

# **LAS CLÁUSULAS GENERALES DE CONTRATACIÓN Y LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LOS CONTRATOS PREDISPUESTOS**

*Carlos Alberto Soto Coaguila \**

## **RESUMEN**

En el presente trabajo el autor analiza uno de los tópicos más importantes de la contratación contemporánea: los contratos predispuestos, refiriéndose a las cláusulas generales y abusivas. El autor estudia los aspectos relacionados con las características, finalidad y naturaleza jurídica de las cláusulas generales. Posteriormente aborda el estudio de las cláusulas abusivas, y su control legislativo, administrativo y judicial.

**Palabras clave:** contratos, contratos predispuestos, cláusulas generales, cláusulas abusivas.

Fecha de recepción: 2 de octubre de 2003

---

\* Abogado. Maestría en derecho con mención en derecho civil por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de derecho civil (Contratos) en la Universidad de Lima, profesor de derecho civil (Fuentes de las obligaciones y Derecho civil patrimonial) en la Universidad Inca Garcilaso de la Vega, profesor de Derecho Civil (Contratos, Derecho civil patrimonial y Derecho de daños) en la Universidad Privada San Pedro. Profesor del posgrado de Derecho de daños y Derecho de la empresa de las universidades de Buenos Aires y del Litoral de Santa Fe, Argentina. Profesor invitado en la Universidad de Buenos Aires, Universidad Católica de Salta, Universidad del Salvador, Universidad del Litoral de Santa Fe en Argentina; en la Universidad Aquino de Bolivia; y en la Universidad de Chile y Universidad de los Andes en Chile. Fue asesor de la comisión de reforma de códigos del Congreso de la República de Perú. Asesor y secretario de la comisión encargada de elaborar el anteproyecto del Código Civil (Ley 26394), así como la encargada de elaborar el nuevo Código de Comercio (Ley 26595). Secretario ejecutivo del consejo para la unificación del derecho civil latinoamericano. Miembro del Instituto de Derecho Privado Latinoamericano con sede en Buenos Aires – Argentina. Abogado asociado *senior* y jefe del área de Investigación legal del estudio Muñiz, Forsyth, Ramirez, Pérez-Taiman & Luna-Victoria Abogados. Expositor en congresos nacionales e internacionales. Autor de diversos trabajos sobre derecho civil publicados en Perú y el extranjero. Coordinador de la colección jurídica “Instituciones de derecho privado”.

**ABSTRACT**

*In this paper the author refers to one of the most important topics in the contemporary law of contracts: the predisposed contracts, referring to standard terms and abusive clauses. The author studies its characteristics, purpose and legal concept of standard terms, the abusive clauses, and its control by legislative power, administrative authorities and judges.*

**Key words:** *Contracts; Standard terms, general clauses, abusive clauses.*

**SUMARIO**

1. INTRODUCCIÓN
2. FORMACIÓN HISTÓRICA DE LA TEORÍA GENERAL DEL CONTRATO. DEL CONTRATO NEGOCIADO AL CONTRATO PREDISPUERTO
3. LA CONTRATACIÓN PREDISPUERTA
4. LAS CLÁUSULAS GENERALES DE CONTRATACIÓN
5. CARACTERÍSTICAS DE LAS CLÁUSULAS GENERALES DE CONTRATACIÓN
  - a. La predisposición o preformulación
  - b. La generalidad
  - c. La uniformidad
  - d. La abstracción
  - e. La inmutabilidad
6. FINALIDAD DE LAS CLÁUSULAS GENERALES DE CONTRATACIÓN
7. NATURALEZA JURÍDICA DE LAS CLÁUSULAS GENERALES DE CONTRATACIÓN
  - 7.1. Tesis normativista o anticontractualista
  - 7.2. Tesis contractualista
  - 3.3. La doctrina peruana: postura de MANUEL DE LA PUENTE Y LAVALLE
  - 7.4. Tesis de JUAN CARLOS REZZONICO
  - 7.5. ¿Tienen una naturaleza jurídica las cláusulas generales de contratación?

8. INCORPORACIÓN DE CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LA CONTRATACIÓN PREDISPUESA
  - 8.1. Cláusula abusiva: concepto
9. CONTROL DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LA CONTRATACIÓN PREDISPUESA
  - 9.1. Protección autónoma
  - 9.2. Control administrativo
  - 9.3. Control legislativo
  - 9.4. Control judicial
10. PROPUESTA DE REFORMAS AL CÓDIGO CIVIL PERUANO
11. LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN EL DERECHO ARGENTINO. EL ESTATUTO DEL CONSUMIDOR Y EL PROYECTO DE LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR DE LOS DOCTORES ATILIO A. ALTERINI, ROBERTO M. LÓPEZ CABANA Y GABRIEL STIGLITZ
12. EL *ROL* DE LA JURISPRUDENCIA PERUANA
13. LOS PRINCIPIOS DE LA AUTONOMÍA PRIVADA Y LA BUENA FE EN LOS CONTRATOS CELEBRADOS CON BASE A CLÁUSULAS GENERALES DE CONTRATACIÓN
14. COMENTARIOS FINALES

## **1. INTRODUCCIÓN**

El principio de igualdad, concebida por la ideología liberal de la revolución francesa, nunca estuvo referido a la igualdad social o económica de las personas, sino a una igualdad jurídica. En efecto, se declaró que todos los hombres eran libres e iguales ante la ley. Por tanto, si todos los hombres son libres e iguales ante la ley, también se encuentran jurídicamente en igualdad de condiciones para negociar y celebrar sus contratos.

Con la revolución francesa se desarrolla el paradigma de la libertad de mercado. Todas las personas (libres por naturaleza) que negocian y celebran un contrato, lo hacen porque así lo desean, porque su voluntad así lo manda. Bajo este punto de vista, un contrato libremente querido es un contrato justo.

Sin embargo, ¿se puede decir lo mismo de un contrato en el cual las partes contratantes no negocian su contenido, sino que 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?

Particularmente, creemos que el ordenamiento jurídico debe garantizar la libertad y la autonomía privada de las personas y, en consecuencia, respetar los contratos celebrados con base a ellas, pero también es cierto que debe evitar las conductas arbitrarias por medio de fórmulas que desincentiven tales comportamientos, como sancionando a los contratantes que abusen de su posición jurídica para perjudicar a los contratantes más débiles, así como imponiendo el deber de información de parte de los predisponentes del esquema contractual. En este sentido, es indispensable tutelar, cuando exista, a la parte jurídicamente más débil de la relación contractual.

En consecuencia, los contratos celebrados entre sujetos con igual poder de negociación deben atenerse a la autonomía privada de los contratantes, al *pacta sunt servanda*, correspondiendo al Estado garantizar plenamente la libertad de contratación. Empero, en los contratos que no exista una igualdad en la negociación y celebración, producto de la asimetría de información, es necesaria la intervención del legislador a efecto de garantizar un equilibrio en la relación contractual, sin que ello signifique una revisión autoritaria del contenido de todos los contratos, sino únicamente en los casos en que se perjudique al contratante que no pudo ejercer totalmente su autonomía privada al momento de celebrarlos.

Coincidimos pues, con los profesores Atilio Aníbal Alterini y Roberto M. López Cabana<sup>1</sup>, cuando expresan que los contratos entre iguales deberán someterse a los términos pactados, reconociendo la plenitud de la libertad de contratación, pero en los contratos entre desiguales, lo justo será el mantenimiento del equilibrio de la relación de cambio y su reafirmación a favor del sindicado como débil jurídico. Por tanto, en los contratos entre desiguales, el legislador debe proteger a la parte más débil de la relación contractual, sin distinguir si es un deudor o un acreedor, y precisando que la debilidad del contratante se refiere a una inferioridad en sentido jurídico.

---

1 Sobre el pensamiento, en este tema, de Atilio A. Alterini y Roberto M. López Cabana, recomendamos: *La autonomía de la voluntad en el contrato moderno*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1989, págs. 80-81; y “La debilidad jurídica en la contratación contemporánea” en: *Derecho de daños*, La Ley S.A., Buenos Aires, 1992, págs. 85-104. También pueden consultarse sus obras colectivas: *Temas de responsabilidad civil*, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1995; y *Responsabilidad civil*, Biblioteca Jurídica Diké, Medellín, 1995.

Este trabajo tiene por finalidad describir la realidad negocial actual, reseñando la evolución del contrato moderno, para luego abordar la contratación masiva o predispuesta. Analizar cómo en el sistema de contratación predispuesta en particular no existe una igualdad jurídica, debido a la limitación de la autonomía privada de uno de los contratantes; por lo tanto, es necesario proteger al contratante jurídicamente débil de las cláusulas abusivas que habitualmente se incorporan en los contratos celebrados con base a cláusulas generales de contratación.

## **2. FORMACIÓN HISTÓRICA DE LA TEORÍA GENERAL DEL CONTRATO. DEL CONTRATO NEGOCIADO AL CONTRATO PREDISPUERTO<sup>2</sup>**

El contrato como una declaración conjunta de la voluntad común de dos partes, es decir, un acuerdo de voluntades destinado a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas obligacionales con contenido patrimonial es un concepto moderno, fruto de una confusa y larga evolución histórica del pensamiento jurídico<sup>3</sup>.

Los juristas romanos no fueron proclives a realizar abstracciones conceptuales. En el *Digesto* de JUSTINIANO encontramos un texto de JAVOLENO que no puede expresar de una mejor forma el pensamiento de la época:

“En derecho civil toda definición es peligrosa, pues es difícil que no tenga que ser alterada”<sup>4</sup>.

Dentro de esta óptica, los jurisconsultos romanos no concibieron una teoría general del contrato y evidentemente no definieron al contrato como hoy lo conocemos. Lo que conoció el derecho romano fue la existencia de convenciones, en las cuales una de las partes daba alguna cosa o hacía algo para luego recibir a cambio algo que la otra parte prometía a su vez dar o hacer (*do ut des; do ut facias*;

---

2 Para los interesados en una visión más amplia y detallada del surgimiento del contrato predispuesto, sus características y modalidades, pueden consultar el trabajo del autor, intitulado “La transformación del contrato: del contrato negociado al contrato predispuesto”, en: ALTERINI, Atilio Aníbal; DE LOS MOZOS, JOSÉ LUIS; y SOTO, CARLOS ALBERTO, *Instituciones de derecho privado – Contratación contemporánea*, Editorial Temis y Palestra Editores, Bogotá, 2000, vol. 1, págs. 369-438.

3 Sobre el desarrollo histórico del concepto del contrato en las distintas sociedades antiguas, así como una aproximación comparada del contrato en los distintos sistemas jurídicos, recomendamos la obra de JORGE LÓPEZ SANTA MARÍA, *Los contratos – Parte general*, 2º edición actualizada, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1998, t. I, págs. 25-94.

4 Véase *Digesto* 50, 17, *De regulis iuris*, 202.

*facio ut des; facio ut facias*). Al lado de las figuras mencionadas, el derecho romano también conoció los llamados *pactos* como acuerdos de voluntades, pero que no generaban obligación alguna y ciertamente no otorgaban acción para exigir su cumplimiento.

En el derecho romano había contrato cuando se contraía una obligación por medio de una determinada forma solemne (palabras rituales), por la suscripción de un documento o por realizar un determinado comportamiento. En cambio, el simple acuerdo de voluntades era por sí solo constitutivo de un nudo pacto desprovisto de acción.

Según GUIDO ASTUTI, hasta el siglo XV el sistema de contratos continuó siendo un sistema de causas o de figuras típicas reconocidas como fuentes de obligaciones.

La teoría del contrato que reposa en el acuerdo de voluntades fue elaborada con posterioridad a esa época, siendo necesaria la confluencia de diversas corrientes de pensamiento. En primer lugar, al desarrollo del *derecho canónico*, donde faltar a una promesa es una mentira, un engaño y, por consiguiente, un pecado (*mendacium est si quis non compleat quod promisit*). La doctrina canónica confirió un valor fundamental al consenso, imponiendo a las personas el deber de fidelidad a la palabra empeñada y el deber de veracidad en todas sus relaciones. La segunda línea de pensamiento que contribuyó al desarrollo del concepto moderno de contrato fue el *voluntarismo jurídico*. Para esta corriente jurídica, cualquier persona que deseara obligarse, lo hacía por su sola voluntad. Hay que destacar que esta escuela jurídica contribuyó enormemente al desarrollo y auge del tráfico comercial de la época. La última corriente de pensamiento fue la *escuela del derecho natural*, desarrollada en los siglos XVII y XVIII, donde por primera vez se sancionó el aforismo jurídico: *solus consensus obligat*, siendo GROCIO y PUFENDORF los padres directos del consensualismo contractual.

Así llegamos al concepto moderno del contrato como acuerdo de voluntades, por medio del cual las personas se obligan. Este concepto de contrato, a su vez, tiene su fundamento en presupuestos ideológicos y sociológicos imperantes en esa época. Siguiendo a LUIS DIEZ-PICAZO, el primero de los presupuestos es el económico, que en una economía liberal se funda en el lema "*Laissez faire, laissez passer; le monde va de lui même*" y en la idea de que las leyes del mercado y el egoísmo individual, actuando en el interés de cada persona, son los mejores motores de la felicidad y de la prosperidad de las naciones. El segundo presupuesto se encuentra en la idea sustancial de la igualdad de las partes contratantes. En efecto, el contrato es el mejor medio de arreglo de los intereses privados, ya que es la obra común de dos contratantes que se encuentran en igual situación de negociación; es

un arreglo entre iguales. Finalmente, el tercer presupuesto se encuentra en la exaltación de la libertad individual de las personas<sup>5</sup>.

Sobre la base de estos ideales y el pensamiento de los juristas franceses DOMAT<sup>6</sup> y POTHIER<sup>7</sup>, se edificó el primer gran Código Civil, el *Code Civil francés* o *Code Napoléon*, cuya filosofía no tardaría en extenderse a los códigos civiles decimonónicos.

Para el gran POTHIER, un contrato es una especie de convención y ésta, el consentimiento de dos o más personas, para formar entre ellas algún compromiso, resolver uno existente o modificarlo<sup>8</sup>. Por su parte, el *Code francés* expresa en el artículo 1.101 que el contrato es una convención por la cual una o varias personas se obligan, hacia una o varias otras, a dar, hacer o no hacer alguna cosa; y, en el artículo 1.134, establece que las convenciones legalmente formadas tienen fuerza de ley entre las partes contratantes que las han celebrado.

Como podemos observar, para esta época, el contrato no sólo es considerado como un acuerdo de voluntades fruto de la autonomía privada y del consentimiento de los contratantes, sino que además es elevado a la categoría de ley privada.

