

Derecho y Contratación en la Sociedad Moderna

Mario Madau Martínez
Alumno del 7mo. Ciclo de la
Facultad de Derecho, PUG.

En esta época de crisis nacional, constantemente escuchamos hablar y leemos críticas acerca del desfase entre lo regulado por el Derecho y los problemas existentes hoy en día. Numerosos autores, en periódicos y revistas de distinta índole, tratan el problema desde su propia perspectiva. En este artículo, al abordar el tema de Derecho y Contratación en la sociedad moderna, pretendemos esbozar una idea que muestre cómo el evolucionar de las sociedades, plantea cambios en ella misma que exigen una reacción en el Derecho para evitar que quede desfasado.

Se critica al Derecho porque no brinda las soluciones debidas, y es porque muchas veces nos quedamos parametrados en esquemas anteriores, pensados para sociedades con otras características. Es entonces que sentimos la necesidad de llamar la atención, por lo menos, en algunos puntos de nuestro Derecho Civil, para demostrar que su gama de estudio es mucho más amplia que lo que normalmente estudiamos en las aulas, pues creemos que es importante tener en cuenta lo que sucede cuando una sociedad se masifica; e igualmente comprobar como la masificación, en conjunto con el adelanto técnico, crean nuevos paradigmas contractuales; y por último llamaremos la atención sobre algunos nuevos contratos y maneras de contratar, sobre la forma cómo se generan, su utilidad actual y la necesidad de una legislación adecuada a las exigencias de una sociedad moderna.

1. DERECHO Y SOCIEDAD DE MASAS

Nuestro Derecho, que vino a nosotros como un legado de la colonia, tiene sus bases en el Derecho Romano, y además a la Revolución Francesa como uno de sus hitos más importantes. Fue así que incorporamos un Derecho que sirvió, probablemente de manera eficiente, a una sociedad con características

muy distintas de las de la sociedad actual, pero sucedió que el Derecho no cambió al mismo ritmo que la sociedad lo fue requiriendo.

Los cambios a los que nos referimos abarcan una infinidad de aspectos de nuestra vida cotidiana, modificando, de facto, aquello que las instituciones jurídicas nos plantean. Muchos de estos cambios se originan cuando una sociedad se convierte en una sociedad de masas, es decir que no funciona pensando en virtud a las personas, sino en las masas (Aquellos conjuntos humanos en los cuales el hombre se integra como un ser anónimo y despersonalizado). Esta sociedad de masas produce lo que se conoce como "masificación", fenómeno que tiene efectos importantes a nivel jurídico y social. Pero este cambio de sociedad de personas, por sociedad de masas fue producto a su vez de distintos factores, y entre ellos encontramos:

a) La explosión demográfica: El aumento de población da lugar a nuevas necesidades y problemas, así como a variaciones en las prácticas, mores, pautas, modelos y reglas anteriores.

b) El proceso de "Urbanización" o de concentración en las grandes ciudades: Producto a su vez de los movimientos migratorios, que hicieron crecer a las ciudades desmesuradamente.

Si aplicamos estos dos factores a nuestro país encontramos que Lima por sus características los reúne, y ello ha dado lugar al nacimiento de un Derecho en sectores marginales que podríamos denominar Derecho informal; es un Derecho que mezcla aspectos de la sociedad occidental con otros de la sociedad andina; y, sobre todo, mezcla un Derecho implantado por el Estado con un Derecho creado por ellos mismos. Un Derecho no escrito, pero vigente.

Hernando de Soto, en "El otro sendero", describe claramente esta situación. Con referencia a la urbanización y migraciones nos dice lo siguiente:

"En términos generales, el proceso de urbanización peruano se desencadenó con las grandes migraciones del campo a la ciudad que, si bien comenzaron un poco antes están registradas por las estadísticas nacionales desde 1940. Así en el caso de Lima, entre ese año y 1981, los migrantes han aumentado 6.3 veces, de 300,000 a 1'900,000..."⁽¹⁾.

"... en 1981 las dos terceras partes de la población limeña eran migrantes o hijos de migrantes..."⁽²⁾.

Pero la ciudad les presentó inconvenientes:

"Los migrantes descubrieron que eran numerosos, que el sistema no estaba dispuesto a admitirlos (...) descubrieron, en suma, que tenían que competir; pero no sólo contra personas sino también contra el sistema"⁽³⁾.

"Fue de esta manera que, para subsistir, los migrantes se convirtieron en informales. Para vivir, comerciar, manufacturar, transportar y hasta consumir tuvieron que recurrir al expediente de hacerlo ilegalmente"⁽⁴⁾.

