



**UNIVERSIDAD NACIONAL**  
**“SANTIAGO ANTÚNEZ DE MAYOLO”**

---

**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICAS**  
**ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO**

**LOS CONTRATOS POR ADHESIÓN DE EMPRESAS CON RASGOS  
MONÓPOLICOS Y SU RELACIÓN CON EL PRINCIPIO DE  
AUTONOMIA PRIVADA, DENTRO DEL ORDENAMIENTO JURIDICO  
PERUANO.**

Tesis para optar el Título Profesional de Abogado

**BACH. RONALD EDILBERTO HUAMÁN CANICOPA**

Asesora: Mag. Fanny Soledad Vera Gutierrez

HUARAZ – PERÚ

2017

## **AGRADECIMIENTO**

A toda la plana docente de la Escuela Profesional de Derecho y Ciencias Políticas, quienes han sido parte de este desarrollo profesional, a través de sus enseñanzas, motivaciones y consejos.

A mi mamita, Paulina Canicoba, mi motivación, esfuerzo y dedicación, por siempre juntos, agradecido por todo una vida.

## **DEDICATORIA**

A Dios por ser la luz que ilumina mi camino;

por ser mi esperanza y protección.

A Paulina, mi madre, mi mejor y más grande apoyo,

todo su esfuerzo e infinito amor.

A mis hermanos Jhon y Elizabeth,

sé que soy el mayor, a ustedes su

comprensión y la unidad ante todo.

# ÍNDICE

➤ Resumen

➤ Abstrac.

1. Introducción.....01-02

## CAPÍTULO I

I. EL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN	03
1.1. Descripción del problema	03
1.2. Formulación del problema	04
1.2.1. Problema general	04
1.2.2. Problemas específicos	04
1.3. Importancia del problema	04
1.4. Justificación y viabilidad	05
1.4.1. Justificación teórica	05
1.4.2. Justificación práctica	05
1.4.3. Justificación legal	06

1.4.4. Justificación metodológica	06
1.4.5. Viabilidad y Justificación	06
1.5. Formulación de Objetivos	07
1.5.1. Objetivo general	07
1.5.2. Objetivos específicos	07
<b>CAPÍTULO II</b>	
<b>II. MARCO TEÓRICO E HIPÓTESIS</b>	<b>08</b>
2.1. Antecedentes	08
2.2. Bases teóricas	08
2.3. Definición de términos	08
<b>CAPITULO III</b>	
<b>III. RESULTADOS Y DISCUSIÓN DEL PROBLEMA</b>	<b>51</b>
3.1 Resultados doctrinarios	51
3.2 Resultados jurisprudenciales	51

## CAPITULO IV

IV. VALIDACIÓN DE HIPOTESIS	53
4.1. Validación de la Hipótesis General	53
4.2. Validación de la Hipótesis específica	53
Conclusiones	55
Referencias Bibliográficas	56
ANEXO	62

## RESUMEN

Para la presente investigación se tuvo en cuenta el principio de autonomía de la libertad contractual, que sobresale en nuestra Constitución Política del Perú, así como en el código Civil Peruano, en el sentido amplio, de que las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo; sin embargo en la actualidad vemos como existen empresas con rasgos “Monopólicos”, que se encargan de suscribir contratos por adhesión con las personas sean jurídicas o naturales, en la que se aprecia, que la misma viene vulnerando el principio de Autonomía Privada, toda vez que no se da la manifestación amplia de la voluntad, a fin de satisfacer intereses por ambas partes, pues el llamado contratante pasivo (es decir quien no suscribe el contrato), queda sujeta a una mera aceptación, debido a que el rechazo está imposibilitado, pues nos encontramos ante un servicio indispensable, porque debe expresar una manifestación positiva, aún y cuando no esté de acuerdo con lo que en ella se ha suscrito.

En ese sentido a través del presente trabajo de investigación, se busca una alternativa de solución, referida a la creación de una institución y/o reforzamiento de competencias legales, para el control de dichos contratos en empresas con rasgos monopólicos, esto en consideración a que, si bien existe un organismo que protege administrativamente al consumidor, como es el caso de indecopi, ello no regula el contrato por adhesión, que existe a través de las empresas monopólicas.

Asimismo, se acoge en la presente investigación un análisis, respecto de las teorías que implican el principio de autonomía de la libertad contractual, frente a los contratos de adhesión existentes en las empresas de rasgos monopólicos.

**PALABRAS CLAVES:** Principio de autonomía, monopólicos, contratos de adhesión.



## ABSTRACT

For the present investigation, the principle of autonomy of contractual freedom, which stands out in our Political Constitution of Peru, as well as in the Peruvian Civil Code, in the broad sense, that the parties can freely determine the content of the contract , Provided that it is not contrary to a mandatory legal rule; However today we see how there are companies with characteristics "Monopolies", which are responsible for signing contracts for membership with legal or natural persons, in which it is appreciated that this is violating the principle of Private Autonomy, every time That the broad manifestation of the will is not given, in order to satisfy interests on both sides, since the so-called passive contractor (ie who does not subscribe to the contract) is subject to mere acceptance, because rejection is impossible, Because we are faced with an indispensable service, because it must express a positive manifestation, even if it does not agree with what has been subscribed in it.

In this sense, through this research, we seek an alternative solution, related to the creation of an institution and / or strengthening of legal powers, to control such contracts in companies with monopolistic features, this in consideration of which , Although there is an organism that protects administratively the consumer, as is the case of indecopi, this does not regulate the contract by adhesion, that exists through the monopolistic companies.

In the present investigation, an analysis is also made regarding the theories that imply the principle of autonomy of contractual freedom, as opposed to the adhesion contracts existing in companies with monopolistic features.

**KEY WORDS:** Principle of autonomy, monopolies, adhesion contracts

## INTRODUCCIÓN

En la descripción histórica de la evolución en general de los contratos, encontramos dentro de sus diversas modalidades, el contrato por adhesión, que se encuentra como antecedentes inmediatos en el Código Civil Italiano (de tendencia contractualista) y en el Código Civil Holandés (de tipo normativo). Nuestro modelo de contratación tradicional, producto de la influencia del Código de Napoleón, estuvo basado en los principios consagrados por la revolución francesa, que luego fueron revisados, por las nuevas estructuras de la revolución industrial inglesa y que en la actualidad se encuentran enmarcadas dentro de esa nueva estructura denominada “sociedad de consumo”.

Esta modalidad o esquema de contratación evita las tratativas, las negociaciones, las objeciones, y solo exige del destinatario de la oferta una aceptación total de los términos ofrecidos. El consentimiento prestado por adhesión resulta de fenómenos económicos y sociales que exigen esa modalidad contractual. Sólo apreciando la intensidad de estos fenómenos es posible entender que esta forma de contratar no es una categoría autónoma del Derecho de contratos<sup>1</sup>.

El contrato de adhesión supone una situación económica de monopolio legal o de hecho en la que el monopolista (productor del bien o del servicio, materia del contrato) impone su esquema contractual al consumidor. En un régimen de

---

<sup>1</sup> MESSINEO, Francesco “*Doctrina General del Contrato*”. Tomo I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América 1952.

competencia el contrato de adhesión o sería inconcebible o no podría arraigar, por cuanto el consumidor encontraría siempre un productor que, para atraer a un cliente nuevo, estaría dispuesto a concederle condiciones más favorables que otro y aceptar el concurso del consumidor en la determinación de las cláusulas contractuales. En ese sentido existe un conflicto entre el contratante económicamente fuerte (productor) al contratante económicamente débil (consumidor).

Siendo así, en este panorama existe la exigencia política de la intervención del Estado en defensa de la parte más débil de la relación contractual; defensa que, respecto al fenómeno del contrato de adhesión, se desarrolla en dos direcciones distintas pero en cierto modo convergentes: 1) tutela de la libertad del consumidor de aceptar o no el esquema contractual que él -encontrándose en el estado de necesidad de contratar- no tiene el poder de modificar; y a ello provee la acción de lesión o la acción de anulación por violencia psíquica, cuando eventualmente concurren sus extremos; 2) garantía de que el contratante débil se ponga en condiciones de estipular el contrato de adhesión con plena conciencia del contenido de las cláusulas que encierra.

## **CAPÍTULO I**

### **I. PLANTEAMIENTO TEORICO Y METODOLOGICO DEL PROBLEMA.**

#### **1.1. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA.**

Dentro del tráfico económico, donde precisamente las personas se encargan de cubrir sus necesidades e intereses, mediante la creación de efectos jurídicos, se aprecia la amplia participación de los contratos, donde las partes expresan plena voluntad privada para contratar a fin de satisfacer intereses particulares. Es ahí que se hace referencia a los contratos por adhesión, establecida, como la prestación de servicios y donde una de las partes se encarga de crear y redactar el contrato; mientras que el otro queda sujeto a simplemente aceptarlo o rechazarlo.

En la actualidad se ve que, existen empresas con rasgos “Monopólicos”, que se encargan de suscribir contratos por adhesión con las personas sean jurídicas o naturales; sin embargo se aprecia que la misma viene vulnerando el principio de Autonomía Privada, toda vez que no se da la manifestación amplia de la voluntad, a fin de satisfacer intereses por ambas partes, pues el llamado contratante pasivo (es decir quien no suscribe el contrato), queda sujeta a una mera aceptación, debido a que el rechazo está imposibilitado, pues nos encontramos ante un servicio indispensable, porque debe expresar una manifestación positiva, aún y cuando no esté de acuerdo con lo que en ella se ha suscrito.

## **1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA**

### **1.2.1. Problema general**

¿Cuál es la relación que existe entre los contratos por adhesión con empresas de rasgos monopólicos y el principio de Autonomía Privada en el ordenamiento jurídico peruano?

### **1.2.2. Problemas específicos**

- a. ¿El Contrato por adhesión de empresas con rasgos monopólicos vulnera el principio Constitucional de Libertad Contractual?
- b. ¿Debería derogarse por desnaturalización el contrato por adhesión respecto a empresas con rasgos monopólicos?
- c. ¿Existirá un ordenamiento jurídico que se encargue de proteger de forma eficiente los derechos de la parte débil en el contrato por adhesión respecto de empresas con rasgos monopólicos?

## **1.3. IMPORTANCIA DEL PROBLEMA**

El presente problema de investigación se justifica doctrinariamente en la teoría de la autonomía privada en los contratos. Según esta teoría jurídica la autonomía de la voluntad es un principio básico del Derecho Civil y Contractual. El valor de este principio se aprecia en el hecho de considerarse como una manifestación de la libertad del individuo, cuyo reconocimiento por la ley positiva se impone, el cual se traduce en la posibilidad que tienen las personas de regular libremente sus intereses, ejercitar los derechos subjetivos de los cuales son

titulares y concertar negocios jurídicos. Sin embargo, independientemente de ser considerada como uno de los principios más importantes en el Derecho Civil y específicamente en el Derecho de Contratos, no es admitida de forma absoluta, por cuanto tiene restricciones previstas en la ley y otras que se desprenden de las circunstancias o de las situaciones de hecho. Dichas restricciones se manifiestan a través de limitaciones.

#### **1.4. JUSTIFICACIÓN Y VIABILIDAD.**

##### **1.4.1. Justificación teórica**

El presente problema tiene un desarrollo teórico doctrinario sustentando en los contratos con empresas de rasgos monopólicos<sup>2</sup> y la Teoría de la autonomía de la voluntad, las mismas que justificaran la investigación y permitirá desarrollar el marco teórico.

##### **1.4.2. Justificación práctica**

Buscará analizar la eficacia de la regulación de los Contratos por adhesión necesarios de las empresas, así como las garantías y derechos que tiene la llamada “parte débil del contrato”, para identificar algunos problemas que han surgido en el proceso de reforma en torno a la eficacia y garantía de dichos contratos y los fines del mismo, en el marco de hacer frente a la nuevas formas de contratos.