Como es sabido, el principio de la autonomía privada —entendido como el poder o facultad para crear relaciones jurídicas y la libertad para determinar el contenido de lo que se quiere crear— constituyó, y aún sigue constituyendo, la

5 Cfr. Díez-PICAZO, LUIS, *Fundamentos del derecho civil patrimonial. Introducción – Teoría del contrato*, 5ª edición, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1996, vol. I, págs. 121-122.

6 Respecto al gran DOMAT (1625-1696), los MAZEAUD han escrito que es el más grande y el más clásico de los juristas franceses del antiguo derecho y los redactores del Código Civil le deben mucho a él y a su obra, principalmente a: *Les loix civiles dans leur ordre naturel*. (Cfr. MAZEAUD, HENRI y LEÓN; y MAZEAUD, JEAN, *Lecciones de derecho civil*, traducción directa de *Leçons de Droit*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1976, parte primera, vol. 1, pág. 75). El objetivo de DOMAT al escribir su obra, como dicen los MAZEAUD, “no fue solamente el de proponer una presentación de las reglas jurídicas ordenadas según un plan lógico, sino también el de hacer penetrar la moral cristiana en el derecho romano de las obligaciones”. (Cfr. MAZEAUD, HENRI y LEÓN; y MAZEAUD, JEAN, *Lecciones de derecho civil*, ob. cit., 1978, parte segunda, vol. 1, pág. 52).

7 Para POTHIER “El contrato encierra el concurso de voluntades de dos personas, de las cuales, una promete alguna cosa a la otra, y la otra acepta la promesa que se le ha hecho”, por lo tanto los contratos son promesas obligatorias, donde uno o ambos se obligan frente a la otra parte contratante. (Cfr. POTHIER, R.J., *Tratado de las obligaciones*, versión directa del *Traité des Obligations*, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires, 1978, pág. 13). MESSINEO, comentando la evolución del contrato moderno, señala que el contrato es un pacto, un acuerdo de voluntades, capaz de dar vida a una obligación. Y agrega: “Este resultado aparece ya clarísimo en el jurista francés POTHIER; a través de él pasa al Código Civil francés y, después, al Código italiano de 1865”. (Cfr. MESSINEO, FRANCESCO, *Doctrina general del contrato*, traducción de la obra italiana *Dottrina Generale del Contratto*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1986, t. I, pág. 51).

8 Véase POTHIER, R.J., *Tratado de las obligaciones*, ob. cit., pág. 12.

piedra angular del contrato. Pero este principio contractual no ha sido inmune a las críticas que se han formulado al pensamiento liberal imperante a fines del siglo XVIII y todo el siglo XIX. Una de las principales críticas estuvo referida al abuso de unos contratantes sobre otros, debido a la desigualdad económica al momento de negociar los contratos. Por esta razón, la doctrina jurídica del siglo XX consideró necesario imponer severas limitaciones al principio de la autonomía privada con la finalidad de corregir el abuso en la contratación, generado por la evidente desigualdad económica —en algunos casos, social— con el consiguiente desequilibrio en las negociaciones contractuales.

No le falta razón a GUILLERMO A. BORDA cuando señala que la libertad y la igualdad de las partes, pilares fundamentales de la teoría liberal del contrato, “subsisten hoy en el plano jurídico, pero tienden a desaparecer en el económico”<sup>9</sup>.

En nuestro medio, MANUEL DE LA PUENTE Y LAVALLE ha destacado que, al existir una desigualdad económica, se generó un abuso de la contratación, por lo que el Estado ya no podía continuar concediendo a los particulares tanta libertad para regular entre ellos sus relaciones, decidiendo intervenir más de cerca en la relación contractual a fin de intentar equilibrar las posiciones de los contratantes, estrechando así el campo de la autonomía privada<sup>10</sup>.

En consecuencia, la autonomía privada ya no impera soberanamente como antes<sup>11</sup>, porque el Estado interviene en las relaciones contractuales, modificando las cláusulas del contrato mediante la intervención legislativa o judicial; forzando —a veces— a celebrar determinados contratos a pesar de la voluntad contraria de los contratantes; o dispensando a los contratantes —en algunos casos— a que ejecuten sus prestaciones. A este fenómeno de intervención y dirigismo del Estado en las relaciones contractuales, un sector de la doctrina lo ha calificado como la *crisis o decadencia del contrato*<sup>12</sup>. Sobre el particular, JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS señala que no se puede decir que

---

9 Cfr. BORDA, GUILLERMO A., *Manual de contratos*, decimaséptima edición actualizada, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1995, pág. 15.

10 Cfr. DE LA PUENTE Y LAVALLE, MANUEL, *El contrato en general*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1993, t. I, pág. 36.

11 Un análisis crítico de la autonomía privada, así como una visión particular de los cambios en el derecho contractual moderno puede encontrarse en la obra de RICARDO LUIS LORENZETTI, *Las normas fundamentales de derecho privado*, Rubinzal – Culzoni Editores, Santa Fe, 1995, págs. 461-481.

12 La conocida frase “crisis del contrato” debe entenderse como una mutación y evolución del contrato, en síntesis, una transformación de la institución contractual. (Cfr. SOTO COAGUILA, CARLOS ALBERTO, “La contratación masiva y la crisis del contrato. A propósito del proyecto del Código Civil argentino de 1998”, en: *Revista Jurídica La Ley*, Editorial La Ley, Buenos Aires, 1999, t. 1999-C; y “La contratación masiva y la crisis de la teoría clásica del contrato”, en: *Gaceta Jurídica – Sección de actualidad jurídica*”, Gaceta Jurídica Editores, Lima, 1999, t. 70-B).



“El contrato esté en crisis, cuando se habla de una “sociedad contractual” como modelo de la sociedad posindustrial, más allá del ámbito estrictamente jurídico, o incluso de una “política contractual”<sup>13</sup>.

El mismo autor refiere que antes de pretender reconstruir el contrato, so pretexto de una supuesta crisis, es preferible emprender con toda humildad una paciente relectura del Código Civil<sup>14</sup>.

Es sabido que en el campo jurídico y aun en el económico es imposible prever todas las formas de contratación, ya que el progreso de la sociedad, el avance de la ciencia y la tecnología, así como la producción estandarizada de los bienes y servicios, han generado que la contratación privada no sea única y 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 conjuntamente el contenido del contrato: éste es predispuesto (total o parcialmente) en forma unilateral por una de ellas con anticipación a la celebración del contrato. Por tanto, el contrato tradicional<sup>15</sup>, 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, es una forma de contratación excepcional; la regla, hoy en día, es la contratación en masa, donde los contratos están predispuestos por una de las partes contratantes. Y con el auge del comercio electrónico estaremos ante la presencia, siguiendo a ALVIN TOFFLER<sup>16</sup>, de una cuarta ola, donde la contratación electrónica o por medios electrónicos constituirá un mecanismo importante para el intercambio de bienes y servicios.

En síntesis, mayoritariamente el contrato ya no es producto de la libertad contractual de ambos contratantes; por lo general, es la adhesión a la predisposición

---

13 Cfr. DE LOS MOZOS, JOSÉ LUIS, “La autonomía privada: notas para una relectura del título de los contratos en el Código Civil español”, en: *Instituciones de derecho privado – Contratación contemporánea*, ob. cit., vol. 1, pág. 195.

14 Cfr. DE LOS MOZOS, JOSÉ LUIS, “La autonomía privada: notas para una relectura del título de los contratos en el Código Civil español”, ob. cit., vol. 1, pág. 192.

15 Este sistema contractual, denominado también paritario o discrecional, es el llamado contrato por negociación, producto de tratativas, negociaciones y conversaciones preliminares. En forma particular, el Código Civil de Québec denomina a esta forma de contratar, de *gre a gre*.

16 Con el surgimiento de la era informática o digital resulta indispensable revisar y replantear los paradigmas de la sociedad actual, como su organización social, la libertad, la contratación, y porqué no decirlo, de la concepción del derecho. Sobre el desarrollo y la influencia de la informática en el derecho de contratos recomendamos la obra de RICARDO LUIS LORENZETTI, *Tratado de los contratos*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2000, t. III, págs. 814-868.

contractual realizada por uno de ellos. Sin lugar a dudas, el contrato por negociación ha sido ampliamente rebasado por la contratación masiva o predispuesta.

### 3. LA CONTRATACIÓN PREDISPUESA

Anteriormente nos hemos preocupado por definir a la contratación masiva, predispuesta o estandarizada<sup>17</sup>, pero quizá la forma más apropiada para entender este sistema de contratación no sea formulando un concepto en el que se le pueda encuadrar, 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 trabajo o centro de estudios, 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. La compra de productos que en forma habitual realizamos en un supermercado. En este caso, 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 establecido con anticipación por la empresa editora, la adquisición de combustible para nuestros vehículos, de papel para la impresora, de aspirinas. Y ni qué decir de la apertura de cuentas bancarias, donde no discutimos las tasas de interés o las penalidades en caso de incumplimiento.

El universo de contratos masivos o estandarizados es muy extenso, pero lo más característico es que su celebración, muchas veces, se realiza en forma inconsciente por las partes contratantes, ya que al consumidor o usuario lo que le interesa es adquirir el bien o utilizar el servicio a un menor precio y en forma rápida; y al proveedor, comercializar el mayor número de bienes o servicios.

Al individuo de la sociedad actual, al “hombre-masa”, en palabras de ORTEGA Y GASSET, lo único que le preocupa es satisfacer sus necesidades a un menor costo.

En consecuencia, la contratación masiva no es un nuevo contrato típico o atípico; es un fenómeno jurídico<sup>18</sup> que se ha constituido en un nuevo sistema de contratación

---

17 Véase SOTO COAGUILA, CARLOS ALBERTO, “La contratación masiva y la crisis del contrato”, en: *Revista Jurídica La Ley*, ob. cit.; y “La contratación masiva y la crisis de la teoría clásica del contrato”, en: *Gaceta Jurídica*, Sección de actualidad jurídica, ob. cit.

18 Según ROXANA JIMÉNEZ, la contratación masiva hoy en día ya no es un fenómeno jurídico, fue un fenómeno hace más de cien años y actualmente es predominante en el campo contractual. Esta autora se pregunta si

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 tratativas previas del *iter* contractual ha sido reducida o en muchos casos eliminada<sup>19</sup>. Tampoco son contratos con las masas humanas, *sino contratos de un mismo tipo contractual celebrados en serie 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, como puede ser una compraventa, un arrendamiento, un mutuo, etc.

Por otro lado, debido a la enorme cantidad de contratos que se celebran dentro de los parámetros de la contratación predispuesta, los sujetos de la relación contractual generalmente son anónimos. Así, por ejemplo, si Juan negocia con Pedro la venta de su inmueble, ambos serán las partes contratantes y ocuparán las condiciones de vendedor (Juan) y comprador (Pedro), estando claramente identificados en el contrato. Esta identificación de las partes contratantes que siempre se encuentra presente en un contrato negociado, no es aplicable a la contratación predispuesta, ya que generalmente uno de los contratantes, o a veces ambos, son anónimos o es necesaria la identificación al momento de celebrar un determinado contrato. Por ejemplo, cuando uno compra un diario en un kiosco no sabe con quién está contratando, y menos nos interesa conocer tal información, lo que nos preocupa es contar con el diario en el tiempo más breve; de igual forma al propietario del kiosco poco o nada le interesa saber quién es el cliente y si es capaz o no, a este sujeto de la relación contractual le importa vender el mayor número de diarios. En consecuencia, ya no podemos referirnos como en el contrato negociado de Juan como vendedor y Pedro como comprador, y más bien podemos calificar a las partes contratantes de un contrato masivo o predispuesto, 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 (elemento esencial para la existencia y validez de un contrato), pueda lograrse rápidamente el acuerdo contractual. Para ello, es necesaria la estandarización del esquema contractual a efecto de reducir o eliminar la negociación de cada una de las condiciones del contrato.

---

“¿acaso la contratación en masa puede hoy en día despertar a alguien admiración y estupor?, ¿impresiona nuestra imaginación la idea de un supermercado, de una estación de combustible?”. Responde que en modo alguno la contratación masiva es ajena a la vida cotidiana de todo individuo, inclusive desde que nace el ser humano es un consumidor. (Cf. JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA, ROXANA, “La oferta al público en el Código Civil y en la Ley de protección al consumidor”, en: *Instituciones de derecho privado – Contratación contemporánea*, ob. cit., vol. 1, págs. 518-522).

No se sabe con exactitud cuándo surgió la contratación masiva. Para algunos pensadores como ALVIN TOFFLER, las categorías de productores y consumidores surgieron con el nacimiento de la sociedad industrial<sup>20</sup>. Jurídicamente, creemos que fue RAYMOND SALEILLES en su obra publicada en París en 1902 y destinada al estudio de los numerales 116 a 144 del Código Civil alemán (BGB), quien acuñó el término *contrats d'adhésion*<sup>21</sup>. Este jurista francés expresó que:

“Indudablemente hay contratos y contratos... Existen unos pretendidos contratos que no tienen de tales más que el nombre, y cuya construcción jurídica está aún por hacer; ... se les podría llamar, a falta de otra denominación más adecuada, *contratos de adhesión*, en los cuales se da un predominio exclusivo de la voluntad de una de las partes contratantes actuando como voluntad unilateral, la cual dicta su ley no ya sólo a un individuo sino a una colectividad indeterminada, y que se vincula por anticipado, unilateralmente, salvo la adhesión de quienes deseen aceptar su *lex contractus* y entrar a formar parte de este acuerdo ya creado por sí mismo”<sup>22</sup>.

Ahora bien, conforme empezó a cobrar auge la contratación masiva, el contrato tradicional carecía de rapidez para lograr un gran número de transacciones comerciales, por lo que se requería de una solución jurídica que otorgase validez y eficacia a las relaciones particulares. Al respecto, DE LA PUENTE Y LAVALLE ha escrito que entre la gama contractual conocida a principios del siglo XX, la primera opción fue el contrato por adhesión, mediante el cual una de las partes acepta íntegramente el contrato elaborado por el otro contratante.

“Sin embargo, pronto se advirtió que la masa de personas estaba compuesta por individuos con necesidades similares, pero no iguales, lo que requería una cierta diferenciación en los contratos. Para satisfacer este requerimiento se idearon las cláusulas

19 De igual parecer es MANUEL DE LA PUENTE Y LAVALLE, quien ha expresado que frente a los requerimientos del tráfico masivo la contratación en masa se presenta como “[...] un nuevo sistema de contratación que permita reducir al mínimo las tratativas [del contrato] sin perder un margen indispensable de flexibilidad” (Cfr. DE LA PUENTE Y LAVALLE, MANUEL, *El contrato en general*, ob. cit., t. III, pág. 71).

