



Revista Facultad de Derecho y Ciencias
Políticas

ISSN: 0120-3886

revista.derecho@upb.edu.co

Universidad Pontificia Bolivariana
Colombia

Duque Pérez, Alejandro

Una revisión del concepto clásico de contrato. Aproximación al contrato de consumo

Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, vol. 38, núm. 109, julio-diciembre, 2008, pp. 453-479

Universidad Pontificia Bolivariana
Medellín, Colombia

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=151412826007>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

Una revisión del concepto clásico de contrato. Aproximación al contrato de consumo¹

***A Revision of the Classical Concept of Contract.
An Approach to the Consumption Contract***

***Une révision au concept classique du contrat.
Une approximation au contrat de consommation***

Alejandro Duque Pérez²

Resumen

Es preciso advertir la insuficiencia del concepto clásico de contrato para reconocer las complejas relaciones jurídicas en las que se encuentra inmerso el consumidor en la actualidad y posibilitar el desarrollo de un concepto de contrato que entienda la voluntad como un elemento necesario mas no suficiente para la creación de normas jurídicas contractuales particulares y concretas. Sostiene el profesor Duque Pérez que debe sumarse a la condición necesaria del acuerdo de voluntades, la adecuada satisfacción de necesidades como condición suficiente para el nacimiento de la fuerza vinculante del contrato. Se afirma que es la suma de estas dos condiciones la que constituye el supuesto normativo que habrá de realizarse para el perfeccionamiento del contrato y la consecuente creación de normas particulares y concretas cuya fuente formal sea éste. De esa manera se otorga a los jueces, a través de un nuevo concepto de contrato, precisos instrumentos que permitan controlar el contenido de los contratos contentivos de cláusulas predisuestas abusivas cuyos destinatarios sean los “consumidores”.

Palabras Clave: Contrato, Liberalismo, Protección del consumidor, Aplicación de la ley, Derecho privado.

-
- 1 Este trabajo es resultado de la investigación titulada “El concepto de Contrato en el derecho del consumo” adelantada por el autor para optar al título de Magíster en Derecho Privado de la UPB.
 - 2 Abogado de la Universidad Pontificia Bolivariana de Medellín. Especialista en Derecho Financiero y de los Negocios de la UPB. Director del área de Teoría del Derecho y docente en el pregrado y los postgrados del programa de derecho de la Escuela de Derecho y Ciencias Políticas de la UPB. Miembro de la Junta Directiva del Honorable Colegio de Abogados de Medellín. Actualmente es miembro de la firma de abogados Arrubla, Devis, Amaya & Asociados. Correo electrónico: aduqueperez@gmail.com

Artículo recibido el día 31 de marzo de 2008 y aprobado por el Consejo Editorial en Acta de Reunión Ordinaria No. 7 del 15 de mayo de 2008.

Abstract

The insufficiency of the classic concept of contract must be put into light and recognize the complex legal relationships in which the consumer is involved nowadays in order to develop a concept of contract that understands free will as a necessary, but not sufficient element, to the creation of particular and concrete legal norms. Professor Duque Pérez claims that to the agreement of wills, as necessary condition, must be added, as sufficient condition, the adequate fulfillment of the needs. The author states that both conditions must be present in order to lawfully create a contract and consequently to create particular and concrete norms which formal source will be it. In this way, through a new concept of contract, judges are granted with precise instruments that allow them to control the content of those contracts containing deliberate abusive clauses addressed to “consumers”.

Key words: Contract, Liberalism, Consumer protection, Law enforcement, Private law.

Résumé

Il faut signaler l'insuffisance du concept classique de contrat et reconnaître les complexes rapports juridiques dans lesquels le consommateur est partie dans l'actualité à fin de développer un concept de contrat dans lequel la volonté soit comprise comme un élément nécessaire, mais pas suffisant, pour la création de normes juridiques contractuelles particulières et concrètes. Le professeur Duque Pérez soutient que, à l'accord de volontés, compris comme condition nécessaire, il faut ajouter l'adéquation satisfaction de besoins, comme condition suffisante. L'auteur affirme que ces deux conditions doivent être présentes à fin de créer le contrat et en conséquence pour créer des normes particulières et concrètes dont la source formelle soit celui-là. De cette façon on octroie aux juges, par le biais d'un nouveau concept de contrat, instruments précis qui permettent contrôler le contenu des contrats avec des clauses abusives prédisposées dont les destinataires sont les “consommateurs”.

Mots Clés: Contrat, Libéralisme, Protection du consommateur, Application de la loi, Droit privé.

Sumario

Introducción. 1. El concepto de contrato y la necesidad de su revisión. 2. La transformación del concepto de contrato. Un proceso socioeconómico. 3. Un orden jurídico escalonado. 4. Un nuevo concepto de contrato. El contrato de consumo. 5. Pero... ¿qué logramos con éste nuevo concepto de contrato?

Introducción

El concepto de contrato propuesto por la dogmática civil y que ha sido plasmado en los diferentes códigos decimonónicos, a la luz de las directrices del liberalismo, sigue siendo el concepto de contrato predominante en los diversos ordenamientos jurídicos, por lo menos en aquellos de tradición Romano-Germánica. Sin embargo, es necesario someter a revisión el concepto clásico del contrato –concepto que toma como núcleo central “el consentimiento” como expresión del “acuerdo de voluntades”– con miras a determinar su capacidad para adecuarse a las necesidades que nos impone la realidad del mundo actual.

La empresa que acometemos en el presente trabajo se dirige, pues, a la revisión del concepto clásico de contrato y a la elaboración de un nuevo concepto que consulte las necesidades de un mundo desarrollado y sin fronteras al cual el hombre, debe enfrentarse, teniendo en interferencia “intersubjetiva” no necesariamente a otro hombre, sino a seres anónimos, ficticios, máquinas u hombres que se comportan como máquinas.

Un nuevo concepto de contrato que entienda el consentimiento como elemento necesario pero no suficiente para reconocerle fuerza vinculante a las normas emanadas del mismo se presenta como un adecuado instrumento para el desarrollo del derecho del consumidor y convierte al contrato en un instrumento de armonía social.

1. El concepto de contrato y la necesidad de su revisión

Sin duda el código civil colombiano ha sido redactado bajo el signo de una ideología liberal en la que la ley se considera producto o emanación de la voluntad

general. Así mismo se consideró el contrato como una ley privada que, en cuanto creada por las voluntades de las partes, vinculaba y sometía a quienes participaban de él con la misma fuerza con que todos los ciudadanos quedan sometidos a la ley creada por la voluntad general.

Es por ello que el contrato es fuente de obligaciones. Las obligaciones nacen del concurso real de las voluntades de dos o más personas³. Se entiende entonces el contrato como un acuerdo de voluntades con la fuerza suficiente para crear normas jurídicas particulares y concretas. Se trata de una voluntad creadora de reglas de derecho. Es una concepción voluntarista del contrato que reposa en dos fundamentos: la igualdad y la libertad.

Pero el derecho, en el curso de la historia, no ha podido evitar la influencia de los cambios sociales y económicos. Tampoco supone mantenerse indiferente. Sin embargo, inquieta que sea la definición de contrato que nos rige actualmente una definición propia de los códigos decimonónicos, códigos contentivos de normas que materializaron los hechos y valores de aquella época, y que coinciden en muy poco con las épocas actuales.

