favorecer la contratación moderna aparecería en la doctrina contractualista, que aún cuando tiene puntos de coincidencia con los contratos por adhesión, reúne características propias que la distinguen de los mismos con nitidez. Se trata de las denominadas cláusulas generales de contratación. Este nuevo mecanismo jurídico al igual que los contratos celebrados por adhesión no ha sido producto de la imaginación de juristas y doctrinarios, sino expresión de una realidad económica y social, y como tal regulado adecuadamente en los Códigos Civiles modernos.

Como bien es sabido, las cláusulas generales de contratación, denominadas también en la doctrina condiciones generales de contratación, son un reglamen-

to contractual establecido por una persona o entidad, generalmente una empresa productora de bienes y servicios, con el fin de establecer el contenido de una serie indefinida de futuros contratos particulares que se celebren en base a ellas con elementos propios de cada uno de dichos contratos particulares. Este nuevo mecanismo de contratación moderna, no constituye en sí mismo una modalidad de contratación, menos aún una figura o categoría contractual, sino simplemente un instrumento o mecanismo de contratación para uniformizar contratos que serán celebrados masivamente o en serie por una empresa productora de bienes y/o servicios con una cantidad indefinida de clientes o consumidores. Las cláusulas generales de contratación son definidas acerta-

damente en el artículo 1392 del Código Civil cuando señala que las mismas son aquellas redactadas previa y unilateralmente por una persona o entidad, en forma general y abstracta, con el fin de fijar el contenido normativo de una serie indefinida de futuros contratos particulares, con elementos propios de

ellos.

Consiguientemente, en sí mismas, abstractamente consideradas, las cláusulas generales de contratación no tienen fuerza obligatoria, ni producen efectos de tipo contractual, hasta que no pasen a formar parte, es decir, integrar el contenido de los contratos particulares que se celebren en base a ellas. Se trata en consecuencia de un reglamento o esquema contractual conformado por diversas cláusulas de carácter general preestablecidas y destinadas a incorporarse a futuros contratos particulares, que deberán tener elementos propios y específicos de cada uno de dichos contratos. Se trata de una declaración unilateral de voluntad de quien las ha predispuesto que sólo producirá efectos jurídicos una vez que las mismas se hayan incorporado a cada uno de los futuros contratos particulares que se celebren con arreglo a ellas. Ahora bien, como es evidente, la incorporación de las condiciones generales a los futuros contratos que se celebren en masa con arreglo a las mismas, teniendo desde ese mismo momento fuerza vinculante y carácter obligatorio, no es automática, sino que requiere como primer paso de su incorporación a la oferta de los contratos particulares, la que luego de ser aceptada dará lugar al nacimiento de dichos contratos, momento

Las cláusulas generales de contratación en sí mismas no tienen carácter vinculante.

en el cual las cláusulas generales adquirirán la fuerza obligatoria antes mencionada. Sin embargo, debe quedar claramente establecido, desde un primer momento que las cláusulas generales de contratación, a pesar de denominarse "cláusulas generales", en sí mismas, antes de su incorporación a los contratos particulares celebrados masivamente, no tienen fuerza vinculante ni carácter obligatorio alguno y que como paso previo a la incorporación al contrato requieren ser incorporadas a las ofertas que se formulan para celebrar dichos contratos particulares.

Puede afirmarse, por consiguiente, que las denominadas cláusulas generales de contratación sirven para uniformizar el contenido de contratos que serán celebrados masivamente o en serie por una empresa con una cantidad indeterminada de consumidores, favoreciendo de esta forma la rapidez y celeridad que exige la contratación moderna.

Las cláusulas generales de contratación, según se ha explicado anteriormente, no son el resultado del refinamiento o del capricho intelectual de un jurista o grupo de estudiosos del derecho contractual, o de la necesidad de crear nuevas figuras para el ámbito de la contratación, sino que las mismas son también, al igual que los contratos por adhesión, la expresión jurídica de una realidad fundamentalmente económica, que se caracteriza no sólo por la presencia de grupos de empresas monopólicas productoras o proveedoras de bienes y servicios que están en una situación de privilegio, y por ende en capacidad de imponer a los más débiles económicamente la totalidad de los términos de los contratos que ofrezcan, sino también por la necesidad de un consumo masivo y muchas veces angustiante de bienes y servicios que se pretende satisfacer mediante la producción masiva igualmente de dichos bienes y servicios.

