

# Contratación en masa

## ¿Contratación?

Alfredo Bullard G. (\*)

*Profesor de Derecho Civil en la facultad de Derecho de la PUC. Ex Comité Directivo de Thémis.*

El hombre moderno vive atravesado por los estándares. El comportamiento humano se ha convertido en un fenómeno estadístico. Nos transportamos en masa, trabajamos en masa, compramos y vendemos en masa, vivimos en masa. Basta levantarse una mañana cualquiera para incorporarnos de inmediato en un engranaje de transacciones y actividades que podríamos considerar fungibles. Así, prendemos la radio o la televisión para vernos bombardeados por una publicidad que no es otra cosa que un conjunto de "ofertas al público". Nos detenemos un instante en nuestro automóvil frente a un cajero automático y llevamos a cabo las más variadas transacciones bancarias. Almorzamos en un restaurant y consumimos un menú cuyo precio no estamos en posibilidad de discutir. Estacionamos nuestro auto en una playa sometiéndonos a ciertas condiciones. Asistimos al cine o al teatro o nos matriculamos en la Universidad sin que de ordinario nadie nos haya pedido nuestra opinión.

Estas y mil actividades más, rodean la vida de un ser humano típico, donde la tipicidad se define cada vez más como un molde con el que se producen millones de muñecas de plástico idénticas en una fábrica de juguetes cualquiera.

Cuando trasladamos este panorama al campo de lo jurídico, nos encontramos con la llamada "contratación en masa". Este fenómeno reviste una complejidad sin par en la historia del Derecho. Nuevas técnicas de generación de relaciones jurídicas aparecen como correlato ineludible del desarrollo del capitalismo, en especial del monopolio u oligopolio. A productos y servicios estandarizados se exige a su vez consumidores estandarizados. El efecto es relaciones jurídicas hechas en serie. Las sincronizadas maquinarias de la cadena de ensamblaje son reemplazadas por el formato pre-redactado. La voluntad del consumidor ha sido sacrificada, como lo fue la habilidad del artesano, en aras del

progreso.

La llamada "contratación en masa" ha convulsionado las más tradicionales estructuras de nuestro Derecho Privado. Nuestros Códigos Civiles (incluido el Código Civil de 1984) han quedado a la zaga de los hechos. La teoría contractual tradicional intenta, sin éxito, encasillar estas nuevas formas de generación de relaciones jurídicas en las estáticas categorías tradicionales. Se siguen buscando oferentes y aceptantes, se sigue intentando explicar nuestro sistema en base a principios como la autonomía de la voluntad o la buena fe, y en el fondo queda oculto lo más importante del fenómeno: su masificación, y por ende, su efecto social.

No pretendemos en el presente trabajo hacer un análisis exhaustivo de todas las diversas modalidades en que se presenta el problema de la contratación en masa (contratos por adhesión, cláusulas o condiciones generales de contratación, contratos de hecho, conducta social típica, contratos estándares, protección del consumidor, ofertas al público, etc.). Sólo pretendemos criticar el marco teórico a partir del cual este fenómeno suele ser analizado por la doctrina, sin detenernos en las particularidades específicas de cada una de sus manifestaciones.

### 1. El Contrato

El camino de nuestro Derecho Privado está empedrado del término "contrato". Toda la dinámica económica en nuestra sociedad pasa por la aduana de la contratación. Sin embargo, en la historia del Derecho se ha llamado "contrato" a muchas cosas diferentes. Así podemos decir, en los mismos términos que utiliza Trazegnies para referirse a la propiedad<sup>1</sup>, que el contrato no es un concepto uni-

(\*) Al Dr. Manuel de la Puente y Lavalle, cuyas dotes de maestro sólo son superadas por sus cualidades humanas.

1. Trazegnies, Fernando de: "La Transformación del Derecho de Propiedad" en "Derecho" No. 33, Diciembre 1978. Programa Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima. P. 104.

versal que atraviesa la historia, sino un concepto histórico, es lo que los hombres quieren o necesitan que sea, y los hombres quieren y necesitan cosas distintas según las épocas. No es nuestro propósito, sin embargo, efectuar una exposición histórica sobre el desarrollo del término "contrato"<sup>2</sup>. Sólo nos interesa poner de relieve su conceptualización moderna, refiriéndonos a lo que nuestros Códigos, y en general, nuestro sistema jurídico, entiende por "contrato".

El concepto moderno de "contrato" no es más que un subproducto de la ideología liberal imperante a fines del siglo XVIII y principios del XIX. Se pensaba que la iniciativa individual era el mejor medio para el logro de la auténtica convivencia humana. Si se dejaba a la libertad actuar, todo sería mejor. Así se acuñan tres ideas centrales, íntimamente ligadas: la autonomía de la voluntad, la igualdad entre las partes y la obligatoriedad del acuerdo. Vivimos en una sociedad de egoístas, de maximizadores que no ven más motivo de actuación económica que el propio beneficio. De ello se deriva, como premisa central, la necesidad de dividir el trabajo. Ello permitirá una mayor eficiencia económica. Sin embargo esto trae un problema. Si alguien se dedica a producir vestidos, ¿Cómo obtendrá el alimento que necesita? La única posibilidad es el intercambio. Pero si quien tengo al frente, y que posee el alimento que necesito, es un maximizador egoísta como yo, ¿Cómo podré asegurarme su colaboración? Sólo existe una manera de compatibilizar el egoísmo humano con su libertad: el contrato. Las partes son libres e iguales, pero el mayor ejercicio de su libertad es, curiosamente, la posibilidad de autolimitarla a través del acuerdo al que voluntariamente llegan. Así, el contrato es ley entre las partes, porque ninguna otra ley distinta podrá satisfacer de mejor manera sus intereses.