---

<sup>2</sup> ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo y SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel "*Curso de Derecho Civil*", 1942.

### 1.4.3. Justificación legal

- Constitución Política del Perú
- Ley Universitaria N° 30220
- Estatuto de la UNASAM
- Reglamento General de la UNASAM
- Reglamento de Grados y título de la FDCCPP- UNASAM.
- Código Civil Peruano 1984.

### 1.4.4. Justificación metodológica

Se aplicará la metodología de la investigación jurídica en cuanto al tipo y diseño de investigación, siguiendo sus orientaciones metodológicas tanto en la planificación, ejecución y control de la investigación jurídica.

### 1.4.6. Viabilidad

- **Bibliográfica:** Se cuenta con acceso a fuentes de información tanto bibliográficas, así como virtuales.
- **Económica:** Se cuenta con los recursos económicos para poder afrontar los gastos que genere la investigación, los mismos que están detallados en el presupuesto; y que serán autofinanciados.
- **Temporal:** La investigación se ejecutara desde el mes de noviembre del 2016 hasta abril del 2017.



## **1.5 FORMULACIÓN DE OBJETIVOS**

### **1.5.1. Objetivo general**

Analizar la relación que existe entre las empresas con rasgos monopólicos y el principio de autonomía privada en el ordenamiento jurídico peruano.

### **1.5.2. Objetivos específicos**

a. Determinar si los contratos por adhesión de empresa con rasgos monopólicos, vulnera los principios de Libertad Contractual.

b. Establecer los fundamentos para la desnaturalización del contrato por adhesión respecto a las empresas con rasgos monopólicos.

c. Establecer si existe un ordenamiento jurídico que se encargue de proteger eficaz y eficientemente los derechos de la parte débil del contrato.

## CAPÍTULO II

### MARCO TEÓRICO

#### 2.2. BASES TEÓRICAS

##### 2.2.1. ANTECEDENTES DE LOS CONTRATOS INTEGRAMENTE NECESARIOS:

En lo referido al contrato por adhesión, encontramos antecedentes inmediatos en el Código Civil Italiano (de tendencia contractualista) y en el Código Civil Holandés (de tipo normativo). Nuestro modelo de contratación tradicional, producto de la influencia del Código de Napoleón, estuvo basado en los principios consagrados por la revolución francesa, que luego fueron revisados, por las nuevas estructuras de la revolución industrial inglesa y que en la actualidad se encuentran enmarcadas dentro de esa nueva estructura denominada “sociedad de consumo”<sup>3</sup>.

##### 2.2.1.1 Cuestiones generales

Esta modalidad o esquema de contratación evita las tratativas, las negociaciones, las objeciones, y solo exige del destinatario de la oferta una aceptación total de los términos ofrecidos.<sup>4</sup> El consentimiento prestado por adhesión resulta de fenómenos económicos y sociales que exigen esa modalidad contractual. Sólo apreciando la intensidad de estos fenómenos

---

<sup>3</sup> MENDOZA ESCALANTE, Mijail "Derechos Fundamentales y Derecho Privado" Editorial Grijley 2001.

<sup>4</sup> MESSINEO, Francesco DOCTRINA GENERAL DEL CONTRATO. Tomo I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1952, pág. 122.

es posible entender que esta forma de contratar no es una categoría autónoma del Derecho de contratos.<sup>5</sup>

Respecto a las ventajas y desventajas de los contratos por adhesión, Arias-Schreiber ofrece una enumeración interesante que incluye como ventajas: la celeridad, la falta de regateo, la claridad del texto, las facilidades para el negocio a través de agentes en lugares lejanos y la reducción de costos. Como desventajas señala: la pérdida de la negociación, el debilitamiento de la autonomía, la inferioridad de la contraparte, la posibilidad que sea opresivo y el riesgo de cláusulas vejatorias.<sup>6</sup>

### **2.2.1.3. Naturaleza Jurídica**

Las cuestiones sobre la naturaleza abarcan una noción amplia respecto a lo que se pretende. Aquellos que lo admiten como contrato, discuten también, si se trata de un contrato con todos los elementos suficientes para considerarlo como una “categoría genérica”; o si por el contrario, participando formalmente de todos los elementos contractuales, se trataría solo de un esquema susceptible de ser utilizado por todos los demás contratos, por lo cual, obviamente se excluirá de la categoría de contrato genérico con estructura independiente y específica.

---

<sup>5</sup> SERRA RODRÍGUEZ, Adela "Cláusulas Abusivas en la Contratación, en especial las Cláusulas Limitativas de Responsabilidad" 1996, España, pág. 402.

<sup>6</sup> ARIAS SCHREIBER PEZET, Max "Contratos celebrados por adhesión y cláusulas generales de contratación". En "ACTUALIDAD JURÍDICA". Tomo 84-B Noviembre. Lima: Editorial Gaceta Jurídica S.A., 2000, pág. 125.

Considerar la adhesión como contrato, obliga a buscar sus inicios en Francia en la que los contratos por adhesión no eran vistos propiamente como contratos, pero luego de la Segunda Guerra Mundial, puede decirse que la doctrina francesa acogió los contratos por adhesión como verdaderos instrumentos contractuales. Los alemanes en cambio, han optado por cambiar el centro de gravedad hacia las estipulaciones generales de contratación, reconocen sin embargo, en la adhesión un mecanismo de naturaleza contractual. Italia y España han acogido también favorablemente a los contratos por adhesión y su naturaleza contractual.

La adhesión como acto unilateral, afirma que el contrato descansa en el principio que en él importa esencialmente una conciliación de intereses, de modo que cuando no se da este supuesto, o sea cuando no hay dos voluntades, una frente a la otra, que se ponen en contacto no hay contrato. Por tanto contrato y adhesión son términos que no se concilian, la adhesión es más un sometimiento y no un consentimiento, nos encontramos frente a un acto unilateral constituido por la voluntad del que fija las condiciones con carácter inmodificable.

Las Tesis Intermedias han tenido también su espacio, autores como Lukas sostienen que los contratos por adhesión tienen una faceta contractual y otra reglamentaria o unilateral, ocurriendo que la primera es principal y la segunda es accesoria, pues no hace sino adherirse a aquella

para integrarla, aunque es en esta parte reglamentaria donde se vuelca toda la influencia del monopolio, intereses generales de la industria, etc.<sup>7</sup>

#### **2.2.1.4. Adhesión:**

Desde una cuestión amplia, la adhesión es un sustantivo derivado del verbo “adherir”, que significa convenir en un recurso o dictamen utilizado por la parte contraria. Semánticamente adherir importa coincidir con lo expresado por otro. Una aproximación a su definición permitiría describir al contrato por adhesión como la aceptación, asentimiento o expresión de una voluntad. Aceptación dirigida a lograr la celebración de un contrato, admitiendo las cláusulas y condiciones de su contenido preparado previa y unilateralmente por el oferente-proponente.<sup>8</sup>

Su particularidad, consistirá únicamente en la “forma de concertación”, es decir, en el acuerdo o convenio entre las partes, pues no se trata de un acuerdo al que llegan dos o más personas sobre un determinado asunto después de discutirlo, la adhesión es tan sólo una forma de expresar el consentimiento como en cualquiera de los contratos conocidos.

---

<sup>7</sup> DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. "El Contrato en General. Comentarios al artículo 1390 del Código Civil, 2000, editorial, Gaceta Jurídica, páginas 19 a 51.

<sup>8</sup> BAMBACH SALVATORE, María Victoria "III Cláusulas Abusivas" Contratos, Jornadas de Derecho Privado, Universidad de Chile, 1993, pág. 49

### **2.2.1.5. Características de la adhesión**

La multiplicidad de personas a las que se dirige (El destinatario no es un individuo determinado, sino una generalidad de personas frente a la cual se mantiene la oferta). La asimetría entre las partes (Esa capacidad económica que fortalece al proponente-oferente, para imponer su voluntad). El estado de necesidad (sólo en virtud de este, el aceptante brinda su consentimiento en un contrato con condiciones pactadas unilateralmente), la aceptación como condición de la adhesión (referida a la manifestación de la voluntad del aceptante, expresando su deseo de contratar en las condiciones y cláusulas que aparecen en el contrato que se le presenta. Recién con su adhesión se estaría logrando el consentimiento, exigible en todo contrato).<sup>9</sup>

## **2.2.2. CONTRATOS DE INTEGRIDAD**

### **2.2.2.1. Cuestiones Previas.**

La falta de conceptos y discusión, así como también de participación en la determinación del contenido del contrato, que es propia de la adhesión, implica una situación de disparidad económica y de inferioridad psíquica para el contratante débil, por la que el contrato de adhesión llega a contraponerse al contrato que puede llamarse paritario (y que constituye la regla) en el que la posibilidad otorgada a cada uno de los contratantes de concurrir o de influir sobre la determinación o sobre la

---

<sup>9</sup> LÓPEZ CABANA, Roberto "Instituciones de derecho privado. Barcelona", 1955, vol. II, p. 217.

elección del contenido del contrato es un síntoma de paridad económica y psíquica; y traduce en términos jurídicos esta paridad.<sup>10</sup>

El contrato de adhesión, en sentido técnico, es distinto de aquel al que se denomina contrato "abierto", pero no es -en rigor- un contrato en el cual el hecho de la adhesión no denota una figura particular, sino el modo como vienen a agregarse partes nuevas a las partes originarias. La adhesión obra en los dos casos de una manera distinta: en el caso del contrato de adhesión en sentido técnico ella indica que el contenido del contrato no ha sido fijado libremente por el concurso de una y otra parte; en el segundo caso (el llamado contrato abierto), indica que al contrato pueden agregarse, después de su formación, otras partes: y aquí la terminología "contrato de adhesión" sería impropia o, por lo menos, designaría un fenómeno diverso del que ahora estudiamos.<sup>11</sup>

De allí la exigencia política de la intervención del Estado en defensa de la parte más débil de la relación contractual; defensa que, respecto al fenómeno del contrato de adhesión, se desarrolla en dos direcciones distintas pero en cierto modo convergentes: 1) tutela de la libertad del consumidor de aceptar o no el esquema contractual que él - encontrándose en el estado de necesidad de contratar- no tiene el poder de modificar; y a ello provee la acción de lesión o la acción de anulación por

---

<sup>10</sup> CHÁVEZ MOLINA, Juan "La Economía Social del Mercado, Especial del N° 100", Gaceta Jurídica-Lima 2002.pág. 10.

<sup>11</sup> BORDA, Guillermo A "Manual de contratos", Decimoséptima Edición actualizada, Perrot, Buenos Aires 1995.

violencia psíquica, cuando eventualmente concurren sus extremos; 2) garantía de que el contratante débil se ponga en condiciones de estipular el contrato de adhesión con plena conciencia del contenido de las cláusulas que encierra.<sup>12</sup>

Pero el contrato de adhesión no es sólo un fenómeno de patología económica. El contrato de adhesión es -de la misma manera que el contrato colectivo- un producto de la organización de los que, teniendo intereses homogéneos o afines, disponen por anticipado el esquema de los contratos a que están llamados a participar y es el resultado de la tendencia a "disciplinar de manera uniforme determinadas relaciones contractuales", por lo que se hacen constantes algunas cláusulas, o como fruto de experiencias anteriores o por exigencias de organización. Se ha puesto de relieve que en el fenómeno citado se manifiestan la necesidad de asegurar la uniformidad del contenido de todas las relaciones de naturaleza idéntica para una más precisa determinación del área a ellos inherente y de eliminar la dificultad que se opone a las negociaciones con los clientes, a las que no podrían atender sino agentes productores, carentes de legitimación para contratar; y la exigencia de simplificar la organización y la gestión de las empresas y de acelerar la conclusión de los contratos.