Así es como surge la informalidad:

"... cuando el derecho impone reglas que exceden el marco normativo socialmente aceptado, no ampara las expectativas, elecciones y preferencias de quien no puede cumplir tales reglas y el Estado no tiene la capacidad coercitiva suficiente"⁽⁵⁾.

"La noción de informalidad (...) No son informales los individuos, sino sus hechos y actividades..."⁽⁶⁾.

“Los cambios a que nos referimos abarcan una infinidad de aspectos de nuestra vida cotidiana, modificando de facto, aquello que las instituciones jurídicas nos plantean.”

Lo que ocasiona el surgimiento de lo que de Soto denomina Derecho informal o normatividad extralegal:

"La primera parte del libro (...) describe como los informales no se han entregado a la anarquía y más bien han desarrollado sus propios derechos e instituciones –a los que llamaremos normatividad extralegal– para ir supliendo al Derecho Oficial allí donde éste funcionaba..."⁽⁷⁾.

"Estas reglas son las que el ILD ha denominado "normatividad extralegal". Compuesta básicamente por

costumbres de origen informal y por algunas reglas propias del Derecho oficial en la medida en que son útiles a los informales, la normatividad extralegal está llamada a gobernar la vida en los asentamientos informales a falta o deficiencia de la ley. Viene a ser, en consecuencia, el Derecho que generan los informales para normar y ordenar su vida y sus transacciones, y en esa medida tiene vigencia social"⁽⁸⁾.

¿Qué hacer entonces frente a esta situación?, el Derecho debe tener vigencia real y no sólo formal por ello de Soto afirma:

"... el cambio legal es definitivamente una forma más sencilla y barata de lograr la integración de formales e informales, que intentar cambiar la idiosincracia de estos últimos para demostrarles como opera la ley existente y, procurando lograr un cambio profundo en su cultura (...). Tiene más sentido adecuar la ley a la realidad que tratar de imponer un cambio en las actitudes de todos"⁽⁹⁾.

Hasta aquí hemos reseñado uno de los cambios más importantes en el Derecho que proviene de una sociedad moderna. Quisiéramos cerrar el primer punto invitando a la reflexión sobre la importancia de la innovación del Derecho, que debe ir acorde con su propia realidad social para evitar desbordes.

2. CONTRATACION EN MASA

En lo que concierne a la influencia de este fenómeno en la contratación, entendemos que la masificación produce cambios en la manera de contratar. Las características de una sociedad de masas, hacen que exista un gran número de individuos que se encuentran en situaciones transitorias, produciendo una despersonalización de las relaciones, un anonimato: Así los individuos ya no poseen puntual conocimiento de la identidad de con quienes contratan⁽¹⁰⁾.

Si consideramos a la Contratación en Masa como un fenómeno producto de masificación social y del desarrollo tecnológico, que produce modificaciones en la estructura jurídica de la contratación, rompiendo con estructuras y dogmas impuestos por la legislación y doctrina tradicionales, veamos entonces desde un punto de vista jurídico cual fue su evolución y cuales sus implicancias.

Con la Revolución Francesa se proclamó con carácter absoluto la vigencia de los principios fundamentales de la libertad y la igualdad. Desde entonces comenzó a consolidarse el predominio de los esque-

(1) De Soto, Hernando. *El Otro Sendero*. Lima Ausonia 1986. p. 8.

(2) De Soto, Hernando, *op. cit.* p. 8.

(3) *Ibid.*, p. 12.

(4) *Ibid.*, p. 12.

(5) *Ibid.*, p. 237.

(6) *Ibid.*, p. 237.

(7) *Ibid.*, p. 14.

(8) *Ibid.*, p. 19.

(9) *Ibid.*, p. 237.

(10) Díez Picazo, Luis. *Derecho y Masificación Social. Tecnología y Derecho Privado*. Madrid. Civitas 1987. p. 25.

mas del **individualismo liberal**. Cada hombre era libre de intentar su propio provecho, y dentro de este rígido cuadrante eran construídas las leyes del mercado, que encontraban su fiel correlato en los sistemas jurídicos. Podemos decir entonces que la regulación de las relaciones civiles entre los individuos viene diseñada sobre la base de normas, procedimientos e instituciones, funcionales al señorío del dogma de la libertad económica privada⁽¹¹⁾.