El resto fue vestir el esqueleto económico con categorías propias de la teoría jurídica. La doctrina se encargó por distintos medios de crear toda una atmósfera de respeto "cuasi-divino" a los pilares en los que se sostenía la teoría contractual. Se dotó al sistema de una serie de elementos técnicos (policitación, oferta, aceptación, causa, objeto, consentimiento, etc.) que le dieron una coherencia interna de envidiable pulcritud.

Ante esta situación el poder de la autonomía se sobredimensiona hasta equipararse a la fuerza de la ley como fuente de las relaciones jurídicas. Las dos fuentes de las obligaciones son la ley y la voluntad, y están al mismo nivel. Por ende la ley no puede

2. Un análisis detallado sobre la evolución del concepto de contrato puede hallarse en la obra de Vallespinos, Carlos Gustavo: "El Contrato por Adhesión a Cláusulas Generales". Editorial Universo. Buenos Aires. 1984.

privar a la voluntad de los efectos que ésta por su propia naturaleza tiene. El canal por el que esta voluntad actúa es el acuerdo, de cuyo carácter vinculante se deriva el concepto de contrato.

Es este concepto de contrato el que viene recogido en nuestras legislaciones. Basta revisar artículos como el 1351, 1352, 1354, 1356, 1359, 1361, etc. en nuestro Código Civil. En esta idea el legislador parece encontrar la solución al problema de la necesidad de instaurar aquellas relaciones jurídico patrimoniales necesarias para el logro de la convivencia humana.

## 2. Las Relaciones Jurídicas Estándares

El diseño liberal del contrato, en lo que constituye una clara perspectiva voluntarista del Derecho Privado, aparece como sugestivo. Un concepto que permite unir el egoísmo (sinónimo de eficiencia y racionalidad económica) con la libertad individual parecería merecer todo tipo de elogios.

Pero, como todos sabemos, este modelo entró en crisis con el desarrollo económico y tecnológico del presente siglo. El diseño de contrato aludido está hecho para responder a un liberalismo de corte "artesanal". Si bien podemos hablar de una cierta uniformidad en la producción de bienes y servicios, en los orígenes del liberalismo, ésta se presenta en niveles bastante incipientes. Nada le permitía al legislador del Código Napoleónico imaginar, siquiera en una pequeña escala, cuáles serían los efectos del posterior desarrollo del capitalismo.

Entre los varios elementos que desencajan en la concepción liberal del contrato, queremos sólo mencionar dos: el sacrificio de la voluntad individual y la desigualdad real entre las partes.

Un presupuesto del contrato liberal era, como hemos dicho, la autonomía privada. Ella tiene como expresiones la libertad de contratar o libertad de conclusión (entendida como aquella que me permite decidir si contrato o no y con quién) y la libertad contractual o de configuración (aquella que me permite determinar el contenido y normatividad interna de la relación jurídico contractual). Ambas libertades actuaban en la realidad a través de lo que se conoce como la negociación contractual. Es en ella donde los elementos técnicos de la teoría del contrato (oferta, contraoferta, aceptación, causa, consentimiento, objeto, etc.) comienzan a compaginarse para arrojar como resultado final la relación jurídica que permita satisfacer los intereses entre las partes. La negociación es precisamente aquel mecanismo que permite a los interesados la progresiva autolimitación de su libertad y que tiene como culminación, a través del acuerdo, el carácter obligatorio del contrato.

Pero la negociación, como proceso, genera lo que en economía se conoce como externalidades o costos externos. Cuando alguien desea adquirir una casa, por ejemplo, inicia todo un proceso que comienza por obtener información referida a aquellos supuestos necesarios para que la compraventa satisfaga efectivamente sus intereses (naturaleza del bien, estudios de títulos para garantizar que el vendedor sea el propietario o, en todo caso, se trate de un representante con poderes suficientes, etc.). Por otro lado, necesitamos redactar el documento que contendrá la declaración común de voluntad, para lo que, de ordinario, necesitaremos los servicios de un abogado. Ello lleva, en ocasiones, a largas discusiones, muchas de ellas referidas a aspectos accidentales del contrato, y que, sin embargo, generan demoras importantes para llegar a un acuerdo. Esto produce costos adicionales, a los que podríamos llamar costos negativos de oportunidad, y que se derivan de la demora en la instauración de la relación jurídica. Ejemplo de esto último sería si deseo utilizar un inmueble como restaurante, una demora de dos meses en la celebración del contrato me hace perder los beneficios que ese período me podría haber brindado. Como contrapartida, la demora en recibir el precio hace perder la posibilidad de una oportuna inversión o utilización del mismo. Todos estos aspectos de la negociación (costos de información, costos de oportunidad e incluso los derivados de la negociación misma) generan externalidades. Una externalidad es un costo o precio generado por un elemento distinto al mismo mercado (oferta y demanda). Si en principio el precio generado por el mercado es aquél que garantiza la mayor eficiencia, las externalidades se convierten en elementos no deseados por el sistema, pues suben "artificialmente" el costo de la operación de intercambio.