No sería dable que las estipulaciones fueran expresadas mediante una declaración distinta de la oferta, pues ello daría lugar a que el

---

<sup>12</sup> STIGLITZ, Rubén "Autónoma de la Voluntad y Revisión del Contrato", Buenos Aires, 1992 pág. 10.



destinatario tuviera que aceptar dos declaraciones distintas, la que contiene las estipulaciones (para adherirse) y la que contiene la oferta (para contratar), lo cual está en contra del procedimiento de formación del contrato (tanto paritario como por adhesión) que requiere únicamente la aceptación de la oferta. Resulta ineludible, pues, que en el contrato por adhesión las estipulaciones formen parte de la oferta.

Por otro lado, en este contrato la aceptación íntegra de las estipulaciones determina la celebración del mismo, en el sentido que no cabe distinguir entre estipulaciones y oferta, desde que no hay parte del contenido contractual que escape a la fijación unilateral. No sería contrato por adhesión si sólo una fracción del contenido contractual fuera prefijada unilateralmente por una de las partes y el resto fuera el resultado de una modelación común de ambas, desde que la esencia de este contrato es que todas sus condiciones sean fijadas unilateralmente. Obsérvese que el artículo 1390° habla de aceptar o rechazar *íntegramente* las estipulaciones, de tal manera que son éstas las que determinan el contenido del contrato. En estas circunstancias, las estipulaciones fijadas por una de las partes no sólo deben formar parte de la oferta sino que constituyen toda la oferta.<sup>13</sup>

Podría repararse que es posible que la oferta no la formule el redactante de las estipulaciones sino alguien que desea contratar con él y que, en este caso, la oferta no contendría las estipulaciones sino las

---

<sup>13</sup> BORDA, Guillermo A "Manual de contratos", Decimoséptima Edición actualizada, Perrot, Buenos Aires 1995. p. 61.

condiciones propias del oferente. Empero, debe observarse que como el redactante sólo está dispuesto a contratar en sus propios términos, modificará la oferta recibida para adecuarla a estos términos, y como tal modificación tendrá el carácter de contraoferta, sus estipulaciones constituirán realmente la oferta del contrato por adhesión.

El hecho que el contrato sea modelado por ambas partes o por sólo una de ellas podrá ser un problema de ejercicio de la libertad de configuración interna, pero no afecta la esencia del contrato, que es el acuerdo de declaraciones de voluntad. En la medida que se llegue a este acuerdo por una u otra vía se habrá alcanzado la finalidad del contrato, que es la creación de la relación jurídica patrimonial entre las partes.

En principio, la oferta del contrato por adhesión es de carácter naturalmente recepticio, o sea que debe ser dirigida a uno o varios destinatarios determinados para ser conocida por ellos. En tal eventualidad, la oferta es obligatoria, o sea que no puede ser revocada por el oferente<sup>14</sup>.

Quizá por esto es que dice Berlioz<sup>15</sup> que en los contratos clásicos el oferente tiene la iniciativa de la conclusión del contrato y la iniciativa en la determinación del contenido contractual, mientras que en los contratos

---

<sup>14</sup> DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel "El Contrato en General. Comentarios al artículo 1390 del Código Civil, 2000 pág. 52.

<sup>15</sup> BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. "La parábola del mal samaritano". Apuntes sobre la lesión en el derecho de contratos". En: "Themis – Revista de Derecho", publicación editada por los alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú-Lima; 2001, pág. 225.

por adhesión las dos iniciativas pueden estar separadas, correspondiendo la iniciativa en la conclusión del contrato al oferente (invitado) y la iniciativa en la determinación del contenido contractual al estipulante (invitante), quien sería el destinatario de la oferta. El segundo elemento característico de la definición legal del contrato por adhesión es que la parte que redacta o fija las estipulaciones plantea a la otra una alternativa inmodificable entre la aceptación íntegra de tales estipulaciones, o sea de su oferta, y el rechazo, también íntegro de ella.

#### **2.2.2.2. El contrato prácticamente necesario**

Se comprende que se presenta así en la persona un estado de necesidad que la compele a concluir los contratos aptos para ello, pero en la celebración de los cuales carece del poder de negociación que le permitiría encontrarse en un plan de igualdad para aceptar o rechazar los planteamientos que se le hagan. Su estado de necesidad la lleva a someterse a las condiciones según las cuales obtendrá la provisión de los bienes y servicios. Son, los llamados "contratos sin combate".<sup>16</sup>

Se produce de esta manera una primera quiebra de la libertad de modelar el contrato, pues surge, quizá imperceptiblemente al principio, una parte fuerte, que impone condiciones, y una parte débil, que las acepta. El contratar en las condiciones impuestas empieza a convertirse en

---

<sup>16</sup> MOSSET ITURRASPE, Jorge "Manual de Derecho Civil Contratos", Buenos Aires: Bibliográfica OMEBA Editores y Libreros 1961, pág. 325

necesario, por ser la única manera de alcanzar la efectiva provisión de los anhelados bienes y servicios.<sup>17</sup>

Por otro lado, estos bienes y servicios suelen ser provistos por empresas que ocupan, de hecho o por derecho, una situación de monopolio (u oligopolio) que les permite controlar el mercado. No es justificable, pero sí comprensible, que tales empresas caigan en la tentación de utilizar el poder que les da encontrarse en esa situación para imponer condiciones que no están dispuestas a negociar, porque saben que, a la corta o a la larga, serán acatadas. Para ello, el medio más eficaz que tienen a su disposición es el contrato.

Este es el origen del contrato llamado *prácticamente necesario*, pues sin ser su necesidad impuesta por el ordenamiento jurídico, la parte débil, entendida como aquella compelida por las circunstancias a obtener los bienes y servicios cuya provisión se encuentra monopolizada por un grupo de empresas, se encontró colocada en la necesidad de contratar, aceptando las condiciones impuestas por tales empresas<sup>18</sup>.

### **2.2.2.3. Características**

La doctrina se ha cuidado de señalar las características del contrato del rubro. Empero, dada la confusión existente sobre la esencia de este

---

<sup>17</sup> DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel "El Contrato en General". Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial-Volumen XI, Primera Parte Tomo I, 1993 pág. 274.

<sup>18</sup> LOPEZ SANTAMARIA, Jorge "Los Contratos (Parte General)", Santiago de Chile, Capítulo III, 1986, pág. 187.

contrato, se han incluido, por lo general, rasgos que son más bien peculiares de la contratación en masa o de las cláusulas generales de contratación. Perdónese me si soy insistente, pero creo que el contrato necesario por adhesión tiene identidad propia, que lo distingue de otras maneras de contratación (que pueden ser muy similares o darse en circunstancias a veces difíciles de separar), por lo cual voy a referirme sólo a aquellos atributos que, a mi juicio, realmente le corresponden.

**1) El contrato es configurado exclusivamente por una de las partes:** Esta característica tiene una importancia muy grande pues determina que, a diferencia de los contratos paritarios, no exista una de las dos manifestaciones de la autonomía privada, que es la libertad *contractual*, llamada más propiamente de *configuración interna*. Una de las partes, el estipulante, fija unilateralmente todos los términos del contrato, de tal manera que, cuando éste se celebra, la relación jurídica patrimonial creada por él responde exclusivamente a la voluntad del oferente.

**2) La oferta (o, en su caso, la invitación a ofrecer) no puede ser discutida:** Lo que da lugar a que el destinatario se vea colocado, como dice el artículo 1390 del Código Civil Peruano, en la alternativa de aceptar o rechazar íntegramente las estipulaciones fijadas por la otra parte. Es necesario que la imposición de esta alternativa fluya claramente de la oferta o de las circunstancias en que ella es emitida. Obsérvese que éste es un requisito impuesto por el oferente, que no depende del estado de

necesidad en que pueda encontrarse el destinatario, ya que sea quien fuere éste debe atenerse a optar por uno de los dos extremos. Como se dice coloquialmente "*o lo tomas o lo dejas*". Se trata, pues, de una oferta especial, distinta de la del contrato paritario, en la que se incorpora, como uno de los elementos de ella, la alternativa exclusiva entre aceptar o rechazar. Se excluye obviamente la contra oferta.

**3) El oferente se encuentra en una situación de poderío:** Por determinadas circunstancias, que pueden variar, el oferente o estipulante goza del poder de disponer la provisión de bienes o servicios que son necesarios para el destinatario. El poder del oferente no radica necesariamente, pues, en tener el control de una provisión cualquiera, ya que si se tratara de bienes o servicios de muy poca necesidad o que son fungibles no tendría ese poder, sino en que la provisión de ellos sea indispensable para el destinatario. Sólo así el destinatario se verá compelido a optar por la aceptación, que es el verdadero poder que interesa al oferente. De nada valdría a éste que el destinatario se encontrara, realmente, en la libertad de aceptar ó rechazar la oferta, pues el rechazo de ella frustraría el interés del oferente.<sup>19</sup>

Esta característica, al igual que la que sigue, es lo que diferencia el simple contrato por adhesión del contrato necesario por adhesión, ya que en el primero el oferente impone, al destinatario la alternativa entre aceptar o rechazar las estipulaciones, pero carece del medio compulsivo para

---

<sup>19</sup> BETTI, Emilio *Teoría General del Negocio Jurídico*, de. R.D.P; Madrid, Tomo 1, 1954 pág. 43.

llevar al destinatario a la aceptación. Generalmente el poder del oferente proviene de encontrarse en una situación de monopolio de hecho o de derecho o en cualquier otra situación que le proporcione el control de la provisión de los bienes o servicios. Sin embargo, puede darse el caso que, sin tener el control de la provisión, los bienes o servicios que ofrezca sean de una calidad muy superior a los de la competencia, lo que llevará al consumidor a verse realmente compelido a adquirirlos.<sup>20</sup>

Finalmente debe observarse que el poderío del oferente no tiene que ser necesariamente económico, pues puede ocurrir que en la relación contractual el económicamente fuerte sea el que se encuentre en estado de necesidad, como sería el caso del arrendamiento de casas en una playa de pescadores de moda.<sup>21</sup>

#### **2.2.2.4. Naturaleza Jurídica**

La confusión que se hace entre los contratos por adhesión y las cláusulas generales de contratación da lugar a que, también en el tema de la naturaleza jurídica, se mezclen argumentos que, en realidad, corresponden a situaciones distintas. Trataré nuevamente, por lo tanto, de aislar las razones aplicables exclusivamente a los contratos necesarios por adhesión.

---

<sup>20</sup> ARIAS SCHREIBER PEZET, Max "Exégesis del Código Civil Peruano de 1984", Tomo I Segunda Edición- Gaceta Jurídica, Lima, 2000, Pág. 352.

<sup>21</sup> ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo y SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel "Curso de Derecho Civil", Santiago de Chile-Tomo IV, 1942, pág. 27.

Poco se ha avanzado en los últimos años respecto a la naturaleza jurídica del contrato por adhesión, de tal manera que la mayoría de lo que he dicho en otro trabajo mantiene su vigencia. Para no incurrir en innecesarias repeticiones, me voy a limitar a destacar algunos enfoques novedosos, que sí se han dado, y a comentar argumentos presentados desde ángulos diversos.

Para este efecto se van a revisar las tesis de la adhesión como acto unilateral, de la adhesión como contrato y las intermedias.<sup>22</sup>

**a) Acto Unilateral:** Los abanderados de esta posición siguen siendo Saleilles, Duguit Y Hauriou, a los que se ha sumado posteriormente Buen Lozano, quienes consideran que el llamado contrato por adhesión es solamente un acto unilateral, producto de la voluntad del estipulante, que si bien requiere de la adhesión del destinatario para producir efectos, esta adhesión no cambia su naturaleza unilateral, pues se trata simplemente de un mecanismo para que entre en vigor, a semejanza, como dice Mosset, de la promulgación de una ley con respecto a su validez.