Como ejemplo en Sudamérica, encontramos que la idea filosófico económica implantada en códigos modelo como lo fue el de Vélez Sarsfield tienen como fundamento la libertad y la prescindencia intervencionista del Estado, de tal forma que la contratación es entendida como autorregulación de intereses, cuyos términos surgen en la **negociación** entre los sujetos, que se presumen libres y con similar poder económico de imposición. La única limitación que se impone es la preservación del orden público, la moral, y las buenas costumbres que se convirtieron en elementos reguladores aún cuando, a la postre, resultaron insuficientes y sobrepasados por la realidad económica y jurídica⁽¹²⁾. La realidad de las cosas pues, fue comprobando que los principios consagrados de libertad e igualdad tenían una vigencia formal pero no efectiva. La libertad contractual fundada en la igualdad formal de los individuos, si bien reconocía a todos idéntico poder jurídico, consentía a la empresa económicamente más potente determinar unilateralmente, en su propio beneficio, el contenido y las circunstancias del negocio. Y así, perseguir en modo **"legítimo"** sus intereses y desviar hacia el público el mayor número posible de riesgos, pero siempre dentro de límites compatibles con las reglas del mercado⁽¹³⁾.

Tenemos pues, una nueva concepción jurídica que enmarca una situación económica distinta: Circulación de bienes y servicios con una producción y estructura de consumo, que se denomina estructura contractual de adhesión, la cual se caracteriza por el comportamiento económico-jurídico de la empresa (que diagrama sistemas de producción seriados y una metodología de consumo masivo) que necesita una estructura legal distinta al negocio individual que le sirva eficientemente para la comercialización de esos bienes y servicios, de acuerdo a sus necesidades. Se desplaza de esta forma al receptor del contrato de negociación individual por un consumidor masivo con carencia de poder de negociación⁽¹⁴⁾.

Es ésta, pues, la contratación en masa que se manifiesta con contratos por adhesión y contratos por cláusulas generales de contratación. Podemos entonces decir que a comienzos de este siglo, y especialmente desde mediados en adelante, aparece una estructura que rompe el concepto tradicional de contrato y comienza a coexistir con él.

Algunos autores opinan que hoy conviven dos estructuras contractuales, una que cubre la mayor cantidad de supuestos, la "masiva o de adhesión" y otra de excepción: la de negociación individual. Estas responden a dos formas o estructuras distintas de producción: la representada por el ser humano en forma personalizada (reflejo de la idea artesanal) y la que nace con la empresa⁽¹⁵⁾.

Para Alfredo Bullard el modelo contractual tradicional entró en crisis con el desarrollo económico y tecnológico del presente siglo, dejando claro que la estructura tradicional está hecha para responder a un liberalismo de corte artesanal⁽¹⁶⁾. Para Luis Diez Picaso, la nueva estructura rompe la idea tradicional de contrato como expresión de la autonomía de la voluntad que autorregula intereses en pie de igualdad. La característica del tráfico en masa es su despersonalización, llegándose a un anonimato sobre con quien se contrata; no sólo se pierde lo que se denomina como *intuitus personae* sino que además los individuos comienzan a ser fungibles entre sí. En la nueva estructura aparecen los tickets, los vales y otros documentos que asumen el carácter de verdaderos títulos de legitimación, lo que conlleva a una automatización⁽¹⁷⁾.

Tanto Bullard como Diez Picaso se refieren a esta situación denominándola standarización de la materia contractual. En esta perspectiva Stiglitz nos habla de la sociedad masificada y la insuficiencia de los instrumentos jurídicos tradicionales. En el escenario de la sociedad de consumo, la masificación del obrar humano y sus notas de mecanización y anonimato, acentúan la disparidad de fuerzas entre los sujetos que contraponen sus intereses en la órbita de las relaciones civiles, laborales, mercantiles, etc.⁽¹⁸⁾

La gigantesca **fabricación en serie** y en gran escala es a menudo **carente de calidad y de seguridad**, necesarios para la protección de la salud y el patrimonio del cliente. A lo que se agrega la **creación artificial de necesidades** masivas, mediante una **publicidad** de gran poder que condiciona psicológicamente al con-

(11) Stiglitz, Ruben S. *Contratos por Adhesión, Cláusulas Abusivas u Protección al Consumidor*. Buenos Aires. De Palma 1985. p. 1.

(12) Ghersi, Carlos Alberto. *Contratos Civiles y Comerciales*. Buenos Aires, Astrea 1990. p. 5.

(13) Stiglitz, Ruben S. *op. cit.* p. 2.

(14) Ghersi, Carlos Alberto. *op. cit.* p. 5-6.

(15) *Ibid.* p. 12.

(16) Bullard, Alfredo. *Contratación en Masa. ¿Contratación?*. En *Themis Revista de Derecho. Segunda Epoca*. Lima 1989. No. 15. p. 48.

(17) Diez Picaso, Luis. *op. cit.* p. 43, 49-51.