Este fenómeno de producción y consumo masivo de bienes y servicios ha determinado a su vez que la contratación para satisfacer ambas fuerzas deba ser rápida y sencilla, evitando en la medida de lo posible la discusión y libre negociación de muchos aspectos del contenido de los contratos particulares. La solución más sencilla para lograr esta finalidad la ofrecen sin lugar a dudas los contratos por adhesión, ofrecidos, bien sea en base a formularios pre redactados o no, en la medida que la empresa fabricante, productora o proveedora, impone a la otra parte, es decir, los consumidores, la totalidad de los términos y condiciones de los contratos que ofrecen masivamente, evitando

cualquier discusión o negociación sobre el contenido de los mismos. Sin embargo, sucede muchas veces que una sola empresa no tiene el monopolio de un determinado bien o servicio, sino que en un mismo mercado varias empresas ofrecen los mismos bienes y servicios, compitiendo entre ellas por la captación de clientes o consumidores. En esos casos no es del todo conveniente la utilización de los contratos por adhesión, pues podría significar la pérdida de un lugar importante en el mercado en beneficio de la competencia. Es preferible utilizar cláusulas contractuales redactadas previa y unilateralmente por cada una de las empresas proveedoras de los bienes y servicios consumidos masivamente, a fin de celebrar contratos en serie o en gran escala de la manera más rápida y sencilla con la masa de consumidores, buscando lograr o mantener una posición sólida en el mercado y en competencia exitosa con las demás empresas.

Las cláusulas generales cumplen como función primordial la de favorecer la contratación masiva de bienes y servicios, haciéndola más rápida y sencilla, evitando discusiones sobre aspectos del contenido de los contratos que ya vienen preestablecidos con anticipación, pero posibilitando la libre negociación de algunos aspectos del contenido contractual a fin de no asfixiar al consumidor.

El legislador peruano ha distinguido acertadamente las cláusulas generales de los contratos por adhesión, pues mientras en éstos últimos la nota fundamental es que no existe negociación sobre los términos contractuales que son impuestos necesariamente por una parte a la otra, en las cláusulas generales, gran parte de los términos contractuales vienen predispuestos con el fin de acelerar la contratación, pero existiendo la posibilidad de negociar elementos propios de cada uno de los contratos particulares. Evidentemente, cuando las empresas ofrecen contratos por adhesión en base a formularios pre redactados o predispuestos, no se estará ante el fenómeno de las cláusulas generales, sino exclusivamente ante un contrato por adhesión ofrecido en base a formularios predispuestos. La nota característica de las cláusulas generales es la de acelerar la contratación masiva, dejando abierta la posibilidad a alguna negociación entre las partes, pero imponiendo el contenido de los contratos incluido en las condiciones generales. Como se podrá observar, existen elementos comunes entre ambas figuras, pero diferencias insalvables que impiden su confusión.

Dentro de las características de las cláusulas generales destaca en primer lugar, como es evidente, la de superdisposición, por cuanto son un instrumento utilizado por todas las grandes empresas proveedores de bienes y servicios consumidos o utilizados masivamente, que tienen en consecuencia necesidad de celebrar contratos particulares en gran escala, esto es, en masa o en serie con sus clientes, es decir, con los consumidores de los bienes y servicios que proveen, fabrican o producen, estableciendo por anticipado gran parte del contenido contractual de los mismos, con el fin de evitar la discusión o negociación sobre todo el contenido del contrato, dejando abierta la posibilidad de negociación únicamente respecto a los elementos propios de cada uno de los futuros contratos particulares. Sería absurdo, imaginar por un momento, que una empresa proveedora de un bien o servicio que se utiliza en forma permanente y masiva, tenga que establecer caso por caso el contenido de cada uno de los contratos que celebre con cada uno de los consumidores respecto del mismo producto o servicio.

