

---

# LA CONTRATACIÓN CONTEMPORÁNEA Y EL RESPECTO A LA AUTONOMÍA PRIVADA

---

**Carlos Alberto Soto Coaguila**

*Profesor de Derecho Civil (Contratos) en la Universidad de Lima. Secretario y asesor de la Comisión de Reforma del Código Civil de 1984.*

---

## 1. LIBERTAD E IGUALDAD EN LA CONTRATACIÓN

---

Con la Revolución Francesa se desarrolla el paradigma de la libertad de mercado, que, con ciertas variantes, se mantiene hasta hoy en sociedades de economía de mercado. Todas las personas (libres por naturaleza) que negocian un contrato, lo hacen porque su voluntad así lo manda. De esa manera, un contrato libremente querido y celebrado es un contrato justo. Sin embargo, ¿se puede decir lo mismo de un contrato en el cual las partes contratantes no negocian su contenido, como ocurre cuando una parte se adhiere al esquema contractual predispuesto, íntegra o parcialmente, por la otra parte? ¿Acaso no pueden presentarse —como de hecho ocurre— abusos por una de ellas en la preformulación del esquema contractual? ¿Cuál debe ser la función del derecho?

Al respecto, consideramos que el ordenamiento jurídico debe garantizar la libertad y la autonomía privada de las personas, lo que equivale a decir que debe respetar el contenido de los contratos celebrados con base en ellas, pero también es cierto que debe evitar el abuso en la contratación y sancionar a los contratantes que, aprovechando maliciosamente de su posición jurídica de predisponer el esquema contractual, perjudiquen a los

contratantes más débiles en razón de la información asimétrica existente en el mercado. Es cierto y casi natural que unos contratantes posean mayor información que otros al momento de celebrar un contrato, pero ello no será cuestionable si unos y otros negocian los términos y condiciones del contrato; en cambio, si uno de ellos, además de predisponer el esquema contractual con anterioridad a la celebración del contrato, posee una mayor información debido a que es el productor/fabricante del bien o servicio, se hace necesario que el legislador lo obligue a informar adecuadamente a los consumidores/adherentes y que éstos a su vez sean diligentes al momento de contratar, a efectos de que su comportamiento en conjunto pueda contrarrestar la información asimétrica existente en el tráfico patrimonial de bienes y servicios. En tal sentido, es indispensable tutelar, cuando exista, a la parte jurídicamente más débil de la relación contractual.

Por tanto, los contratos entre iguales deberán someterse a los términos pactados, reconociéndose la plenitud de la libertad de contratación, pero en los contratos entre desiguales (debido a esta información asimétrica) lo justo será el mantenimiento del equilibrio de la relación contractual y su reafirmación a favor del sindicado como débil jurídico. En consecuencia, en los contratos entre desiguales, el legislador debe proteger a la parte más débil de la relación contractual, sin distinguir si se trata de un deudor o de un acreedor.

Es sabido que en el campo jurídico y aun en el económico es imposible prever todas las formas de contratación, ya que factores como el progreso de la sociedad, el avance de la ciencia y la tecnología, así como la producción estandarizada de los bienes y servicios, entre otros, han genera-

do que la contratación privada no sea única ni uniforme en el tiempo. Sin lugar a dudas, desde hace varias décadas somos partícipes de un nuevo sistema de contratación: *la contratación masiva o predispuesta*. En este sistema de contratación las partes contratantes ya no elaboran el contenido del contrato: éste es predispuesto total o parcialmente y en forma unilateral por una de ellas con anticipación a la celebración del contrato. Así, el contrato tradicional que crea relaciones jurídicas obligacionales producto de un consentimiento libre entre dos o más partes perfectamente identificadas y donde existe la participación de ambas en la elaboración del contenido contractual, ha devenido en una forma de contratación excepcional; la regla, hoy en día, es la contratación masiva o predispuesta.