20 Cfr. TOFFLER, ALVIN, *La tercera ola*, título original: *The third wave*. New York, William Morrow and Company. Según TOFFLER, “Durante la primera ola, la mayoría de las personas consumían lo que ellas mismas producían. No eran ni productores ni consumidores en sentido habitual. Eran, en su lugar, lo que podría denominarse “prosumidores”. Fue la revolución industrial lo que, al introducir una cuña en la sociedad, separó estas dos funciones y dio con ello nacimiento a lo que ahora llamamos productores y consumidores. Esta escisión condujo a la rápida extensión del mercado o red de intercambio..., ese dédalo de canales a cuyo través las mercancías o servicios producidos por usted llegan hasta mí, y viceversa” (ob. cit., pág. 262).

21 SALEILLES, RAYMOND, *De la déclaration de volonté, contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code Civil allemand (art. 116 à 144)*. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1929, n° 89, citado por REZZONICO, JUAN CARLOS, *Contratos con cláusulas predispuestas. Condiciones negociales generales*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1987, pág. 205.

22 SALEILLES, RAYMOND, *La déclaration de volonté*, Paris, 1902, 299, citado por GARCÍA-AMIGO, M., *Condiciones generales de los contratos. (Civiles y mercantiles)*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969, págs. 4-5.

generales de contratación, que constituyen una feliz combinación de los contratos por adhesión y los contratos paritarios”<sup>23</sup>.

Por su parte, LUIS DíEZ-PICAZO sostiene que la idea tradicional de contrato no concuerda con la contratación masiva, ya que no es eficiente que la empresa moderna negocie con cada uno de sus clientes-consumidores el contenido de los contratos<sup>24</sup>. Urge pues la estandarización contractual y el derecho no puede ser estático, por el contrario, tiene que ser el canal que permita el logro de las metas que la sociedad desea obtener, de ahí que el derecho y la sociedad deban alimentarse mutuamente, a fin de no convertirse, como señala Roxana JIMÉNEZ, “en dos categorías independientes, autónomas y ajenas”<sup>25</sup>.

Principalmente, las modalidades contractuales que hoy permiten el tráfico masivo de bienes y servicios son las cláusulas generales de contratación y los contratos por adhesión. En el presente trabajo nos ocuparemos únicamente de los contratos celebrados sobre la base de las cláusulas generales de contratación.

#### 4. LAS CLÁUSULAS GENERALES DE CONTRATACIÓN

La doctrina peruana anterior a la dación del Código Civil de 1984 no se ocupó de la temática de las cláusulas generales de contratación; únicamente analizaron la figura de los contratos por adhesión<sup>26</sup>. No obstante, MANUEL DE LA PUENTE Y LAVALLE, en su tesis para optar el grado académico de doctor en derecho en 1979, estudia esta figura bajo el nombre de “estipulaciones generales de contratación” y las define como:

“[...] Las condiciones, cláusulas o estipulaciones [...] formuladas preventivamente en forma unilateral por la empresa o conjunto de empresas, en forma general y abstracta, que son publicadas o hechas a conocer con miras a que, con base a ellas, se celebren una serie indefinida de contratos individuales, las cuales sólo tendrán carácter vinculatorio cuando se celebren los respectivos contratos”<sup>27</sup>.

---

23 Véase DE LA PUENTE Y LAVALLE, MANUEL, “Las cláusulas generales de contratación y la protección al consumidor”, en: *Themis*, revista de derecho editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1995, n° 31, pág. 19.

24 Cfr. DíEZ-PICAZO, LUIS, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, ob. cit., vol. I, pág. 131.

25 Cfr. JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA, ROXANA, “La oferta al público en el Código Civil y en la Ley de protección al consumidor”, en: *Instituciones de derecho privado – Contratación contemporánea*, ob. cit., vol. I, págs. 515 y 517.

26 Cfr. CASTAÑEDA, JORGE Eugenio, *El derecho de los contratos*, UNMSM, Lima, 1962, t. I, págs. 40 y 41. Véase también: *Derecho de contratos*, texto universitario de la Universidad Católica de Lima, 1963, pág. 2.

27 Cfr. DE LA PUENTE Y LAVALLE, MANUEL, *Estudios del contrato privado*, Cultural Cuzco S.A., Lima, 1983, t. I, págs. 300-301. Este trabajo fue presentado y sustentado por el autor en 1979 para optar el grado de doctor en

En 1991, DE LA PUENTE abandonaría el término estipulación para referirse a esta modalidad contractual como cláusulas generales de contratación, término adoptado en forma mayoritaria por la doctrina jurídica.

Actualmente el Código Civil, en el artículo 1392, dispone que:

“Las cláusulas generales de contratación son aquéllas redactadas previa y unilateralmente por una persona o entidad, en forma general y abstracta, con el objeto de fijar el contenido normativo de una serie indefinida de futuros contratos particulares, con elementos propios de ellos”.

A su vez, la correspondiente exposición de motivos y comentarios del Código Civil señala que:

“[...] Estas cláusulas son formuladas de manera preventiva y unilateral por una persona o un grupo de personas, que fijan de un modo abstracto el contenido normativo general o accesorio de una serie de contratos individuales, de manera que éstos se ajustan a aquéllas. En suma, se trata de fórmulas abstractas y generales, de donde su nombre, que se incorporan a los contratos individuales y existe en ellas, de consiguiente, un fenómeno de intercalación. Desde luego estas cláusulas sólo son vinculantes en la medida que se celebran los contratos individuales”<sup>28</sup>.

En Argentina, ATILIO ANÍBAL ALTERINI, tomando en cuenta la Ley de condiciones generales de Alemania y el Código Civil peruano de 1984, ha definido a las cláusulas generales como:

“las cláusulas predisuestas por alguna de las partes, con alcance general y para ser utilizadas en futuros contratos particulares, sea que estén incluidas en el instrumento del contrato, o en otro separado”<sup>29</sup>.

la Pontificia Universidad Católica del Perú. El mismo estuvo orientado —como señala el autor— a proponer las modificaciones que debían introducirse en materia contractual en la Reforma del Código civil de 1936. En este sentido, la definición esbozada en su trabajo fue muy útil a los codificadores. Sin embargo, denominaba a esta institución como “Estipulaciones generales de contratación”. Posteriormente en su voluminoso trabajo, *El contrato en general*, ob. cit., t. III, abandona esta denominación por la de “Cláusulas generales de contratación”.

28 Cfr. REVOREDO DE DEBAKEY, DELIA (comp.), *Código civil. Exposición de motivos y comentarios*, Okura Editores, Lima, 1985, vol. VI, pág. 54. Siendo el doctor MAX ARIAS-SCHREIBER PEZET ponente del libro sobre *Contratos en general*, recoge nuevamente su opinión, en su obra: *Exégesis del Código Civil peruano de 1984*, 2ª edición, Gaceta Jurídica S.A., Lima, 2000, t. I, págs. 160 y sigs.

29 Cfr. ALTERINI, ATILIO ANÍBAL, *Contratos. Civiles – comerciales – de consumo. Teoría general*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999, pág. 131. El proyecto de un nuevo Código Civil para la hermana República de Argentina de 1998, en el artículo 899, sanciona que se denomina: “d) Condiciones generales, a las cláusulas predisuestas por alguna de las partes, con alcance general y para ser utilizadas en futuros contratos particulares, sea que estén incluidas en el instrumento del contrato, o en otro separado” (Cfr. *Proyecto de Código Civil de la*

En buena cuenta, *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*<sup>30</sup>, 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 una parte predisponente y otra adherente. Por tanto, sólo tendrán eficacia una vez celebrado un contrato en particular.

Ahora, 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 luego a él. También puede darse el caso de que las cláusulas generales de contratación se encuentren publicadas en una norma legal que las aprueba, tal es el caso de las cláusulas generales de contratación aplicables a los contratos de préstamo hipotecario, las mismas que han sido aprobadas por la Superintendencia de Banca y Seguros mediante la Resolución N° 352-2001. O como ocurre con las cláusulas generales de contratación de los servicios de telefonía que se encuentran en las respectivas guías telefónicas de los usuarios, pero que también fueron aprobadas por el legislador.

## **5. CARACTERÍSTICAS DE LAS CLÁUSULAS GENERALES DE CONTRATACIÓN**

De acuerdo con la definición contenida en el artículo 1392 del Código Civil y la posición de la doctrina calificada, las características de las cláusulas generales de contratación son las siguientes:

- a) la predisposición o preformulación,
- b) la generalidad,
- c) la uniformidad,
- d) la abstracción, y
- e) la inmutabilidad.

---

*República Argentina unificado con el Código de Comercio*, Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 1999, págs. 376-377).

30 Las cláusulas generales de contratación como declaraciones unilaterales de voluntad sólo pueden ser redactadas por personas naturales o jurídicas, ya que todavía no se puede hablar de parte contratante, pues no se ha celebrado ningún contrato en particular.

## **a. La predisposición o preformulación**

Es el acto por el cual una persona, natural o jurídica, concibe intelectualmente y redacta en forma previa y unilateral las cláusulas generales.

## **b. La generalidad**

Está referida al hecho de que las cláusulas generales se formulan sin tener relación con un contratante específico<sup>31</sup>, por lo tanto, están dirigidas al público en general, a la masa humana.

## **c. La uniformidad**

Se presenta cuando las cláusulas generales son comunes a una serie indefinida de contratos particulares<sup>32</sup>.

## **d. La abstracción**

Significa que las cláusulas generales son concebidas independientemente de una concreta relación jurídica<sup>33</sup>.

## **e. La inmutabilidad<sup>34</sup>**

Es otro elemento esencial de las cláusulas generales, pero que no ha sido incorporado por el codificador peruano en el Código Civil, ya que de acuerdo a establecido por

---

31 Cfr. CÁRDENAS QUIRÓS, CARLOS, "Las cláusulas generales de contratación y el control de las cláusulas abusivas", en: *Ius et veritas*, revista de derecho editada por estudiantes de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, año VII, n° 13, pág. 21; REZZONICO, JUAN CARLOS, *Contratos con cláusulas predispuestas*, ob. cit., págs. 127 y 128; y VALLESPINOS, CARLOS GUSTAVO, *El contrato por adhesión a condiciones generales*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1984, pág. 288.

32 Cfr. CÁRDENAS QUIRÓS, CARLOS, "Las cláusulas generales de contratación y el control de las cláusulas abusivas", ob. cit., pág. 21; REZZONICO, JUAN CARLOS, *Contratos con cláusulas predispuestas*, ob. cit., págs. 130-131.

33 Véase REZZONICO, JUAN CARLOS, *Contratos con cláusulas predispuestas*, ob. cit., págs. 128-129; y VALLESPINOS, CARLOS GUSTAVO, ob. cit., pág. 286.

34 Esta característica no figura en la definición del artículo 1392 del Código Civil peruano, pero debió contemplarse pues las cláusulas generales no pueden modificarse, ya que ello significaría destruir su verdadera finalidad. MANUEL DE LA PUENTE puntualiza que, "Desde luego, este carácter inmodificable no es óbice para que las partes, de común acuerdo, celebren un contrato al cual incorporen voluntariamente determinadas cláusulas generales predispuestas por una de ellas y prescindir de otras, pero este contrato será un contrato paritario y no uno concertado basándose en cláusulas generales, por lo cual no estaría sujeto al régimen legal



los artículos 1395 y 1400 del Código vigente, se faculta a las partes contratantes a pactar que determinadas cláusulas generales no se apliquen a un contrato en particular<sup>35</sup>. Sin embargo, las cláusulas generales preformuladas por el predisponente deben ser un conjunto único e indiscutible y como tales, no pueden ser modificadas<sup>36</sup>. Al respecto, DE LA PUENTE señala que permitir a las partes contratantes la modificación de las cláusulas generales de contratación es atentar contra su naturaleza y destruir la verdadera finalidad de su utilización, consistente en facilitar la contratación masiva de bienes y servicios. El mismo autor señala que las cláusulas generales de contratación no son normas de orden público y menos normas imperativas, por tanto, la inmutabilidad de estas cláusulas es necesaria dadas las exigencias del tráfico masivo. No obstante, si se modifican las cláusulas generales estaríamos ante un contrato paritario y no ante uno celebrado sobre la base de cláusulas generales de contratación<sup>37</sup>.

Sin lugar a dudas, existe la posibilidad de que se puedan modificar algunas o aun todas las cláusulas generales, pero en este caso, como se ha señalado, no estaremos ante un contrato celebrado sobre la base de cláusulas generales, sino frente a uno paritario o negociado, donde existen las tratativas previas o la negociación al acuerdo final y por lo tanto, tal contrato no podrá estar sujeto a las reglas de la contratación masiva, debiendo en este caso aplicarse las reglas del contrato negociado y la teoría general del contrato.

## **6. FINALIDAD DE LAS CLÁUSULAS GENERALES DE CONTRATACIÓN**

Este tema no ha sido tratado en forma específica por la doctrina peruana; sin embargo, los pocos estudios se han referido tangencialmente a él y lo han orientado desde distintas ópticas. Empezaremos citando la exposición de motivos del Código Civil, en donde se expresa que las cláusulas generales de contratación son un medio contractual contemporáneo que se utiliza para el comercio a gran escala de bienes y servicios, pero su regulación en el Código —en palabras de los

---

de éstas”. (Cfr. DE LA PUENTE Y LAVALLE, MANUEL, *El contrato en general*, ob. cit., t. III, págs. 88-90). De igual parecer es CARLOS CÁRDENAS QUIRÓS, “Las cláusulas generales de contratación y el control de las cláusulas abusivas”, ob. cit., pág. 21.

35 Véase DE LA PUENTE Y LAVALLE, MANUEL, *El contrato en general*, ob. cit., t. III, págs. 88-90; asimismo, CÁRDENAS QUIRÓS, CARLOS, “Las cláusulas generales de contratación y el control de las cláusulas abusivas”, ob. cit., pág. 21.

36 Cfr. DE LA PUENTE Y LAVALLE, MANUEL, *El contrato en general*, ob. cit., t. III, pág. 88.

37 Véase DE LA PUENTE Y LAVALLE, MANUEL, *El contrato en general*, ob. cit., t. III, págs. 89, 90 y 162 a 164. De igual parecer es JUAN FARINA, (Cfr. FARINA, JUAN M., *Contratos comerciales modernos*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1993, pág. 57).

codificadores— fue motivada por los riesgos que presenta esta modalidad contractual ya que,

“... no existe paridad entre los contratantes y uno de ellos ostenta todas las ventajas de su posición y no pocas veces se prestan a la comisión de abusos. De allí la razón que se ha tenido para legislarlas con detenimiento”<sup>38</sup>.

Al respecto, MAX ARIAS-SCHREIBER ha escrito que:

“Cuando se preparó el anteproyecto de la parte general, llegamos a la conclusión de que era ineludible legislar sobre esta materia. Básicamente nos preocupaba el hecho de que quien establece el esquema impone sus reglas a la contraparte, la que de no adherirse simple y llanamente no celebra el contrato; todo lo cual agranda la brecha existente entre la parte fuerte y débil de la relación contractual. Había, en suma, que defender al consumidor”<sup>39</sup>.