Con la utilización de las cláusulas generales se facilita la contratación en serie, haciéndola más rápida y fluida. Y para ello la predisposición de las mismas es una característica esencial, que no se presenta necesariamente en los contratos por adhesión, a pesar que los mismos se ofrecen también en gran medida en base a formularios predispuestos, según se ha indicado antes, aun cuando es bueno insistir que en esos casos se estará frente a los contratos por adhesión, no a las cláusulas generales de contratación.

Como consecuencia de su naturaleza predispuesta, señalada claramente en el artículo 1392 cuando indica que las mismas son "redactadas previa y unilateralmente", otra característica esencial de las cláusulas generales es la de que son siempre abstractas, es decir, pensadas no en un contratante en particular, sino en una masa indeterminada de consumidores o futuros contratantes, y generales, en el sentido que serán de aplicación a una gran cantidad de futuros contratos, que serán celebrados con uniformidad justamente en base a las mismas cláusulas y no en consideración a un contrato en particular. Por ello en la doctrina se entiende que las cláusulas generales son un reglamento o esquema contractual uniforme predispuesto elaborado con el fin de facilitar la contratación masiva. La predisposición, abstracción y generalidad de las cláusulas generales son pues las características propias a las mismas y que las distinguen no sólo de los contratos por adhesión, sino tam-

bién de las denominada cláusulas particulares que son las que forman parte del contenido propio de cada uno de los contratos particulares, y que podrán ser resultado de la libre negociación entre las partes. Ahora bien, ya se ha indicado que las cláusulas generales de contratación en sí mismas no tienen carácter vinculante ni fuerza obligatoria, sino desde el momento mismo en que se incorporan al contenido de cada uno de los contratos particulares celebrados con arreglo a ellas, pues, al pasar a formar parte del contenido de un contrato en particular las mismas ya forman parte de dicho contrato y adquieren por ello mismo fuerza obligatoria. No debe olvidarse que otro de los principios fundamentales en materia de contratación es que lo pactado es obligatorio, ley entre las partes y por ende debe ser respetado y cumplido, según lo indica con claridad el artículo 1361 del Código Civil cuando nos dice que "los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos".

La tesis del carácter normativo es minoritaria en la doctrina contractualista, y entiende que las mismas cláusulas, antes de su incorporación al contenido de los contratos particulares, tienen carácter y naturaleza normativa y como tal serían vinculantes jurídicamente, no por su incorporación al contrato, sino en sí mismas por su propia naturaleza. Esta tesis podría considerarse incorporada en el Código Civil en la medida que el artículo 1392 menciona expresamente "con el objeto de fijar el contenido normativo de una serie indefinida de futuros contratos particulares". No cabe duda alguna que la tesis normativa es reflejo de la concepción normativa del negocio jurídico y del contrato, que se contraponen a la concepción preceptiva negocial y a la doctrina del supuesto de hecho.

Como es sabido el negocio jurídico fue definido clásicamente como una declaración de voluntad que producía efectos jurídicos por haber sido queridos por el declarante. Esta orientación individualista resaltó únicamente el rol del sujeto en el campo de la autonomía privada, haciendo énfasis en el dogma de la voluntad, según el cual si los negocios jurídicos y contratos producían efectos jurídicos, ello era consecuencia del valor y la fuerza de la voluntad individual en la medida que hubiera sido manifestada adecuadamente.

Esta tesis fue rechazada desde hace muchísimo tiempo por cuanto se entendió que concedía al ordenamiento jurídico un rol meramente pasivo, dejando de lado el aspecto fundamental de la valoración normativa en el campo de los actos de autonomía privada.

Frente a la tesis clásica nació como respuesta la noción del negocio jurídico como un supuesto de hecho, es decir, como una hipótesis prevista en abstracto de una determinada conducta humana que produciría efectos jurídicos en la medida que se ajustara al esquema legal contenido en el supuesto de hecho.

Esta segunda tesis tuvo y tiene todavía un éxito impresionante, por cuanto dejó de lado los prejuicios individualistas y voluntaristas que contaminaban el campo de la autonomía privada. Pero como no podía ser de otro modo, no llegó a satisfacer el criterio de todos los juristas y pensadores en esta materia, que si bien aceptaron de buena gana el concepto del supuesto de hecho, cuestionaron el contenido del mismo, o la abstracción de la misma noción negocial. Frente a esta segunda tesis nació la doctrina preceptiva en materia de negocios jurídicos y contratos.