Si el liberalismo ha cuestionado sus principios, será necesario cuestionar todas sus instituciones para adecuarlas a la realidad que hoy vivimos. Dentro de ellas, primeramente, el contrato.

La cuestión asciende en importancia al reconocer al contrato como la principal fuente de las obligaciones y el principal instrumento al servicio de los particulares para atender y subvenir a sus necesidades, ya que para ello no se bastan a sí mismos, necesitan de las cosas que los demás tienen y de los servicios que los demás pueden prestarles.

Y es que mediante el contrato se realizan los más diversos fines de la vida económica y se satisfacen los intereses particulares, no sólo actuales sino también futuros, lo que explica la famosa frase “*contratar es prever*”. Es por ello que debemos someter el concepto que llamaremos “clásico” de contrato a las necesidades del mundo actual y en particular al fenómeno de la globalización.

3 Cfr. Código Civil Colombiano. Art. 1494.

Para saber a qué nos referimos cuando hablamos de “concepto de contrato clásico”, se parte de hallar en la construcción del contrato dos formulaciones posibles. Cuando ambas partes poseen similar poder de negociación para establecer el contenido del negocio (objeto del contrato), lo cual da nacimiento al contrato de negociación individual, paritario o clásico, o cuando dicho poder sólo está en cabeza de uno de ellos, y en consecuencia se desarrolla mediante la metodología de la predisposición del contenido del contrato, lo cual da nacimiento al “contrato de adhesión o de cláusulas predispuestas”.

“Según Bruckner, el término globalización se adopta como consecuencia de hallarnos sometidos a requisitos abstractos que nos exigen modernizarnos, liberarnos, cambiar las costumbres, las rutinas, para ser los mejores situados en la carrera. En la globalización, prevalece la impresión de estar desposeído del propio destino, expuesto a poderes formidables, reales o imaginarios, que constriñen sin posibilidad de escapatoria. La contracción del tiempo y del espacio provocada por las nuevas tecnologías conlleva la abolición de las instancias protectoras y la imposibilidad de responder a las agresiones del exterior”⁴.

Así mismo, el profesor Stiglitz, Premio Nóbel de economía 2001 nos enseña: “La globalización, tal como ha sido definida, a menudo parece sustituir las antiguas dictaduras de las elites nacionales por las nuevas dictaduras de las finanzas internacionales”. De igual manera señala el error en el que incurre el Fondo monetario Internacional cuando advierte que “la liberación del mercado financiero no acompañada de un marco regulatorio adecuado es una receta prácticamente infalible para la inestabilidad económica (...) la privatización, sin políticas de competencia y vigilancia que impidan los abusos de los poderes monopólicos, puede terminar en que los precios al consumo sean más altos y no más bajos. La austeridad fiscal perseguida ciegamente, en las circunstancias equivocadas, puede producir más paro y la ruptura del contrato social. Si el FMI subestimó los riesgos que sus estrategias de desarrollo conllevaban para los pobres, también subestimó los costes sociales y políticos a largo plazo de medidas que devastaron las clases medias y sólo enriquecieron a un puñado de opulentos, y sobreestimó los beneficios de sus políticas fundamentalistas del mercado”⁵.

4 FARINA, Juan M. Contratos comerciales modernos. Modalidades de Contratación Empresaria. 3ª Edición. Ciudad de Buenos Aires: Editorial Astrea, 2005. pp. 2 y 3.

5 *Ibidem*.

En la globalización, la economía será una economía de mercado pero de mercado mundial. Es decir seguiremos en frente del capitalismo. Sin embargo, como lo señala Peter Drucker, “si bien la economía mundial seguirá siendo una economía de mercado y conservará las instituciones del mercado, su sustancia ha cambiado radicalmente. Si es todavía “Capitalista” lo que la domina es el “Capitalismo de la información”. Las industrias que en los últimos cuarenta años han pasado a ocupar el centro de la economía son aquellas cuyo negocio es la producción y la distribución de conocimiento, y no la producción y la distribución de objetos. (...) En 1910 un socialista austroalemán, Rudolf Hilferding, D (1877-1914) acuñó la expresión “capitalismo financiero”. Sostenía que ésta era la última etapa del capitalismo antes del inevitable advenimiento del socialismo. En una economía capitalista, dijo, el margen entre lo que los bancos pagan por el dinero y lo que cobran por él se amplía inexorablemente, y como resultado los bancos y los banqueros se convierten en los únicos que realizan utilidades y en los gobernadores de la economía capitalista. (...) Pero hoy los bancos están en dificultades en todas partes. El margen entre lo que pagan y lo que cobran por el dinero se está estrechando constantemente. Para poder sobrevivir, tienen que cobrar por dar información. Cada vez es menor el rendimiento sobre los recursos tradicionales – trabajo, tierra y capital. Los únicos –o por lo menos los principales– productores de riqueza son la información y el conocimiento”⁶.

Y aquello que se predica de los bancos es posible hoy extenderlo no sólo a ellos sino a las multinacionales y otros organismos de influencia global que han hecho su aparición silenciosa en la escena del concierto mundial. Se trata de empresas y organismos que lenta e imperceptiblemente asumen tras bambalinas los hilos que dirigen las acciones de los personajes comprometidos en escena. La soberanía y su principal atributo, esto es, poder dictar órdenes en forma de mandatos que deben ser obedecidos por todos, ya no es monopolio exclusivo del Estado. Ese poder “político” se traslada indirectamente a entes ocultos con la fuerza propia de la oscuridad. El Estado es el personaje a través del cual se materializa la obra según las directrices de su director. Él enfrenta al público determinado por la voluntad de los dueños del espectáculo. Y sólo queda la presión del público como esperanza para que sus gustos (necesidades) sean atendidos.

6 DRUCKER, Peter. La sociedad Postcapitalista, Bogotá: Norma, 1994. pp. 247-250.

Estas empresas cautivan al público con tal fuerza que con la producción y distribución del cúmulo de bienes y servicios que ofrecen a través del “Marketing” son capaces incluso de cambiar los hábitos, los gustos y hasta el criterio moral de ese público, masa inerte de sujetos anónimos que hoy llamamos consumidores. Y todo ello se instrumenta a través del contrato.

La publicidad cumple un papel determinante en la sociedad de consumo, creando constantemente nuevas necesidades sociales. Su función es persuadir hasta determinar las actitudes y preferencias de los consumidores, adecuándolas a las necesidades de producción de bienes y servicios de las empresas. La publicidad entonces establece un enlace directo entre la producción y las necesidades creadas.

La publicidad ejerce una enorme influencia en el inconsciente del público destinatario. La subliminalidad va creando, mediante el mensaje, un estado inconsciente que se asocia a ciertos bienes y servicios, implantando la sensación de estados placenteros como comportamiento social más que individual. El estado empático se instala entre los protagonistas del mensaje y los receptores. “La cultura Alemana del siglo XX creó el término “empatía” para designar la proyección imaginaria y afectiva del receptor del mensaje sobre alguno de los personajes o de los sentimientos que éste presenta. La empatía puede generar deseos de productos o servicios con un valor simbólico, más allá de las necesidades que el bien físico en sí mismo puede satisfacer (...) Tener una determinada marca de auto o cierta tarjeta de crédito indica el *status* y solidez económica de su titular. La expectativa y el impacto generado es tan fuerte que hace que los consumidores estén comprando no sólo las propiedades intrínsecas de los bienes, sino también un plus que la publicidad incorpora; de tal manera, un objeto acompañado de la publicidad es distinto del mismo producto sin publicidad, añadiéndole un valor económico y mayores expectativas⁷”.