Cuando está ausente uno de estos elementos -la discusión de los términos del contrato y la igualdad de los contratantes- el acto

---

<sup>22</sup> BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo “La parábola del mal samaritano”. Apuntes sobre la lesión en el derecho de contratos”. En: “Themis – Revista de Derecho”, publicación editada por los alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú-Lima; 2001, p. 225.



jurídico es obra de una de las partes, la que por su posición de poderío no admite la discusión e impone su voluntad unilateral, y carece de la bilateralidad tanto en la configuración como en la conclusión que es propia del contrato.

Quizá constituye un aporte novedoso el hecho por Kummerov en el sentido que cuando la voluntad se manifiesta mediante una adhesión incondicional, motivada por un indiscutible estado de necesidad, no se llega a un acuerdo de voluntades, de donde colige que la figura resultante de la adhesión no puede ser un contrato.

Otro enfoque muy interesante es el de Schlessinger, quien sostiene que la esencia del contrato radica en la fase de las tratativas, durante la cual se forma realmente la voluntad común, de tal manera que la oferta y la aceptación sólo son momentos conclusivos de la actividad precontractual de las partes. Si dicha fase se elimina no puede formarse la voluntad común ni, por consiguiente, existir contrato.

No me refiero al carácter normativo que esta posición concede a la redacción unilateral, pues dicho carácter, entendido como su trascendencia en suplir las lagunas de la ley en sectores enteros

del tráfico, está referido más propiamente a las cláusulas generales de contratación que a los contratos por adhesión.

**b) La Adhesión Como Contrato.**- Cada vez se afianza más en la doctrina la opinión de que el contrato por adhesión, incluyéndose el contrato necesario por adhesión, constituye una modalidad de contrato. Tampoco se han hecho en apoyo de esta tesis nuevos planteamientos. El argumento principal sigue descansando en que no es connatural al contrato el que sea precedido por tratativas, pues lo único importante es que exista consentimiento (o sea acuerdo de declaraciones de voluntad) y éste puede formarse tanto a través de una discusión previa como de una aceptación inmediata. Se admite que en el contrato necesario por adhesión puede haber una menor libertad que en el contrato paritario para llegar al consentimiento, pero se niega que esto determine la inexistencia del contrato, sino únicamente que se debe velar más cuidadosamente, mediante normas de protección y procedimientos de interpretación, para evitar el posible abuso del poder por una de las partes contratantes.<sup>23</sup>

### **2.2.3. EL PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA PRIVADA DE LA VOLUNTAD**

---

<sup>23</sup> ALBALADEJO, Manuel “DERECHO CIVIL II. DERECHO DE OBLIGACIONES”. Volumen primero. Décima Edición. Barcelona: José María Bosch Editor. S.L, 1997, pág. 123.

La expresión autonomía privada, ha sido acuñada, en las últimas décadas, por la moderna doctrina, pues aquella tradicional ha preferido utilizar la expresión «autonomía de la voluntad, por entender que la potestad, que es el contenido de la autonomía, se confiere a la voluntad humana para que sea ella la que gobierne las relaciones entre las personas. Para esta doctrina, la voluntad es la ley de sí misma y, por ende, la fuente primaria del derecho<sup>24</sup>.

### **2.2.3.1. Evolución Histórica**

El derecho romano, como raíz más profunda de nuestra conformación jurídica actual, poco aporta al concepto como tal del principio de autonomía privada, entre otras razones<sup>25</sup>, y tal vez la principal, por el exceso de formalidades que caracterizó a ese derecho, que de alguna manera obstaculizaba cualquier manifestación consensual, por lo menos en sus inicios.

El aporte como tal de los romanos se remite más a su concepción de "Contractus" como relación vinculante nacida de un acuerdo, llamada obligación, haciéndose referencia directa a figuras que los generaban de una manera obviamente muy rígida, pero no considerados contratos. De todas maneras frente a una actitud de autonomía, ese acuerdo del derecho romano clásico, por efímero que fuese, si era al menos una mínima

---

<sup>24</sup> LÓPEZ CABANA, Roberto, La autonomía de la voluntad en el contrato moderno", Buenos Aires, 1989, pág. 74.

<sup>25</sup> LÓPEZ CABANA, Roberto, "Instituciones de derecho privado. Barcelona", 1955, vol. II, pág. 217

manifestación del consentimiento traducida en actitud voluntarista, lo cual más adelante merecerá nuevo comentario, al analizar históricamente el concepto de contrato frente al principio de la autonomía privada, allí veremos cómo existen posiciones a favor de un contrato nacido de un acuerdo de voluntades, a su vez procedente del derecho romano.

Fue en la época Justiniana, por influencia de escuelas Helenísticas, que se presentaron las primeras inquietudes de tipo jurídico movidas hacia el aspecto interno del individuo, fue esta parte de la historia la que empezó a marcar la existencia de algún tipo de acuerdo de voluntades, que no se guiara por el exceso formalista del antiguo pensamiento romano y generara un pactum que diese más importancia a la voluntad como tal generando, como ya se dijo, un acuerdo de voluntades con eficacia procesal, esto es, revestido de acciones y excepciones judiciales para hacer valer las obligaciones emergidas del vínculo. Esto de igual forma se retomará más adelante para ilustrar la influencia del derecho romano en el contrato como acuerdo de voluntades.<sup>26</sup>

De todas formas, fue el derecho canónico el que de una manera notoria, a través de sus posiciones espiritualistas generó la casi desaparición de posiciones excesivamente formales surgidas del derecho romano, para dar paso, de esa manera, a una verdadera noción de contrato generado por un libre acuerdo de voluntades (nudo pacto).

---

<sup>26</sup> CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos "Autonomía Privada, Contrato y Constitución, en Contrato y Mercado" Gaceta Jurídica- Lima, 2000, pág., 142.

Posteriormente, antes de la aparición del Código de Napoleón, el derecho natural y el iusluminismo contribuyeron a la propiedad libre y contrato libre eliminándose esas sociedades o estamentos encargados de regir las relaciones de los particulares, dando paso al desarrollo del individuo como tal, orientador y realizador de sus propios negocios, pasando así a ser el contrato, en sí, el instrumento idóneo para realizar todo tipo de intercambio comercial. Es así como empieza a tener importancia en el mundo jurídico comercial el individuo, se habla ya de una libertad contractual, de un mundo más dinámico, que finalmente llevó a que naciera como tal en el siglo XIX diferentes y variadas teorías acerca de la libertad, entre las cuales estaba la libertad contractual y, por supuesto, el principio de la autonomía privada.

El Código de Napoleón lleva incluido en su articulado una norma que es el resultado de la importancia que tenía el individuo en la época y su manifestación sagrada de voluntad. Es el artículo 1154° en que se expresa que "el contrato es "ley" para las partes, quienes actúan como sujetos individuales de derecho, sin poder entrar el estado a reglamentar lo "legislado" por los individuos, actuando como "guarda nocturno" del orden público y las buenas costumbres"<sup>27</sup>.

---

<sup>27</sup> HINOSTROZA, Fernando. Derecho Civil, Hechos y Actos Jurídicos, Trad., Universidad Externado de Colombia, Tomo I, Vol. II, 2006, pág. 611.

Esta posición del siglo pasado, un tanto egoísta, aparentemente iba en contra de cualquier manifestación democrática que expresara que el interés colectivo primará sobre el particular, pero según autores como Trimarchi, afirma que "el hecho mismo de la individualización de la realización del contrato generaba una agilidad y seguridad en la realización de los mismos, que contribuía a proteger la colectividad como tal"<sup>28</sup>.

Posteriormente a la expedición del Código de Napoleón, surgieron normas que contribuían a la total libertad contractual de una manera tal que se prevenía incluir cualquier autolimitación generada por los particulares que menoscabara en un futuro esa relación, igualmente se prevenía que cualquier acuerdo que limitara el derecho de propiedad y en general la libre negociación fuese bien visto por las comunidades de la época.

Así, en materia de contrato, la voluntad se constituía como la principal fuente de las relaciones de los particulares teniendo como únicas limitaciones de sentido común, el que lo surgido de los acuerdos no fuera en contra del orden público y las buenas costumbres. La autonomía privada considerada consecuencia directa de la libertad individual y de la necesidad surgida de proteger situaciones particularmente importantes como el comercio en el siglo XIX, ha sufrido importantes cambios desde su concepción original de las épocas del liberalismo económico hasta los

---

<sup>28</sup> VALLESPINOS, Carlos Gustavo, Instituciones de Derecho Privado, tomo III, Editorial Milano, 1999, pág. 282-283.

tiempos modernos, por motivos que históricamente a continuación se tratarán de describir.

El estado liberal que se desarrolla a partir del siglo XVII, con la revolución inglesa de 1688 y que de alguna manera alcanza su cumbre con la revolución francesa de 1789, da nacimiento al gran conjunto de los derechos individuales, protegiéndose con gran prioridad derechos como el de la propiedad privada y la libertad, que quedaron plasmados con gran claridad en el Código de Napoleón, que a su vez generaron una serie de disposiciones particularmente dirigidas al tema de los contratos que tenían como base principal la libertad y la igualdad jurídica. Bajo los lineamientos de esa igualdad y libertad jurídica se edificó una teoría según la cual las relaciones de los particulares que se cubrían de esos conceptos gozaban de una plena justicia contractual, el acuerdo libre de dos voluntades no podría llegar a ser de ninguna manera manifestación de injusticia alguna, ese acuerdo al ser convenido por dos sujetos en igualdad de condiciones jurídicas se consideró superior a cualquier intervención ajena a la relación estrictamente bilateral. Se afirmaba en esa época "quien dice contractual dice justo".

Ante esta situación de individualismo de los miembros de la sociedad, donde la voluntad era la fuente de sus relaciones, aparece un estado con una posición de observador, tendiente a la pasividad, admitiendo una aceptación a ese gobierno individual de las relaciones de

los sujetos de derecho. Esa pasividad, o hasta anuencia del estado, solamente se modificaría en caso de que la regulación creada por los particulares para satisfacer sus intereses y necesidades contrariara al orden público y las buenas costumbres. Al ser estas dos situaciones las únicas por las cuales el estado ejercía su autoridad interviniendo en las relaciones privadas, los particulares creaban cualquier tipo y cantidad de relaciones, sin que se afectara de ninguna manera su autonomía, se decía "la libertad es un bien, por lo cual la ley, que limita dicha libertad, es un mal".<sup>29</sup>

Al respecto el profesor Jaime Alberto Arrubla, afirma que "si el estado extendía sus funciones a campos considerados como de la órbita privada, se consideraba tiránico y fuera de sus funciones. Por ello la afirmación de Jefferson, "el mejor gobierno es el que menos gobierna".<sup>30</sup> Es pues está la época del liberalismo económico que garantizaba la igualdad y libertad de los sujetos, un individualismo "basado en la búsqueda del interés personal como el mejor medio de realizar un interés general".<sup>31</sup>

Un liberalismo económico basado en la libertad de producción y libertad de comercio, en donde el estado, insisto, jugaba un papel pasivo y de observación procurando de alguna manera no interferir en lo más mínimo en el desarrollo económico y social de las comunidades.

---

<sup>29</sup> CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos "Autonomía Privada, Contrato y Constitución, en Contrato y Mercado" Gaceta Jurídica- Lima, 2000, Pág. 123

<sup>30</sup> ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. "Contratos Mercantiles", Colombia 2008, Pág. 32.