La teoría preceptiva en materia de autonomía privada plantea en esencia que sólo deben merecer la calificación, o mejor dicho, la caracterización de negocios jurídicos y contratos, los actos de la autonomía privada que estén dirigidos a cumplir una función económico social. Entendiéndose por esta última, dentro de la concepción de Emilio Betti, la función práctica que tiene trascendencia social, o que es útil socialmente, o que responde a un interés social, por su relevancia, constancia y normalidad, aprobada por la conciencia social y que por ello mismo el derecho la considera digna de tutela.

El aspecto fundamental de esta teoría se muestra no tanto con respecto a los contratos tipificados legalmente, sino principal y fundamentalmente con relación a los contratos atípicos; ya que en los típicos, al estar su función económico social incorporada en el esquema negocial establecido por la norma jurídica, es evidente que la función social del contrato ha sido ya valorada por el ordenamiento jurídico como una función socialmente trascendente y por lo mismo digna de la tutela legal, dentro de la lógica de esta orientación. En los contratos atípicos, por el contrario, no se produce esta valoración específica y anticipada de su función social y es por ello precisamente que respecto de los mismos se plantea en toda su magnitud la cuestión sobre el significado social de la autonomía privada. Los contratos atípicos, como es evidente, para su justificación y admisión por el ordenamiento jurídico requieren necesariamente de una valoración por parte de las normas jurídicas, la misma que se da, no a través de un esquema legal específico o

tipo legal, salvo el caso de los contratos mixtos (que son el resultado de la combinación libre y voluntaria de dos o más tipos legales), sino a través de esquemas legales genéricos que reconozcan la posibilidad de celebrar contratos no tipificados legalmente, en la medida que se cumplan con determinados requisitos legales y de valoración social.

Por ello, el significado social de la autonomía privada, según la tesis preceptiva, adquiere un matiz fundamental en el supuesto de los contratos atípicos, por cuanto en ellos la valoración del resultado social debe ser realizada en cada caso en concreto, es decir, debe establecerse si su función social es digna o no de tutela y reconocimiento.

Ahora bien, al aceptar la casi totalidad de los autores (posteriores a Betti) que se puedan celebrar contratos atípicos que no estén tipificados socialmente, sino que sean exclusiva creación de la voluntad de los particulares, en forma indirecta e inconsciente, dicha doctrina posterior a Betti ha modificado sustancialmente el concepto de autonomía privada como fundamento en la función socialmente relevante del negocio jurídico y del contrato. Definitivamente se acepta en la actualidad en la doctrina italiana, y estamos de acuerdo con ello, que en los contratos tipificados legalmente existe una función socialmente relevante y constante, que ha determinado al ordenamiento jurídico a sancionar específica y típicamente, las distintas figuras de contratos típicos. En este sentido la moderna doctrina italiana y española han seguido fielmente la concepción de Betti. La han seguido también al aceptar la categoría de los contratos tipificados socialmente. En efecto, nadie duda que se encuentra perfectamente legitimada la noción de tipicidad social, pues existen muchos contratos que se encuentran tipificados, contando con una detallada regulación, no por un esquema legal, sino por su uso constante en una determinada realidad. Sin embargo, la moderna doctrina sobre la autonomía privada, no ha seguido totalmente la noción de tipicidad social desarrollada por Betti, pues ha utilizado para estos negocios jurídicos la calificación de contratos atípicos. Es decir, se acepta que una modalidad de contratos atípicos es justamente la de aquellos que se encuentran tipificados socialmente, además de los denominados contratos mixtos.