A través de estas empresas y con estos métodos (principalmente la publicidad que reemplaza la oferta y la aceptación como tratativas preliminares) se satisfacen no sólo las necesidades, sino también los lujos y las vanidades humanas. Hoy las necesidades puestas en escena se nos imponen al experimentar el placer que nos

7 WEINGARTEN, Celia. Derechos en expectativa del consumidor. Aplicación de la doctrina de los propios actos. Ciudad de Buenos Aires: Editorial Astrea, 2004. p. 37

hace sentir ser superiores a nuestros semejantes. Son los buenos consejos del hoy soberano y que nos enfrenta a una carrera que una vez iniciada será insaciable y no tendrá límite.

2. La transformación del concepto de contrato, un proceso socioeconómico

El consumo, ante todo, existió desde el comienzo de la historia y el verbo “consumir” ha estado en nuestro idioma desde siempre, pero ¿la expresión “consumo” tiene actualmente el mismo significado? Sin duda, no.

Cuando aludimos al “consumo”, lo hacemos desde un lugar histórico: desde la modernidad; en tal sentido, Therbon nos dice: “Comprender la modernidad como nuestra historia, como nuestro contexto social significa analizarla como proceso multidimensional, multilineal y dialéctico o intrínsecamente contradictorio. Sus dimensiones tienden a desbordar los esquemas interpretativos simples y bien proporcionados. Éstos pueden trazarse solamente en formas generales y amplias como la sociología. Los sociólogos analizamos el mundo social, las acciones y las relaciones de los hombres y de las mujeres desde dos puntos de vista fundamentales: su cultura y su estructura. También lo hacemos en función de un modo de producción determinado: desde la fabricación en serie⁸”.

Aglietta apunta al respecto que “la formación de la norma social de consumo obrero supone así una amplia socialización de la financiación y, correspondientemente, un control muy estricto de los recursos y gastos de los trabajadores. Resulta imprescindible, en efecto, que el proceso de consumo individual sea ordenado y estabilizado, pero de forma compatible con la relación individual –en apariencia libre– que es la relación mercantil de intercambio. Ello se logró mediante la generalización, en la clase obrera, de la estructura social que era la condición de integración social en la nación, a saber: la familia restringida u hogar. En el hogar estabilizado, la clase obrera adquiriría un *status* que funcionaba como regulador de la norma de consumo a través de la formación de hábitos de gasto”⁹.

8 THERBON, Goran. *Peripecias de la modernidad*. Buenos Aires: Imago Mundi, 1992. p. 27.

9 AGLIETTA, Michel. *Regulación y crisis del capitalismo*. México: Siglo XXI, 1986. p. 136.

Hablamos de consumo incluso desde dos perspectivas: En primer lugar desde la necesidad de la subsistencia individual y social. En segundo lugar y fundamentalmente, desde la inducción publicitaria como herramienta para incorporar lo innecesario; al decir de Gubern, “el envoltorio informativo que configura el entorno total de los individuos, y del que sólo una parte es producido por las *mass medias* es el que explica en última instancia las actitudes de los individuos, como quedó señalado anteriormente. Y la persistente erosión informativa sobre los individuos es uno de los factores que explica los cambios de actitudes sociales que se producen a lo largo de la historia. Es un lugar común observar que las ideas progresistas y minoritarias de una generación siguiente, se diluyen gracias a esta persistente erosión informativa, que incluye también la proporcionada por los cambios sociales”¹⁰.

En suma, “consumo” es una dinámica que ubica a cada actor o agente social en relación con los recursos y las restricciones socioeconómicas y jurídicas, propias del sistema de economía capitalista, que es imprescindible para su existencia y reproducción, y ejerce sobre el individuo y su vida una presión que lo insertan a él y a la comunidad, en una forma muy especial, que ha dado en llamarse “sociedad de consumo”.

El consumo es el resultado de la generación de un sistema de producción de bienes y servicios que las empresas no pueden dejar de elaborar, creando con ellos condicionamientos sociales que favorecen una situación de “dominación” y conviene que sean regulados de una manera determinada por el derecho.

En este proceso de dominación, los actores sociales –las empresas y los consumidores– tienen un distinto recurso de poder en la localización estructural, y operan en el mercado conforme a esa perspectiva, generando una contradicción específica de intereses.

Según Luhmann, citado por Ghersi, “el punto de partida de cualquier análisis teórico-sistémico debe consistir en la diferencia entre sistema y entorno. Hoy en día, por cierto, no existe sobre este punto un consenso específico. Los sistemas están estructuralmente orientados al entorno, y sin él, no podrán existir, por lo tanto, no

10 GUBERN, Román. La imagen y la cultura de masas. Barcelona: Editorial Bruquera, 1983. p. 328.

se trata de un contacto ocasional ni tampoco de una mera adaptación. Los sistemas se constituyen y se mantienen mediante la creación y la conservación de la diferencia con el entorno, y utilizan sus límites para regular dicha diferencia. Sin diferencia con respecto al entorno no habría auto-referencia ya que la diferencia es la premisa para la función de todas las operaciones autoreferenciales. En este sentido, la conservación de los límites (*boundary maintenance*) es la conservación del sistema”¹¹

Así que el contrato se entiende como la juridización de un hecho social y un negocio económico, en el cual se manifiesta la contradicción de intereses (como proceso de interacción), y donde cada persona o agente económico trata de lograr en esa tensión la maximización de su beneficio: la empresa, la tasa de ganancia, y el consumidor, la tasa de satisfacción¹².

Los seres humanos acceden a la satisfacción de sus necesidades (consumo de supervivencia, y reproducción, y calidad de vida) y las empresas generan los bienes y servicios para aquéllos.

Este intercambio económico tiene –como hemos señalado– su juridización en el contrato (como institución), es decir, se ha construido un mecanismo mediante el cual los agentes socioeconómicos o sujetos de derecho puedan producir el intercambio. Ese intercambio económico juridizado debe realizarse conforme a la contradicción de intereses de cada una de las partes, buscando precisamente su maximización. Dicha maximización persigue el beneficio en las empresas y la satisfacción en los consumidores, porque así lo indica la lógica del sistema de economía capitalista.

El sistema social aporta la contextualización a los agentes o sujetos como seres humanos. Pero debe buscarse la forma en que las condiciones sociales no se constituyan en una situación de minusvalía que sea aprovechada por aquellos sujetos que –como consecuencia de distintos factores– obtuvieron y mantienen en la sociedad posiciones privilegiadas de poder (como el económico, organizativo o de culturización)¹³.