<sup>31</sup> DUVERGER, Maurice. "Instituciones Políticas y Derecho Constitucional". Barcelona 2004, Pág. 196.



Los pilares fundamentales del liberalismo económico se sustentan básicamente en la propiedad privada, la libertad de empresa y la libertad de cambios, siendo esta última la base para el surgimiento de un concepto ya más claro de libre competencia. El empresario a través de la libertad de cambios fabrica lo que quiere y lo vende como quiere, teniendo plena libertad de fijar los precios, a su vez existe plena libertad del consumidor al poder elegir y gozar de aceptar o no el precio fijado por el empresario. Al actuar la competencia libremente, en ese plano de empresa, ejerciéndose en ese caso autonomía negocial, asimilada a la autonomía privada, el estado ante su situación pasiva no establece ningún tipo de control, ni sobre el precio ni sobre la circulación de los bienes. El liberalismo sin escrúpulos de ninguna clase extendía la autonomía de los particulares a tal punto en el tema de comercio internacional, que el derecho de aduanas era prácticamente inexistente.

El profesor Maurice Duverger, analizando el liberalismo económico relata en un pequeño párrafo la actitud particular de los gobernados y la actitud misma del estado frente al llamado individualismo reinante en la época, que dio nacimiento entre varias situaciones, al principio de la autonomía privada. "La libertad de la industria y del comercio era una forma particular de la libertad individual y de la igualdad de los ciudadanos. Estaba garantizada por la debilidad del estado, la cual era garantizada, a su vez, por aquella. El estado liberal podía así ser

limitado a unas pocas funciones: asegurar el orden público interior, proteger contra las invasiones exteriores y garantizar eventualmente el cumplimiento de las reglas de la competencia entre los individuos y las empresas".<sup>32</sup>

El liberalismo económico surgió como un mecanismo idóneo para garantizar la libertad e igualdad de los individuos, donde el estado se limitaba simplemente a interferir en las relaciones de esos individuos en casos extremadamente excepcionales, como lo expresa García Pelayo, citado por Jaime Alberto Arrubla, "la base del liberalismo económico era una diferenciación y casi oposición entre la sociedad y el estado. Aquella se consideraba como una ordenación, regulada por leyes naturales y propias, en tanto que el estado se presentaba como una regulación, un orden artificial cuya misión consistía precisamente en procurar evitar toda interferencia en el desarrollo económico y social<sup>33</sup>.

#### **2.2.3.2. Ámbito Conceptual**

Sí tratásemos de dar una definición de autonomía privada siempre tendríamos que pensar en actitudes de tipo personal o subjetivas como autorregulación ó autodeterminación, que de alguna forma dan una idea de autonomía privada como actitud subjetiva del ser humano; de acuerdo a esto definiríamos autonomía privada como aquella potestad que tiene el ser humano para autorregularse, y ser soberano en sus propias decisiones en

---

<sup>32</sup> DUVERGER, Maurice "Instituciones Políticas y Derecho Constitucional". Barcelona 2004, Pág. 202.

<sup>33</sup> ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto." Contratos Mercantiles", Colombia 2008, pág. 30.

general. La anterior definición no cuenta con dificultad alguna y por el contrario se asemeja a las tratadas por varios de los exponentes del derecho privado.

Para este efecto citaremos a la Doctora. María Victoria Bambach Salvatore, quién al respecto dice: "autonomía implica el poder de dictarse uno a sí mismo la ley o el precepto, el poder de gobernarse uno mismo". Por su parte dice la misma doctrinante que "este concepto genérico adquiere gran importancia cuando se refiere a las personas y entonces se llama autonomía privada, y se define como el poder que el ordenamiento jurídico confiere al individuo para gobernar su propia esfera jurídica"<sup>34</sup>

El profesor Fernando Hinestrosa entiende la autonomía, como "el poder de darse a sí mismo normas"<sup>35</sup>. Por su parte Betti, refiriéndose a la autonomía normativa expresa: "La autonomía normativa se define como el poder atribuido a entes no soberanos para expedir normas jurídicas equiparadas a las normas del ente soberano"<sup>36</sup>.

Eran tiempos en los cuales emergía la teoría de la voluntad como una de mayor trascendencia en la formación de los actos jurídicos. La expresión autonomía en general, entendida como el poder de

---

<sup>34</sup> BAMBACH SALVATORE, María Victoria "III Cláusulas Abusivas" Contratos, Jornadas de Derecho Privado, Universidad de Chile, 1993 pág. 49

<sup>35</sup> HINESTROSA, Fernando. "Revista de Derecho Civil", Universidad Externado de Colombia, Función, Límites y Cargas de la Autonomía Privada, 1993, pág. 10.

<sup>36</sup> BETTI, Emilio Teoría General del Negocio Jurídico", de. R.D.P; Madrid, Tomo 1, 1994, pág. 47.

autorregularse, se puede identificar o hasta confundir con el concepto de soberanía, la cual puede ser otorgada de tal forma, que el mismo ha utilizado su poder autónomo de decisión de contratar, el estado a través del ordenamiento jurídico, quien le otorga ese poder de auto reglamentación o autorregulación. Citando un ejemplo; igual sucede en la legislación Chilena donde su Código civil a través del artículo 1545°, equivalente al 1529° de nuestro ordenamiento ya citado, donde se reconoce un poder de constitución de relaciones jurídicas, y por otro lado, un poder de reglamentación del contenido de esas relaciones.

El Código Civil Peruano, en su artículo 1354°, dice: "las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo."<sup>37</sup> Es esa legislación peruana, a nivel latinoamericano, de las pocas legislaciones civiles que incluye de una manera explícita el concepto de autonomía privada, como potestad que tienen los particulares para determinar el contenido de un contrato, potestad emergida del ordenamiento jurídico que sumado al querer de los particulares, como acto volitivo de la relación, configurará el ejercicio de una autonomía privada aplicada a un acto jurídico.

De acuerdo a lo anterior podemos decir que el principio de la autonomía privada representa, repitiendo las palabras de Stiglitz," un concepto doctrinal que se traduce en normas positivas, y que en una

---

<sup>37</sup> JURISTAS EDITORES, Código Civil Peruano, Edición septiembre, 2016, Pág. 345.

primera aproximación significa que la voluntad es la fuente y la medida de los derechos subjetivos. Tal concepto, siempre irá ligado con el concepto de libertad o si se le quiere llamar el derecho a la libertad; ambos ligados la autonomía privada y la libertad conformaron en el siglo XIX el llamado individualismo jurídico principio entendido como la concepción que hace del individuo, considerado como una voluntad libre, aislado del medio social, el solo objeto, el solo fundamento y el solo fin del derecho”<sup>38</sup>.

El concepto de autonomía privada, de acuerdo a lo investigado tiende a variar de acuerdo a las épocas. Sin querer adelantarnos a la reseña histórica del principio, uno es el concepto original y otro el moderno, si tenemos presente las diferentes críticas y controversias que ha causado ese principio frente a los contratos de derecho privado.

En el siglo XVIII y XIX se presentaron diferentes concepciones del principio de Autonomía Privada, primando una de estirpe voluntarista, prohijadoras de ideas que iban hasta confundir el principio de la autonomía privada con el mismo derecho privado, o considerar la voluntad de las partes como principal objetivo de protección por parte del estado mismo, es el auge la autonomía de la voluntad. Se definía de esa forma como un querer de las partes en sentido general, se enfocaba directamente al acto volitivo como fuente principal de las obligaciones.

---

<sup>38</sup> STIGLITZ, Rubén “Autónoma de la Voluntad y Revisión del Contrato”, Editorial Buenos Aires. 1992, pág. 10.

Actualmente, si bien se prefiere hablar de una potestad del individuo para autorregularse, o simplemente remitirse a un acto de voluntad como base para un concepto de autonomía privada, emitir un concepto debe arrastrar casi una reestructuración de la teoría de los contratos y obligaciones. Por lo que se debe partir del concepto original de corte individualista de los dos siglos pasados, analizar la aparición del derecho mercantil tratando de legislar y proteger el intercambio de bienes ante la reluciente limitación de la legislación civil sobre el tema, su influencia sobre el concepto, la intervención del estado y finalmente el desarrollo del mundo comercial y empresarial que antes de individualizar trata de socializar.

Bajo esos parámetros mencionados, dar un concepto de autonomía privada como el citado al comienzo, que nos lo defina clara y precisamente, es de difícil consecución. La Doctrina da a entender, que para determinar la naturaleza jurídica del contrato por adhesión conviene analizar primero la situación del contrato libre por adhesión, para luego estudiar si esta situación sufre variación tratándose del contrato necesario por adhesión. Recordemos que el artículo 1390° del Código Civil dice que el contrato es por adhesión cuando una de las partes, colocada en la alternativa de aceptar o rechazar íntegramente las estipulaciones fijadas por la otra parte, declara su voluntad de aceptar.<sup>39</sup>

---

<sup>39</sup> BORDA, Guillermo A “Manual de Contratos”. Sexta edición actualizada. Buenos Aires, Editorial Perrot; 1973, pág., 61.

Se trata, pues, de que una de las partes fija unilateralmente las estipulaciones del contrato, las incorpora a su oferta y advierte a la otra parte que dicha oferta sólo puede ser aceptada íntegramente o rechazada, también íntegramente. La posición del destinatario de la oferta es la de optar entre la aceptación y el rechazo total de la oferta. Sin embargo, esto no debe ser entendido en términos tan rígidos, pues pienso que en el contrato libre por adhesión el destinatario de la oferta no está obligado a optar entre la aceptación y el rechazo, pudiendo muy bien limitarse a no declarar su voluntad en uno ni otro sentido, o sea a abstenerse de declarar su voluntad; caso distinto sucede si nos encontramos frente al ofrecimiento de un bien o servicio, que requiera ser adquirido con urgencia para poder satisfacer necesidades.

En tal caso, la oferta, si ha sido hecha sin conceder plazo determinado o determinable, caducará inmediatamente, y si ha sido hecha concediendo un plazo determinado o determinable, caducará al vencimiento de dicho plazo. Puede observarse que lo que, en realidad, caracteriza al contrato por adhesión no es tanto que el destinatario se vea colocado en la alternativa de aceptar o rechazar íntegramente la oferta, lo cual vemos que no es totalmente cierto, sino que las estipulaciones que constituyen la oferta son fijadas unilateralmente por el oferente y no surgen como fruto de tratativas previas.<sup>40</sup>

---

<sup>40</sup> CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos "Autonomía Privada, Contrato y Constitución, en Contrato y Mercado" Gaceta Jurídica- Lima, 2009, pág. 502.

Considero que si la formación del contrato se produce por razón de la aceptación de la oferta, que es el acto en virtud del cual el destinatario de la oferta hace suya la voluntad del oferente contenida en ella y lo declara así en su aceptación, con lo que se da lugar a la declaración conjunta de una voluntad común, esto ocurre tanto en el contrato paritario como en el contrato por adhesión.

El origen de la voluntad del oferente contenida en la oferta, esto es si se encuentra en la conciliación de intereses producida en la etapa de las tratativas u obedece a una determinación unilateral, no afecta, en opinión de diversos autores, el valor de la oferta como tal ni, desde luego, el de su aceptación. Por lo tanto, en el contrato *libre* por adhesión la aceptación de la oferta por el destinatario de ella constituye una declaración de voluntad emitida sin coacción alguna -desde que pudo rechazarla o simplemente abstenerse de aceptar- que da lugar al acuerdo de declaraciones de voluntad de que trata el artículo 1351° del Código Civil.