ALFREDO BULLARD, con un método de análisis distinto<sup>40</sup>, sostiene que la contratación masiva está orientada a reducir los costos de transacción en los contratos. También señala que la regulación de los contratos por adhesión y de las cláusulas generales de contratación en el Código Civil están destinadas a proteger al consumidor. Para este autor, el fenómeno de la contratación masiva se presenta como un problema de defensa y protección al consumidor, pero no desde la perspectiva del control o revisión del contenido contractual, sino del proceso de transmisión de información a los consumidores<sup>41</sup>. Según BULLARD, el

“legislador civil tuvo [...] una visión errada del problema. Se preocupó más de un poder económico supuestamente abusivo, que de cuidar la existencia de mecanismos adecuados de transmisión de información a los consumidores”<sup>42</sup>.

---

38 Cfr. REVOREDO DE DEBAKEY, DELIA (comp.), *Código civil. Exposición de motivos y comentarios*, ob. cit., vol. VI, págs. 54-55; y ARIAS-SCHREIBER PEZET, MAX, *Exégesis del Código Civil peruano de 1984*, ob. cit., t. I, págs. 160-161.

39 Cfr. ARIAS-SCHREIBER PEZET, MAX, *Exégesis del Código Civil peruano de 1984*, ob. cit., t. I, pág. 157. Este texto, también puede encontrarse en REVOREDO DE DEBAKEY, DELIA (comp.), *Código Civil. Exposición de motivos y comentarios*, ob. cit., vol. VI, págs. 51-52, aunque con la diferencia de que no se menciona la frase: “Había, en suma, defender al consumidor”.

40 El método que BULLARD utiliza en sus trabajos es el *Análisis económico del derecho* (AED). El AED puede considerarse como una metodología de análisis que, sin renunciar a otros métodos, tiene la virtud de tomar prestado de la economía algunos elementos que permite entender el derecho desde otro ángulo, buscando establecer los costos y los beneficios de determinadas conductas. Del autor, se recomienda los siguientes textos: *Estudios de análisis económico del derecho*, ARA Editores, Lima, 1996, pág. 22; y “¿Qué es el análisis económico del derecho?”, en *Scribas*, UNSA-INDEI, Arequipa, 1997, año II, n° 3, pág. 101.

41 Véase BULLARD G., ALFREDO, “¡Firme primero, lea después! La contratación masiva y la defensa del consumidor”, en: *El derecho civil peruano. Perspectivas y problemas actuales*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1993, págs. 28, 39 y 40.

42 Cfr. BULLARD G., ALFREDO, “¡Firme primero, lea después! La contratación masiva y la defensa del consumidor” ob. cit., págs. 40 a 41.

Otro importante sector de la doctrina sostiene que las cláusulas generales de contratación son consecuencia necesaria de la contratación en masa y están destinadas a facilitar esta contratación<sup>43</sup>. Para MANUEL DE LA PUENTE, la función de la contratación masiva, a través de las cláusulas generales de contratación, es permitir el tráfico masivo de bienes y servicios y, para lograr su fluidez, las cláusulas generales de contratación están orientadas a favorecer la producción y el comercio, y no al productor o al comerciante<sup>44</sup>.

Podemos apreciar que no se encuentra claramente delimitada la finalidad de la contratación masiva. Resumiendo brevemente las distintas posiciones de la doctrina peruana, tenemos:

- a. Por un lado, la postura del Código Civil y de MAX ARIAS-SCHREIBER que señalan que los contratos por adhesión y los contratos celebrados sobre la base de cláusulas generales de contratación son modalidades de la contratación masiva y la ineludible tarea de regularlas está orientada a defender al consumidor y, consecuentemente, reducir la brecha existente entre la parte fuerte —empresarios— y la parte débil —consumidores—<sup>45</sup>. En consecuencia, la finalidad de regular las cláusulas generales se debe a la defensa de los consumidores, es decir, proteger jurídicamente a la masa consumidora.
- b. Para MANUEL DE LA PUENTE la finalidad de las cláusulas generales de contratación es el tráfico masivo de bienes y servicios y sólo secundariamente, la protección de la parte débil en la negociación contractual.
- c. Por último, encontramos a ALFREDO BULLARD que relaciona el tema de las cláusulas generales de contratación con la protección al consumidor, sosteniendo que el legislador debe orientar su preocupación para regular los mecanismos de transmisión de la información a los consumidores, a fin de evitar la asimetría de la información que existe en este sistema contractual.

Nuestra postura se encuentra orientada a respaldar la tesis de que la finalidad jurídica de las cláusulas generales de contratación es facilitar el tráfico masivo de bienes y servicios, reduciendo al máximo los costos de negociación a fin de permitir la fluidez de las operaciones contractuales en una sociedad de masas como en la que actualmente vivimos.

---

43 Cfr. DE LA PUENTE Y LAVALLE, MANUEL, *El contrato en general*, ob. cit., t. III, pág. 76.

44 Puede encontrarse la fundamentación a su postura en: *El contrato en general*, ob. cit., t. III, págs. 71-77.

45 Cfr. ARIAS-SCHREIBER PEZET, MAX, *Exégesis del Código Civil peruano de 1984*, ob. cit., t. I, págs. 156-162. Véase también: REVOREDO DE DEBAKEY, DELIA (comp.), ob. cit., vol. VI, págs. 51-55.

En 1995, MANUEL DE LA PUENTE manifestó que:

“El codificador peruano de 1984 ha diseñado las cláusulas generales de contratación con la finalidad principal de facilitar el tráfico masivo de bienes y servicios y que sólo secundariamente busca proteger a la parte débil en la negociación contractual”<sup>46</sup>.

Asimismo, señaló que:

“[...] No se debe identificar la condición de consumidor o usuario con la de parte débil en la negociación contractual, pues la calificación de cada uno de ellos obedece a distintos criterios”<sup>47</sup>.

Por lo tanto, DE LA PUENTE no participa de la intención del codificador peruano que mediante los artículos 1398, 1399 y 1401, busca proteger a la parte débil en los contratos celebrados sobre la base de cláusulas generales<sup>48</sup>.

Coincidimos con el profesor peruano cuando señala que las cláusulas generales de contratación fueron diseñadas para favorecer el tráfico masivo de bienes y servicios. Respecto a la protección de la parte débil, de los posibles abusos de los proveedores o predisponentes mediante la incorporación de cláusulas abusivas o vejatorias en los contratos celebrados con base a cláusulas generales de contratación o contratos por adhesión, creemos que su regulación debe encontrarse tanto en las normas del Código Civil (contratantes adherentes al esquema contractual) como en la legislación sobre protección al consumidor (consumidores o usuarios). Por tanto, debemos puntualizar que la protección de la parte débil (consumidores o no) no es una finalidad propia de las cláusulas generales de contratación.

## **7. NATURALEZA JURÍDICA DE LAS CLÁUSULAS GENERALES DE CONTRATACIÓN**

Sobre la naturaleza jurídica de las cláusulas generales de contratación, es necesario preguntarse si las cláusulas generales de contratación son equiparables a normas jurídicas y por ende, obligatorias para las partes, o constituyen una simple forma de contratación.

---

46 Véase DE LA PUENTE Y LAVALLE, MANUEL, “Las cláusulas generales de contratación y la protección al consumidor”, ob. cit., n° 31, pág. 20.

47 Véase DE LA PUENTE Y LAVALLE, MANUEL, “Las cláusulas generales de contratación y la protección al consumidor”, ob. cit., n° 31, págs. 17-18.

48 Véase DE LA PUENTE Y LAVALLE, MANUEL, “Las cláusulas generales de contratación y la protección al consumidor”, ob. cit., n° 31, pág. 20.

Para responder esta pregunta han surgido fundamentalmente dos teorías: la normativista y la contractualista.

### 7.1. Tesis normativista o anticontractualista

Para los representantes de esta tesis —los alemanes GROSSMANN-DOERTH (1933), KOHLER (1934)<sup>49</sup> y HILDEBRANT (1937)—, las cláusulas generales forman parte del ordenamiento legal y deben ser consideradas como normas vinculantes, por lo tanto, son obligatorias tanto para quien las predispone como para quienes se vinculan con él<sup>50</sup>.

En 1962 JOAQUÍN GARRIGUES expresó que las condiciones generales merecen la calificación de “usos mercantiles” y, como tales, constituyen fuente objetiva de derecho<sup>51</sup>. Igualmente, en 1981, MARÍA CONSTANZA ha manifestado que ante la carencia de normas dispositivas que regulen las relaciones contractuales masivas, la difusión y uso de las condiciones generales de contratación van creando contratos atípicos que posteriormente se convierten en normas dispositivas<sup>52</sup>.

En síntesis, para la teoría normativista las cláusulas generales de contratación son equiparables a normas positivas y, por lo tanto, no tienen una naturaleza contractual.

### 7.2. Tesis contractualista

Según la tesis contractualista, las cláusulas generales de contratación forman parte del contrato y constituyen una expresión de la autonomía privada. Empero, las cláusulas generales sólo adquieren fuerza obligatoria, como estricto contenido contractual<sup>53</sup>, cuando se celebra un contrato en particular y ellas se incorporan al

49 Citados por GARCÍA-AMIGO, M., ob. cit., págs. 105 a 107. En nuestro país, MANUEL DE LA PUENTE ha recogido cuidadosamente todos los representantes de esta tesis en su trabajo sobre *Estudios del contrato privado*, ob. cit., t. I, pág. 316 a 316. En el *Derecho argentino*, pueden verse los trabajos de REZZONICO, VALLESPINOS y los STIGLITZ.

50 Cfr. DE LA PUENTE Y LAVALLE, MANUEL, *El contrato en general*, ob. cit., t. III, págs. 101-102.

51 Cfr. GARRIGUES, JOAQUÍN, *Curso de derecho mercantil*, reimpresión de la 7ª edición, Editorial Temis, Bogotá, 1987, t. I, pág. 128. DIEZ-PICAZO, LUIS, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, ob. cit., t. I, págs. 250-251. GARCÍA-AMIGO, M., ob. cit., págs. 1-2. DE LA PUENTE Y LAVALLE, MANUEL, *Estudios del contrato privado*, ob. cit., t. I, págs. 315-316.

52 Véase CONSTANZA, MARÍA, “*Il contratto atípico*”, Dott. A. Giuffrè, Editore, Milano, 1981, pág. 274, y “*Natura normativa delle condizioni generali di contratto*”, en: *Le condizioni generali di contratto*, a cargo de MASSIMO BIANCA, Dott. A. Giuffrè, Editore, t. I, Milano, pág. 11.

53 Cfr. DIEZ-PICAZO, LUIS, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, ob. cit., t. I, pág. 251.

mismo. Esta es la posición mayoritaria de la doctrina, encontrándose entre sus representantes los alemanes KOCH (1932), KOST (1933), RAISER (1935), MANICGK (1939), BALLESTEDT (1956), SANDROCK (1959), y LAUFKE (1962)<sup>54</sup>, BRANDNER (1963); los italianos ASCARELLI (1962)<sup>55</sup> y BIANCA (1984)<sup>56</sup>; los españoles URÍA (1956), SANTOS BRIZ (1966), GARCÍA-AMIGO (1969), MARTÍN-BALLESTERO (1963), DE COSSIO (1975)<sup>57</sup>, y DE CASTRO Y BRAVO (1975)<sup>58</sup>; y los latinoamericanos ALTERINI y LÓPEZ CABANA (Argentina), LÓPEZ SANTA MARÍA (Chile) y DE LA PUENTE Y ARIAS-SCHREIBER (Perú).

### **7.3. La doctrina peruana: postura de MANUEL DE LA PUENTE Y LVALLE**

Para establecer la naturaleza jurídica de las cláusulas generales de contratación, MANUEL DE LA PUENTE advierte que debe distinguirse las cláusulas generales en sí y el contrato celebrado sobre la base de ellas<sup>59</sup>.

Respecto a las cláusulas generales de contratación en sí, las define como declaraciones unilaterales de voluntad del predisponente, careciendo entonces de una naturaleza contractual, por lo que no obligarían a su predisponente con nadie al momento de redactarlas. En cambio, cuando las cláusulas generales de contratación se incorporan a un contrato particular, por ejemplo un contrato de compraventa celebrado con base a ellas, sí poseen un carácter contractual y por ende son obligatorias tanto para el predisponente como para el adherente.

Ahora bien, las cláusulas generales de contratación pueden formar parte de un contrato en particular mediante una oferta formulada por el predisponente o una oferta aceptada por él, pero en ambos casos la relación jurídica obligatoria no surge de la redacción de las cláusulas generales, sino del contrato particular celebrado entre predisponente y adherente, siendo las cláusulas generales parte integrante de ese contrato particular.

Para este autor, las cláusulas generales de contratación tienen una naturaleza contractual, ya que los contratos celebrados sobre la base de cláusulas generales

---

54 Citados por GARCÍA-AMIGO, M., ob. cit., págs. 107-117.

55 Citado por DE LA PUENTE Y LVALLE, MANUEL, *Estudios del contrato privado*, ob. cit., t. I, pág. 317.

56 Citado por DE LA PUENTE Y LVALLE, MANUEL, *El contrato en general*, ob. cit., t. III, pág. 104.

57 Citado por DE LA PUENTE Y LVALLE, MANUEL, *Estudios del contrato privado*, ob. cit., t. I, pág. 318.

58 Véanse DE CASTRO Y BRAVO, FEDERICO, *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes*, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1987, págs. 53 y sigs.

59 Cfr. DE LA PUENTE Y LVALLE, MANUEL, *El contrato en general*, ob. cit., t. III, pág. 107. El autor mantiene esta opinión desde 1979, véase su obra *Estudios del contrato privado*, ob. cit., t. I, págs. 321-329.

de contratación son el producto de un acuerdo de voluntades, del consentimiento pleno entre predisponente y adherente y, por lo tanto, se encuentran comprendidos dentro de los alcances del artículo 1351 del Código Civil peruano<sup>60</sup>.

Entonces, no cabe la menor duda, para la doctrina calificada, de que los artículos 1392, 1393 y 1397 del texto civil también se encuentran dentro de la corriente contractual<sup>61</sup>.

#### 7.4. Tesis de JUAN CARLOS REZZONICO

Para JUAN CARLOS REZZONICO, la esencia jurídica de las cláusulas generales de contratación o condiciones negociales generales (CNG) como él las denomina, no es el contrato, sino la de una realidad independiente<sup>62</sup>. Este autor sostiene que

“[...] El problema de la esencia jurídica de las CNG sólo se resuelve por la admisión de sus rasgos propios, que la perfilan como una institución autónoma surgida del moderno tráfico de masa”<sup>63</sup>.