(18) Bullard, Alfredo. *op. cit.* p. 49. Diez Picaso, Luis. *op. cit.* p. 42. Stiglitz, Ruben S. *op. cit.* p. 3.

sumidor para la adquisición del bien o servicio. Igualmente se crea un marco falseado de confianza en la empresa que no permite ver la situación real de conflicto de intereses, mediante sistemas persuasivos de venta u ofertas de fácil acceso (crédito) que generan a la larga un endeudamiento sin salida. Si a todo esto le sumamos la estructura negocial de adhesión, encontramos que una solución para este desequilibrio debe darse fuera del sistema tradicional, porque éste se revela impotente al tropezar con el obstáculo de la inoperancia de sus propios instrumentos (adjetivos o procesales), ya sea por su lentitud, complejidad y onerosidad, que resultan inaccesibles para los consumidores débiles⁽¹⁹⁾.

El enfrentarnos a esta problemática debe llevarnos a la búsqueda de respuestas fuera del marco tradicional, pues la nueva estructura negocial se hace necesaria para el desarrollo económico y por lo tanto no hay que desecharla sino darle soluciones.

Pero las soluciones que plantea nuestro código civil, desde nuestro punto de vista son incoherentes en cuanto a lo que se refiere a la protección del que se "adhiera" (o del consumidor)⁽²⁰⁾. Esta incoherencia hace que al no darse efectiva protección al consumidor se esté incumpliendo con un encargo constitucional (Artículo 110o. Constitución).

En algunos países por ejemplo se han constituido asociaciones de consumidores que al agrupar un número representativo de estos logran afectar el mercado (dejando de comprar el producto) de tal forma que se constituye en un contrapeso con fuerza suficiente para enfrentarse a la gran empresa. Esto sumado a que funcione una eficiente oficina de defensa del consumidor.

Al respecto Stiglitz afirma:

"La implementación de una estricta política de protección al consumidor no implica en lo absoluto postergar el imperativo del desarrollo económico. El derecho al progreso constituye también otro de los tantos derechos humanos, tanto desde la perspectiva de la actividad económica privada, cuanto como prerrogativa vital de los pueblos, muy particularmente de los económicamente pobres..." ⁽²¹⁾.

Y Bullard, al opinar sobre la contratación en masa señala:

"... ha rebasado por completo los marcos de la concepción tradicional de "contrato" con lo que quedan dos posibles salidas: o le damos al concepto contrato un contenido distinto al de ser un simple acuerdo de voluntades, para poder englobar a la "contratación en masa", o creamos una nueva terminología que permita explicar a cabalidad este nuevo fenómeno" ⁽²²⁾.

Así mismo, agrega al analizar nuestro código:

"Fue innovador al pretender abordar la llamada "contratación en masa" pero fue tímido en darle su verdadera dimensión. Nuestro sistema se ubica dentro de aquellos que pretenden acomodar el fenómeno dentro de las categorías de la teoría contractual tradicional. Se centra el análisis en dos modalidades, y que la mayoría de los casos se confunden en una sola: los contratos de adhesión y las cláusulas generales de contratación" ⁽²³⁾.

Y el mismo autor concluye lo siguiente:

"La llamada "contratación en masa" no es otra cosa que la realidad empujando al Derecho. El temor a cambiar conceptos, el temor a reformular instituciones, es una renuncia a la efervescencia de la historia, al progreso, y por lo tanto al ideal de un sistema jurídico que, dignificando al hombre, lo lleve a una auténtica convivencia social" ⁽²⁴⁾.

(19) Stiglitz, Ruben S. op. cit. p. 3-4.

(20) Apuntes de Conferencia: El rol del Estado en la defensa del consumidor de acuerdo a la Constitución de 1979 cumple una función compensatoria, así tenemos diversos artículos que nos muestran la intervención estatal en la economía (Art. 111), sobre expropiación (Art. 125), reserva de actividades productivas al Estado (Art. 114), promoción del desarrollo económico (Art. 110), etc., todos ellos tendientes a evitar abusos. La concreción de estos principios enunciados en la Constitución se hace a través de distintas normativas. Así tenemos que el Código Civil dedica trece artículos al sistema de contratación masiva (Arts. 1381, 1388, 1390, 1392 - 1401), dichas normas se encuentran incluídas en el título referido al consentimiento, por su ubicación podemos apreciar que lo que importa es el acuerdo de voluntades, se resalta la autonomía privada, cuyo principio fundamental es que todos somos libres e iguales y contratamos en un mercado que se rige por el juego de la oferta y la demanda si manipulaciones de ninguna clase. Esta concepción es claramente de índole tradicional, ya que continúa resaltando igualdades que en la realidad sabemos que no se cumplen. Por otro lado, sin embargo, estos artículos procuran dar una protección al consumidor estableciendo mecanismos de control. Desafortunadamente su formulación no es feliz, por cuanto permite que igualmente se abuse. Sólo como ejemplo proponemos dos situaciones:

a) El Art. 1397 permite la incorporación al contrato de cláusulas generales no aprobadas administrativamente mediante el conocimiento de las mismas por la otra parte. En su segundo párrafo

establece la presunción del conocimiento de dichas cláusulas, en el supuesto que fueran puestas en conocimiento del público vía una adecuada publicidad. Sin embargo, al no precisarse el concepto de adecuada publicidad se permite una libre interpretación que podría conducir a abusos del pre-redactante.