Sin embargo, y a pesar del costo adicional que significa, las partes deciden asumirlas en aras de algún motivo considerado importante (una mayor seguridad en la transacción, ciertas expectativas sobre algunas condiciones especiales que se espera obtener en la misma negociación, aversión al riesgo o, incluso, algún capricho de una de las partes). Resulta obvio, sin embargo, que los contratantes no estarían dispuestos a asumir tales externalidades en otro tipo de operaciones. Quien compra una hamburguesa en una cafetería difícilmente utilizará los mismos recursos que utiliza el comprador de una casa para dotarse de ciertas seguridades sobre la calidad de propietario del vendedor, ni concurrirá a un abogado para que le redacte un documento, ni hará una evaluación detallada de sus costos de oportunidad. Ello se deriva de que en esta operación (compra de una hamburguesa) la desproporción entre el valor del bien y el que generarían las externalidades es de tal naturaleza que convertirían al intercambio en un asunto absolutamente inviable,

o en todo caso, irracional.

El desarrollo acelerado que presenta la economía moderna, que ha creado un inmenso mercado de transacciones generalizadas, ha llevado a que los costos externos ocasionados por la negociación impliquen una disminución importante de la eficiencia y beneficios presumiblemente generados por el mercado. Imaginemos al Presidente de la General Motors negociando, bajo la asesoría de un conjunto de abogados, todos los contratos de compraventa de automóviles que celebra la empresa. La burocratización administrativa, el tiempo y recursos perdidos, las demoras en la colocación de los automóviles en el mercado, las dificultades para interpretar y en su caso poder cubrir los posibles incumplimientos de los particulares referidos a relaciones jurídicas de contenido tan diverso, hubieran hecho imposible el eficiente desarrollo que esta empresa ha alcanzado en el presente siglo.

Así, la estandarización de los bienes y servicios que concurren al mercado lleva, indefectiblemente, a estandarizar las relaciones jurídicas vinculadas a dicha concurrencia. Las relaciones jurídicas se producen en serie. Ello exige eliminar los costos externos que ocasiona la negociación, lo que no es posible sin eliminar o limitar a esta última. La consecuencia lógica es la eliminación de la voluntad de una de las dos partes, de manera que la configuración de la relación jurídica sea una labor encargada a una de ellas.

Dentro de la concepción aludida, los términos de oferta y aceptación quedan desfasados. Ya no hay posibilidad de discutir. O uno se adhiere a las estipulaciones o cláusulas generales fijadas por la otra parte, o no hay "contrato". Y si el estipulante tiene una posición monopólica en el mercado, ya es incluso dudoso que el consumidor pueda siquiera elegir entre adherirse o no. Así, para poder ser estipulante no basta con desearlo. Se requiere una posición de poder económico, determinado por la posibilidad de imponer a la otra parte sus condiciones. En el mercado, poco le importa a la General Motors que a Juan le parezcan leoninas las cláusulas que se le presentan. Si se niega a adherirse habrá otro consumidor que ocupará su puesto. Más aún, si todas las demás empresas que producen automóviles fijaran cláusulas similares en sus respectivos contratos. El arte de la negociación contractual es reemplazado, en estos casos, por la mercadotecnia, por la publicidad, por el prestigio de ciertos productos o servicios en el mercado. En estos términos, hablar de voluntad o de igualdad entre las partes es un chiste de mal gusto.

Si con el sacrificio de la negociación se sacrifica también la voluntad individual de una de las partes, y si este sacrificio es posible precisamente gra-

cias a que existe una desigualdad evidente entre los "contratantes", dentro del esquema liberal, debería también caer el carácter vinculante de esta "seudo-contratación". Sin embargo, esto no es así. Todos sabemos que los actos que se dan dentro de la llamada "contratación masiva" (cláusulas generales de contratación, contratos por adhesión, contratos o relaciones jurídicas estándares, etc.) resultan, por lo menos en la práctica, obligatorios. ¿Cómo explicar esta obligatoriedad dentro del concepto liberal de "contrato"? Creemos que esta es una misión imposible, y por tanto nos negamos a emprenderla.

### 3. La Obligatoriedad de las Relaciones Jurídicas Estándares

No es nuestro propósito analizar la innumerable variedad de manifestaciones que la llamada "contratación en masa" puede presentar. Sólo quisiéramos dar algunos lineamientos generales que ayuden a una mejor comprensión del fenómeno. En tal sentido se contemplan realidades muy disímiles entre sí, desde aquellas donde la estipulación impuesta contiene una sola cláusula, permitiéndose la negociación de prácticamente todo el contenido de la relación jurídica a generarse, hasta aquellas donde, por la posición monopólica de una de las partes en el mercado, toda posibilidad de expresión de voluntad en el adherente desaparece.