11 LUHMANN, Niklas. *Hacia una teoría científica de la sociedad*. Barcelona: Anthropos, 1997. p. 3.

12 GHERSI, Carlos Alberto. *Contratos de consumo. Cuantificación económica*. Ciudad de Buenos Aires, Editorial Astrea, 2005. p. 20

13 *Ibid.*, p. 23

Esta realidad que hoy enfrentamos desborda los supuestos y las dimensiones de los hechos y valores que se materializaron en las normas que edificaron el concepto clásico de contrato. Si de correcta aplicación del derecho se trata, tenemos que concluir que los supuestos normativos del contrato no se realizan en nuestra sociedad. Y de no realizarse tales supuestos, mal podríamos predicar el nacimiento de los efectos jurídicos consagrados como consecuencia jurídica en tales normas. La condición de aplicación de las normas no puede agotarse en lo *prima facie* expresado en el enunciado normativo.

La norma, esto es, la significación objetiva contenida en el enunciado normativo, parte del texto a través del cual se expresa, pero determina plenamente su contenido mediante la deducción del conjunto del sistema jurídico al cual pertenece, teniendo en cuenta las aspiraciones sociales de la colectividad a la cual se dirige. Sólo una vez desentrañado el significado en conjunto hemos descubierto la condición de aplicación de la norma jurídica, y sólo así podemos verificar si en el mundo de los hechos se ha realizado o no el contenido de la norma jurídica para poder predicar con certeza que han nacido al mundo jurídico los efectos que como consecuencia jurídica prescribe la misma. La norma jurídica está cargada de potencialidad de determinación de la conducta humana. Lleva consigo un mensaje a los miembros de la comunidad, a la par que determina su conducta en tal o cual sentido. La norma jurídica indica que los individuos deben comportarse de determinada manera. En este sentido, la norma es funcional, pues está al servicio de la obtención de determinados fines y a la satisfacción de diversos intereses. La norma jurídica, entonces, es capaz de movilizar a la acción.

En Colombia, disciplinamos algunos negocios con los efectos jurídicos propios de normas que no realizan sus supuestos normativos en la realidad. Por ello tenemos que hacernos preguntas como las siguientes: ¿hoy cuando compramos o contratamos como consumidores ejercemos plenamente nuestra autonomía de la voluntad? ¿Se trata de un poder de negociación o de un simple ejercicio de decisión? ¿Es esta una decisión realmente libre en términos reales? ¿Ambos perfeccionan el contrato?

Es cierto que el contrato es un acuerdo de voluntades capaz de crear normas jurídicas particulares y concretas. Pero tendremos que desbordar el simple enunciado para preguntarnos a qué clase de acuerdo de voluntades se reconoce fuerza

normativa, en qué condiciones ha de presentarse, y “cuánta” voluntad es suficiente para concretar el vínculo jurídico entre las partes.

Sin vacilación, el elemental acuerdo de voluntades tenía fuerza normativa en el siglo XIX donde al menos la clase burguesa tenía capacidad de negociación y de expresar realmente su voluntad en correspondencia con su capacidad dispositiva a través del discernimiento. Era una sociedad con necesidades diferentes y que presuponía que ninguna de las partes del contrato tenía un enorme poder sobre su contraparte capaz de determinar su conducta al punto de estar en frente de necesidades condicionadas que anularían o reducirían a la mínima expresión la función que cumple la voluntad.

¿Será un exiguo acuerdo de voluntades capaz de formar un contrato y hacer vinculantes sus disposiciones? ¿O será un ejercicio suficiente y apto de la autonomía de la voluntad el necesario para perfeccionar un contrato, fuente de derecho vinculante para las partes?

Si el juez ha de estarse más a la intención de las partes que a lo literal de las palabras, como mandan nuestro cánones civiles¹⁴, tendremos que concluir forzosamente que ello es un indicio de que la voluntad que ha de ejercerse para la formación de un contrato ha de ser suficiente y no mínima, esto es, de tal magnitud que sea capaz incluso de prevalecer mi intención al margen del texto en el que se ha consignado el contrato. No es al texto, ni a la firma del contrato a los que se les reconoce capacidad para formar el contrato: es a la voluntad, una voluntad plena, a la que se le reconoció fuerza normativa capaz de crear normas particulares y concretas a través del contrato.

Pero, en la actualidad, el llamado “consentimiento contractual” las más de las veces implica en realidad un “sometimiento”, como sucede en los llamados “contratos en masa”. Y es que muchos de los servicios que prestan y los bienes que ofrecen actualmente las empresas no se requerían en las sociedades liberales, sociedades tradicionales de pequeños pueblos y comunidades, que en respuesta a esas necesidades estructuraron los códigos decimonónicos con base en el principio de la autonomía de la voluntad.

14 Código Civil Colombiano. Art. 1618.

Esos servicios nacen cuando la economía se vuelve más compleja y las áreas urbanas alcanzan dimensiones metropolitanas. Los organismos, las instituciones y las empresas que surgen en respuesta al desconcierto y la frustración del individuo inmerso en este medio cada vez más complejo, se pueden considerar como *lubricantes institucionales*, imprescindibles para la maquinaria más compleja de la sociedad, subproducto necesario del crecimiento económico¹⁵.

Pero lo más grave es que, en muchas ocasiones, quien contrata actualmente no ejerce un libre poder de decisión emanado de la autonomía personal. El individuo contrata “como forzado” para no quedar al filo de la relación social ni ver frustrada la satisfacción de sus necesidades y su necesaria intervención en el mercado.

Es por ello que tras el telón se guarda silencio, y se saca provecho de la combinación fatal entre el concepto clásico del contrato y las necesidades que obligan a contratar al individuo, quien acepta sí o sí las condiciones impuestas por la que podríamos llamar una verdadera dirección de la economía, oculta, por supuesto.

En estas condiciones, está nuevamente el derecho al servicio de una ideología particular sin cumplir su cometido principal de garantizar la coexistencia pacífica de los hombres (paz social) que se ve seriamente amenazada con la insatisfacción y frustración que genera en la población su impotencia frente a éstas prácticas.

No se trata de negarle al contrato su carácter personalista, propio del derecho privado. Se trata de enseñar que personalista no significa individualista o egoísta. El contrato es, pues, el principal instrumento a través del cual debe procurarse que la conciliación y armonía de los fines individuales y sociales se realice sobre la base del respeto a la dignidad humana y a las aspiraciones de la comunidad entendida como colectivo.

Y es precisamente esto lo que nos exige repensar el concepto clásico del contrato y reconocer en él una nueva dimensión. Esa nueva dimensión revela la función social que cumple el contrato: reconocer que el derecho de contratación y el derecho privado en general se fundamentan en la dignidad y en la libertad de desenvolvimiento de las personas, advirtiendo que, para lograr que tal libertad sea

15 FARINA, Juan M. *Op. Cit.*, p. 5.

material y efectiva, es menester desarrollar positivamente los derechos y libertades fundamentales.

Es así como el derecho privado ha de ser concebido como un desarrollo positivo de los derechos fundamentales. Las normas constitucionales adquieren una fuerza expansiva material a la hora de determinar el contenido del derecho privado y de los contratos mismos. Sólo así podremos salvaguardar el orden social y conservar una mínima coexistencia pacífica entre los hombres, evitando acciones y políticas que nos conduzcan irremediamente a una guerra que sin duda ya vivimos, pero que “imaginaria” y “afectivamente” creemos no vivir.

¿Pero cómo construir desde el derecho un nuevo concepto de contrato que cumpla con los fines planteados? Intentaremos iluminar, de manera exageradamente apretada, al menos los primeros pasos que nos conduzcan a tan noble fin.