Agrega, que:

“[...] Asignar carácter contractual a ese fenómeno social, *sin más*, equivale a ingresar en el terreno de las ficciones; en fin, que el campo de despliegue *residual* es el del derecho contractual, en cuya afirmación no debe buscarse ninguna contradicción, sino el empleo de un utillaje existente adaptado a la nueva realidad, [...] con conciencia de las limitaciones y posibilidades que ello comporta, y dando paso siempre al análisis de la realidad *desde la perspectiva propia del fenómeno social de las condiciones negociales generales*”<sup>64</sup>.

Para este autor, las cláusulas generales de contratación no tienen una naturaleza o esencia contractual<sup>65</sup>, *tienen un carácter autónomo que lo concibe como un*

60 Cfr. DE LA PUENTE Y LAVALLE, MANUEL, *El contrato en general*, ob. cit., t. III, pág. 110.

61 CÁRDENAS, CARLOS, también es partidario de la naturaleza contractual cuando expresa que “Dado que las CGC se incorporan a la oferta, de modo que la aceptación de ésta comprende la de las CGC, su naturaleza es puramente contractual [...]”. (Cfr. CÁRDENAS QUIRÓS, CARLOS, “Las cláusulas generales de contratación y el control de las cláusulas abusivas”, ob. cit., n° 13, pág.21).

62 Cfr. REZZONICO, JUAN CARLOS, *Contratos con cláusulas predispuestas*, ob. cit., pág. 324.

63 Cfr. REZZONICO, JUAN CARLOS, *Contratos con cláusulas predispuestas*, ob. cit., pág. 318.

64 Cfr. REZZONICO, JUAN CARLOS, *Contratos con cláusulas predispuestas*, ob. cit., pág. 324.

65 Sin embargo, REZZONICO señala que “[...] no todo lo contractual es inadecuado para las CNG. Por el contrario, no es posible ni conveniente desaprovechar aquello que, habiendo crecido contractualmente, se adapte a la nueva realidad admitiendo su verdadera idiosincrasia; pero no debe seguirse el camino inverso, produciendo una subordinación de los fines a los medios técnicos en anquilosada permanencia. [...] Con la “concientización”

*fenómeno social*. Citando a DEMOGUE<sup>66</sup>, señala que el derecho debe interpretarse “no según las ideas antiguas, sino de acuerdo con las necesidades actuales”. En consecuencia, REZZONICO adopta una postura distinta a las tesis contractualista y normativista, sosteniendo una posición *sui generis* sobre la naturaleza jurídica de las cláusulas generales de contratación.

### **7.5. ¿Tienen una naturaleza jurídica las cláusulas generales de contratación?**

ALFREDO BULLARD cuestiona la tarea de los juristas de encontrarle “naturaleza jurídica” a todas las cosas<sup>67</sup>. Particularmente, creemos que toda institución jurídica tiene una causa, una razón de ser, siendo tarea de los estudiosos del derecho determinarla para una mejor comprensión de la misma.

No obstante, creemos que el problema a que se refiere BULLARD se presenta cuando —con fanatismo dogmático— se pretende encasillar un nuevo fenómeno de relevancia jurídica dentro de las teorías existentes, como si ellas hubiesen sido concebidas para responder a toda nueva realidad, negando o reduciendo, en cierta medida, la capacidad intelectual y creativa de los seres humanos posteriores a la elaboración de dichas teorías. En este sentido, no es ocioso ni inútil intentar determinar (por supuesto sin prejuicios ni fanatismos dogmáticos) la naturaleza jurídica de las nuevas realidades con contenido jurídico, ya que ello nos conducirá, como manifestamos, a una mejor comprensión de la razón de su existencia y las funciones que cumplirán. En el caso de la figura jurídica de las cláusulas generales de contratación, resulta de suma importancia determinar su naturaleza jurídica, a efecto de conocer sus reglas aplicables.

El derecho peruano ha optado por atribuirle, legislativa y doctrinariamente, naturaleza jurídica contractual a los contratos celebrados sobre la base de cláusulas generales de contratación y, por ende, les son aplicables las normas de la teoría general del contrato.

---

de las limitaciones de los antiguos elementos [del contrato], se podrá, si conviene, adaptarlos o utilizarlos, y en definitiva transformarlos, dotándolos de autonomía total cuando ello sea oportuno, pero naturalmente, el *campo propio* de la nueva realidad será el que dará la tónica diferencial y su justificación”. Véase REZZONICO, JUAN CARLOS, *Contratos con cláusulas predispuestas*, ob. cit., págs. 322-323.

66 DEMOGUE, RENÉ, *Traté des obligations en general*, Rousseau, París, 1923. Citado por REZZONICO, JUAN CARLOS, *Contratos con cláusulas predispuestas*, ob. cit., pág. 324.

67 Véase BULLARD GONZÁLEZ, ALFREDO, *¿Qué es el análisis económico del derecho?*, ob. cit., n° 3, pág. 101 y sigs.



Por nuestra parte, suscribimos la posición de la doctrina calificada que distingue la situación jurídica de las cláusulas generales de contratación antes de integrarse al contrato y una vez integradas al mismo. En efecto, las cláusulas generales de contratación que aún no se han integrado a un contrato en particular son meras declaraciones de voluntad y únicamente tendrán el carácter contractual cuando se incorporen a un contrato específico. Así, cuando se celebra válidamente un contrato con base a cláusulas generales, la relación jurídica creada por el contrato predispuesto es producto del consentimiento de ambos contratantes, en consecuencia, tales contratos tiene un origen contractual.

## **8. INCORPORACIÓN DE 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 —como en efecto sucede— 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 que se adhiere. Una forma usual, en nuestro medio, es la exoneración o el traslado de la responsabilidad de los productores o proveedores hacia los consumidores o adherentes al contrato predispuesto, con lo cual existe un claro desequilibrio en la relación contractual.

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.

Sobre la existencia de abusos en la contratación, Atilio Aníbal Alterini enfáticamente señala que:

“Permitir al predisponente que pueda dañar sin ser responsable, o que pueda rescindir unilateralmente el contrato, o que pueda demorar la entrega de la cosa cuyo precio ya le fue pagado [...], o que no preste garantía por evicción o por redhibición [...], cambia la normalidad del *ser* del contrato”,

y cambiar el ser de algo es mutar su naturaleza, es desnaturalizarlo<sup>68</sup>.

---

68 Cfr. ALTERINI, Atilio Aníbal, “Las condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas Argentina – Paraguay”, en: *Las condiciones generales de la contratación y las cláusulas abusivas*, AA.VV., Editorial Civitas, S.A. – Fundación BBV, Madrid, 1996, pág. 89.

No debemos olvidar que el contrato crea una relación jurídica contractual entre las partes contratantes, no obstante, para que ese vínculo jurídico sea válido se requiere el consentimiento libre y pleno de ambos contratantes, es decir, la declaración de la voluntad común de ambas partes. Por lo tanto, en la contratación masiva *no pueden ni deben* ser vinculantes ni —evidentemente— exigibles los pactos o acuerdos contenidos en cláusulas que desnaturalicen dicho consentimiento, expresado en un desequilibrio de la relación contractual.

### **8.1. Cláusula abusiva: concepto**

El término abusivo, en este contexto, no está relacionado con la figura de abuso del derecho o el ejercicio abusivo de un derecho, sino con un criterio de “excesivo”. En tal sentido, una cláusula es abusiva cuando en una relación contractual específica reporta una ventaja indiscriminada a favor de uno de los contratantes en menoscabo del otro<sup>69</sup>. También se denominan 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.
- d) Una atribución exorbitante en favor del predisponente del esquema contractual.

Por consiguiente, 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 cuando aumenten las obligaciones y cargas del adherente, trayendo como consecuencia una desnaturalización o desequilibrio en la relación jurídica creada por el contrato. En tales supuestos, no habrá, desde luego, un respeto al principio general de la buena fe, entendido éste, como un principio rector en la negociación, celebración y ejecución del contrato, así como fuente de integración del contrato.*

Al respecto, mayoritariamente la doctrina sostiene que en los contratos masivos celebrados con base en cláusulas generales de contratación o por adhesión serán nulas e ineficaces todas las cláusulas abusivas o vejatorias.

---

69 Cfr. DE LA PUENTE Y LAVALLE, MANUEL, *El contrato en general*, ob. cit., t. III, pág. 202.

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.

También, debemos puntualizar que los supuestos de cláusulas abusivas se refieren únicamente al contenido contractual y no a las prestaciones de la relación jurídica, es decir, a los bienes o servicios que hayan de ser proporcionados y la contraprestación que haya de pagarse por ellos.

Ahora bien, las cláusulas abusivas no deben calificarse como tales en abstracto, sino en cada contrato específico, ya que no podemos solicitar la nulidad de una cláusula que por ejemplo exonere o limite la responsabilidad del predisponente del esquema contractual, sin antes analizar esa cláusula limitativa de responsabilidad en una relación contractual en particular. Puede presentarse el caso en 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 vista como un conjunto.

## **9. CONTROL DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LA CONTRATACIÓN PREDISPUESA**

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, a su vez, también puede controlar los abusos en este sistema de contratación a través de mecanismos administrativos, legislativos y/o judiciales.

### **9.1. Protección autónoma**

El remedio contra las cláusulas abusivas puede provenir del ejercicio de la autonomía privada de los propios contratantes, quienes son los que deciden si contratan o no bajo determinadas condiciones, ya que por regla general nadie está obligado a contratar<sup>70</sup>.

---

<sup>70</sup> Si bien nadie está obligado a contratar, en la realidad —algunas o muchas veces— las personas se encuentran ante la necesidad urgente de contratar. Por ejemplo, en el contrato de transporte, cuando una persona tiene

También pueden contrarrestarse las cláusulas abusivas de los contratos predispuestos cuando las personas actúan de manera colectiva, bajo la conformación de asociaciones de consumidores y usuarios<sup>71</sup>. Estas personas jurídicas tienen por finalidad proteger a los consumidores, obteniendo información sobre los bienes y servicios que se ofrecen en el mercado, como precios, garantías, intereses, responsabilidad, etc., información que difundirán entre sus asociados, así como todo el público consumidor, a efecto de que puedan celebrar los contratos con los empresarios o predisponentes que les ofrezcan mejores condiciones negociales, dejando de adquirir los bienes o solicitar los servicios en los establecimientos o empresas que incorporen cláusulas leoninas que perjudiquen a los consumidores o usuarios.

En esta medida, las estipulaciones abusivas incorporadas por determinadas empresas pueden llevar a que los consumidores, una vez que se encuentren adecuadamente informados, decidan no adquirir los productos o servicios ofrecidos, pues sabrán que tales condiciones son perjudiciales a sus intereses.

Mediante este mecanismo son las personas quienes deciden si contratan, pues nadie mejor que uno para elegir el bien o servicio que le conviene, para lo cual tendrá muy en cuenta el precio, la calidad, garantías, etc.

## 9.2. Control administrativo

El control administrativo se realiza *antes* de la celebración del contrato. Es un control *ex ante*. Mediante él se otorga a la administración pública la facultad de redactar directamente las cláusulas generales de contratación, actividad que puede lograrse mediante un acto normativo general (dación de un reglamento), o mediante un acto normativo concreto (imponiendo las normas particulares que regularán los contratos celebrados por una determinada empresa). Asimismo, la autoridad administrativa puede controlar las cláusulas abusivas mediante la aprobación de

---

que trasladarse urgentemente a otro lugar, debe someterse a las reglas, a menudo abusivas, de las empresas de transporte. El caso de las playas de estacionamiento es más frecuente. Cuando no existen lugares dónde estacionar, se debe recurrir a una playa de estacionamiento que generalmente no se responsabiliza por nada. También en el suministro de agua, luz, teléfono, etc.

71 El artículo 4 de la Ley de protección al consumidor (D. Leg. 716 publicado el 9 de noviembre de 1991) señala:

“Las asociaciones de consumidores son organizaciones que se constituyen de conformidad con las normas establecidas para tal efecto en el Código Civil.

Su finalidad es la protección de los consumidores. Su representación se limita a sus asociados y a las personas que hayan otorgado poder en su favor y puedan interponer a nombre de ellos denuncias y reclamos ante las autoridades competentes.

las cláusulas generales de contratación formuladas por una empresa o persona natural que desea ofrecer sus bienes o servicios a la masa consumidora mediante la concertación de contratos predispuestos.

El legislador peruano ha incorporado el control administrativo en el artículo 1394 del Código Civil, estableciendo que el poder ejecutivo señalará la provisión de bienes y servicios que deben ser contratados con arreglo a cláusulas generales de contratación, las que, consecuentemente, deberán ser aprobadas por la autoridad administrativa. Sin embargo, hasta la fecha el poder ejecutivo no ha emitido decreto o reglamento alguno determinando qué contratos deben celebrarse mediante cláusulas generales aprobadas administrativamente, ni qué bienes o servicios requieren —para su comercialización— de aprobación por parte de la autoridad administrativa.

Sin perjuicio de la provisión de bienes y servicios que debió realizar el poder ejecutivo, existen algunas leyes que hacen referencia a la aprobación de las cláusulas generales de contratación por la autoridad administrativa. Tal es el caso del Reglamento general de la Ley de telecomunicaciones<sup>72</sup>, que en su artículo 61 establece que la prestación del servicio telefónico está sujeto a un contrato que suscribirán el concesionario y el abonado, de acuerdo a cláusulas generales de contratación aprobadas por el organismo supervisor de inversión privada en telecomunicaciones —OSIPTEL—, las cuales serán publicadas en la guía del abonado. En efecto, el consejo directivo de OSIPTEL está facultado para aprobar las cláusulas generales de contratación que regularán las relaciones contractuales entre el usuario de los servicios públicos de telecomunicaciones y la empresa que los presta<sup>73</sup>.

Esta facultad del Estado de aprobar las cláusulas generales de contratación en materia de prestación de servicio telefónico a través de la autoridad administrativa se ha materializado mediante la Resolución N° 007-97-CD/ OSIPTEL publicada en el diario oficial *El Peruano* el 15 de abril de 1997.

Con la aprobación de la autoridad administrativa, las cláusulas generales de contratación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1393 del Código Civil, se incorporan automáticamente a todas las ofertas que se formulen para contratar con arreglo a ellas. La exposición de motivos del Código Civil, comentando el citado artículo, señala que el

---

72 Aprobado por Decreto supremo n° 06-94-rc.

73 Así lo establece el inciso g) del artículo 40 del Reglamento del organismo supervisor de inversión privada en telecomunicaciones, aprobado mediante Decreto supremo n° 062-94-PCM.

“propósito que persigue este precepto es cautelatorio, pues cuando menos en teoría, la aprobación por la autoridad administrativa significa un filtro que evitará el abuso del contratante poderoso frente al débil”<sup>74</sup>.