b) El Art. 1388 que regula la oferta al público, considera a ésta como una invitación a ofrecer, invirtiendo los papeles, ya que correspondería al consumidor realizar la oferta. Los legisladores lo justifican, en función de defensa del concepto tradicional de contrato, así se alega que la oferta al público no tiene carácter recepticio y que por lo tanto no puede ser oferta, además es una forma de evitar que se celebren más contratos de aquellos que pueden ser atendidos por quien hizo la oferta al público. En esta situación, existe la posibilidad de que la empresa se niegue a aceptar la oferta del consumidor (que ella misma ha impulsado), sin justificación o razón alguna, si no hacerlo abusivamente y sin que se puede hacer nada contra ello.

Es por esto que se debió al menos proveer mecanismos que hicieran más clara la oferta al público, como sería por ejemplo exigir: que la oferta contenga condiciones de duración, volumen de mercaderías; que a falta de ello se entienda que la oferta es indefinida; y que si se incumple se puede exigir una indemnización. —Conferencia del Dr. Hugo Morote—.

(21) Stiglitz, Ruben S. op. cit. p. 6.

(22) Bullard, Alfredo. op. cit. p. 50.

(23) Ibid. p. 53.

(24) Ibid. p. 55.

Como se puede apreciar, los contratos celebrados sobre la base de condiciones generales representan una manifestación de la vida económica y social de nuestro siglo, y el Derecho debe tratar de adecuarse a expresiones sociales de esta índole, reformulándose en lo que sea necesario.

EL OVERBOOKING

Hasta el momento hemos visto la trascendencia, en nuestro Derecho, de la contratación en masa. Vimos como se han roto conceptos tradicionales, pero existe otro fenómeno característico dentro de la tipología que determina el tráfico contractual en masa, nos referimos al overbooking o sobrecontratación.

Según Diez Picazo la sobrecontratación se produce cuando:

“... se contrata un número de plazas superiores a las disponibilidades de una aeronaves, a las de un establecimiento hotelero, u otras semejantes”⁽²⁵⁾.

Y la causa de que se contraten un número de plazas superiores a las disponibilidades existentes radica en el hecho de que es habitual en estos contratos que se reserven plazas con la facilidad de poder desistir unilateralmente del contrato, sin que ello implique algún gasto o, en su defecto, uno muy pequeño. La alta probabilidad estadística de cancelaciones hace que el empresario las prevea y cubra su riesgo sobrecontratando.

Para el Derecho tradicional la cancelación de las “reservas” constituiría una clara infracción de las obligaciones contractuales asumidas, pues implicaría un incumplimiento al cual le correspondería la reparación consiguiente de los daños.

Sin embargo algunos autores señalan que la sobrecontratación es la única manera de obtener el máximo rendimiento de los bienes y de las instalaciones, y que el aplicar inflexiblemente en el transporte aéreo o en la contratación hotelera, los **criterios legales tradicionales** supondría frenar el desenvolvimiento, desarrollo e incluso la existencia misma de estas industrias. Es por todo esto que se ha propuesto la institucionalización de dicha figura, claro está, otorgando las garantías de protección suficientes para evitar posibles abusos.

Como podemos apreciar, a lo largo de este punto, se hace necesaria una redefinición de conceptos que sea acorde con las necesidades de esta sociedad que podríamos calificar como “Moderna”, y no tratar de aplicar esquemas válidos en otras sociedades. La contratación en masa y la sobrecontratación son situacio-

nes que se nos presentan en la vida diaria y que requieren de una debida regulación para evitar que atenten contra nuestros propios derechos como “consumidores”.

3. TECNOLOGIA, DERECHO Y NUEVOS CONTRATOS

Todos los sistemas jurídicos están condicionados también por un determinado nivel de conocimientos científicos, ya sea de técnicas creativas o niveles inventivos⁽²⁶⁾.

Si hacemos un repaso de la legislación nacional y de la comparada podremos contemplar cómo en ellas se encuentran presentes una serie de técnicas que guardan relación con la vida comunitaria (con aspectos de ésta), por ejemplo encontramos normas sobre la fecundación in vitro, sobre derecho de informática, transplante de órganos, regulaciones de derechos sobre la Antártida, el espacio, etc. Todas estas normas no fueron necesarias sino hasta que la ciencia y la tecnología nos permitieron alcanzar estos nuevos horizontes. Los avances científicos, pues, producen un flujo en el orden jurídico, siempre que este avance tenga proyección social o se regule la distribución de recursos económicos que comienzan a tornarse escasos⁽²⁷⁾.