Por el contrario, se han alejado definitivamente de la formulación de Betti al aceptar que los contratos

atípicos puedan ser obra de la creación exclusiva de los particulares, lo cual Betti no aceptó en ningún momento, pues dentro de su construcción conceptual, lo atípico no existe, sino únicamente lo tipificado legal o socialmente; siendo esto último todo aquello que por su constancia, normalidad y trascendencia social, haya sido aprobado por la conciencia social, determinando definitivamente la aprobación o el reconocimiento por parte del ordenamiento jurídico. Dicho de otro modo, la moderna doctrina sobre el significado social de la autonomía privada admite que pueden existir contratos atípicos que no sean mixtos o que no se encuentren tipificados socialmente, sino que sean creación de la exclusiva iniciativa de los particulares, pero en la medida en que estén orientados al logro de una función socialmente digna o razonable, aún cuando no sea socialmente útil o trascendente para toda la comunidad.

Dicho de otro modo, el significado actual sobre el valor social de los actos de autonomía privada, en lo que podríamos denominar "teoría preceptiva moderna" nos señala con toda claridad que todos los actos que estén orientados al logro de una función socialmente digna y razonable, aún cuando se trate de una función estrictamente individual, por satisfacer únicamente una necesidad también individual o privada, merecen el reconocimiento y la tutela del sistema jurídico como contratos atípicos, a pesar de no estar tipificados socialmente, ni ser resultado de la combinación de dos o más tipos legales. Este es justamente el significado social de la autonomía privada en la orientación moderna sobre la tesis preceptiva en materia de negocios jurídicos y contratos.

La función ordenadora del Derecho de las conductas de los hombres que deben ser vinculantes jurídicamente en correspondencia con el propósito práctico que los hubiere determinado, como es evidente, no puede establecerse únicamente en base a significados exclusivamente sociales, o simples hechos sociales, pues supone como toda valoración normativa, una conformación jurídica a través de normas jurídicas. Y son justamente las normas jurídicas las que nos dicen que resultados prácticos o funciones sociales son las que deben merecer la

protección legal y justificar el reconocimiento y la eficacia jurídica de un acto de la autonomía privada, entendido como una autorregulación de intereses particulares con miras a la satisfacción de determinadas necesidades, bien sean socialmente útiles, socialmente necesarias o estrictamente individuales pero socialmente dignas y razonables. Nosotros participamos de esta orientación modificada de la teoría preceptiva, que toma en cuenta tanto el aspecto legal como el aspecto social e individual, sobre la base que la sociedad está conformada por individuos que tienen necesidades e intereses semejantes y distintos, que no están necesariamente vinculados con los intereses comunes de todos los miembros de la misma sociedad. EN NUESTRA OPINIÓN LOS INTERESES Estrictamente INDIVIDUALES, EN CUANTO SEAN CONSIDERADOS SOCIALMENTE RAZONABLES, SERIOS Y DIGNOS, DEBEN MERECEER LA PROTECCIÓN LEGAL, ES DECIR, EL DERECHO DEBE ACUDIR AL CRITERIO SOCIAL DE LO QUE ES NORMALMENTE LEGÍTIMO O DEBE SERLO.

En tal sentido, la tesis preceptiva, que goza de gran prestigio en la doctrina moderna, ha entendido desde siempre que es la función económico social del negocio la que justifica su reconocimiento jurídico. Sin embargo, como sucedió frente a las otras dos orientaciones, frente a esta tercera, surgió en la misma doctrina italiana como respuesta la tesis normativa del negocio jurídico. La posición normativista parte de la base de aceptar que el negocio jurídico es también

un supuesto de hecho, pero un supuesto de hecho no con contenido social dirigido al logro de una función socialmente trascendente o socialmente digna y razonable, sino un supuesto de hecho con un contenido normativo en el sentido de ser el mismo negocio jurídico una norma jurídica de carácter concreto y particular. Los negocios jurídicos en sí mismos según esta orientación son normas jurídicas y como tal deben ser cumplidos y respetados. Esta posición resalta y rescata como es evidente el individualismo en la teoría general del negocio jurídico, por cuanto la obligatoriedad del negocio y su fuerza vinculante no radican ya en la valoración normativa de una conducta humana,

«No es suficiente garantía de no abuso la aprobación administrativa de las cláusulas generales»

sino en la misma conducta , que llega a tener carácter y fuerza de norma jurídica.