3. Un orden jurídico escalonado

No obstante las múltiples críticas –y que no es del caso traer a colación en este momento– que se han hecho a la existencia de un orden jurídico escalonado o una jerarquía normativa en las fuentes del derecho, será útil reconocer al menos dos niveles de jerarquía normativa: en un primer nivel las normas que de rango constitucional protegen derechos, ventajas o privilegios esencialísimos de la persona humana (como individuo y como ser social) y en un segundo lugar las demás normas jurídicas creadas a través de las normas jurídicas sobre producción de normas jurídicas.

Las normas del segundo nivel pertenecen al sistema jurídico por referencia a las normas del primer nivel. Una norma de segundo nivel será únicamente válida cuando cumpla con los requisitos de validez, tanto formales como materiales. Formales serán los requisitos que como condición de aplicación para crear la norma establecen las normas sobre producción de normas. Referidos particularmente al contrato (y nos adelantamos señalando que desde la posición asumida el contrato es fuente formal del derecho) podemos señalar, principalmente, los llamado requisitos de validez tales como la capacidad, el consentimiento manifestado en debida forma y libre de vicios, las formalidades de ley, etc... La condición de validez material se satisface comprobando que la norma de segundo nivel no contraría

el contenido establecido en una norma de primer nivel o superior. La norma de segundo nivel, según este criterio, es válida cuando su contenido, esto es, lo que manda, prohíbe o permite, coincide con el contenido de una norma de primer nivel del sistema. Es pues necesario que las normas jurídicas, sea cual sea su fuente, y dentro de ellas el contrato, cumplan con el doble requisito de adecuación formal y material para predicarse su plena validez (que no su vigencia, aunque ésta debe ser consecuencia de aquella)¹⁶.

Es necesario entender el contrato como fuente formal de derecho creador de normas particulares y concretas, esto es, capaz de introducir cambios en la esfera del derecho objetivo y no como se ha creído, únicamente en la esfera de los derechos subjetivos. La teoría tradicional elaborada por la dogmática civil pasa por alto una de las funciones más importantes del contrato o la convención: la función creadora de derecho. Según tal teoría, esta función está reservada a la legislación. Pero es necesario advertir que en la convención, los sujetos adquieren, como consecuencia de lo estipulado, obligaciones y derechos que no tenían: la función creadora existe en cada convención incluso en el contrato de derecho privado. Si bien en cada contrato estamos realizando el supuesto normativo de las normas que disciplinan ese determinado contrato, cierto es también que al celebrar dicho contrato se crean así mismo normas individuales que engendran obligaciones y derechos que no existían antes del contrato. Se crea entonces una norma de derecho objetivo que tendrá que cumplir con las condiciones de validez atrás mencionadas.

La teoría clásica se confunde porque, en un afán más prescriptivo que descriptivo, identifica el derecho objetivo con la norma general y abstracta y a ésta contrapone el derecho subjetivo. Así los contratos se entienden como el simple desarrollo de normas de carácter superior como la ley. Se desconoce pues su función creadora al contrato. El efecto jurídico de la convención es la creación de una norma, norma que es tan objetiva como la regla "*pacta sunt servanda*"¹⁷. Tales normas se

16 Vigencia y validez de la norma jurídica no son una y la misma cosa. La vigencia es existencia en razón a que, de alguna manera, la norma se aplica o es posible que se aplique, con independencia del cumplimiento o no de las exigencias formales o materiales establecidas por el sistema. La validez es existencia como pertenencia y da cuenta del cumplimiento de tales exigencias (formales y materiales) establecidas por el sistema jurídico. Por regla general todas las normas válidas son vigentes, pero no todas las normas vigentes son necesariamente válidas.

17 Cfr. Código Civil Colombiano. Art. 1602.

diferencian por su ámbito de aplicación personal y no por su carácter normativo. Una tiene contenido general y abstracto, y la otra individual y concreto.

Ahora bien, entendiendo así el contrato, el derecho privado no sólo tendrá que respetar los límites que le marcan las normas constitucionales o de primer nivel, sino también se verá obligado a desarrollar en forma positiva todas y cada una de las exigencias normativas derivadas de los derechos con jerarquía constitucional, so pena de perder su validez por no cumplir con la condición material de validez, y consecuentemente perderá su fuerza vinculante o normativa.

Es pues éste un primer camino para proteger al ciudadano indefenso frente al poder de algunas sociedades comerciales sin sentido de responsabilidad que ofrecen los servicios que hoy necesita aquel para no quedar al margen social y que monopolizan “tras bambalinas” el poder que otrora ostentaba orgulloso el hoy doblegado Estado Nacional. Será un objetivo a alcanzar que los jueces, libres de presiones políticas, puedan utilizar este instrumento para lograr con el poder normativo de la adecuación social de sus fallos, desconocer la fuerza vinculante de los contratos abusivos que olvidan como fundamento la dignidad de la persona y sus derechos esenciales y que, consecuentemente, amenazan seriamente la paz social y nos enfrenta día a día a la frustración.

4. Un nuevo concepto de contrato. El contrato de consumo

Para dotar a los jueces de precisos instrumentos que permitan controlar el contenido de los contratos, sobre todo de aquellos con cláusulas abusivas, es necesario controvertir, y acuñar un nuevo concepto de contrato en el cual la autonomía de la voluntad sea una condición necesaria pero no suficiente para su formación, esto es, para crear normas jurídicas particulares y concretas con fuerza vinculante definitiva. Se trata pues de repensar el llamado principio de la autonomía privada de la voluntad como elemento esencial con miras a determinar el nacimiento de la relación contractual.

Y es que la clásica teoría del consentimiento en materia contractual cede terreno a raíz de las nuevas modalidades de contratación impuestas por la constante movilidad de las transacciones mercantiles y porque las previsiones del derecho moderno tienden a resolver situaciones que escapan a los esquemas tradiciona-

les¹⁸. La concepción que identifica al contrato con la declaración de voluntad común (consentimiento) se plasma en los códigos occidentales del siglo XIX y es insuficiente para disciplinar las nuevas formas de negociación impuestas por un nuevo modelo.

En el nuevo modelo, el Estado no sólo tiene funciones sociales negativas. El Estado dirige la economía y es el responsable de la justicia social. Además, el individuo en este nuevo modelo es anónimo y tiene que hacer parte de un grupo fuerte, separándose así del sujeto individualista del modelo liberal. Una de las partes del contrato se mimetiza, se esconde en grupos económicos, gremios, empresas, etc... Hoy una de las partes del contrato no puede considerarse un hombre: contratamos con máquinas o con personas que se comportan como máquinas. Y si no hay hombre, ¿dónde queda pues la autonomía de la voluntad, la coincidencia de voluntades que perfecciona el contrato?

Cuando ya se comienza a advertir la necesidad de tutelar los derechos de la masa de consumidores frente al poder de las grandes empresas organizadas, y la necesidad de evitar los abusos resultantes de una concentración en la riqueza mediante el control legislativo, administrativo y jurisdiccional para limitar la discrecionalidad contractual, los remedios del derecho civil son demasiado individualistas para impedir en este campo los abusos de poder¹⁹.