El influjo puede consistir en la aparición de una nueva legislación (como lo fue en su momento la ley de navegación aérea) o en la incorporación de nuevos aspectos a códigos civiles o leyes pre-existentes (incorporación de nuevas teorías). Pero aunque la legislación no diera una respuesta satisfactoria en el momento al reto de la nueva tecnología, el ordenamiento jurídico reacciona de todos modos (ejemplo, vía los estudios de la doctrina). Esta reacción puede ser conservadora, como se vio en el caso de la contratación en masa, y por lo tanto tratará de ajustar el conjunto de nuevos hechos a los moldes antiguos dando lugar muchas veces a interpretaciones extensivas erróneas⁽²⁸⁾.

A modo de ilustración veamos un campo donde se aprecia el influjo de la tecnología como un objeto contractual.

Para Diez Picazo la importancia que modernamente ha adquirido lo que estamos llamando tecnología y lo que se llama “know how” o métodos y procedimientos de fabricación, experiencias, etc., hace que estos se transformen modernamente en objetos del contrato. Aquí no se refiere a contratos de concesión de licencia de explotación de patentes, sino a

(25) Diez Picazo, Luis. *op. cit.* p. 56.

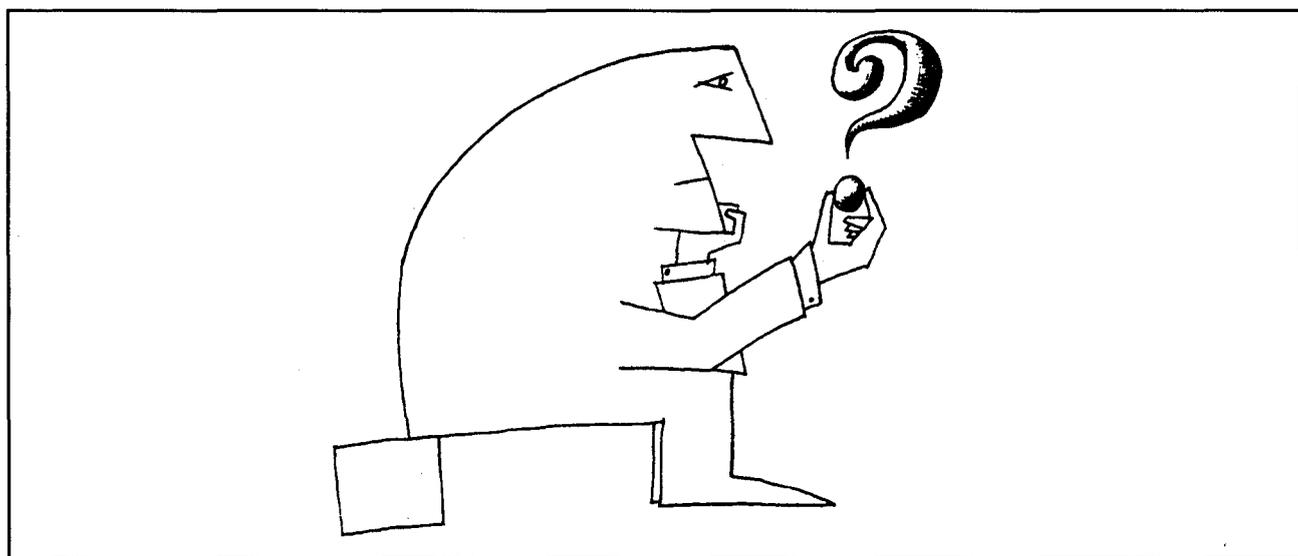
(26) *Ibid.* p. 89.

(27) *Ibid.* p. 91.

(28) *Ibid.* p. 92.

contratos de tecnología no patentada (caso de técnicas no patentables, o que no reúnen requisitos de patentabilidad o que se ha preferido no patentarla porque ello requeriría publicidad). Aún cuando en un primer momento se ha hablado también de contrato de concesión o de licencia, la moderna doctrina ha preferido hablar de contratos de transferencia de tecnología que subsidiariamente puede comportar asistencia técnica. El objetivo fundamental de estos contratos consiste en que un empresario se compromete con otro a transmitirle los conocimientos técnicos que constituyen lo que hemos llamado "know how"⁽²⁹⁾.

“...enfrentarnos a esta problemática debe llevarnos a la búsqueda de respuestas fuera del marco tradicional.”