Particularmente, nos preguntamos si la aprobación de las cláusulas generales de contratación por la autoridad administrativa evita que posteriormente puedan ser cuestionadas algunas cláusulas que sean abusivas y en consecuencia solicitarse su nulidad. Conforme lo dispone el artículo 1398 del Código Civil, no es posible solicitar la nulidad de alguna cláusula general abusiva que haya sido aprobada administrativamente, ya que la invalidez o nulidad de cláusulas abusivas sólo está referida a las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente. Por lo tanto, una interpretación *contrario sensu*, nos advierte que las mencionadas cláusulas serán válidas siempre que exista la aprobación de la autoridad administrativa competente.

### 9.3. Control legislativo

Esta clase de control también se efectúa *ex ante* de la celebración del contrato.

Al respecto, la doctrina y la jurisprudencia han enfrentado el problema de las cláusulas abusivas desde dos ópticas: mediante la inclusión de una “regla general” o de una “lista negra”, o de ambas, las mismas que disponen en qué supuestos serán nulas determinadas cláusulas por considerarse vejatorias.

El sistema de una *regla general* está referido a una norma de contenido abstracto y de alcance general que comprende a todas las cláusulas del contrato que desnaturalicen la relación jurídica obligatoria, es decir, que alteren el normal equilibrio contractual. REZZONICO<sup>75</sup> expresa que la cláusula general o norma abierta configura un precepto amplio, una estructura de tipo que comprende, con gran generalidad, un determinado campo de hechos a los que alimenta; de tal manera que todas las cláusulas que se encuentran comprendidas dentro de esa estructura son abusivas o vejatorias.

El camino de una *lista negra* consiste en la enumeración taxativa de una relación, cerrada o abierta, de supuestos en los que determinadas cláusulas o estipulaciones contractuales podrían declararse nulas. Esta lista es cerrada cuando los supuestos

---

74 Cf. REVOREDO DE DEBAKEY, DELIA (comp.), *Código civil. Exposición de motivos y comentarios*, ob. cit., vol. VI, pág. 56.

75 Cf. REZZONICO, JUAN CARLOS, *Contratos con cláusulas predispuestas*, ob. cit., pág. 459.

enunciados son los únicos, es decir, estamos ante una lista de *numerus clausus*. En cambio, es abierta cuando se permite, además de los supuestos establecidos, otros no contemplados expresamente, lo que doctrinariamente se denomina *numerus apertus*.

El Código Civil de 1984, considerado como un texto moderno, regula la contratación privada desde una óptica tradicional; sin embargo, ha dedicado 12 artículos, del 1390 al 1401, a la regulación de las figuras jurídicas del contrato por adhesión y las cláusulas generales de contratación. Respecto a las cláusulas abusivas en ambos contratos predispuestos, expresa que *no serán válidas* únicamente aquéllas enumeradas por la norma y que no hayan sido aprobadas administrativamente, optando por el sistema de una lista negra cerrada<sup>76</sup>.

El artículo 1398 no es claro al regular la sanción contra las cláusulas abusivas, pues dice “no son válidas”, lo cual podría indicarnos que el legislador está sancionando con “invalidez”, pero aun haciendo esta precisión o interpretando que se trata de invalidez, no precisa si se refiere a la nulidad o a la anulabilidad, lo cual puede generar serios problemas en torno a la aplicación que los operadores del derecho brindarán a esta norma. No obstante, la doctrina es unánime en sancionar con nulidad las cláusulas abusivas en los contratos predispuestos. Una razón para que la reforma del Código Civil sea coherente y corrija estos defectos.

Sin perjuicio de los comentarios en el párrafo precedente, el artículo 1398 debe interpretarse en el sentido de que el ordenamiento jurídico sanciona con invalidez y, por lo tanto, declara nulas las estipulaciones no aprobadas por la autoridad administrativa que establezcan en favor de quien las ha redactado:

- a) exoneraciones o limitaciones de responsabilidad;
- b) facultades de suspender la ejecución del contrato, de rescindirlo o de resolverlo;
- c) facultades de prohibir a la otra parte el derecho de oponer excepciones; y
- d) facultades de prorrogar o renovar tácitamente el contrato.

Originalmente, el codificador también consideró abusiva la cláusula de sometimiento a arbitraje en los contratos predispuestos; sin embargo, este supuesto fue derogado con la dación del nuevo Código Procesal Civil en 1992<sup>77</sup>. ¿Cuál fue la razón de su derogatoria? No se precisó por los legisladores. Particularmente,

---

76 MANUEL DE LA PUENTE, al comentar este artículo, señala que “dado que el artículo 1398 del Código Civil peruano sigue el mismo sistema que el segundo párrafo del artículo 1341 del Código italiano, o sea, hace una enumeración de casos sin precederlos por una regla general, es plausible entender que tal enumeración es limitativa” (Cfr. DE LA PUENTE Y LAVALLE, MANUEL, *El contrato en general*, ob. cit., t. III, pág. 210).

creemos que la razón fue incentivar el uso de este mecanismo alternativo de solución de conflictos en toda la contratación privada; para ello, no se debía considerar que la incorporación de esta cláusula en los contratos predispuestos constituía un abuso en la contratación por parte del predisponente. Por ende, no merecían el calificativo de “cláusulas abusivas o vejatorias”. Nada más falso. Imaginemos el caso de un contratante, por ejemplo un gran establecimiento o entidad bancaria, que establece en el contrato predispuesto que cualquier controversia derivada del contrato será resuelta en la vía arbitral, ¿será factible para el consumidor o adherente acceder a este sistema de administración de justicia? Sin lugar a dudas que no, porque los elevados costos de este servicio privado de administración de justicia dificultará que los consumidores o usuarios puedan solucionar sus conflictos en esta vía, teniendo muchos que internalizar los daños sufridos y, por lo tanto, asumir los costos de un libre mercado sin justicia.

Complementando el sistema de una lista negra, el legislador peruano, en el artículo 1399, ha incorporado una norma que sanciona con ineficacia las estipulaciones contrarias a las normas establecidas para cada contrato; es decir, las cláusulas que atenten contra normas legales de carácter imperativo establecidas para cada contrato en particular. Este precepto podría entenderse como la inclusión de una norma general, pero no lo es, ya que estamos ante la trasgresión de las normas imperativas de cada contrato.

Como se puede apreciar, el Código Civil peruano ha optado por una enumeración limitativa de las cláusulas abusivas o vejatorias, sancionándolas con invalidez y trayendo como consecuencia la ineficacia de dichas cláusulas; en este sentido, tales cláusulas no se incorporarán a la oferta y menos al contrato celebrado. Del mismo modo, debemos reiterar que sólo serán pasibles de ser consideradas abusivas y, por ende, nulas, las cláusulas generales de contratación que no hayan sido aprobadas por la autoridad administrativa competente. A ello debemos agregar que también serán ineficaces las cláusulas contrarias a las normas legales de carácter imperativo incorporadas por el legislador en cada contrato típico o nominado como refiere el Código Civil.

#### **9.4. Control judicial**

La intervención judicial en el control de las cláusulas abusivas incorporadas en los contratos predispuestos es un control *ex post*. Mediante este control los jueces

---

77 El Código Procesal Civil fue promulgado el 29 de febrero de 1992 mediante el Decreto legislativo N° 768. El supuesto de cláusula abusiva de sometimiento a arbitraje en los contratos predispuestos fue derogado por la primera disposición modificatoria del texto único ordenado del Decreto legislativo N° 768, aprobado por R.M. N° 010-93-JUS de fecha 08 de enero de 1993.



pueden declarar la nulidad e ineficacia de determinadas cláusulas abusivas, aun de todo el contrato, con posterioridad a la celebración del contrato.

En principio, todos los contratos, negociados y predispuestos, se rigen por las reglas de la teoría general del contrato regulada en la sección primera —*Contratos en general*— del libro VII del Código Civil destinado a las *Fuentes de las obligaciones*. En tal sentido, son correctamente aplicables a los contratos predispuestos, las figuras jurídicas de la lesión, la excesiva onerosidad de la prestación, la teoría de la imprevisión, el abuso del derecho, los vicios ocultos, etc. Como es sabido, estas instituciones tienen por finalidad tutelar la justicia contractual y la seguridad jurídica entre los particulares.

Respecto al control judicial de las cláusulas abusivas en los contratos predispuestos, en el derecho peruano no existe norma expresa o “regla general” que autorice la intervención judicial en los contratos predispuestos, a diferencia de lo establecido en Estados Unidos de Norteamérica, Israel, España o Argentina.

El *Uniform Commercial Code de los Estados Unidos de América*, publicado en 1952 y que constituye una transacción entre el sistema del *common law* y el *civil law*, ha reconocido en el párrafo 352 de la sección segunda, titulada *General obligation and construction of contract*, la facultad de los tribunales de revisar el contenido de los contratos. La norma dispone que si el Tribunal considera que un contrato o una cláusula contractual ha sido excesivamente onerosa al momento de celebrarse el contrato, puede negar la ejecución del mismo o ejecutar el resto del contrato, en fin, limitar la cláusula inequitativa en la medida necesaria para impedir un resultado excesivamente perjudicial<sup>78</sup>.

Israel, mediante la Ley 5724/1964, también permite la revisión del contenido contractual por los jueces. El artículo 14 de la citada ley establece que:

“cuando el juez del litigio *inter partes* llega al convencimiento de que una cláusula *restrictiva* (excesivamente onerosa), considerada, formando parte del conjunto de todas las circunstancias del contrato, es perjudicial para los adherentes o reserva al predisponente una ventaja no equitativa que perjudica a los clientes, puede considerar nula la cláusula en su totalidad o en parte, así como ordenar la restitución al adherente de lo que éste haya entregado ya en cumplimiento de dicha cláusula. La norma establecida en este precepto es aplicable también cuando en el contrato particular no se haya mencionado la aprobación de las condiciones generales del contrato efectuada por la comisión encargada al efecto, aunque dicha aprobación haya existido realmente” (artículo 13.2 de la ley especial)<sup>79</sup>.

---

78 Cfr. GARCÍA-AMIGO, M., *Condiciones generales de los contratos*, ob. cit., págs. 181-182.

79 Cfr. GARCÍA-AMIGO, M., *Condiciones generales de los contratos*, ob. cit., pág. 182.

Aunque no existe una regla general en el Código Civil de 1984 que permita la intervención judicial para controlar el uso de cláusulas abusivas, el legislador peruano ha recogido los principios *contra stipulatorem*<sup>80</sup> y *favor debitoris* (la doctrina moderna se refiere a este principio como *favor debilis*)<sup>81</sup> en el artículo 1401, al establecer que las condiciones preestablecidas por una de las partes en las cláusulas generales de contratación o redactadas en formularios se interpretan, en caso de duda, a favor del adherente y contra el predisponente.

En aplicación de este artículo el juez, a solicitud de la parte perjudicada por alguna cláusula dudosa u oscura, puede intervenir en las relaciones contractuales a efecto de interpretar dicha cláusula a favor del adherente.

MANUEL DE LA PUENTE, comentado este artículo, sostiene que:

“No es criticable, como se ha visto, la regla *contra stipulatorem*. Por el contrario, es loable que se exija al predisponente un deber de expresarse claramente y que se sancione el incumplimiento de este deber estableciendo que la estipulación que, por su oscuridad o ambigüedad, da lugar a dudas sobre su verdadero sentido, se aplique a favor de la contraparte. Lo censurable es que a este procedimiento se le llame “interpretación”.

En el derecho español ALFARO ÁGUILA-REAL ha manifestado que:

“Constituye un lugar común en la literatura jurídica sobre condiciones generales señalar que la ‘interpretación’ se ha utilizado en ocasiones por los jueces para efectuar un control encubierto del contenido de los contratos celebrados sobre la base de condiciones generales”<sup>82</sup>.

En esta medida, bajo el rostro de una interpretación de cláusulas dudosas y so pretexto de proteger al contratante débil, que es quien se adhiere al contrato predispuesto, se está permitiendo una auténtica revisión del contenido de los contratos celebrados sobre la base de cláusulas generales de contratación.

Otro artículo que, indirectamente, permite el control judicial, se encuentra en el artículo 1400<sup>83</sup> del Código Civil, el cual dispone que en los contratos celebrados

---

80 El principio *interpretatio contra stipulatorem* establece que cuando exista duda sobre las estipulaciones, se interpretarán en contra del estipulante de las mismas.

81 El principio *favor debitoris* modernamente se entiende como el *favor debilis*. En consecuencia, este principio tiene como eje la idea de tutelar a la parte más débil de la contratación predispuesta, que en este caso sería el adherente; por lo tanto, la aplicación del principio *favor debilis* establece que la interpretación de las cláusulas dudosas deben favorecer al adherente.

82 Citado por DE LA PUENTE Y LAVALLE, MANUEL, *El contrato en general*, ob. cit., t. III, pág. 263.

83 Este artículo ha sido cuestionado por la doctrina peruana. En palabras de MANUEL DE LA PUENTE, el artículo 1400 desvirtúa la naturaleza de los contratos predispuestos, ya que una característica fundamental de las

con base en cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, las cláusulas agregadas al listado original o al formulario prevalecen sobre las de éste, cuando sean incompatibles.

Mediante la aplicación de este precepto, la parte contratante puede solicitar al juez que las cláusulas agregadas por las partes contratantes, en ejercicio de su autonomía privada, sustituyen a las cláusulas generales insertadas unilateralmente por el predisponente cuando sean incompatibles o contradictorias, dejándolas, por lo tanto, sin efecto alguno.

Por otro lado, en aplicación del principio general de la buena fe contenido en los artículos 1362 y 168 del Código Civil peruano, consideramos que el juez puede revisar el contenido del contrato. Nos explicamos. Si bien los artículos mencionados no facultan expresamente al juez para que revise el contenido contractual, ello no es óbice para que la parte perjudicada por el contrato predisponente solicite al poder judicial su intervención a efecto de equilibrar el contenido contractual en aplicación del viejo e importante principio de la buena fe, que consiste en que las personas están obligadas a actuar honesta y lealmente en toda la fase de la contratación (negociación, celebración y ejecución), lo que debe medirse con una regla de conducta, un *estándar jurídico* de un prototipo de conducta social media dentro de un contexto determinado.

Los citados preceptos disponen que la interpretación de los actos jurídicos deben realizarse, además de lo expresado en el contrato, de acuerdo al principio de la buena fe (artículo 168); por su parte, el artículo 1362 expresa que los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según el principio de la buena fe y la común intención de las partes.

En suma, mediante la buena fe el juez puede controlar el uso de cláusulas abusivas en los contratos predisponentes, porque no existe buena fe en el predisponente de las cláusulas generales de contratación que, por ejemplo, incorpora condiciones que perjudican al otro contratante o desnaturalizan la relación jurídica contractual, limitando o exonerando su responsabilidad. En este sentido, nada impide al adherente perjudicado por el contenido contractual predisponente, solicitar al juez que según el principio de la buena fe declare nulas las cláusulas que sean abusivas en una concreta relación contractual e inclusive de todo el contrato si la cláusula constituye el núcleo del mismo.