La teoría tradicional ha hecho, y sigue haciendo, verdaderos malabares para tratar de explicar, dentro de sus categorías, las distintas manifestaciones de este fenómeno. Como dijimos, sigue buscando oferentes, aceptantes, consentimiento, buena fe, etc.

Creemos que la contratación en masa 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 llamada "contratación en masa", o creamos una nueva terminología que permita explicar a cabalidad este nuevo fenómeno.

Como mencionamos, la teoría contractual clásica se sustenta en tres pilares: voluntad libre, igualdad entre las partes y, como consecuencia de estas dos, obligatoriedad del acuerdo. Dentro de esta concepción no entendemos cómo se podría explicar el carácter contractual de aquella relación jurídica que se establece, cuando el obrero, para llegar a su trabajo, tiene que tomar un ómnibus cuya línea tiene establecido un monopolio de la ruta que él desea utilizar. No puede discutir ni el precio, ni el cambio de ruta por una más conveniente, ni qué tipo de responsabilidad asumiría el transportista en caso de accidente. Sin embargo, la doctrina se empeña en

seguir hablándonos de un contrato de transporte. Lo mismo podríamos decir de quien al acudir al cine solicita que la función comience unos minutos más tarde como condición para comprar su boleto, o con quien al celebrar un contrato de seguros pretende dar una cobertura distinta a la prevista en las cláusulas de la póliza correspondiente. La necesidad de relaciones jurídicas estándares resulta absolutamente incompatible con la posibilidad de darle "voz" y "voto" al consumidor en el proceso de configuración.

Creemos que el desarrollo moderno impone cambios importantes en la perspectiva asumida por nuestro Derecho Privado. Un primer elemento es destacar que lo que es obligatorio no es el contrato, sino la relación jurídica que éste genera. El contrato desarrolla una función genética, en cuanto es reconocido por la ley como un hecho jurídico susceptible de surtir determinados efectos. Así, la obligatoriedad no se deriva del acuerdo, como erróneamente sostienen los voluntaristas, sino de la ley que hace que la relación jurídica tenga efectos obligatorios. Una vez que el contrato genera la relación jurídica deja de existir como tal, y deja a esta última como único testimonio de su existencia.

La norma, como todos sabemos, contempla un supuesto de hecho y un determinado efecto que surge a la verificación de tal supuesto. La norma que dice que el acuerdo de voluntades es obligatorio no difiere, en tal sentido, de aquella que contempla que quien ocasiona un daño a otro debe indemnizarlo. El contrato, como el accidente causante del daño, no es más que un supuesto de hecho al que la ley atribuye ciertos efectos: la generación de relaciones jurídico obligatorias. Nada hay de "magia" en la voluntad para que a ella se le atribuya el poder de generar relaciones jurídicas. La "magia", si en realidad existe, es puesta por la decisión del legislador, quien contempla cierto tipo de declaraciones de voluntad como supuestos de hecho.

Cuando nos referimos a los actos de tomar un ómnibus, ir al cine, adquirir un automóvil o tomar un seguro, nos estamos refiriendo a hechos jurídicos de naturaleza diversa al contrato. Son comportamientos a los que el Derecho reconoce efectos, pero no por considerarlos acuerdos de voluntades sino simplemente porque considera que, en nuestro modelo de sociedad, permiten constituir relaciones jurídicas consideradas necesarias para el logro de ciertos objetivos (en este caso permitir el intercambio de bienes y servicios reduciendo los costos externos producidos por la negociación, lográndose así estandarizar las relaciones jurídicas). El reconocimiento que nuestro sistema jurídico pueda hacer de estos fenómenos facilita la constitución de relaciones jurídicas estándares y, por ende, de las ventajas que ello podría significar.

La pregunta que obviamente pueden formularnos es cómo es que se reconoce efectos obligatorios a estas formas de "contratación" en aquellos sistemas en los que, la legislación no las han previsto expresamente como fenómenos distintos al contrato. Lo que creemos es que, el tránsito de la figura del contrato liberal a estas nuevas técnicas de constitución de relaciones jurídicas ha sido gradual. En tal sentido los contratantes, los jueces, los intérpretes de las normas y la doctrina en general han instrumentalizado la teoría general del contrato para contemplar esa figura. Se utilizan categorías tradicionales para perfilar el cambio, y en ese sentido, se disfraza el nuevo fenómeno con el velo de la teoría contractual clásica, mientras el cambio se consolida. Un fenómeno similar se ha dado con los llamados "contratos forzados", producidos no por la autonomía privada, sino por el poder heterónomo (intervención estatal), del cual son un buen ejemplo las prórrogas de arrendamiento dadas por el Poder Ejecutivo en los últimos años. Cuando el fenómeno de la contratación forzosa recién aparece, se le trata de encasillar dentro de los marcos de la teoría general del contrato. Pero un "contrato" sin autonomía privada es un sin sentido, y, en tal virtud sectores importantes de la doctrina comienzan a negarle su carácter contractual. De esta manera, la instrumentalización, de la teoría tradicional es un recurso válido en un inicio, pero cuando la realidad exige un punto de quiebre, a partir del cual se plantea la necesidad de configurar nuevas instituciones, la instrumentalización de las categorías clásicas deja de ser una opción legítima. Creemos que ese punto de quiebre, en el caso de la "contratación en masa", ya ha llegado.