NUEVOS CONTRATOS

CONTRATOS DE LA SOCIEDAD MODERNA:

Para concluir este artículo, creemos conveniente hacer un repaso de algunos de los contratos más importantes surgidos con el avance de la tecnología y la evolución de nuestra sociedad moderna, que ha creado, para las nuevas necesidades contratos que podría decirse, son relativamente recientes:

a) **Factoring:** Algunos autores encuentran su génesis en los fenicios, pero surge como tal, en el Siglo XVIII. En época de la colonización, los empresarios ingleses, ante la necesidad de conquistar nuevos mercados, enviaban a las colonias de ultramar "Factors" (agentes) para colocar sus productos en la plaza. Estos agentes otorgaban a sus compradores facilidades para el pago, haciéndose cargo de los

riesgos de cobranza y cobrando ellos una comisión, pero enviando el dinero antes del vencimiento del plazo otorgado para el pago. Posteriormente estos agentes se agruparon dando origen a sociedades de Factoring.

Para Samuel Linares Bretón, citado por Gheri, este contrato es aquel por el cual, una entidad financiera se obliga frente a una empresa a adquirirle todos los créditos que se originen normalmente durante un periodo de tiempo expresamente convenido, pero pudiendo reservarse la facultad de seleccionar esos créditos y abonar por los mismos un precio fijado mediante una proporción establecida sobre sus importes, y a prestar determinado servicio, quedando los riesgos de cobrabilidad a cargo de la entidad financiera. Hay que remarcar que la empresa financiera que se hace cargo de los créditos cobra una comisión sobre el monto total de los mismos, por concepto remunerativo⁽³⁰⁾.

(29) *Ibid.* p. 127 - 129.

(30) Gheri, Carlos Alberto. *op. cit.* p. 521-523.

b) Contratos Informáticos: La informática, término de origen francés, alude a la "información automática" es decir mayor eficacia y rapidez en la elaboración y transmisión de información. La informática irrumpe en la sociedad y la vemos insertada en ella a través de los medios de comunicación, de la actividad comercial, de la actividad bancaria, etc. Esta nueva tecnología contribuye así a una mejor organización del trabajo y a una mayor velocidad de respuesta, con un alto grado de seguridad. Pero en el campo jurídico debemos diferenciar al derecho informático de la informática jurídica.

Derecho Informático: La información al hacerse aplicable a casi todos los campos del quehacer humano, se extendió también al ámbito del Derecho. Así el Derecho informático alude a la actividad informática como objeto del derecho, a través de su regulación o de la solución de los conflictos que de ella nazcan, constituye así Derecho Informático toda actividad referida a contratación informática, delitos cometidos mediante el uso de esta ciencia, relación laboral a que ella da lugar, litigios sobre la propiedad de programas, etc.

Informática jurídica: Es aquella que toma al derecho como instrumento y lo ordena, lo sistematiza.

Contrato Informático: Antes de dar su concepto es conveniente hacer el siguiente análisis: los bienes y/o servicios de los contratos informáticos se integran en un sistema. Este sistema se compone de: a) Las máquinas, b) Los programas, c) El elemento humano que establece la interconexión de los elementos anteriores, d) La documentación (manuales, certificados, etc.), y e) Asistencia técnica.

Entonces, cada vez que nos encontremos ante un acto jurídico bilateral cuyo objeto mediato recaiga sobre alguno de los elementos mencionados, a través de una relación jurídica obligacional como objeto inmediato, estaremos en presencia de un contrato informático. Los contratos informáticos son pues, aquellos que establecen relaciones jurídicas respecto de prestaciones consistentes en transferir la propiedad o el uso y goce de bienes informáticos, y/o prestar servicios informáticos.

c) Tarjeta de Crédito: Su verdadero auge y extensión, se produce en los Estados Unidos a mediados de siglo; allí comienza su difusión masiva, en mayor o menor medida, a todo el mundo. Con la tarjeta de crédito el consumidor simplifica notablemente sus operaciones (sustituyendo el dinero en efectivo), pero principalmente tiene a su alcance un importante ins-

trumento de crédito (ya que le es posible diferir el cumplimiento de sus obligaciones dinerarias mediante la presentación de la tarjeta, sin ser necesaria la previa previsión de fondos a la entidad que asume la deuda). Por otro lado se verifica un incremento en el volumen de las ventas y un consecuencia desarrollo de la actividad empresarial.

La empresa emisora de la tarjeta, luego de pre-disponer las cláusulas que integrarán el acuerdo, ha de celebrar con sus distintos clientes la emisión del documento a favor de estos (previamente ha estudiado la condición patrimonial del solicitante). Mediante el otorgamiento de la tarjeta, el usuario podrá procurarse la adquisición de bienes o la prestación de servicios con la simple presentación de la tarjeta, su acreditación y la firma del cupón correspondiente.