En nuestra opinión, resulta absurdo concederle a la voluntad humana el carácter de norma jurídica cuando haya sido expresada adecuadamente, no sólo por cuanto se deja de lado el aspecto fundamental de la valoración normativa, sino porque se estaría desconociendo el mismo principio de la autonomía privada, según el cual los particulares están facultados en una determinada sociedad a satisfacer sus diferentes necesidades mediante autoregulaciones de intereses privados establecidas individualmente o en relación con otros sujetos. Autonomía privada que además de contenido social, tiene también un eminente valor jurídico. Por ello nos parece preferible la posición preceptiva, pero exigiendo no una función económico social en todos los casos, sino siendo suficiente con una función socialmente razonable y digna.

Como es evidente, la doctrina que concede a las cláusulas generales de contratación carácter o contenido normativo es una clara derivación de la tesis normativista en materia de negocios jurídicos y de actos de autonomía privada en general, por cuanto se señala que las mismas cláusulas por sí mismas tienen carácter de norma jurídica de carácter particular. Desde nuestro punto de vista es preferible la tesis contractualista, por cuanto, como ya hemos indicado anteriormente, antes de su incorporación al contenido de un contrato en particular, las mismas no tienen fuerza obligatoria ni carácter vinculante, sino sólo desde que se incorporan a la oferta y la misma es aceptada, en cuyo caso la fuerza obligatoria de las mismas es por pasar a formar parte del contenido del contrato. Una cosa es que se reconozca que las cláusulas generales abstractamente consideradas son una declaración unilateral de voluntad y otra muy distinta el que se afirme que tienen contenido o carácter normativo.

En nuestra opinión cuando el Código Civil hace referencia en el artículo 1392 al contenido normativo de los futuros contratos particulares que se celebren en base a las cláusulas generales, nos está indicando únicamente que dichas cláusulas establecen gran parte del contenido de dichos contratos, siendo su objetivo uniformizar los mismos, es decir, establecer un reglamento o esquema contractual, o lo que es lo mismo una normatividad contractual que regirá una serie indefinida de futuros contratos, pero de dicho

artículo como de ningún otro se deduce que el sistema jurídico peruano le confiere a las cláusulas generales carácter de norma jurídica concreta y particular. Desde nuestro punto de vista la orientación del Código Civil es típicamente contractualista en esta materia. Por ello se insiste permanentemente en la incorporación de las cláusulas a las ofertas de los contratos que se celebren con arreglo a ellas, según lo explicaremos posteriormente.

Pues bien, habiendo dado nuestro punto de vista sobre la naturaleza jurídica de las cláusulas generales en el sistema jurídico nacional, y habiendo tomado posición por la tesis contractualista, corresponde examinar un aspecto adicional, muy importante para poder examinar lo relativo a las cláusulas generales de contratación abusivas. Nos referimos al aspecto sobre las clases o tipos de cláusulas generales. El Código Civil distingue dos tipos de ellas: las aprobadas y las no aprobadas administrativamente, y lo que es más importante aún, dependiendo de su diferente naturaleza, concede una regulación diferente en un caso y en el otro.

Como ya se ha indicado con insistencia, las cláusulas generales de contratación sólo adquieren desde nuestro punto de vista carácter vinculante y fuerza obligatoria cuando se incorporan al contrato, pero la incorporación al contrato no es producto de que existan las mismas, es decir, de que hayan sido elaboradas o predispuestas, sino que el sistema jurídico nacional nos indica que el primer paso para que las cláusulas generales puedan pasar a formar parte de un contrato particular es a través de su incorporación a la oferta, que es justamente una de las declaraciones de voluntad contractuales que conforman el consentimiento.

En tal sentido, el Código Civil señala que si se trata de cláusulas aprobadas administrativamente, las mismas se incorporan automáticamente a todas las ofertas que se formulen para contratar con arreglo a ellas, según lo dispone el artículo 1393, mientras que si se trata de cláusulas no aprobadas administrativamente las mismas se incorporarán a la oferta de un contrato particular cuando sean conocidas por la contraparte o haya podido conocerlas usando de una diligencia ordinaria, según lo dispone el artículo 1397.