## 10. PROPUESTA DE REFORMAS AL CÓDIGO CIVIL PERUANO

Como es de conocimiento de la comunidad jurídica peruana y latinoamericana, desde 1994 existe una comisión especial encargada de elaborar el anteproyecto de Ley de reformas al Código Civil peruano. Esta comisión ha acordado realizar una reforma parcial, introduciendo únicamente reformas urgentes y necesarias con la finalidad de adecuar y actualizar el Código Civil a las exigencias actuales<sup>84</sup>.

En lo referente a las cláusulas abusivas se ha propuesto la modificación de los artículos 1398 y 1399, con el siguiente tenor:

*“Artículo 1398. En los contratos celebrados por adhesión y en las cláusulas generales de contratación 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 resolver injustificadamente los efectos del contrato; de prohibir a la otra parte el derecho de oponer medios de defensa o a prorrogar o renovar tácitamente el contrato y, en general, todas aquellas estipulaciones que a juicio del juez sean vejatorias”.*

*“Artículo 1399. En los contratos típicos celebrados por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, carecen de validez las estipulaciones contrarias a las normas establecidas para el correspondiente contrato, a no ser que las circunstancias de cada contrato justifiquen su eficacia”.*

La propuesta de la comisión de reforma considera necesaria la inclusión de una regla general para controlar el uso de las cláusulas abusivas en la contratación masiva a efecto de declarar nulas e ineficaces,

*“todas aquellas estipulaciones que a juicio del juez sean vejatorias” (in fine del artículo 1398).*

A nuestro entender, esta norma es muy peligrosa, pues estamos incorporando un criterio subjetivo de calificación de las cláusulas abusivas, ya que una cláusula puede ser abusiva para un juez y no necesariamente para otro. Si bien se ha considerado oportuno incorporar, como una facultad de los jueces, la prerrogativa de equilibrar la relación contractual declarando nulas e ineficaces las cláusulas abusivas, consideramos que la determinación de cuándo una cláusula es abusiva o vejatoria, debe reposar en criterios objetivos y no dejarla únicamente al libre albedrío y la conciencia de los jueces.

---

84 Sobre la reforma del Código Civil peruano, pueden consultarse los dos tomos intitulados *El Código Civil del siglo XXI. (Perú y Argentina)*, coordinado por JORGE MUÑIZ ZICHES, ATILIO ANÍBAL ALTERINI y el suscrito, Ediciones Jurídicas, Lima, 2000.

Por otro lado, en el sistema de la lista negra, se precisa los supuestos de invalidez, tanto de la resolución injustificada de los efectos del contrato por parte del predisponente como de la prohibición a la otra parte contratante del derecho de oponer medios de defensa.

Otra reforma sustancial está referida a que la nulidad de las cláusulas abusivas no se limitará únicamente al contenido de los contratos predispuestos no aprobados por la autoridad administrativa, sino que se considerará abusivas y por ende nulas, todas las cláusulas de cualquier contrato predispuesto en general, esté o no aprobado por la autoridad administrativa.

En definitiva, consideramos que con la reforma propuesta —en el caso de aprobarse legislativamente— se estaría incorporando, al lado del sistema de la lista negra, el sistema de la regla general que otorga a los jueces la función de controlar las cláusulas abusivas en los contratos predispuestos. Sin embargo, el legislador debería incorporar mecanismos que permitan una aplicación objetiva de la facultad otorgada a los jueces, a efecto de aplicar idóneamente la regla general que permite la revisión judicial de los contratos predispuestos.

## **11. LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN EL DERECHO ARGENTINO. EL ESTATUTO DEL CONSUMIDOR Y EL PROYECTO DE LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR DE LOS DOCTORES ATILIO A. ALTERINI, ROBERTO M. LÓPEZ CABANA Y GABRIEL STIGLITZ**

El derecho o Estatuto del consumidor ha sido ampliamente desarrollado por la doctrina autoral en la hermana República de Argentina, contando a la fecha con una Ley de protección del consumidor (Ley 24.240) desde 1993<sup>85</sup>. Sin embargo, existen importantes antecedentes doctrinarios y legislativos a la citada ley que merecen destacarse, pues es bastante conocido el impulso de esta temática por parte de los doctores ATILIO ANÍBAL ALTERINI, ROBERTO LÓPEZ CABANA y GABRIEL STIGLITZ<sup>86</sup>, quienes fueron autores de un proyecto de ley de defensa del consumidor anterior a la vigente Ley 24.240 y que, según se puede apreciar del cuadro comparativo realizado entre ambos cuerpos legislativos, no existen diferencias

---

85 Ley 24.240, vigente desde octubre de 1993.

86 Es importante mencionar el reconocimiento que RICARDO LORENZETTI tributa a los doctores ATILIO A. ALTERINI, ROBERTO M. LÓPEZ CABANA y GABRIEL STIGLITZ, considerándolos como impulsores del derecho del consumidor en la Argentina. (Cfr. MOSSET ITURRASPE, JORGE y LORENZETTI, RICARDO LUIS, *Defensa del consumidor*, Ley 24.240, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 1993, pág. 7).

sustanciales entre el proyecto de ley elaborado por los referidos juristas y la vigente Ley 24.240.

Sobre la defensa del consumidor, ROBERTO LÓPEZ CABANA ha escrito que las bases conceptuales del proyecto de ley ALTERINI - LÓPEZ CABANA – STIGLITZ, estuvieron orientadas a eliminar los excesos, alentar la competencia leal y descalificar el juego sucio. Asimismo, señaló que era necesario tutelar al débil jurídico, restaurando la libertad del lado de donde es amenazada<sup>87</sup>.

Con relación al control de las cláusulas abusivas, el artículo 37 de la Ley 24.240 señala que en los contratos de consumo<sup>88</sup> *se tendrán por no convenientes*:

- a) las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones o limiten la responsabilidad por daños;
- b) las cláusulas que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte;
- c) las cláusulas que contengan cualquier precepto que imponga la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor.

Asimismo, establece que la interpretación del contrato se hará en el sentido más favorable para el consumidor y cuando existan dudas sobre los alcances de su obligación, se estará a la que sea menos gravosa.

En el caso que el oferente viole el deber de buena fe en la etapa previa a la conclusión del contrato o en su celebración o trasgreda el deber de información o la legislación de defensa de la competencia o de lealtad comercial, el consumidor tendrá derecho a demandar la nulidad del contrato o la de una o más cláusulas. Cuando el juez declare la nulidad parcial, simultáneamente integrará el contrato, si ello fuera necesario.

Por su parte, en el proyecto de Código Civil unificado con el Código de Comercio de 1998, los juristas argentinos incorporan en el artículo 968 los supuestos de cláusulas abusivas en los contratos predispuestos, estableciendo que *se tendrán por no convenientes* las estipulaciones que, por sí solas o combinadas con otras:

---

87 Cfr. CASTAN TOBEÑAS, JOSÉ; CASTAN VÁZQUEZ, JOSÉ MARÍA y LÓPEZ CABANA, ROBERTO M., *Sistemas jurídicos contemporáneos*, Abeledo-Perrot S.A., Buenos Aires, 2000, págs. 185-186.

88 Un amplio desarrollo de los contratos de consumo puede encontrarse en el trabajo de ROBERTO M. LÓPEZ CABANA intitulado “Los contratos de consumo en el derecho argentino – peruano”, en: ALTERINI, ATILIO ANÍBAL;

- a) Desnaturalicen las obligaciones de las partes.
- b) Limiten la responsabilidad del predisponente por daños al proyecto de vida.
- c) Limiten la responsabilidad del predisponente por daños patrimoniales sin una adecuada equivalencia económica.
- d) Importen renuncia o restricción a los derechos del no predisponente, o ampliación de los derechos del predisponente, que resultan de normas supletorias.
- e) Obliguen al no predisponente a pagar intereses, si su tasa excede sin justificación y desproporcionadamente el costo del dinero para deudores en operaciones similares. En tal caso, se los tiene por no convenidos en la demasía.

Como puede observarse, en el derecho argentino se prefiere incorporar, en el Código Civil y en la Ley del consumidor, normas tendientes a contrarrestar el uso de cláusulas abusivas, en el entendido de que se trata de dos cuerpos jurídicos que se aplican a sujetos y situaciones jurídicas distintas, el ciudadano común y el consumidor, respectivamente; con lo cual se advierte que la contratación masiva no ha sido concebida para proteger al consumidor, sino para facilitar el tráfico masivo de bienes y servicios<sup>89</sup>.

Aunque parezca innecesaria una duplicidad de normas que regulen supuestos similares, como son la nulidad de las cláusulas abusivas, el hecho de que se apliquen a sujetos contractuales distintos, hace necesaria una regulación dual. Creemos que el derecho peruano también debería orientar su técnica legislativa hacia una regulación de las cláusulas abusivas y el deber de información en los contratos predispuestos, tanto en el Código Civil como en la Ley de protección del consumidor, con esto se evitará la confusión en torno a la finalidad de las cláusulas generales de contratación, la que reiteramos, está orientada a facilitar el tráfico masivo de bienes y servicios, permitir la contratación en masa y no proteger al consumidor.

---

DE LOS MOZOS, JOSÉ LUIS; y SOTO, CARLOS ALBERTO, *Instituciones de derecho privado – Contratación contemporánea*, Editorial Temis y Palestra Editores, Bogotá, 2001, vol. 2, págs. 489-514. También puede verse ALTERINI, ATILIO ANÍBAL, *Contratos*, ob. cit., págs. 135-159.

89 Sobre el particular, MANUEL DE LA PUENTE ha escrito que "... el legislador argentino ha preferido consignar separadamente, aun a riesgo de ser repetitivo, reglas separadas en uno y otro ordenamientos para destacar así la total independencia de las cláusulas generales de contratación con relación al régimen de la protección al consumidor". (Cf. DE LA PUENTE Y LAVALLE, MANUEL, "Las cláusulas generales de contratación y la protección al consumidor", en: *Themis*, ob. cit., n° 31, pág. 21).

## 12. EL ROL DE LA JURISPRUDENCIA PERUANA

En primer lugar, debemos precisar que el derecho peruano pertenece a la familia romanogermánica donde la ley es la fuente del derecho por antonomasia, a diferencia de la familia anglosajona o del *Common Law* donde los precedentes judiciales constituyen la más importante fuente del derecho.

Sin perjuicio de la importancia que tiene la ley, en sentido amplio, como fuente de derecho, el Código Procesal Civil peruano ha dispuesto en el artículo 400 lo siguiente:

“*Cuando una de las salas lo solicite, en atención a la naturaleza de la decisión a tomar en un caso concreto, se reunirán los vocales en Sala Plena para discutirlo y resolverlo.*”

La decisión que se tome en mayoría absoluta de los asistentes al pleno constituye *doctrina jurisprudencial y vincula a los órganos jurisdiccionales del Estado*, hasta que sea modificada por otro pleno casatorio [...]. (Subrayado nuestro).

Como podemos apreciar, las decisiones de la Sala Plena de la Corte Suprema *constituyen doctrina jurisprudencial y vinculan a los órganos jurisdiccionales*. Esta norma procesal, es de suma importancia, pues introduce “la fuerza vinculante de la jurisprudencia”, aunque desde luego no se antepone a la ley como fuente primigenia. No obstante, la bondad de este artículo, hasta la fecha no tenemos antecedentes de su aplicación.

Ahora bien, veamos algunos fallos judiciales en materia contractual. Sobre el principio de la autonomía privada y la libertad contractual, la Corte Suprema en 1991 ha dispuesto que:

“[...] Si bien el principio de libertad contractual está sujeto a limitaciones y restricciones, la voluntad libremente expresada sigue siendo la regla general en el perfeccionamiento de los contratos y su limitación opera sólo como excepción para el caso de existir una norma de carácter imperativo [...]”<sup>90</sup>.

Un fallo que consideramos trascendente data de 1987. La Corte Suprema se refiere a la importancia de la buena fe y la facultad de intervenir en las relaciones contractuales a efecto de equilibrar la igualdad de las partes. En el expediente n° 822-87 (Lima) en los considerandos, expresamente se establece que:

---

90 Véase *Jurisprudencia civil*, Editora Normas Legales S.A., Trujillo, 1993, pág. 39.



“[...] el rigor del principio *pacta sum servanda* (*sic*) se atempera con las exigencias de la buena fe y de la equiparación de las prestaciones que sustentan el régimen de las contrataciones correspondiendo el (*sic*) órgano jurisdiccional, cuando ellas no concurren, establecer la igualdad de las partes contratantes, previniendo justamente el abuso del derecho [...]”<sup>91</sup>.

### **13. LOS PRINCIPIOS DE LA AUTONOMÍA PRIVADA Y LA BUENA FE EN LOS CONTRATOS CELEBRADOS SOBRE LA BASE DE CLÁUSULAS GENERALES DE CONTRATACIÓN**

En este último acápite, analizaremos la función que cumplen los principios contractuales de la autonomía privada y la buena fe en el sistema de contratación masiva o predispuesta.

Hemos señalado que la autonomía privada es la facultad que tienen las personas para crear, modificar, regular o extinguir relaciones jurídicas contractuales (libertad de contratar), y la libertad para determinar el contenido de lo que se quiere crear (libertad contractual).

Respecto a la buena fe, la doctrina considera que es un elemento de la vida de relación humana que se ha incorporado al derecho, pero que éste no la ha recibido tal como es sino que le ha dado precisiones técnicas, lo cual ha determinado que se convierta en un concepto jurídico.

Según la doctrina calificada,

“La buena fe no es una creación del legislador, que ha preestablecido su contenido, sino la adaptación de un principio inherente a la conducta de los hombres en la esfera más amplia de todas sus relaciones, pero que ha sido preciso regular para que sea susceptible de tener efectos jurídicos, convirtiéndola así en una buena fe civil. Quizá por eso RIPERT, en su afán de encontrar en la regla moral el fundamento de la conducta humana, dice que “la buena fe es uno de los medios utilizados por el legislador y los tribunales para hacer penetrar la regla moral en el derecho positivo”<sup>92</sup>.

Uniformemente la doctrina considera que la buena fe, en sentido jurídico, se ha incorporado al derecho en dos sentidos: uno *subjetivo* y otro *objetivo*.

---

91 Véase RETAMOZO, ALBERTO y PONCE, ANA MARÍA, *Jurisprudencia civil de la Corte Suprema*, IDEMSA, Lima, 1994, pág. 225.

92 Cfr. DE LA PUENTE y LAVALLE, MANUEL, “La fuerza de la buena fe”, en *Instituciones de derecho privado – Contratación contemporánea*, ob. cit., vol. 1, págs. 273-285.