#### 4. Los Peligros de la "Contratación en Masa"

No cabe ninguna duda que todo mecanismo de constitución de relaciones jurídicas acarrea una serie de peligros. De hecho, la relación jurídica coloca a un sujeto en la posibilidad de exigir ciertos comportamientos a otros. Si el contenido de esta exigibilidad no es limitado, pueden darse efectos no requeridos por el Derecho. No en vano alguna vez los sistemas jurídicos contemplaron la esclavitud como una relación jurídica digna de tutela. De ello se deriva que ciertos contenidos valorativos sean necesariamente recogidos por el legislador para evitar que, fenómenos como el mencionado vuelvan a repetirse.

Frente a este problema, cabe reconocer la indudable coherencia que la teoría general del contrato (englobada dentro de la teoría general del acto jurídico) desarrolló para evitar que el contenido de la relación jurídica generada pudiera prestarse a abusos de unas partes. Si dos sujetos acuerdan libremente generar una relación jurídica, la posibilidad del aprovechamiento abusivo por una de ellas

se limita. Se presume que todo individuo es un agente económico racional, por lo que está en perfectas posibilidades de hacer un análisis de los costos y beneficios implicados en la relación jurídica que proyecta instaurar. En tal virtud, y como principio general, nadie llegará a un acuerdo perjudicial a sus intereses. Así, la posibilidad de relaciones jurídicas con contenido abusivo, atentatorias a la libertad, intereses económicos o dignidad de las personas, resultaban descartadas. A pesar de ello, el legislador "tendía sus redes" para evitar que alguna posibilidad de abuso se le escape. En primer lugar, contempla en normas de orden público, aquellos valores o principios que considera irrenunciables por la mera voluntad de las partes. Por ejemplo, se prohíbe vender la libertad, la vida, la integridad personal, etc, por citar los casos más saltantes. Pero un segundo mecanismo, más ligado al problema de la técnica contractual, es privar o limitar el efecto jurídico de ciertas circunstancias que, al estar presentes en el supuesto de hecho, llevan a pensar en la posibilidad que se presenten abusos, principalmente porque limitan la libertad y autonomía de las partes. Como ejemplos podemos citar los casos de los vicios de la voluntad (error, dolo, violencia) o de la lesión.

El problema central que se presenta en las distintas manifestaciones de la "contratación en masa" es, precisamente, éste. En los casos en que la ley faculta al desarrollo de los distintos mecanismos de generación de relaciones jurídicas estándares se permite a una sola de las partes (la estipulante de las cláusulas generales como el caso más común) determinar el contenido de la relación jurídica. Es casi como si la simple voluntad unilateral generara obligaciones a cargo de terceros, en especial si estamos frente a un monopolio.

Es quizás en este punto donde las deficiencias de la teoría general del contrato resultan más saltantes. Esta diseñó ciertos mecanismos, ya descritos, para evitar la configuración abusiva de relaciones jurídicas. La pregunta es si en el caso de la "contratación en masa" estos mecanismos resultan útiles o no. En el caso de los vicios de la voluntad o de la lesión, ¿será posible encontrarlos ahí donde precisamente se niega la existencia de una auténtica voluntad? ¿Acaso no es un presupuesto de los distintos mecanismos de la "contratación en masa" al violentar la voluntad del adherente, principalmente como efecto de la desigualdad económica? ¿No hay acaso siempre un cierto aprovechamiento de la situación del consumidor para evitar la necesidad de negociar? Instituciones como el dolo, el error, la violencia son de muy dudosa aplicación, y sobre todo, de muy dudosa eficacia, para evitar la configuración de relaciones jurídicas abusivas. ¿Quién podría encontrar el error interpretando un formulario pre-redactado e impreso en serie, argumentar dolo

cuando es común el uso de letras pequeñas y cláusulas complejas de difícil lectura o remisión a documentos, cláusulas o regulaciones que no están al alcance del potencial adherente, tratar de demostrar violencia en una institución que tiene como base la eliminación casi absoluta de la voluntad de la otra parte, o buscar lesión allí donde el aprovechamiento de una situación económica ventajosa es la regla? La aplicación de estas instituciones llevaría a desfigurar por completo el fenómeno de la "contratación en masa". Podríamos incluso privarle de toda eficacia como medio de constituir relaciones jurídicas.

Si el sistema liberal utilizó principalmente la propia voluntad para garantizar los intereses de las partes en la relación jurídica, mal podríamos utilizar el mismo medio allí donde esta voluntad resulta, precisamente, negada. Ello nos lleva a buscar otros medios que nos protejan de los peligros que acarrea la "contratación en masa".