Para poder controvertir el llamado concepto clásico de contrato es necesario comenzar por advertir que en su origen y etimológicamente, “contrato” no significó la obligación nacida necesariamente de un acuerdo de voluntades. El concepto de contrato que hoy poseemos no se formó en el derecho romano²⁰. Por ello no debemos creer erradamente que el concepto que hoy tenemos de contrato es un concepto definitivo y último. Es un concepto que ha sido y seguirá siendo objeto de evolución. Será la realidad socioeconómica y política la que exija una permanente transformación.

En el Derecho Romano “contrato” no significaba el acuerdo (acto común de voluntad de ambas partes) que da nacimiento a la relación obligatoria, sino el vínculo

18 FARINA, Juan M. *Op. Cit.* p. 217.

19 *Ibid.*, p. 35.

20 *Ibid.*, p. 217.

en sí como hecho objetivo. Surgía el vínculo con el cumplimiento de determinados actos solemnes y rituales y sólo a los actos de esta naturaleza capaces de generar una *obligatio* se los llamaba *contractus*²¹. Y en el derecho Anglosajón suele definirse el contrato como “la promesa o el conjunto de promesas que atribuyen a una o a las dos partes el derecho a exigir algo judicialmente”²².

Señala Roscoe Pound, en cita de Farina, que la consagración del concepto de contrato como declaración de voluntad común es el resultado de la concepción sobre la finalidad del derecho que empezó a tener vigor a partir del siglo XVI: “se advierte la transición hacia la nueva manera de pensar en los teólogos y juristas españoles del siglo XVI. Mientras Aristóteles había pensado en desigualdades que surgían de los diferentes méritos individuales y de sus diversas capacidades para aquello que exigía el orden social, los nuevos juristas invocaron una igualdad natural (es decir, ideal) en cuanto a las posibilidades de realización, implícita en el análogo poder para el empleo consciente de las facultades propias, común a todos los hombres”. El fin o la finalidad del derecho era el logro de la máxima expresión de libre albedrío individual. Como consecuencia se debía dotar a los individuos del máximo de posibilidades en un mundo donde abundan los recursos aún no descubiertos ni explotados. “La finalidad consistía en posibilitar el máximo de libre acción individual compatible con la libre acción individual general”²³.

Pero, una vez las fuerzas de la naturaleza están controladas y el desarrollo industrial adquiere insospechadas proporciones, se crea un sistema económico donde las empresas adquieren cada vez mayor poder frente a la masa trabajadora y hace su aparición la masa inerte de los consumidores que empieza a ser considerada. Hay pues nuevos directores y nuevo público.

Frente a estas situaciones el derecho tiene que orientarse en otra dirección, sobre todo después de la Segunda Guerra Mundial: se comienza a restringir la libertad de que gozaba el propietario para disponer de lo suyo como a bien tuviese, estableciéndole como límite la barrera de la puesta en peligro de la seguridad pública.

21 Ibidem.

22 *Ibid.*, p. 219.

23 FARINA, Juan M. *Op. Cit.*, p. 226.

Es así como las nuevas condiciones económicas, industriales, comerciales, tecnológicas y sociales hacían que la abstracta libertad contractual y el acuerdo de voluntades como base de los contratos resultaran ilusorios. La concepción clásica del contrato basada en la autonomía de la voluntad como requisito necesario y suficiente para perfeccionar el contrato parece menoscabar y no promover el pleno desarrollo de los individuos que, en su casi totalidad, se hallaban y se hallan sometidos a la voluntad de las grandes empresas que imponían e imponen aún sus condiciones a la masa indefensa de adquirentes²⁴.

Es aquí donde es necesario adoptar un nuevo concepto de contrato. Un concepto de contrato que no estuviese al servicio de las imposiciones de algunos empresarios no responsables y cada día más poderosos, en frente de unos individuos que no fueron capaces de autoabastecerse y tuvieron que recurrir de manera masiva a la adquisición de toda clase de bienes volcados al mercado por fuerza de los opulentos empresarios.

No es, pues, suficiente con intentar equilibrar las voluntades, igualarlas o armonizarlas. No son suficientes las normas que simplemente reconozcan que las personas son libres para celebrar los contratos, normas que sólo se preocupan por asegurar las condiciones de libertad para la celebración del contrato exigiendo capacidad de ejercicio y sancionando los vicios del consentimiento, que se inclinan por reconocer plena libertad de determinación del contenido del contrato, limitándolo con unas pocas normas imperativas.

No son suficientes normas que reconocen en el hoy quimérico acuerdo de voluntades un poder normativo capaz de vincular rígidamente a los jueces y al legislador, los primeros debiendo aplicar y hacer cumplir el contrato; y los segundos no pudiendo desconocerlo a la luz del principio en virtud del cual la ley del contrato es la ley vigente al momento de su perfeccionamiento.

Todo esto será necesario pero no será suficiente. La fuerza vinculante del contrato no podrá nacer con fundamento en un supuesto que no se realiza en el mundo práctico. Los hechos y valores que materializan las normas contenidas en los códigos decimonónicos se alejan de nuestra realidad. Hoy no hay acuerdos, hay imposición.

24 *Ibid.*, p. 227.

La intervención de la voluntad es mínima y no debe reconocerse como suficiente para obligar a la parte contratante a la que se le imponen cláusulas y contratos que no son capaces de satisfacer las necesidades que lo motivaron a contratar.

La voluntad suficiente para formar un contrato es aquella que se manifiesta en la adecuada satisfacción de las necesidades autónomas (no impuestas mediante publicidad inductiva), en el equilibrio de los deseos y expectativas de los contratantes. No es la voluntad que trata de forzar y dar apariencia de realidad a una pretendida igualdad de voluntades que no coinciden sino que se resisten hasta que una de ellas triunfa, imponiendo su arbitrio a quien derrotado tiene que adherirse. Y si no lo hace quedará excluido de la sociedad y no podrá satisfacer sus necesidades básicas o banales, pero al fin y al cabo impuestas como indispensables para insertarse en el juego de la vida actual.

Ha de pasarse del acuerdo de voluntades como condición necesaria a la adecuada satisfacción de necesidades como condición suficiente. Es la suma de estas dos condiciones la que constituye el supuesto normativo que habrá de realizarse para el perfeccionamiento del contrato y consecuentemente para la creación de normas particulares y concretas cuya fuente formal sea éste

Es menester entender el contrato desde la realidad social, como derecho vivo, al decir de Ehrlich, no limitándonos a una exposición meramente doctrinal. No son las normas las que se materializan en los hechos, sino los hechos los que han de materializarse en las normas.

Cuando se habla de contrato, bien en lenguaje ordinario, bien en lenguaje coloquial, se piensa inmediatamente en una operación económica. Tal operación puede ocurrir en los siguientes eventos:

1. Puede ser realizada por dos sujetos ubicados en el mismo plano (Como pregonó el liberalismo.) Tal sería el caso en el que la Toyota negocia un suministro de llantas con Pirelli; o el ciudadano común propietario que enajena directamente su propiedad a otro ciudadano común.
2. Puede ser también realizada por dos sujetos que tienen distinto *status* jurídico y distinto poder económico. Tal sería el caso de los contratos celebrados por la Toyota con el consumidor a través de su concesionaria.

Es necesario establecer si la definición clásica de contrato comprende claramente las dos hipótesis.

Es fácil creer que la primera de las hipótesis queda comprendida dentro del concepto clásico de contrato.