No cabe duda, pues, que el contrato libre por adhesión tiene naturaleza jurídica contractual. Conviene analizar ahora si el contrato necesario por adhesión se encuentra o no en la misma situación. Quiero hacer un alto antes de seguir adelante. Para mencionar que quien se encuentra en un estado de necesidad que sólo puede satisfacerse mediante la obtención de un bien o servicio a través de la celebración de un contrato, que es lo que caracteriza al contrato necesario por adhesión, quiere obtener



este resultado. No se trata de que celebre el contrato contra su voluntad o sin su voluntad. Por el contrario, su voluntad, como destinatario de la oferta, está decididamente orientada a aceptar dicha oferta por ser ésta la manera cómo se da lugar a la formación del anhelado contrato.

Incluso puede ser que se trate de una voluntad viciada (el tema del efecto del estado de necesidad sobre la voluntad será estudiado al tratar la institución de la lesión), pero no hay duda que se trata de una voluntad efectiva.<sup>41</sup>

### **2.2.3.3. Fundamentos**

Resulta necesario para entender la justificación y vigencia de la norma, que regula los contratos por adhesión, el conocimiento de las bases que sustentan el origen de la potestad contractual. Esto significa, ir a la fuente sobre la que se instituye el contrato por adhesión, a efectos de identificarla y de esta manera poder contar con los elementos suficientes para legitimar o deslegitimar, que se haya consignado esta norma dentro del Ordenamiento Jurídico Peruano, de manera única y exclusiva al contratista.

#### **2.2.3.3.1 Fundamento político**

En la actualidad, tal y como manifesté al principio de este comentario, la aparición prácticamente contemporánea del contrato por

---

<sup>41</sup> DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel "El Contrato en General". Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial-Volumen XI, Primera Parte Tomo I, 1993 pág. 326.

adhesión, de la contratación en masa, del surgimiento de grandes monopolios de hecho o de derecho y la utilización de cláusulas o condiciones generales de contratación había dado lugar a una tendencia doctrinal muy marcada de tratar todos estos fenómenos conjuntamente, como si fuesen necesariamente inseparables, lo que ha ocasionado, en mi opinión, una confusión de conceptos que hace muy difícil tratar el tema del contrato necesario por adhesión.

Pienso que si bien la contratación en masa ha propiciado que se utilice el contrato por adhesión en este tipo de contratación, no es el único campo donde el contrato por adhesión juega su rol, de tal manera que no es conveniente que se considere como uno de los elementos para establecer el concepto de este contrato de su uso masivo.

En ese sentido, el surgimiento de los grandes monopolios u oligopolios y de empresas que controlan la provisión de bienes y servicios indispensables, bien sea a sectores de la economía o bien a la colectividad en general, ha dado lugar al nacimiento de una contratación compulsiva, en la que no se escucha a la contraparte y se le coloca, precisamente por el estado de necesidad en que se encuentra, en la situación de aceptar los términos del proveedor. Es fácil comprender que dados los elementos típicos del contrato por adhesión fijación unilateral de las estipulaciones contractuales por una de las partes y alternativa inflexible que se plantea a

la otra parte de aceptar o rechazar íntegramente tales estipulaciones resulta el instrumento jurídico ideal para plasmar dicha contratación compulsiva.<sup>42</sup>

El concepto de contrato necesario por adhesión, que se va a tratar de desarrollar a continuación, si bien prescindirá de las connotaciones propias de la contratación en masa y de las cláusulas generales de contratación que una parte de la doctrina le asigna, tomará en consideración y conjugará los dos fenómenos expuestos en el párrafo anterior, o sea la contratación compulsiva o necesaria y la contratación por adhesión.<sup>43</sup>

Considero adecuado examinar separadamente la situación de cada una de las partes en el contrato necesario por adhesión, para luego estudiar la manera como ellas se relacionan entre sí dando lugar a la conclusión del mismo. Para facilitar esta tarea se va tomar el caso de un contrato cuya oferta es dirigida a una persona determinada, pues si bien el contrato necesario por adhesión puede ser ofrecido al público, ello no lo caracteriza, como en contrario piensa un numeroso sector de la doctrina, desde que sus elementos típicos se dan tanto en los contratos ofrecidos recepticiamente como en los ofrecidos a personas indeterminadas. Por lo demás, ya se ha visto que la oferta al público de tales contratos tiene su problemática propia.

---

<sup>42</sup> CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos "Autonomía Privada, Contrato y Constitución, en Contrato y Mercado" Gaceta Jurídica- Lima, 2000, pág. 34

<sup>43</sup> MESSINEO, Francesco "DOCTRINA GENERAL DEL CONTRATO". Tomo I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América 1952.

Se encuentra, por un lado, el oferente, quien fija unilateralmente las estipulaciones del contrato y las plantea inmodificablemente al destinatario, con el propósito de que tales estipulaciones sean aceptadas íntegramente por éste. Cuenta como arma para alcanzar ese propósito su situación de poderío, que proviene generalmente de controlar en forma absoluta la provisión de determinados bienes o servicios que son indispensables para el destinatario. Debe destacarse que este poder de control tiene su origen usualmente, aunque no necesariamente, en gozar de un monopolio legal o de hecho. En otras palabras, el oferente no sólo busca colocar al destinatario en la alternativa ineludible de aceptar o rechazar íntegramente sus estipulaciones, sino que, es más, consciente de su poderío sabe que el destinatario se verá forzado a la aceptación.

No es característica de la contratación necesaria por adhesión que las estipulaciones fijadas por el oferente sean abusivas o vejatorias, desde que lo que fundamentalmente busca éste es que sean inmodificables, pero no puede desconocerse que en gran número de casos no puede resistir el oferente la tentación de beneficiarse indebidamente con el contrato.

Frente al oferente se encuentra el destinatario cuyo mayor anhelo es disfrutar del bien o servicio que se le ofrece y, para lo cual, está dispuesto a doblegarse ante las estipulaciones del oferente. No es exacto, como algunos sostienen, que el destinatario acepta la oferta contra su voluntad. Por el contrario, el estado de necesidad en que se encuentra -que puede ser real o solamente psíquico (fomentado, por ejemplo, por la propaganda)-

lleva al destinatario a desear la celebración del contrato tal como se lo plantea el oferente, pues ésta es la única manera como puede satisfacer su necesidad.

Para plasmar los propósitos de ambos se requiere la adhesión del destinatario. Se dice que la adhesión se distingue de la aceptación en que ésta da lugar a la declaración de voluntad común, mientras que aquélla raramente se aúna a la oferta. Pienso que esto no es así, por cuanto tanto el adherente como el aceptante hacen suya la oferta y así lo declaran. Si bien es verdad que en el contrato paritario el destinatario de la oferta goza, en teoría, de la libertad de aceptar o no, situación en la que no se encuentra el destinatario de la oferta en el contrato necesario por adhesión, quien se ve forzado a adherirse por la necesidad en que se encuentra, no es menos cierto que en ambos casos el destinatario quiere celebrar el contrato en los términos contenidos en la oferta, existiendo un absoluto acuerdo de declaraciones de voluntad. Lo único que varía son las razones para llegar a este acuerdo, que en el primer caso es la conveniencia y en el segundo la necesidad.

Lo peculiar de la adhesión es que es una aceptación en bloque de todas las estipulaciones fijadas por el oferente, sin discusión alguna, de tal manera que el contrato se forma en los términos en que es planteado.

#### **2.2.3.3.2 Fundamento Material**

Como sostiene José Leyva Saavedra, el fundamento material de las instituciones que marca el paso del desarrollo del derecho privado no cabe duda que es la ayer denominada autonomía de la voluntad y hoy mejor precisada autonomía privada; esto es, aquella libertad de los particulares, reconocida por los ordenamientos jurídicos, de regular sus propias relaciones jurídicas de la forma y manera querida por ellos. El derecho recorta, como bien se ha dicho, la superficie de la libertad existencial y devuelve, como recompensa, la libertad jurídica de las personas, organizada y precisada, para proyectar, perseguir sus propios objetivos, pero dentro de los límites señalados por cada ordenamiento. La indicada libertad está considerada dentro de los derechos fundamentales de las personas y encuentra su mejor plasmación en el contrato, posicionando en esta sede la autonomía contractual.<sup>44</sup>

A pesar de su consideración de pieza maestra de las relaciones jurídicas privadas, la autonomía privada no tiene un espacio específico y explícito dentro de las constituciones políticas de los Estados, lo que realmente es preocupante, ya que se prefiere darle rango constitucional a una de las expresiones de tal autonomía, como es la libertad contractual.

A nuestro entender el fundamento material sería el de la necesidad de libertad contractual y su facilidad, a través de un instrumento legal, como lo es, el contrato por adhesión.

#### **2.2.3.4. Límites a la Autonomía Privada**

---

<sup>44</sup> SERRA RODRÍGUEZ, Adela "Cláusulas Abusivas en la Contratación, en especial las Cláusulas Limitativas de Responsabilidad", Editorial Barcelona-España, 1996, pág. 157.

La libertad de las personas de darse su propia ley para regular sus relaciones privadas, considerada dentro de sus derechos fundamentales, y que encuentra su mejor plasmación en el contrato, no es ilimitada, pues cada ordenamiento jurídico establece, aunque de manera indirecta, los parámetros dentro de los cuales se puede ejercer dicha autonomía. De esta manera, la autonomía encuentra su propia esfera o campo de actuación y, con ello, su propia fuerza autorregulatoria. La noción de autonomía lleva ínsito, pues, el concepto de límite. Se opera, con ello, un control de licitud y factibilidad de las operaciones negociales, llegando a prohibir todas aquellas prácticas que infrinjan tanto normas legales imperativas como normas de orden público y de buenas costumbres; es decir, prácticas que vulneren preceptos que se imponen a la voluntad de las partes, de manera que deben ser necesariamente acatadas, excluyendo toda posibilidad de pacto en contrario; o actos que atenten contra preceptos, igualmente, imperativos, que salvaguardan los principios políticos, sociales, económicos y éticos fundamentales de un ordenamiento jurídico en un determinado momento histórico. Con estas disposiciones se busca proteger el ordenamiento interno, a través de la consideración de sus normas positivas y sus valores políticos, jurídicos, económicos y morales, que están en la base misma de su organización jurídica y económica.

Los indicados límites, desde sus orígenes, tienen como destinataria a la libertad contractual, no a la autonomía privada, menos a la autonomía contractual, aunque aquella sea una de sus más refinadas expresiones de ésta.

## **2.2.4. EL PROBLEMA EN LA AUTONOMÍA PRIVADA DE LA VOLUNTAD**

### **2.2.4.1. Generalidades**

Uno de los temas más importantes en la actualidad, en lo que se refiere a la contratación privada, es lo referido al principio de la autonomía de la voluntad, y las diversas opiniones que van desde la defensa de tal principio como fuente vigente de los contratos de derecho privado, hasta opiniones totalmente contrarias, que le llegan a restar todo tipo de importancia al principio en mención queriéndolo hacer ver como un postulado en plena decadencia.

La realidad de la vida pone de manifiesto que, si bien teóricamente toda persona, en ejercicio de la autonomía privada, se encuentra en libertad de contratar o no contratar; y de determinar el contenido del contrato, existen determinados bienes y servicios que resultan indispensables para satisfacer necesidades imprescindibles de la persona, lo cual la lleva a vincularse jurídicamente con otras personas para obtener, a través de las relaciones con éstas, la provisión de tales bienes y servicios. En la gran mayoría de los casos, estos vínculos jurídicos se establecen a través de contratos.

Se comprende que se presenta así en la persona un estado de necesidad que la compele a concluir los contratos aptos para ello, pero en la celebración de los cuales carece del poder de negociación que le



permitiría encontrarse en un plan de igualdad para aceptar o rechazar los planteamientos que se le hagan. Su estado de necesidad la lleva a someterse a las condiciones según las cuales obtendrá la provisión de los bienes y servicios. Entendidas en otras legislaciones como los, "contratos sin combate".