Mayoritariamente, pues, el contrato ya no es producto de la libertad contractual de ambos contratantes; por lo general, es la adhesión a la predisposición contractual realizada por uno de ellos. Sin lugar a dudas, el contrato por negociación ha sido ampliamente rebasado por la contratación masiva o predispuesta.

---

## 2. LA CONTRATACIÓN CONTEMPORÁNEA Y LOS CONTRATOS PREDISPUUESTOS

---

Quizá la forma más apropiada para entender este sistema de contratación no sea definirlo, sino describir algunos de los múltiples casos mediante los que se manifiesta en la realidad negocial. Por ejemplo, el contrato de transporte que celebramos para trasladarnos a nuestro centro de trabajo o de estudio, donde la única conducta del usuario del servicio es la adquisición de su boleto, ya que en ningún momento

las partes se sientan a negociar el contenido del contrato, como las rutas, el horario, el refrigerio, la música durante el viaje, etc. Igualmente, la compra de productos que en forma habitual realizamos en un supermercado, donde lo único que hacemos es tomar los productos que se encuentran en los estantes del establecimiento comercial y luego pasar por caja para abonar el precio previamente fijado por el dueño. También, la compra diaria del periódico a un precio fijado con anticipación por la empresa editora. Y ni qué decir de la apertura de cuentas bancarias, donde no discutimos las tasas de interés o las penalidades en caso de incumplimiento, ni tampoco el seguro que automáticamente se nos impone. En muchos casos, las personas se encuentran ante la disyuntiva de "lo toman o lo dejan".

En consecuencia, la contratación masiva no es un nuevo contrato típico o atípico; es un fenómeno jurídico que se ha constituido en una nueva forma o sistema de contratación privada y que ha surgido ante la necesidad urgente de viabilizar y agilizar el intercambio masivo de bienes y servicios a un menor costo, para lo cual, la etapa de la negociación —o las tratativas previas del *iter* contractual— ha sido reducida o en muchos casos eliminada. Tampoco son contratos con las masas humanas, *sino contratos de un mismo tipo contractual (compraventa, arrendamiento, prestación de servicios, etc.) celebrados en serie o masivamente con cada una de las personas que desean adquirir un bien o servicio*. En este sistema contractual se utiliza, cuantitativamente, un contrato típico o atípico. Por otro lado, debido a la enorme cantidad de contratos que se celebran en la contratación masiva, los sujetos de la relación contractual son generalmente anónimos, ya que usualmente no es necesaria la identificación de los adquirentes, por lo

que podríamos calificar a las partes contratantes de un contrato masivo o predispuerto, como *predisponentes y adherentes*.

En definitiva, lo que se busca con este sistema de contratación es viabilizar y agilizar la celebración de numerosos contratos, de tal forma que, sin suprimir el consentimiento, pueda lograrse rápidamente el acuerdo contractual mediante la reducción de la negociación de las condiciones del contrato, siendo necesario para ello la predisposición del esquema contractual. De esta manera, el supuesto tradicional de contrato no concuerda con la contratación masiva, debido a que no es eficiente que la empresa moderna negocie con cada uno de sus clientes-consumidores el contenido de los contratos, porque, de hacerlo, los costos de transacción serían altísimos y se trasladarían al precio de los productos (bienes y/o servicios), con lo que éstos se elevarían de tal forma que tornarían en ineficiente el tráfico patrimonial de bienes y servicios. Urge, pues, la estandarización contractual, y en esta medida el derecho no puede ser estático; por el contrario, ha de ser el canal que permita el logro de las metas que la sociedad desea obtener. En consecuencia, se hace necesaria la predisposición del esquema contractual mediante la elaboración de cláusulas generales de contratación que formarán parte de cada contrato que celebren proveedores y consumidores.