Al finalizar cada período el cliente recibe una liquidación de los gastos realizados durante el mismo. Suma que debe abonar en el plazo que al efecto fije la entidad. Además de ello, el usuario tiene a su cargo una cuota o canon periódico, como contraprestación por la utilización del servicio de la empresa. Paralelamente, la empresa que emite la tarjeta estipula con los comerciantes o proveedores de los bienes y servicios al público, el compromiso de estos de aceptar las operaciones que los clientes, portadores titulares de la tarjeta, deseen efectuar. Luego de cada término el comerciante deberá enviar a la entidad un resumen conteniendo todos los cupones firmados y el monto que en dinero representan. La empresa le abonará el importe debido con un descuento por concepto de comisión.

d) Leasing: El arrendamiento financiero o leasing constituye una fórmula que da lugar a un nuevo enfoque de la economía moderna. Puesto que afirma que la riqueza es generada por el uso de los bienes antes que por la propiedad de los mismos. Leasing es una palabra inglesa que viene del verbo "to lease" que quiere decir alquilar. Se trata básicamente de un sistema de financiamiento, mediante el cual una empresa arrendadora o cualquier empresa autorizada como tal, compra para su cliente y a su pedido, una maquinaria o activo predeterminado a cambio de un compromiso de pago en cuotas periódicas por parte del cliente o empresa arrendataria. Estos pagos se fijan en plazos, al cabo de los cuales, la empresa arrendadora recupera su inversión más una utilidad adicional. Al concluir el periodo del leasing, la arrendataria adquiere, usualmente, equipo arrendado por su valor residual⁽³³⁾.

(31) *Ibid.* p. 601-603.

(32) *Ibid.* p. 609-610.

(33) *Ibid.* p. Indacochea, Alejandro. *Todo sobre el Leasing.* En *Revista la Banca, Lima.* Vol. 7. Enero 1991.

4. REFLEXION FINAL

El tema de Derecho y contratación en la sociedad moderna, abarca pues, cambios no sólo en la contratación, sino que implica una transformación en todo el Derecho; así vimos como, producto de la masificación, se produce el Derecho informal, luego como la misma masificación produce fenómenos como la contratación en masa y la sobrecontratación, que rompen con los esquemas y conceptos del Derecho tradicional y claman por su modificación a efectos de devolverle al Derecho su finalidad de resolución de conflictos que en muchos casos ha perdido y que es necesario rescatar, ya que contribuirá a la formación de una sociedad más justa y avanzada.

Por último, en una tercera parte del artículo hemos podido apreciar que la sociedad moderna opera cambios y modificaciones también por efecto de los adelantos tecnológicos y científicos que llegan incluso a producir la generación de nuevos objetos contractuales y nuevas áreas para el Derecho. Además la evolución de la sociedad creó nuevas necesidades que dieron origen no sólo a nuevas maneras de contratar sino incluso a la creación de nuevos contratos, a los

cuales muchas veces no le prestamos la atención que ameritan, y debemos recordar que, como expresa Fernando de Trazegnies: Debe existir una estrecha relación entre el Derecho y los elementos sociales. El Derecho debe ser parte integrante de la praxis social ⁽³⁴⁾.

BIBLIOGRAFIA

1. Bullard, Alfredo. "Contratación en Masa". ¿Contratación? p. 47-55. En Themis Revista de Derecho. Segunda Época. Lima 1989. No. 15.
2. De Soto, Hernando. El otro sendero. Editorial Ausonia - Talleres Gráficos S.A. Lima 1986.
3. De Trazegnies, Fernando. Introducción a la Filosofía del Derecho y a la Teoría General del Derecho. Materiales de Enseñanza de la Facultad de Derecho. PUCP. Lima, 1991.
4. Díez PicaZo, Luis. Derecho y Masificación Social. Tecnología y Derecho Privado. Madrid. Civitas. 1987.
5. Ghersi, Carlos Alberto. Contratos Civiles y Comerciales. Ed. Astrea. Buenos Aires 1990.
6. Indacochea, Alejandro. Todo sobre el Leasing. En Revista La Banca. Lima, Vol. 7, Enero 1991.
7. Stiglitz, Ruben S. Contratos por Adhesión, Cláusulas Abusivas y Protección al Consumidor. Buenos Aires. De Palma. 1985.

(34) De Trazegnies, Fernando. *Introducción a la Filosofía del Derecho y a la Teoría General del Derecho. Materiales de Enseñanza de la Facultad de Derecho. PUCP. Lima, 1991. p. 2.*