Estableciendo finalmente dicho artículo que se

presume que la contraparte ha conocido las cláusulas generales de contratación cuando han sido puestas en conocimiento del público mediante adecuada publicidad.

Como se podrá observar, el sistema utilizado por nuestro Código Civil es distinto en un caso y en el otro. Al señalar el artículo 1393 que las cláusulas generales aprobadas administrativamente se incorporan a la oferta de los contratos particulares automáticamente, nos está diciendo que no es necesario que las mismas sean conocidas por la contraparte, es decir, por el consumidor.

La razón de esta regulación entendemos radica en el hecho de que al haber sido aprobadas administrativamente, las mismas ya han sido debidamente valoradas por una entidad ajena a la propia parte que las formuló previa y unilateralmente, en cuyo caso estaría descartada la posibilidad de abuso respecto de la contraparte, o de que las cláusulas estén predisuestas de modo que sean totalmente convenientes para la parte que las ha formulado y en perjuicio del consumidor. Por ello el artículo 1394 dispone con toda claridad 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.

Por el contrario, como está garantía de valoración posterior no existe en las cláusulas no aprobadas administrativamente, el sistema peruano exige en este caso específico que las mismas sean conocidas por la contraparte para que puedan considerarse incorporadas en la oferta de un contrato particular. Sin embargo el Código Civil añade que no es necesario que las cláusulas hubieran sido conocidas efectivamente por la contraparte, pues bastaría con que hubiera podido conocerlas usando de una diligencia ordinaria. Esto significa que el Código Civil establece un criterio de diligencia y responsabilidad para todos aquellos que contratan con arreglo a cláusulas generales de contratación no aprobadas. El fabricante o empresario no sólo está en la obligación de dar a conocer las cláusulas adecuadamente a los consumidores, sino que estos mismos tienen el deber de conocer dichas cláusulas usando de una diligencia ordinaria.

Además de lo expuesto, el Código Civil en el mismo artículo 1397 establece claramente una presunción

de conocimiento de las cláusulas generales por la contraparte cuando las mismas hubieran sido puestas en conocimiento del público mediante adecuada publicidad. Esta presunción de conocimiento de las cláusulas no aprobadas es consecuencia desde nuestro punto de vista, de la carga de responsabilidad que pesa sobre todo consumidor cuando contrata en base a dichas cláusulas; tratándose por otro lado en nuestra opinión, de una presunción que no admite prueba en contrario, obviamente en la medida que se acredite el requisito legal de la adecuada publicidad.

Pues bien, sabiendo ya que el Código Civil peruano establece un tratamiento distinto si se trata de cláusulas generales aprobadas o no aprobadas administrativamente, y sabiendo ya que las aprobadas se incorporan automáticamente a las ofertas que se formulan con arreglo a ellas, mientras que las no aprobadas requieren ser conocidas por la contraparte para que se consideren incorporadas a las ofertas de dichos contratos particulares, debe también señalarse un segundo aspecto de trascendental importancia en la regulación del Código Civil sobre esta materia, que es justamente el referido a las cláusulas generales que pueden ser consideradas abusivas. Sobre este aspecto la posición del Código Civil es bastante clara: solamente las cláusulas generales no aprobadas administrativamente pueden ser consideradas o calificadas jurídicamente como cláusulas abusivas. Tal es el sentido del artículo 1398 que dispone textualmente lo siguiente: 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.
- De prohibir a la otra parte el derecho de oponer excepciones o de prorrogar o renovar tácitamente el contrato.
- Fijar cláusulas compromisorias y sometimiento a arbitraje.

Esta norma jurídica, como será fácil apreciar, se refiere expresamente a la categoría de las cláusulas generales no aprobadas administrativamente y al tema sobre el control de las cláusulas generales de contratación no

aprobadas administrativamente, en la medida que las mismas son justamente no aprobadas. El Código Civil siguiendo la tendencia de la doctrina moderna, establece en el artículo 1398 un número o lista de cláusulas generales que deberán ser consideradas nulas de pleno derecho por ser abusivas, es decir, predisuestas en beneficio excesivo del que las ha formulado y en perjuicio del consumidor. La orientación del Código Civil es que si se trata de cláusulas generales aprobadas dicho control no será necesario, en la medida que se trata precisamente de cláusulas que ya han merecido la revisión, aprobación y por ende el control sobre los intereses de los consumidores, razón por la cual no les será de aplicación el artículo 1398. Dicho de otro modo, la posición del sistema legal peruano es que sólo las cláusulas no aprobadas podrán ser consideradas abusivas, supuesto que será imposible de concebir en el caso de las aprobadas administrativamente.