En cuanto al segundo caso es evidente que no queda comprendido dentro del supuesto normativo del concepto clásico de contrato que exige para su realización el concurso de dos partes de igual status.

El consumidor y el empresario poseen un status diferente: desde el punto de vista económico la supremacía del empresario proporcionador de bienes y servicios es superior a la capacidad del consumidor. Por si fuera poco, el consumidor se ve compelido a adquirir los bienes y servicios que el empresario ofrece, pues son condición necesaria de existencia en la sociedad actual, sin ellos verá comprometido el desarrollo máximo de su libertad material. Esta situación restringe el campo de libertad del consumidor al momento de la decisión.

Surge entonces como relevante para el derecho la figura del “consumidor”, categoría eminentemente económica y sociológica que identifica al sujeto como destinatario de los productos o servicios distribuidos en el mercado por las empresas.

El *status* de consumidor nace en el campo económico donde el consumidor es entendido como “*Homo economicus*”, que opera en el mercado como destinatario de bienes y servicios, y en el campo sociológico, donde es entendido como contraparte débil de la empresa, como un sujeto que por lo común no está informado sobre las operaciones que realiza, ni sobre las características de los productos y servicios, y que no está provisto de poder de negociación, sino únicamente dotado de la facultad de decisión entre productos, entre servicios, entre ofertas negociales que a menudo son idénticas entre sí.

Todo esto hace necesario darle a ese consumidor el *status* jurídico que le corresponde. Es necesario transformar ese *status* de consumidor económico y sociológico en *status* jurídico. Sólo así la categoría de consumidor adquiere valor normativo y exige ser destinatario de normas establecidas para fines de tutela y protección al público destinatario de productos y servicios.

Y el primer instrumento necesario será un nuevo concepto de contrato como el que hemos planteado, concepto de contrato en el cual el perfeccionamiento exige además del acuerdo de voluntades como condición necesaria, la adecuada satisfacción de necesidades sociales como condición suficiente, siendo la suma de estas dos condiciones la que constituye el supuesto normativo que habrá de realizarse para el perfeccionamiento del contrato y consecuentemente la creación de normas particulares y concretas cuya fuente formal sea éste

5. Pero... ¿qué logramos con éste nuevo concepto de contrato?

En primer lugar entregamos al juez herramientas para que no tenga que aferrarse al contrato por la única razón de surgir de un acuerdo de voluntades, siendo imposible para él revisarlo, pues tiene fuerza de ley. Ahora el juez podrá desconocer un contrato con cláusulas abusivas que no se ajusten a la satisfacción de las necesidades que motivaron a las partes a contratar. Esto sería impensable en el concepto clásico del contrato. El juez, una vez verifica la manifestación o el consentimiento en el contrato, tendrá que aplicarlo y cumplirlo a pesar de contener un inmenso abuso. Su acción sólo podrá ejercerla en frente de cláusulas oscuras. Pero cuando las cláusulas sean claras, por más abusivas que sean, por más inconducentes que sean para a la satisfacción de las necesidades de los hombres, tendrá la obligación de hacerlas cumplir²⁵.

Pero con el nuevo concepto de contrato, tratándose, por ejemplo, del derecho del consumidor, víctima de los contratos en masa, el juez estará autorizado para declarar no válidas o sin efectos las cláusulas abusivas, dejando subsistente el vínculo contractual y, llegado el caso, podrá incluso el juez sustituir la cláusula anulada por otra que no será el resultado del “común acuerdo” sino de la voluntad (mas no arbitrariedad) del juez. Esto último se justifica porque debemos recordar que si la solución es la destrucción del contrato, el particular verá insatisfecha una necesidad básica e indispensable para vivir el ineludible juego social.

Con el concepto clásico de contrato cada día serán más los abusos de algunos empresarios poderosos, ajenos a la responsabilidad social, anónimos, mimetizados, dueños ocultos de los destinos de los hombres, en contra de una masa indefensa que sólo confía que el derecho asegure lo más valioso que ha conquistado a lo

25 Cfr. Código Civil Colombiano. Art. 1624.

largo de los años: el reconocimiento de los derechos fundamentales y sociales del individuo, que lo hacen viable tanto material como espiritualmente.

En segundo lugar, entendiendo el contrato como emanación del derecho objetivo, y no como simple modificación del derecho subjetivo, sus normas podrán ser objeto del juicio de validez, ora formal, ora material, y, en muchos casos, podrá el juez inaplicar una cláusula del contrato por no adecuarse a lo dispuesto por las normas superiores o de primer nivel (excepción por inconstitucionalidad).

No puede, pues, el derecho rendirse ante la presión de estos grandes imperios ocultos que hoy monopolizan tras bambalinas el poder político y dirigen la economía de manera astuta.

No hay libertad contractual, pero fundamentamos nuestro derecho en la libertad contractual ante el silencio sagaz de quienes de ello sacan provecho. Es necesario desarrollar teorías del derecho que enfrenten estos fenómenos que nos desbordan y nos superan. Es necesario entonces ofrecer elementos jurídicos a través de elaborados y adecuados conceptos para garantizar la coexistencia pacífica del hombre, su viabilidad y un desarrollo tanto individual como social.

En ocasiones se requiere que el Estado intervenga y dirija la economía. Ese no es el problema: es hacia dónde la dirige y quién la dirige. Conocer el fin permite que evaluemos justamente los medios. Si el Estado interviene ha de ser para proteger el orden público, creando normas de derecho necesario, es decir, normas que, una vez sustraídas del ordenamiento jurídico, ponen en peligro de manera grave la estabilidad de la sociedad y el bienestar del individuo como ser colectivo, empujándonos al abismo insalvable de la guerra perpetua. Son esas normas las que nos protegerán hoy de un sistema feroz y mañana de cualquier ideología oculta cuya finalidad sea el sometimiento del individuo con el correlativo desconocimiento de su condición de ser humano y, como tal, de ser social.

Conclusiones

Es necesario examinar el concepto de contrato heredado de la tradición jurídica decimonónica, no para desconocerlo, sino para robustecerlo y ponerlo a tono con la realidad de los tiempos que corren.

La fuerza vinculante del contrato debe reconocerse siempre que éste se adecue a la satisfacción de las necesidades cardinales de los miembros de la comunidad cuyos intereses pretende regular. El acuerdo de voluntades es necesario, pero lo esencial para reconocerle fuerza vinculante al contrato es la adecuada satisfacción de necesidades individuales y colectivas.

Un nuevo concepto de contrato ofrece las herramientas para presentar el contrato como un verdadero instrumento de paz social.

Se advierte la posibilidad de una teoría general del contrato considerado como emanación del derecho objetivo y no como simple modificación del derecho subjetivo, posibilitando que sus normas puedan ser objeto del juicio de validez, tanto formal como material.

A partir de esta nueva forma de entender el contrato se otorga a los jueces precisos instrumentos que les permiten controlar el contenido de los contratos que contengan cláusulas predispuestas abusivas cuyos destinatarios sean los “consumidores”.