Los mecanismos para proteger a los consumidores pueden ser, a nuestro entender, de dos tipos. En primer lugar podemos encontrarnos frente a lo que denominaremos la protección heterónoma, es decir aquella llevada a cabo por el aparato estatal. En segundo lugar está lo que llamaremos protección colectiva autónoma, entendiéndolo por ello una forma de organización de los consumidores para la defensa de sus intereses.

La doctrina se ha encargado principalmente del estudio de los mecanismos de protección heterónoma. Siendo que la voluntad de los particulares, al concurrir al sistema de mercado, se ve arrasada por la estandarización impuesta por las nuevas técnicas de constitución de relaciones jurídicas, parecería no quedar otro recurso que recurrir al Estado. Ello se logra, principalmente, por tres formas:

a) Protección Legal: siendo que es la ley la que concede carácter vinculante a los mecanismos de generación de relaciones jurídicas estándares, corresponde a ella misma establecer las limitaciones a las facultades y poderes que la realidad le concede al estipulante. Así, determinadas normas prohíben la incorporación de ciertos tipos de condiciones, tales como limitación de responsabilidad, facultades de resolución automática, renovación unilateral, y en general todas aquellas que podrían configurar relaciones jurídicas abusivas como producto de la ventaja estratégica en la que se encuentra el estipulante en relación con el consumidor. Dentro de esta tendencia se encuentran, también, las llamadas normas de protección del consumidor, y en general otros mecanismos similares como el caso de convertir en imperativas las normas dispositivas referidas a cada modalidad contractual.

b) Protección Administrativa: no conceder

efectos, o en todo caso limitárselos, a aquellas estipulaciones que no hayan sido aprobadas administrativamente. El aparato estatal actúa como una suerte de "filtro" en protección de los potenciales adherentes. Ello implica desarrollar entidades de evaluación eficientes, imaginativas y bien preparadas, a fin de que la protección no se convierta en mera formalidad burocrática. De hecho, un aparato de control disfuncional puede convertirse en un arma de doble filo. La aprobación administrativa podría transformarse en una suerte de "licencia para matar", que asegure al estipulante su ventaja estratégica, protegiéndolo con el manto de la impunidad. A la aprobación previa podría agregarse el sistema de inspecciones y de control a ser desarrollados por entidades del Estado a fin de asegurar el cumplimiento de las disposiciones legales pertinentes.

c) Protección Judicial: se concede a los jueces la facultad de limitar el poder del estipulante a través de la interpretación de las condiciones fijadas por éste e incorporadas a relaciones jurídicas estándares. De una forma, lo principal sería el desarrollo de un nuevo principio: "indubio pro consumidor". Si bien este principio juega un rol principal en el campo jurisdiccional, no por ello debe entenderse que sus efectos no se extienden a las otras formas de protección.

Pero quizás mucho más interesante que la protección heterónoma sea la protección colectiva autónoma. Cabe destacar el gran parecido que podemos encontrar entre el fenómeno de la "contratación en masa" y el ya consolidado Derecho Laboral. Es esta rama del Derecho, la primera que se "levantó en armas" contra los pilares de la contratación liberal. La situación económica de los trabajadores frente a los empleadores llevaron a negar la existencia de una auténtica autonomía e igualdad entre las partes al celebrar los contratos de trabajo. Así, se configura todo un sistema de protección, cuyas particularidades, semejantes a las que presentan el fenómeno materia de este artículo, lo llevaron a romper relaciones con el Derecho Civil para forjar un nuevo campo dentro de nuestro sistema jurídico. Existe pues, una protección legal (prohibición de condiciones inhumanas de trabajo, sueldos mínimos fijados por ley, derechos irrenunciables, etc.), una protección administrativa (aprobación previa de cierto tipo de contratos, registros de planillas, sistemas de inspecciones, etc.) y una protección judicial, en especial con la aplicación del principio "indubio pro operario".

Sin embargo estos mecanismos no son más que un complemento de lo que constituye la mayor garantía de los derechos de los trabajadores, la autonomía colectiva, y su correlato, cual es el Derecho Colectivo del Trabajo. Orientados por el dicho "la

unión hace la fuerza" los trabajadores se organizan a fin de compensar el poder económico desarrollado por el empleador. Se desarrolla el sindicalismo, se utiliza la huelga como elemento de lucha y aparece una novísima institución cuya configuración rompe con los conceptos más tradicionales del Derecho Privado, el convenio colectivo. Es esta posibilidad de llevar la discusión fuera de la esfera individual la que permite a los trabajadores obtener conquistas realmente importantes frente a aquellos que, en un principio, los aventajaban en poder económico. El Derecho Colectivo del Trabajo se convierte en el mejor ejemplo de lo que se conoce como "derechos difusos" y que no son otra cosa que aquellos cuya titularidad no recae en los individuos, sino en una categoría de los mismos, en una colectividad identificada por una o varias características comunes. La desigualdad se esfuma frente a una nueva conceptualización de las relaciones jurídicas, frente a una sociabilización del sistema jurídico, frente a una nueva autonomía que surge como antítesis a la idea individualista y liberal de autonomía de la voluntad.