Sobre este primer punto, nuestra opinión es que hubiera sido preferible que el artículo 1398 sea de aplicación a todo tipo de cláusulas sean aprobadas o no, por cuanto no es suficiente garantía de no abuso la aprobación administrativa de las cláusulas generales. Evidentemente, estamos totalmente de acuerdo con el enunciado de dicho artículo cuando se refiere también a los contratos celebrados por adhesión, por cuanto en dichos supuestos justamente por no existir negociación de los términos contractuales, sino imposición de una parte a la otra parte de la totalidad del contenido contractual, es más frecuente el abuso en las cláusulas impuestas a la parte contratante más débil. Consideramos que el fenómeno de las cláusulas abusivas es más común y frecuente en el caso de los contratos por adhesión y por ende la inclusión de estos contratos en el supuesto de hecho del artículo 1398, conjuntamente con las cláusulas generales no aprobadas administrativamente, nos parece adecuada y conveniente.

Sin embargo, hubiera sido preferible considerar también en esta regulación legal a las cláusulas generales aprobadas administrativamente.

No obstante lo cual, debe destacarse como en este aspecto específico de las cláusulas consideradas abusivas, el legislador peruano ha regulado uniformemente tanto a las cláusulas generales como a los contratos por adhesión, a pesar de tratarse de figuras distintas, en la medida que ambas son utilizadas en la contratación en masa en los sistemas

contractuales modernos.

En cuanto a la sanción legal de las cláusulas generales o de los contratos por adhesión, consideradas abusivas, se trata de un supuesto típico de nulidad textual o expresa establecido de conformidad con lo dispuesto en el inciso séptimo del artículo 219 del mismo Código Civil. La sanción de la nulidad textual nos parece conveniente para evitar interpretaciones que puedan señalar que se trata de cláusulas anulables o ineficaces, en cuyo caso la protección al consumidor sería menor y menos efectiva.

No obstante lo cual, nos parece que la fórmula elegida por el legislador peruano no es la más adecuada, por cuanto se ha indicado o señalado un *numerus clausus* de cláusulas abusivas que son consideradas nulas de pleno derecho, es decir, una lista taxativa de las mismas, con lo cual la protección de los consumidores no nos parece la más conveniente. Hubiera sido preferible optar por una fórmula genérica que establezca el concepto de cláusulas abusivas y su nulidad expresa. En todo caso en el sistema jurídico nacional tendremos que optar para llegar a resultados prácticos positivos en favor de la protección del consumidor por una interpretación extensiva del artículo 1398, y permitir de esta manera la incorporación de nuevas figuras de cláusulas abusivas que la realidad social y económica nos vaya mostrando, debiendo ser las mismas también privadas de validez por imperio de la ley.

En consecuencia, aún cuando nos parece adecuado que el concepto de cláusulas abusivas se extienda no sólo al campo de las cláusulas generales de contratación, sino también al ámbito de los contratos por adhesión, no nos parece conveniente que se hayan dejado de lado las cláusulas generales aprobadas administrativamente. Del mismo modo, aún cuando consideramos conveniente la sanción elegida por el legislador peruano, que sanciona con nulidad dichas cláusulas, pues se trata de un evidente supuesto de nulidad textual, no nos parece conveniente establecer un *numerus clausus* de cláusulas que deberán ser consideradas abusivas. Hubiera sido preferible optar por una fórmula genérica para poder implementar un control más efectivo de las cláusulas no aprobadas, y tutelar de modo más efectivo al consumidor nacional. Por el momento, desde nuestro punto de vista, tendremos que acudir a una interpretación extensiva de los supuestos contemplados directamente en el artículo 1398 del Código Civil. ^{DVS}