Bibliografía

- AGLIETTA, Michel. Regulación y crisis del capitalismo. México: Siglo XXI, 1986.
- AGUILÓ Regla, Josep. Teoría general de las fuentes del derecho. Barcelona: Ariel, 2000.
- ALPA, Guido. El Contrato en el derecho privado Italiano actual. En: LEÓN, Leysser L. Estudios sobre el Contrato en General. 2ª Ed. Lima – Perú: Ara Editores, 2004.
- ALPA, Guido. Las nuevas fronteras del Derecho Contractual. En: LEÓN, Leysser L. Estudios sobre el Contrato en General. 2ª Ed. Lima – Perú: Ara Editores, 2004.
- ALTERINI, Atilio A. El Estatuto del Consumidor. En: Contratos. Homenaje al Profesor Doctor Jorge Mosset Iturraspe. Buenos Aires: Ediciones la Roca, 2001.
- BIANCA, Máximo. ¿Son no contractuales los contratos en masa? En: LEÓN, Leysser L. Estudios sobre el Contrato en General. 2ª Ed. Lima – Perú: Ara Editores, 2004.
- CUETO RÚA, Julio C. Una Concepción objetiva del Contrato. El Caso del “Common Law”. En: Contratos. Homenaje al Profesor Doctor Jorge Mosset Iturraspe. Buenos Aires: Ediciones la Roca, 2001.
- CASTELLANO, Andrea. El Análisis económico del derecho del consumidor: Información, Garantías y daños por productos elaborados. En: KLUGER, Viviana. Análisis Económico del Derecho. Buenos Aires: Heliasta Editores, 2006.
- D’ANGELO, Andrea. Contrato y operación económica. En: LEÓN, Leysser L. Estudios sobre el Contrato en General. 2ª Ed. Lima – Perú: Ara Editores, 2004.
- DE LUCAS, Javier. Introducción a la Teoría del derecho 3ª ed. Valencia: Tirant lo blanch, 1997
- ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Las cláusulas vejatorias en los contratos estipulados unilateralmente. En: LEÓN, Leysser L. Estudios sobre el Contrato en General. 2ª Ed. Lima – Perú: Ara Editores, 2004.
- FARINA, Juan M. Contratos Comerciales Modernos 3ª Ed. Buenos Aires: Astrea 2005, T.1.
- FERRI, Luigi. La Autonomía Privada. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1969. Serie B Monografías Fundamentales de derecho privado y público Vol XLI.
- FERRI, Luigi. *Lezioni sul contratto. Corso di diritto civile*. Lecciones sobre el contrato. Curso de Derecho Civil. (Nélvor Carreteros Torres, Trad.). Lima: Editora Jurídica Grijley, 2004.
- GARRIDO CORDOBERA, Lida María Rosa. La Negociación Contractual y el Análisis Económico. En: KLUGER, Viviana. Análisis Económico del Derecho. Buenos Aires: Heliasta Editores, 2006.
- GHERSI, Carlos Alberto. Contratos de consumo. Cuantificación económica. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2005.
- GRONDONA, Mauro. La “Común intención de las partes” y el principio de la buena fe en la interpretación del contrato: Un panorama de la Autonomía privada. En: LEÓN, Leysser L. Estudios sobre el Contrato en General. 2ª Ed. Lima – Perú: Ara Editores, 2004.
- GUASTINI, Ricardo. Distinguiendo. (Jordi Ferrer i Beltrán, Trad.). Barcelona: Gedisa, 1999.

- GUBERN, Román. La imagen y la cultura de masas. Barcelona: Editorial Bruguera, 1983.
- IRTI, Natalino. Introducción al estudio del derecho privado. (MORALES HERVÍAS, Rómulo y LEÓN, Leysser L., Trads.). Lima: Editora Jurídica, 2003.
- IRTI, Natalino. Intercambios Sin Acuerdo. En: LEÓN, Leysser L. Estudios sobre el Contrato en General. 2ª Ed. Lima – Perú: Ara Editores, 2004.
- KELSEN, Hans. Teoría Pura del Derecho. (VERNEGO, Roberto J., Trad.). 11ª Edición. México: Porrúa, 2000.
- KELSEN, Hans. El contrato y el Tratado. (GARCÍA MAYNEZ, Eduardo). México: Imprenta Universitaria, 1949.
- LEÓN, Leysser L. Apuntes sobre el papel de la Voluntad en los negocios jurídicos (Con especial Referencia a los Contratos). En: LEÓN, Leysser L. Estudios sobre el Contrato en General. 2ª Ed. Lima – Perú: Ara Editores, 2004.
- LORENZETTI, Ricardo Luis y LIMA MARQUES, Claudia. Contratos de servicios a los Consumidores. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2005.
- LUHMANN, Niklas. Hacia una teoría científica de la sociedad. Barcelona: Anthropos, 1997.
- MARTORELL, Ernesto Eduardo. Tratado de los Contratos de Empresa. Buenos Aires: Depalma Editores, 1998.
- MORALES HERVÍAS, Rómulo. ¿Existen intercambios económicos sin acuerdo contractual? A propósito de las teorías del contrato y del negocio jurídico. En: LEÓN, Leysser L. Estudios sobre el Contrato en General. 2ª Ed. Lima – Perú: Ara Editores, 2004.
- OPPO, Giorgio. ¿Deshumanización del contrato? En: LEÓN, Leysser L. Estudios sobre el Contrato en General. 2ª Ed. Lima – Perú: Ara Editores, 2004.
- OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo. Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico. Bogota: Temis, 1998.
- ROPPO, Vincenzo. El contrato del Dos Mil. (KOTEICH, Milagros, Trad.). En: Ensayos de la revista de Derecho Privado N°1. Universidad Externado de Colombia. Bogota. 2005.
- SALVADOR CODERCH, Pablo; AZAGRA MALO, Albert; FERNANDEZ CRENTE, Antonio. Autonomía Privada, Fraude de Ley e interpretación de los negocios jurídicos. Working Paper No. 229; Barcelona: Julio de 2004. Versión digital disponible en: www.indret.com
- SCHLESINGER, Piero. Complejidad del procedimiento de formación del consentimiento y unidad del negocio contractual. En: LEÓN, Leysser L. Estudios sobre el Contrato en General. 2ª Ed. Lima-Perú: Ara Editores, 2004.
- STIGLITZ, Gabriel y otros. Defensa de los consumidores de productos y servicios. Ciudad de Buenos Aires: Ediciones la Roca, 2001.
- TAMAYO JARAMILLO, Javier y CARO CARO, Manuel. "Propuesta para un Estatuto del Consumidor". En: *Foro del Jurista*, Volúmen 27. Medellín: Cámara de Comercio de Medellín Para Antioquia. (Octubre 2006). pp. 139 y s.s.
- THERBON, Goran. Peripecias de la modernidad. Buenos Aires: *Imago Mundi*, 1992.

Una revisión del concepto clásico de contrato
Aproximación al contrato de Consumo

VALLESPINOS, Carlos G. Las condiciones Generales de Los Contratos. En: Contratos. Homenaje al Profesor Doctor Jorge Mosset Iturraspe. Buenos Aires: Ediciones la Roca, 2001.

VAZQUEZ DE CASTRO, Eduardo. "Protección de los Consumidores en la Contratación Seriada o en Masa". (Aproximación desde el derecho Europeo y Español). En: *Foro del Jurista*, Volúmen 27. Medellín: Cámara de Comercio de Medellín Para Antioquia (Octubre 2006).

WEINGARTEN, Celia. Derechos en expectativa del consumidor. Aplicación de la doctrina de los propios actos. Ciudad de Buenos Aires: Astrea, 2004.