Frente a la llamada "contratación en masa", frente a este poder de generar relaciones jurídicas estándares que, como la Revolución Industrial y el maquinismo, deshumanizaron al hombre, surge la idea de la autonomía colectiva como una nueva posibilidad de regresarle al consumidor la posibilidad de decidir en qué condiciones desea relacionarse jurídicamente. Ella puede triunfar frente a aquello que hizo fracasar a la autonomía de la voluntad. Los consumidores estamos en la posibilidad de organizarnos y con ello enfrentar, con las mismas armas, el poder de quienes están en la posibilidad de imponer sus condiciones. Frente a la intención de crear consumidores estándares, estos últimos pueden presentar respuestas estándares que permitan defender sus intereses. Imaginemos el efecto de la decisión colectiva de las organizaciones de los consumidores de no adquirir determinados bienes o servicios mientras tales o cuales condiciones se mantengan. Imaginemos a los consumidores llevando un control conciente y efectivo, no sólo de la calidad de los productos, sino de la "calidad" de las relaciones jurídicas en las que se pretende incorporarlos. Imaginemos a los consumidores negociando con los productores qué condiciones regularán las relaciones jurídicas que se instaurarán entre sus individuos, de manera similar, como en la negociación colectiva los trabajadores obtienen mejores sueldos y condiciones de trabajo. En fin, imaginemos un poder basado en la organización, enfrentando un poder basado en el desarrollo tecnológico y en las dimensiones económicas. No olvidemos que la organización de los individuos es aún mayor que la sumatoria de los mismos. Esta forma de protección, que a primera vista puede parecer utópica, comienza, a nuestro entender, a dar las primeras muestras de vida.

## 5. La "Contratación en Masa" en Nuestro Código Civil

No pretendemos hacer un análisis minucioso de las normas que pretenden regular este fenómeno. Sólo quisiéramos analizar superficialmente en base a qué principios nuestro legislador civil ha enfrentado el problema.

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

El contrato por adhesión enfrenta el problema de las relaciones jurídicas estándares desde la perspectiva del consentimiento. Un contrato es por adhesión, cuando una de las partes, puesta en la alternativa de aceptar o rechazar íntegramente las estipulaciones fijadas por la otra, declara su voluntad de aceptar. (art. 1390)

Por el contrario, las cláusulas generales de contratación son aquellas redactadas previa y unilateralmente por una de las partes (o por una entidad distinta a una de ellas) en forma general y abstracta determinando el contenido de una serie indefinida de contratos particulares (art. 1392). Así, enfrenta el problema de las relaciones jurídicas estándares desde el lado de qué condiciones configuran las mismas.

Ambas modalidades no expresan más que puntos de vista distintos frente al mismo fenómeno. Es como mirar el mismo paisaje, pero parados en lugares diferentes. Mientras el contrato por adhesión parte de una concepción voluntarista, de origen francés, las cláusulas generales parten más de la incorporación de ciertas condiciones que regularán la relación jurídica en cuestión, mostrando una concepción más objetivista, de origen alemán.

Sin embargo, en uno u otro caso, estamos ante fenómenos muy similares. Para que haya adhesión se requieren condiciones a las cuales adherirse, y que han sido estipuladas previamente por una de las partes. Si bien se puede argumentar que el artículo 1390 no se refiere a una cantidad indeterminada de contratos preredactados, resulta obvio que el estipulante está en la posibilidad de colocar al adherente en la disyuntiva de aceptar o rechazar (sin posibilidad de negociar) el contenido de la relación jurídica a generarse. Ello resulta claro en el caso de la "contratación masiva", donde la disyuntiva viene impuesta por la ventaja estratégica que el poder

económico le da al estipulante en el mercado. Resulta difícil imaginar un ejemplo en el que, la adhesión no se dé a cláusulas generales. Por el contrario, el fenómeno de las cláusulas generales resulta teniendo un espectro de cobertura más amplio, permitiendo que la "adhesión" se produzca no a la integridad del contenido contractual, sino a algunas condiciones particulares.

A ello podemos agregar un inconveniente práctico importante referidos a los contratos por adhesión. Como veremos líneas más abajo, el principal motivo para regular estas modalidades de "contratación" está en la posibilidad de contemplar mecanismos de protección heterónoma a fin de tutelar a la parte más débil, evitando configuraciones abusivas de la relación jurídica. En síntesis, podríamos decir que nuestro Código es pro-consumidor. Sin embargo otra norma, directamente relacionada a la "contratación en masa", recoge precisamente el principio contrario, siendo perjudicial para los intereses de la parte más débil en la relación. Nos referimos al artículo 1388 que regula la oferta al público. La mencionada norma dice que la oferta al público no es en realidad una oferta, sino una invitación a ofrecer. Se invierte la posición natural que tienen el oferente y el aceptante. Resulta ser, que en los contratos dados en un contexto de publicidad masiva (casi la totalidad de la "contratación en masa") el estipulante resulta siendo el aceptante de las ofertas que les plantean los potenciales adherentes. Este intento de catalogar fenómenos tan novedosos como la oferta al público dentro de categorías tradicionales como oferta, aceptación, consentimiento, etc, tiene, a nuestro entender, resultados contraproducentes. Así, reconoce una ventaja adicional a quien ya tiene una ventaja estratégica derivada de su poder económico. Le permite al estipulante rechazar las "ofertas" que le presentan los consumidores. La ley, en lugar de igualar la situación de ambas partes, amplía la brecha existente.