---

### 3. LAS CLÁUSULAS GENERALES DE CONTRATACIÓN

---

Las cláusulas generales de contratación son un conjunto inmutable de cláusulas o condiciones redactadas en forma previa y unilateral por una persona natural o jurídica, con la finalidad de fijar las condiciones

de una serie indefinida de futuros contratos particulares, cada uno de los cuales tendrá sus propios elementos. Pero estas cláusulas generales constituirán parte integrante del contrato únicamente cuando, cumpliendo con los requisitos previstos por la ley, se celebre un contrato específico entre predisponente y adherente sujeto a cláusulas generales de contratación. Por tanto, sólo tendrán eficacia una vez celebrado un contrato en particular.

Encontrándose unilateralmente predisuestas las cláusulas generales de contratación, pueden estar físicamente incluidas dentro del texto escrito que contiene el contrato a celebrarse o en un documento separado que se anexará a él. También puede darse el caso de que las cláusulas generales de contratación se encuentren publicadas en una norma legal que las aprueba, como ocurre, por ejemplo, con las cláusulas generales de contratación de los servicios de telefonía que se encuentran en las respectivas guías telefónicas de los usuarios, o con las cláusulas generales de contratación de préstamo hipotecario que fueron aprobadas por la Superintendencia de Banca y Seguros.

#### 4. LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LA CONTRATACIÓN PREDISPUESA

Debido a que en la contratación masiva no existe la etapa de la negociación ni la colaboración de una parte contratante en el diseño del contenido del contrato, se pueden presentar casos en los que la parte contratante que ha elaborado el contrato por adhesión o las cláusulas generales de contratación abuse de su posición jurídica de predisponer, íntegra o parcialmente, el esquema contractual e incorpore condiciones que exclusivamente lo beneficien o

que perjudiquen únicamente al contratante adherente. Una forma usual es la exoneración o el traslado de toda responsabilidad de los productores/proveedores hacia los consumidores/adherentes al contrato predispuesto, con lo cual se presentaría un claro desequilibrio en la relación contractual, el cual no puede permitirse si se desea permanecer en un sistema jurídico y social en el que sus integrantes crean, del que se sientan orgullosos y, por tanto, prestos a cumplir sus normas. Por ello, si se permite que una de las partes —precisamente la predisponente— se faculte a incumplir o a causar un daño sin responsabilizarse, o a resolver o rescindir en forma unilateral el contrato, o que se le recorten derechos al adherente —como el de oponer excepciones—, ello importaría admitir un sistema contractual injusto y ajeno e indiferente a las arbitrariedades, lo que desnaturaliza el corazón del contrato como institución portadora de libertad.

El problema de las cláusulas abusivas es una realidad que los ordenamientos jurídicos y los legisladores no pueden dejar de lado; por el contrario, deben plantear alternativas de solución que eviten el abuso de unos contratantes sobre otros; obviamente, sin obstaculizar el tráfico masivo de bienes y servicios.

Por otro lado, recordemos que el contrato crea una relación jurídica obligacional entre las partes contratantes; no obstante, para que ese vínculo jurídico sea válido y eficaz se requiere el libre y pleno consentimiento de ambas partes. Por lo tanto, *en la contratación en masa no pueden ni deben ser vinculantes y menos aún exigibles los pactos o acuerdos contenidos en cláusulas que desnaturalicen dicho consentimiento.*

En una relación contractual, una cláusula es abusiva cuando reporta una ventaja indiscriminada a favor de uno de los

contratantes en menoscabo del otro. También son denominadas como *cláusulas vejatorias* porque agravan la posición de un contratante. En este orden de ideas, una cláusula será abusiva cuando en la relación contractual exista: a) una desviación del principio de la buena fe contractual, b) una desnaturalización o desequilibrio de la relación contractual, c) un detrimento o perjuicio en contra del adherente al esquema contractual, y d) una atribución exorbitante en favor del predisponente del esquema contractual.