En sentido *subjetivo*, la buena fe se refiere a la intención con que obran las personas o la creencia con que lo hacen, por lo cual se le llama “buena fe-creencia”. Y en sentido *objetivo*, la buena fe actúa como regla de conducta, que orienta la actuación ideal del sujeto, lo que determina que se le denomine “buena fe-lealtad”.

En consecuencia, la buena fe subjetiva otorga derechos (por ejemplo, el artículo 908 del Código Civil peruano dispone que el poseedor de buena fe —se entiende que es un poseedor ilegítimo— hace suyos los frutos); y la buena fe objetiva impone deberes (por ejemplo, el artículo 1362 del Código Civil establece que los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes, y el artículo 168 señala que el acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en él y según el principio de la buena fe)<sup>93</sup>.

LEÓN BARANDIARAN<sup>94</sup>, comentando el artículo 1328 del derogado Código Civil de 1936, advertía que los contratos deben ejecutarse según las reglas de la buena fe y la común intención de las partes, con lo cual se atempera el rigor formalista de los términos literales del contrato, al ser sometido a los principios inabdicables de la equidad y la justicia.

Atendiendo a ambos principios contractuales —la autonomía privada y la buena fe— contemplados en los artículos 1354, 1361, 168 y 1362 del Código Civil, las partes contratantes deben contratar, no únicamente bajo el imperio de la autonomía privada y el *pacta sunt servanda*, sino respetando el principio de la buena fe contractual<sup>95</sup>, que, según ATILIO ANÍBAL ALTERINI es, o debería ser, la pauta ordinaria de conducta en la vida jurídica y que éste no sólo debe ser considerado para la “celebración del contrato”, sino que además debe extenderse inclusive, a la formación del contrato, de tal suerte que sea determinante para efectos de suplir, integrar y corregir el contenido del negocio, en función calificadora e integradora, permitiendo precisar cuáles son los alcances en los que el contratante esté jurídicamente vinculado<sup>96</sup>.

---

93 Un análisis exhaustivo de las normas del Código Civil de 1984 que se refieren a la buena fe, en sentido objetivo y subjetivo, puede encontrarse en el trabajo de ROXANA JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA, “Análisis sistemático del concepto de buena fe en el Código Civil de 1984”, en: *Advocatus – Nueva época*, revista editada por los alumnos de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima, 2000, año II, segunda entrega, págs. 139-156.

94 Cfr. LEÓN BARANDIARAN, José, *Comentarios al Código Civil peruano*, Librería e Imprenta Gil S.A., Lima, 1944, t. III, pág. 33.

95 Puede ampliarse nuestra postura referida a la importancia de la buena fe contractual en: “La autonomía privada y la buena fe como fundamento de la obligatoriedad del contrato”, publicado en *Cuaderno de doctrina*, por el Colegio Público de Abogados de la capital federal, Buenos Aires, Fascículo n° 11, 2000.

96 Cfr. ALTERINI, ATILIO ANÍBAL, *Contratos*, ob. cit., págs. 33 y sigs.

En tal sentido, no existirá buena fe contractual en el contratante que, teniendo la ventaja de redactar unilateralmente el contenido del contrato, incorpora en el contrato predispuesto cláusulas abusivas en perjuicio de un futuro contratante que se adhiere al esquema contractual. Así, en aplicación de los artículos 168 y 1362 de nuestro Código Civil, ambos de carácter imperativo, los adherentes a contratos predispuestos estarían facultados para solicitar al juez la revisión del contrato, atendiendo a la falta de buena fe contractual por el predisponente y, consecuentemente, el juez deberá declarar nula e ineficaz la cláusula abusiva o resuelto el contrato si la relación jurídica contractual es notoriamente desequilibrada.

En apoyo de nuestra tesis, RIPERT<sup>97</sup> expresa que si una de las partes viola la obligación general de actuar de buena fe, el juez puede, a pedido de la otra parte, pronunciar la resolución del contrato, tal como si una obligación precisa no hubiera sido cumplida.

Por su parte, GUILLERMO A. BORDA ha escrito que:

“El principio de la buena fe significa que el hombre cree y confía que una declaración de voluntad surtirá en un caso concreto sus efectos usuales, los mismos efectos que ordinaria y normalmente ha producido en casos iguales [... Así, un ...] juez puesto a dirimir una controversia, debe preguntarse qué significado hubiera atribuido a la declaración una persona honorable y correcta”<sup>98</sup>.

En conclusión, mediante la aplicación del principio de la buena fe se pueden corregir los excesos del *pacta sunt servanda*, en razón de que ambos principios constituyen los pilares sobre los que descansa la fuerza obligatoria del contrato y en general la contratación privada, y con mayor razón en el sistema de contratación masiva o predispuesta donde la libertad contractual se encuentra limitada en los contratos celebrados sobre la base de las cláusulas generales y ausente en los contratos por adhesión.

## 14. COMENTARIOS FINALES

Al inicio de nuestro trabajo reseñábamos la evolución del contrato hasta llegar al concepto moderno del acuerdo de voluntades, arribando a la conclusión de que el

---

97 Cfr. RIPERT, Georges, *La regle morale dans les obligations civiles*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1949, pág. 298, citado por DE LA PUENTE Y LAVALLE, MANUEL, “La fuerza de la buena fe”, en *Instituciones de derecho privado – Contratación contemporánea*, ob. cit., vol. I, pág. 284.

98 Cfr. BORDA, GUILLERMO A., *Manual de contratos*, ob. cit., pág. 54.

contrato es un acuerdo de la voluntad común de dos o más partes para crear relaciones jurídicas contractuales. Asimismo, se reafirma que el principio de la autonomía privada o libertad de contratación continua siendo la piedra angular del contrato, no obstante las limitaciones que el Estado ha considerado necesario imponerle, como son orden público, las buenas costumbres y las normas legales imperativas o prohibitivas.

De una observación de la realidad negocial, podemos afirmar que, hoy en día, el contrato por negociación es una excepción, siendo la regla la contratación masiva o predispuesta. En efecto, la contratación privada —mayoritariamente— se realiza mediante contratos masivos o predispuestos, ya sea mediante la celebración de contratos por adhesión o sobre la base de cláusulas generales de contratación.

En el presente trabajo nos hemos abocado al desarrollo de los contratos predispuestos celebrados con base en cláusulas generales de contratación, dejando constancia de la distinción en torno a la situación jurídica de las cláusulas generales de contratación antes de integrarse al contrato y una vez integradas al mismo. En tal sentido, las cláusulas generales de contratación que aún no se han integrado a un contrato en particular son meras declaraciones de voluntad y únicamente llegarán a poseer naturaleza contractual cuando se incorporen a un contrato específico. Por tanto, el derecho peruano ha optado por atribuirle, legislativa y doctrinariamente, naturaleza jurídica contractual a los contratos celebrados con base a cláusulas generales de contratación. Así, cuando se celebra válidamente un contrato sobre la base de cláusulas generales, la relación jurídica creada por el contrato predispuesto es producto del consentimiento de ambos contratantes, en consecuencia, tales contratos tienen un origen contractual.

Es necesario precisar que el hecho de que en la contratación predispuesta no exista la etapa de la negociación o tratativas previas no le resta el carácter de “contrato” a los contratos predispuestos, pues si bien lo que se busca con este sistema de contratación es viabilizar y agilizar el tráfico patrimonial, también es cierto que para el logro de ello se deberá recurrir al contrato, como categoría jurídica, que permita tal intercambio de bienes y servicios. Por tanto, para que el acuerdo contractual (consentimiento) pueda lograrse rápidamente, es necesario la estandarización del esquema contractual a efecto de reducir o eliminar la negociación de cada una de las condiciones de un contrato específico que, de realizarse, incrementarían los costos de contratación, tornando en ineficiente el intercambio de bienes y servicios.

Con relación a los beneficios que genera la contratación predispuesta, resulta evidente que la ventaja fundamental estriba en la rapidez y eficiencia en el intercambio de los bienes y servicios a un menor costo, debido a la reducción de

los costos de negociación. Y respecto a los riesgos que conlleva la celebración de estos contratos, advertimos de la frecuente incorporación de cláusulas abusivas o vejatorias por el predisponente que unilateralmente elabora el contenido de las cláusulas generales. En efecto, debido a que en la contratación predispuesta no existe la etapa de la negociación o de tratativas previas, ni tampoco la colaboración de una parte contratante en el diseño del contenido del contrato, se presentan casos en los que la parte contratante que ha elaborado el contrato por adhesión o las cláusulas generales de contratación abusa de su posición jurídica de disponer, íntegra o parcialmente, el esquema contractual, e incorpora condiciones que exclusivamente lo benefician o que perjudican únicamente al contratante que se adhiere. Una forma usual, en nuestro medio, es la exoneración o el traslado de la responsabilidad de los productores/proveedores hacia los consumidores/adherentes que se adhieren al contrato predispuesto, generando un desequilibrio en la relación contractual.

Al respecto, la doctrina calificada ha expresado su rechazo a las cláusulas abusivas, manifestando que, permitir a los predisponentes causar perjuicios sin ser responsables, debido a la exoneración o limitación de su responsabilidad; resolver unilateralmente el contrato; suspender arbitrariamente la ejecución de sus prestaciones; o prorrogar o renovar tácitamente la relación contractual creada por el contrato, es desnaturalizar la esencia del contrato.

En este sentido, debemos tener presente que el contrato crea una relación jurídica contractual entre las partes contratantes, relación jurídica que los obliga a cumplir las obligaciones asumidas por el contrato celebrado, pero para que ese vínculo jurídico sea válido y exigible se requiere el pleno consentimiento de ambos contratantes. Este consentimiento debe ser pleno, pues no habrá contrato mientras las partes contratantes no estén de acuerdo sobre todas sus estipulaciones. Del mismo modo, deberá ser libre, ya que las personas tienen la facultad de poder celebrar los contratos que deseen sobre la base de su libertad de contratación. En consecuencia, en la contratación masiva *no pueden ni deben* ser vinculantes y menos exigibles los pactos o acuerdos contenidos en cláusulas que desnaturalicen tal consentimiento, pues se estaría atentando contra la naturaleza misma del contrato.

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

En este contexto, el ordenamiento peruano ha enfrentado el problema de las cláusulas abusivas en los contratos predispuestos, incorporando expresamente los controles administrativo y legislativo, más no judicial. Así, en los artículos 1393 y

1394 se incorpora el control administrativo, estableciendo que el poder ejecutivo señalará la provisión de bienes y servicios que serán contratados con arreglo a cláusulas generales de contratación, y que las mismas deberán ser aprobadas por la autoridad administrativa; una vez aprobadas, se incorporan automáticamente a todas las ofertas que se formulen para contratar con arreglo a ellas. En el artículo 1398 del Código Civil se regula el control legislativo, sancionando con nulidad la incorporación de las cláusulas abusivas que establezcan en favor del predisponente, 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.

Del mismo modo, el legislador incentiva a la autodefensa de cada consumidor o adherente (protección autónoma), mediante la conformación de asociaciones de consumidores o la propia defensa del ciudadano que, seguramente, no contratará con determinados productores o proveedores que les ofrezcan bienes y servicios en condiciones leoninas.

Ratificamos nuestra postura de que la contratación privada, especialmente la predispuesta, reposa fundamentalmente en los principios contractuales de la autonomía privada y la buena fe; siendo más importante la segunda, porque impone a las personas:

“El deber de actuar conforme a derecho y el deber de comportarse leal y honestamente en sus relaciones contractuales”;

debiendo los contratantes comportarse lealmente en toda la fase previa a la contratación (negociación), en el desenvolvimiento de la relación jurídica creada por el contrato, y en la ejecución de las prestaciones<sup>99</sup>. De allí que la comisión de reforma del Código Civil de 1984 haya considerado indispensable regular en el proyecto de título preliminar el principio de la buena fe, concibiéndolo como un principio general del derecho aplicable no sólo a las relaciones contractuales, sino a todos los actos que realicen las personas. En tal sentido, el artículo V del Proyecto dispone que:

“Los derechos se ejercen y los deberes se cumplen conforme a la buena fe”<sup>100</sup>.

---

99 Al respecto, JUAN VALLET DE GOYTISOLO sostiene que la buena fe presupone una voluntad conforme al derecho y conforme a la equidad; conformidad que no puede ser meramente pasiva, sino activa, en la medida que se requiere de la debida diligencia. (Véase Prólogo a la obra de FERREIRA RUBIO, DELIA Matilde, *La buena fe. El principio general en el derecho civil*, Editorial Montecorvo, S.A., Madrid, 1984, pág. 13).

100 Sobre las propuestas de reforma del título preliminar del Código Civil de 1984, puede consultarse nuestro trabajo intitulado: “El título preliminar del Código Civil peruano: ¿reforma o enmiendas?”, en: *El Código*

Finalmente, reiteramos nuestra tesis de una redefinición de la contratación privada. Consideramos, que los contratos celebrados entre sujetos con igual poder de negociación deben atenerse a la autonomía privada de los contratantes, al *pacta sunt servanda*, correspondiendo al Estado garantizar plenamente la libertad de contratación. Empero, en los contratos predispuestos, donde no existe una igualdad en la negociación y celebración del contrato, producto de la asimetría de información que poseen cada uno de los contratantes, se hace necesaria la intervención del legislador a efecto de garantizar un equilibrio en la relación contractual, sin que ello signifique una revisión autoritaria del contenido de todos los contratos, sino únicamente en los casos en que el predisponente perjudique al contratante que no pudo ejercer totalmente su autonomía privada al momento de celebrarlos. Si el operador del derecho tiene conciencia de la existencia de ambos sistemas de contratación privada y la necesidad de aplicar reglas distintas en cada sistema contractual, logrará una verdadera justicia contractual, ya que no es lo mismo celebrar un contrato entre dos sujetos que pueden diseñar el esquema contractual, incorporando las cláusulas y condiciones que consideren que tutelarán de una mejor forma sus intereses; y celebrar un contrato donde una de las partes se encuentra muchas veces en la disyuntiva de aceptar o rechazar el contrato predispuesto. Una teoría general del contrato será válida y eficaz en la medida que refleje la realidad negocial, pues como diría JOSERAND, o el derecho se adecua a la nueva realidad, o ésta prescinde del derecho. Esperemos que ello nunca suceda...

---

*Civil del siglo XXI. (Perú y Argentina)*, ob. cit., t. I, págs. 127-180. La referida norma del proyecto peruano es casi copia literal del numeral 1) del artículo 7 del título preliminar del Código Civil español que expresa: “Los derechos deben ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe”. Una calificada interpretación del artículo español o, mejor, del principio de la buena fe, puede encontrarse en el trabajo de JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS, “La buena fe en el título preliminar del Código Civil”, en *Derecho civil, (método, sistemas y categorías jurídicas)*, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1988, págs. 211-237.