Una consecuencia directa de esto es que en aquellos "contratos" celebrados en un contexto de oferta al público, hablar de adhesión es prácticamente imposible. En los términos del artículo 1390, la adhesión es del "aceptante". No existe adhesión del "oferente". En tal virtud, el consumidor que se acerca a "ofrecer" la celebración de un "contrato" al estipulante no se adhiere a nada y curiosamente, resulta siendo el que fija el contenido de la relación jurídica, el que curiosamente, se "adhiere" a sus propias condiciones. Afortunadamente, al haberse regulado las cláusulas generales de contratación se logra dotar de protección heterónoma a las relaciones jurídicas en cuestión.

Nuestro Código, al no haber sacado estas modalidades de generación de relaciones jurídicas del campo contractual, permite aún que se pueda argu-

mentar error, dolo, violencia, lesión, etc., generando la posibilidad de reducir la eficacia que tienen para generar relaciones jurídicas estándares.

En todo caso, es de destacar que se prevean expresamente determinados alcances a las tres formas de protección heterónoma que vimos en la sección anterior. La protección legal se combina con la administrativa en los artículos 1398 y 1399. Si bien la aprobación administrativa no es obligatoria (como regla general) en caso que ésta no se logre, se limita el contenido de la relación jurídica a generarse, prohibiéndose determinadas condiciones (limitación de responsabilidad, facultad de suspender la ejecución del contrato, rescindirlo, resolverlo, etc.). Asimismo, se da carácter imperativo a las normas dispositivas del Código Civil referidas a relaciones jurídicas nominadas. Adicionalmente se contempla una forma de protección judicial señalando el principio de "indubio pro consumidor" para interpretar el contenido de la relación jurídica (art. 1401).

Sin embargo no se prevé ninguna forma de protección por autonomía colectiva, aunque cabe destacar que ésta, de llegar a consolidarse, será más producto de una generación espontánea derivada de la organización de los consumidores, antes que de su regulación normativa.

En contra de esta posición protectora existen algunas normas preocupantes en cuanto pueden favorecer al lado más fuerte de la relación. En primer lugar, está el artículo 1393 que permite incorporar automáticamente las cláusulas generales aprobadas administrativamente al contenido de la relación jurídica. Así, uno puede resultar obligado por condiciones que, por más que han sido evaluadas para evitar abusos, le son ignoradas, no permitiendo una cabal apreciación y ordenamiento de los intereses en juego. De manera similar el artículo 1397 señala que, en las cláusulas generales no aprobadas administrativamente se presume el conocimiento de las mismas por la otra parte, si han sido objeto de una publicidad adecuada. Como puede verse, la evaluación de lo adecuado de la publicidad puede ser sumamente subjetivo, por lo que conviene interpretar la norma en el sentido más favorable al consumidor.

Finalmente, es de destacar la redacción del artículo 1396. En los contratos cuyas cláusulas generales han sido aprobadas, el consumo del bien o la utilización del servicio generan, de pleno derecho, la obligación de pago a cargo del cliente. Como se recordará, sostuvimos que el fenómeno de la "contratación en masa" escapaba a la esfera contractual, pues lo que existía era simplemente la generación de relaciones jurídicas porque determinados comportamientos estándares eran tipificados por la norma como supuestos de hecho que surtían, como efecto, que se constituyeran obligaciones. El

caso del artículo bajo comentario es una primera y tímida muestra de lo que proponemos. Esta norma acepta expresamente que ciertos comportamientos (consumo del bien o utilización del servicio) referidos a cláusulas ya aprobadas por la autoridad administrativa surten como efecto genético la constitución de relaciones jurídicas, incluso en el caso que el contrato no se perfeccione o que dicho comportamiento sea efectuado por un incapaz. Obviamente, en este supuesto, hablar de contrato carece de toda lógica. Se reconoce pues, que en muchos casos, los actos vinculados a la "contratación en masa" no son verdaderas expresiones de voluntad, sino actos reflejos, donde uno casi actúa sin mayor razonamiento ni discernimiento. Por ello, poco importa si el acto lo realiza un capaz o un incapaz.

## 6. Reflexión Final

El Derecho es un fenómeno histórico. Poco o

nada se puede entender en él sin el necesario tránsito por lo terrenal, por lo mundano. Asistimos en los dos últimos siglos al fenómeno de la aceleración de la historia. Esta se encuentra inmersa en una espiral que remueve la concepción que el hombre tiene del mundo e, incluso, de la concepción que tiene de sí mismo. A pesar de ello, los abogados nos resistimos a repensar al Derecho como un fenómeno atrapado en esa espiral. Lo sentimos como monolítico, casi indiscutible. Creemos que ello nos da seguridad, pero no existe afirmación más falsa. No hay nada más inestable que confiar en "categorías cuasi-sobrenaturales".

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 tanto al ideal de un sistema jurídico que, dignificando al hombre, lo lleve a una auténtica convivencia social.