Atendiendo al principio de la buena fe como principio rector en la negociación, celebración y ejecución del contrato, así como fuente de integración del mismo, se considerarán abusivas todas las cláusulas o condiciones de los contratos predispuestos, que atribuyan al predisponente derechos y facultades exorbitantes o introduzcan limitaciones o restricciones en los derechos y facultades de los adherentes. Igualmente, serán abusivas las cláusulas que supriman o reduzcan las obligaciones y responsabilidades del predisponente o que aumenten las obligaciones y cargas del adherente, y traigan como consecuencia una desnaturalización o desequilibrio en la relación jurídica creada por el contrato.

El Código Civil de 1984, en su artículo 1398, sanciona con *invalidez* —y deberán interpretarse como nulas— las estipulaciones no aprobadas por la autoridad administrativa, 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;
- facultades de prohibir a la otra parte el derecho de oponer excepciones; y
- facultades de prorrogar o renovar tácitamente el contrato.

Como se puede apreciar, el Código Civil peruano ha optado por una enumeración limitativa de las cláusulas abusivas o vejatorias, sancionándolas con invalidez —con la consecuente ineficacia de dichas cláusulas, porque las mismas no se incorporarían a la oferta y, por tanto, tampoco al contrato—. No obstante, debemos reiterar que sólo serán factibles de ser consideradas abusivas y, por ende, nulas las cláusulas generales de contratación que no hayan sido aprobadas por la autoridad administrativa competente.

Frente a las cláusulas abusivas en los contratos masivos celebrados con base en cláusulas generales de contratación o por adhesión, la doctrina mayoritariamente sostiene que *serán nulas todas las cláusulas abusivas* o vejatorias. Al respecto, surge la interrogante de si el abuso del contratante que ha redactado el esquema contractual puede recaer sobre todo el contrato o sobre alguna cláusula en particular. Considerando que el uso de cláusulas abusivas puede presentarse en uno u otro caso, somos del parecer que la nulidad puede afectar tanto al contrato en su totalidad como a una cláusula en particular. La determinación finalmente corresponderá al juez, pero a solicitud de la parte contratante afectada con la cláusula abusiva.

Por otro lado, las cláusulas abusivas no deben calificarse como tales *in abstracto*, sino en cada contrato específico. Por ejemplo, no podemos solicitar la nulidad de una cláusula que exonere o limite la responsabilidad del predisponente del esquema contractual, sin antes analizar esa cláusula limitativa de responsabilidad dentro de una relación contractual en particular, ya que puede presentarse el caso de que el proveedor de un bien limite su responsabilidad una vez transcurrido el tiempo de la garantía ofrecida; en consecuencia, no cabría la denominación de abusiva de esta

cláusula por el único hecho de limitar la responsabilidad del predisponente: habrá que analizar si tal limitación de su responsabilidad es *equitativa* en la relación contractual.

Para controlar el uso de cláusulas abusivas en los contratos predispuestos, las personas pueden defenderse mediante el ejercicio de su propia libertad de contratación o autonomía privada, o agrupándose en asociaciones de consumidores. El Estado también puede controlar los abusos en este sistema de contratación a través de mecanismos administrativos, legislativos y/o judiciales.

No obstante la tesis de la intervención del Estado para equilibrar el abuso que unos contratantes cometen sobre otros mediante la incorporación de cláusulas abusivas en las relaciones contractuales, creemos que dentro de un mercado en el que existe información asimétrica para contratar, es un deber de los proveedores informar adecuada y honestamente de las características de los bienes y servicios que comercializan, así como de las condiciones bajo las que se contratan. Del mismo modo, los consumidores tienen el derecho, pero además la obligación de informarse adecuadamente a efectos de tomar una elección razonable, siendo para ello necesario que todo consumidor actúe diligentemente en el mercado, pues no se trata de amparar a un consumidor irresponsable o descuidado, sino al que se comporte de manera razonablemente diligente. De otra forma, no se cumpliría la finalidad de la economía de mercado. En suma, la intervención del Estado debe ser supletoria de la autonomía privada de los particulares, pero eficaz cuando se causen daños a los consumidores debido a una falta o deficiente información por parte de los proveedores.