### 2.3. DEFINICIÓN DE TÉRMINOS

- **AUTONOMIA.-** En términos generales, es la condición, el estado o la capacidad de autogobierno o de cierto grado de independencia. Además implica la capacidad de los sujetos de derecho para establecer reglas de conducta para sí mismos y en sus relaciones con los demás dentro de los límites que la ley señala.
- **VOLUNTAD.-** (del latín *voluntas*) es la potestad de dirigir el accionar propio. Se trata de una propiedad de la personalidad que apela a una especie de fuerza para desarrollar una acción de acuerdo a un resultado esperado. La voluntad implica generalmente la esperanza de una recompensa futura, ya que la persona se esfuerza para reaccionar ante una tendencia actual en pos de un beneficio ulterior.
- **CONTRATO.-** El contrato es un acuerdo de voluntades, verbal o escrito, manifestado en común entre dos o más personas con capacidad (partes del contrato), que se obligan en virtud del mismo, regulando sus relaciones relativas a una determinada finalidad o cosa, y a cuyo cumplimiento pueden compelerse de manera recíproca, si el contrato es bilateral, o compelerse una parte a la otra, si el contrato es unilateral. Es el contrato, en suma, un acuerdo de voluntades que genera «derechos y obligaciones relativos», es decir, sólo para las partes contratantes y sus causahabientes. Pero, además del acuerdo de voluntades, algunos contratos exigen, para su perfección, otros hechos o actos de alcance jurídico, tales como efectuar una determinada entrega (contratos reales), o exigen ser formalizados en documento

especial (contratos formales), de modo que, en esos casos especiales, no basta con la sola voluntad.

- **EMPRESA.-** Es una organización o institución dedicada a actividades o persecución de fines económicos o comerciales para satisfacer las necesidades de bienes o servicios de los solicitantes, a la par de asegurar la continuidad de la estructura productivo-comercial así como sus necesarias inversiones. Se puede considerar que una definición de uso común en círculos comerciales es la siguiente: “Una empresa es un sistema con su entorno definido como la industria en la cual se materializa una idea, de forma planificada, dando satisfacción a demandas y deseos de clientes, a través de una actividad comercial”. Requiere de una razón de ser, una misión, una estrategia, objetivos, tácticas y políticas de actuación. Se necesita de una visión previa, y de una formulación y desarrollo estratégico de la empresa. Se debe partir de una buena definición de la misión, y la planificación posterior está condicionada por dicha definición
- **MONOPOLIO.-** Hace referencia a una determinada situación de mercado. En ella, un productor o vendedor es el único que explota un bien o un servicio, lo que le confiere un gran poder y le brinda una posición de privilegio. existe cuando una persona en particular o una empresa tiene suficiente control sobre un producto o servicio en particular para determinar de manera significativa las condiciones en que otras personas tendrán acceso a ella. (Esto está en contraste con un monopsonio que se refiere al control de una sola entidad a lo largo de un mercado para comprar un bien o servicio. Y en contraste con el oligopolio, donde unas pocas entidades ejercen una influencia considerable sobre una industria). Los monopolios son así caracterizados por la falta de competencia económica para el bien o servicio que prestan y la falta de bienes sustitutos viables. El verbo "monopolizar" se refiere al proceso mediante el cual una empresa obtiene una mayor cuota de mercado que constantemente lo que se espera en perfectas la competencia.

- **CONTRATO POR ADHESIÓN.-** Modalidad contractual muy extendida hoy en día, sobre todo en la contratación bancaria-comercial, por la cual la totalidad de las cláusulas de un contrato han sido establecidas unilateralmente por una de las partes, la dominante o preponderante, limitándose la otra a aceptarlas en bloque. Para proteger a los consumidores la ley establece las siguientes garantías: que estén redactados con claridad, sencillez y concreción y que las cláusulas oscuras se interpreten a favor de los consumidores
- **PRINCIPIOS DEL DERECHO.-** son los enunciados normativos más generales que, a pesar de no haber sido integrados formalmente en los ordenamientos jurídicos particulares, o bien recogen de manera abstracta el contenido de un grupo de ellos. Son conceptos o proposiciones de naturaleza axiológica o técnica que informan la estructura, la forma de operación y el contenido mismo de las normas, grupos normativos, conjuntos normativos y del propio Derecho como totalidad. Estos principios son utilizados por los jueces, los legisladores, los creadores de doctrina y por los juristas en general, sea para integrar derechos legales o para interpretar normas jurídicas cuya aplicación resulta dudosa.
- **LIBERTAD CONTRACTUAL.-** es el derecho que tienen las personas para decidir celebrar contratos y con quién hacerlo, así como la libertad para determinar el contenido de los mismos. Por consiguiente, las personas son libres para negociar la celebración de sus contratos (libertad de contratar entre los sujetos) y las condiciones, limitaciones, modalidades, formalidades, plazos, y demás particularidades que regirán la relación jurídica creada por el contrato (libertad contractual sobre los objetos). La libertad de contratación está sostenida doctrinalmente en la libertad individual y la autonomía de la voluntad, en la actualidad es reconocida como un derecho fundamental en las democracias liberales, sin embargo se encuentra limitada y regulada por sus legislaciones nacionales en niveles que varían de país a país.

- **EMPRESAS MONOPOLICAS.-** Son las que manejan cierto sector del mercado a su antojo debido a que son la única compañía que produce ciertos productos o provee ciertos servicios estas compañías evitan que otras nuevas prosperen bajando los precios de sus productos o servicios para llevar a la bancarrota a la empresa nueva.
- **BIENES.-** Los Bienes económicos son mercancías producidas con el fin de satisfacer una necesidad latente, son fabricados en las distintas actividades primarias o en las secundarias. Son vendidos en el mercado a un precio determinado porque tienen valor económico.

Pueden ser clasificados como:

-Bienes de consumo: aquellos que satisfacen directamente las necesidades de las personas y que han sido transformados para su consumo final. De ahí que dentro de este primer supuesto, se encuentran los bienes estrictamente necesarios, es decir aquellos que son requeridos de suma urgencia por los seres humanos, con la finalidad de perseverar su existencia.

-Bienes intermedios: bienes que al transformarlos se obtienen bienes de consumo final, son producidos en el sector primario.

-Bienes de capital: bienes usados como medios de producción de otros bienes o servicios.

- **SERVICIO.-** Los Servicios son las distintas actividades que buscan satisfacer las necesidades de los sujetos. Hacen parte de la actividad económica del sector terciario de la economía en donde se brindan diferentes servicios como: educación, banca, seguros, salud, comunicaciones, transporte, seguridad entre otros. Se considera a los servicios como bienes intangibles, es decir, el equivalente no material de un bien. También se consideran heterogéneos, así dos servicios nunca serán iguales. En la actualidad la venta y compra de servicios representa la mayor parte de las actividades de una economía y es el desarrollo de estos lo que más impulsa el crecimiento de las distintas economías en el mundo.

## **CAPITULO III**

### **3.1 RESULTADOS DOCTRINARIOS**

Según José Leyva Saavedra, el fundamento material de las instituciones que marca el paso del desarrollo del derecho privado no cabe duda que es la ayer denominada autonomía de la voluntad y hoy mejor precisada autonomía privada; esto es, aquella libertad de los particulares, reconocida por los ordenamientos jurídicos, de regular sus propias relaciones jurídicas de la forma y manera querida por ellos. El derecho recorta, como bien se ha dicho, la superficie de la libertad existencial y devuelve, como recompensa, la libertad jurídica de las personas, organizada y precisada, para proyectar, perseguir sus propios objetivos, pero dentro de los límites señalados por cada ordenamiento. La indicada libertad está considerada dentro de los derechos fundamentales de las personas y encuentra su mejor plasmación en el contrato, posicionando en esta sede la autonomía contractual.<sup>45</sup>

### **3.2. RESULTADOS JURISPRUDENCIALES**

#### **EXPEDIENTE N°02185-2002-AA/TC**

El principio de la autonomía de la voluntad, que tiene un doble contenido: a) la libertad de contratar, consagrada en los artículos 2, inciso 14, y 62 de la constitución política del Perú, llamada también libertad de conclusión, que es la facultad de decidir cómo, cuándo y con quien se contrata; y 2) la libertad

---

<sup>45</sup> SERRA RODRÍGUEZ, Adela "Cláusulas Abusivas en la Contratación, en especial las Cláusulas Limitativas de Responsabilidad", Editorial Barcelona-España, 1996, pág. 157.

contractual también conocida como libertad de configuración interna, que es la determinar el contenido del contrato.

**EXPEDIENTE N°01869-2010-PA/TC**

Sobre el particular, este colegiado tiene a bien precisar que según el artículo 1351 del Código Civil el contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial. Por tanto, es un acto bilateral o trilateral, o demás personas, que emana de la manifestación de voluntad principio de la autonomía de la voluntad.

En ese sentido, debe notarse que el máximo tribunal supremo del Perú, reconoce el respeto irrestricto del principio de la autonomía de la voluntad, sin embargo en la práctica social mediante los contratos de adhesión, no existe tal principio, lo que nos conlleva a determinar, la necesidad inmediata, en la creación por parte del estado, de un organismo público para la revisión de dichos contratos.

## **CAPITULO IV**

### **VALIDACIÓN DE HIPOTESIS**

#### **VALIDACIÓN DE LA HIPOTESIS GENERAL**

Existe una relación negativa y contradictoria entre los contratos necesarios por adhesión y el principio de autonomía privada de la Voluntad, toda vez que dentro del tráfico económico, las personas, se encuentran obligados a cubrir necesidades e intereses.

#### **VALIDACIÓN DE HIPOTESIS ESPECÍFICAS**

**H 1:** El contrato por adhesión, si vulnera al principio de libertad contractual, toda vez que existen empresas con rasgos monopólicos, que sacan superioridad, considerando a la otra parte, el sujeto pasivo, el ente más débil en dicha relación contractual.

**H.2.** No existe un organismo autónomo y específico, que revisa de forma eficaz, por la protección de la parte más débil de la relación contractual, cuando se trata de bienes y servicios necesarios, es decir nuestro sistema muestra una respuesta ilimitada en cuanto a mecanismos de control.

**H.3.** Dentro de nuestra legislación, específicamente existen leyes generales, para la protección del consumidor (entendida por muchas como el este afectado), sin embargo se aprecia en la realidad una baja efectividad y eficiencia de las mismas, pues solo revisan aspectos administrativos.

**H.4.** No debe derogarse la tipificación del contrato por adhesión, por desnaturalización, puesto que las mismas no sólo implicarían la ruptura de relación con empresas que tiene rasgos monopólicos, y respecto a servicios y bienes necesarios, sino en su conjunto a toda clase de relación contractual.



## CONCLUSIONES

1. Frente a la autonomía de contratar existente entre las partes, es fundamental el libre consentimiento de las dos partes para crear el negocio jurídico, y aquel existe en virtud de que voluntariamente el adherente ha convenido en aceptar las condiciones propuestas.
2. En este tipo de contratos la libertad de negociación está restringida ya que no existe posibilidad de que una de las partes discuta y obtenga de la otra la modificación de los alcances y condiciones del contrato, contenidos en las cláusulas impuestas unilateralmente por una de ellas; en ese sentido, es necesaria la intervención del Estado regulando estos contratos a favor de la parte más débil.
3. Se debe de priorizar la protección al consumidor, mediante la prohibición de las cláusulas abusivas, que son nulas de pleno Derecho, y a través de la vigilancia por las instituciones públicas de la actuación de las empresas.

## VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARIAS SCHREIBER PEZET, "*Exégesis del Código Civil Peruano de 1984*", Tomo I Segunda Edición- Gaceta Jurídica, Lima Max 2000.
- ARIAS SCHERIBER PEZET, "*Contratos celebrados por Adhesión y Cláusulas Generales de Contratación*". Sección de Actualidad Jurídica, Gaceta Jurídica-Lima, Max 1998.
- ARIAS SCHREIBER PEZET, "*Exégesis del Código Civil Peruano de 1984, Contratos: Parte General*" Tomo I, Gaceta Jurídica-Lima Max 1995.
- ALBALADEJO, Manuel "DERECHO CIVIL II. DERECHO DE OBLIGACIONES", Volumen primero. Décima Edición. Barcelona: José María Bosch Editor. S.L 1997.
- ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo y SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel "Curso de Derecho Civil", 1942.
- ALTERINI, Atilio A., De los Mozos, José Luis y Soto Coaguila, Carlos Alberto" *Instituciones de Derecho Privado-Contratación Contemporánea*". Vol., I, Temis, Palestra Editores, Bogotá 2000.
- ALTERINI, Atilio Aníbal "CONTRATOS CIVILES – COMERCIALES – DE CONSUMO, TEORÍA GENERAL". Buenos Aires: Editorial Abeledo Perrot 1998.
- ALZAMORA VALDEZ *Introducción a la Ciencia del derecho*. Lima, Tipografía Sesator 1998.

- ATOCHE FERNÁNDEZ, Paola "*Precedentes de Observancia Obligatoria del Indecopi*" Editorial-Grijley, Lima 2007.
- BALLESTEROS GARRIDO, José Antonio "*Las Condiciones Generales de los Contratos y el Principio de Autonomía de la Voluntad*", Bosch-Barcelona 1999.
- BEAUMONT GALLIRGOS, Ricardo Régimen Económico Constitucional, Especial del N° 100 de Gaceta Jurídica-Lima 2002.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo "*Tratado de Contratos*" Tomo I-Valencia 2009.
- BIANCA, Massimo "*Derecho Civil, El Contrato*, Traducido a cura de Fernando Hinostrosa y Edgar Cortés". Segunda Edición, Universidad Externado de Colombia Cordillera 2007.
- BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo "La parábola del mal samaritano". Apuntes sobre la lesión en el derecho de contratos". En: "*Themis – Revista de Derecho*", publicación editada por los alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú-Lima 2001.
- BORDA, Guillermo A "*Manual de contratos*", Decimoséptima Edición actualizada, Perrot, Buenos Aires 1995.
- BORDA, Guillermo A "*Manual de Contratos*". Sexta edición actualizada. Buenos Aires, Editorial Perrot 1973.
- CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos "*Autonomía Privada, Contrato y Constitución, en Contrato y Mercado*" Gaceta Jurídica- Lima 2000.

- CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos "*Las Cláusulas Generales de Contratación y el Control de las Cláusulas Abusivas*", en *Ius et Veritas*, Año VII, N° 13, Revista de Derecho editada por Estudiantes de la Pontificia Universidad Católica del Perú-Lima 1996.
- CASTAÑEDA, Jorge Eugenio "*Derecho de los Contratos*" Tomo I, UNMSM- Lima 1962.
- CHÁVEZ MOLINA, Juan "*La Economía Social del Mercado, Especial del N° 100*", Gaceta Jurídica- Lima 2002.
- DE CASTRO y BRAVO, Federico "*Las Condiciones Generales de los Contratos y la Eficacia de las Leyes*" 1984.
- DE LA PUENTE y LAVALLE, Manuel "*El Contrato en General*" Tomo I, Palestra- Lima 2007.
- DE LA PUENTE y LAVALLE, Manuel "*Cláusulas Generales de Contratación, en Contrato y Mercado*", Gaceta Jurídica 2000.
- DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel "*El Contrato en General*" Tomo I, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú 1993.
- DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel "La lesión". En: *Derecho*, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú-Lima. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú 1993.

- ESPINOZA ESPINOZA, Juan “LAS CLÁUSULAS VEJATORIAS EN LOS CONTRATOS ESTIPULADOS UNILATERALMENTE”. En: “Themis” Segunda Época N° 38. Lima: Fondo Editorial de la PUCP 1998.
- GARCÍA AMIGO, Manuel "*Condiciones Generales de los Contratos Civiles y Mercantiles*" Revista de Derecho Privado- Madrid 1969.
- LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge "*Los Contratos, Parte General*". Tomo I. Segunda Edición, Editorial jurídica de Chile, Santiago de Chile 1988.
- MENDOZA ESCALANTE, Mijail "*Derechos Fundamentales y Derecho Privado*" Editorial Grijley 2001.
- MAZEAUD, Henri, León y Jean 1960 " Lecciones de Derecho Civil".
- MESSINEO, Francesco 1986 "*Doctrina General del Contrato*. Ediciones jurídicas Europa-América".
- MESSINEO, Francesco “DOCTRINA GENERAL DEL CONTRATO”. Tomo I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América 1952.
- MESSINEO, Francesco MANUAL DE DERECHO CIVIL Y COMERCIAL. Tomo VI. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América 1971.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge “MANUAL DE DERECHO CIVIL. CONTRATOS”. Buenos Aires: Bibliográfica OMEBA Editores y Libreros 1961.

- MOSSET ITURRASPE, Jorge INTRODUCCIÓN AL DERECHO DEL CONSUMIDOR. En: “REVISTA DE DERECHO PRIVADO Y COMUNITARIO” 1996.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge “EL PRINCIPIO DE BUENA FE Y LAS CLÁUSULAS CONTRACTUALES ABUSIVAS” 1997.
- PUIG BRUTAU, José *"Doctrina General del Contrato"* 1978
- REZZONICO, Juan Carlos *"Contratos con Cláusulas Predispuestas"* 1987
- RIVAS VALLESPINOS, Carlos *"El Contrato por Adhesión a Condiciones Generales"* 1984.
- SALVAT, Raymundo M. “TRATADO DE DERECHO CIVIL ARGENTINO”. FUENTE DE LAS OBLIGACIONES, Tomo I 1950.
- SAMUELSON Paul y William NORDHAUS "ECONOMÍA" 1986.
- SERRA RODRÍGUEZ, Adela *"Cláusulas Abusivas en la Contratación, en especial las Cláusulas Limitativas de Responsabilidad"* 1996.
- SILVA RUÍZ, Pedro *"Contratación Contemporánea Instituciones de Derecho Privado"* 2001.
- VALLESPINOS, Carlos Gustavo *"El Contrato de Adhesión a Condiciones Generales"* 1984.
- VEGA MERE, Yuri "CONTRATOS DE CONSUMO" 2001.

## WEBGRAFIA:

LOS CONTRATOS POR ADHESIÓN Y LAS CLÁUSULAS GENERALES DE CONTRATACIÓN, fecha de consulta: 14 diciembre 2016. Disponible desde Internet: <http://luciolatrajtman.wikispaces.com/file/view/clusulas+generales+contrata.pdf>

## VII. ANEXO

### MATRIZ DE CONSISTENCIA LÓGICA

**TITULO: EL CONTRATO POR ADHESIÓN DE EMPRESAS CON RASGOS MONOPÓLICOS Y SU RELACIÓN CON EL PRINCIPIO DE AUTONOMIA PRIVADA, DENTRO DEL ORDENAMIENTO JURIDICO PERUANO**

PROBLEMAS	OBJETIVOS	HIPÓTESIS	VARIABLES	ASPECTOS METODOLÓGICO
<p><u>GENERAL:</u></p> <p>¿Cuál es la relación que existe entre los contratos por adhesión de empresas con rasgos monopólicos y el principio de Autonomía Privada en el ordenamiento jurídico peruano?</p> <p><u>ESPECÍFICOS:</u></p> <p>P.1. ¿El Contrato por adhesión necesario de empresas con rasgos</p>	<p><u>GENERAL:</u></p> <p>Analizar y establecer la relación que existe entre las empresas con rasgos monopólicos y el principio de autonomía privada en el ordenamiento jurídico peruano.</p> <p><u>ESPECÍFICOS:</u></p> <p>O.1. Identificar y describir los límites que existen respecto a los contratos por</p>	<p>HIPOTESIS GENERAL:</p> <p>Existe una relación negativa y contradictoria entre los contratos necesarios por adhesión y el principio de autonomía privada de la Voluntad, toda vez que dentro del tráfico económico, las personas, se encuentran obligados a cubrir necesidades e intereses.</p> <p><u>ESPECIFICAS:</u></p> <p>H.1. El contrato por adhesión, vulnera al principio de libertad contractual, toda vez que existen empresas con rasgos monopólicos, que sacan superioridad,</p>	<p>V.I: Los contratos por adhesión de empresas con rasgos monopólicos</p> <p><u>INDICADORES:</u></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Teoría moderna de los contratos</li> <li>• Principio de Libertad contractual</li> <li>• P. de Autonomía Privada de la Voluntad</li> </ul>	<p><u>TIPO DE INVESTIGACIÓN:</u></p> <p>jurídica dogmática normativa</p> <p><u>TIPO DE DISEÑO:</u></p> <p>No Experimental</p> <p><u>DISEÑO GENERAL:</u></p> <p>Transversal</p>



<p>monopólicos vulnera el principio Constitucional de Libertad Contractual?</p> <p>P.2. ¿Deberá derogarse por desnaturalización el contrato por adhesión respecto a empresas con rasgos monopólicos?</p> <p>P.3. ¿Existirá alguna normatividad vigente que se encargue de proteger eficaz y eficientemente los derechos de la parte débil del contrato?</p>	<p>adhesión necesarios y su aceptación, en el marco del Estado Constitucional, donde se protege la Libertad Contractual.</p> <p>O.2. Explicar los principios del contrato y presupuestos procesales que se debe observar al momento de la celebración de los contratos por adhesión dentro del ordenamiento jurídico peruano.</p> <p>O.3. Establecer cuáles son las limitaciones de la normatividad a la Autonomía Privada, que generan diminuta protección a los contratos por adhesión con empresas de rasgos monopólicos, en el ordenamiento jurídico</p>	<p>considerando a la otra parte, el sujeto pasivo, el ente más débil en dicha relación contractual.</p> <p>H.2. No debe derogarse la tipificación del contrato por adhesión, por desnaturalización, puesto que las mismas no sólo implicarían la ruptura de relación con empresas que tiene rasgos monopólicos, y respecto a servicios y bienes necesarios, sino en su conjunto a toda clase de relación contractual.</p> <p>H.3. Dentro de nuestra legislación, específicamente existen leyes generales, para la protección del consumidor (entendida por muchas como el este afectado), sin embargo se aprecia en la realidad una baja efectividad y eficiencia de las mismas.</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Concepción Moderna contractual</li> <li>• Garantías constitucionales</li> <li>• Ausencia de normatividad</li> <li>• Actuación ineficaz de los órganos de gobierno.</li> </ul> <p>V.D. Principio de Autonomía Privada</p> <p><u>INDICADORES:</u></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Principio de Fuerza Obligatoria</li> <li>• Principio de Obligatoriedad</li> <li>• Consensualismo</li> <li>• Formalismo</li> </ul>	<p><u>DISEÑO ESPECÍFICO:</u></p> <p>Explicativo</p> <p><u>PLAN DE RECOLECCIÓN DE LA INFORMACIÓN Y/O DISEÑO ESTADÍSTICO</u></p> <p><b>Población</b></p> <p>A. Universo Físico:</p> <p>B. Universo Social: La población materia de estudio se circunscribe a la dogmática tanto penal como constitucional y la jurisprudencia penal.</p> <p>C. Universo temporal: El periodo de estudio corresponderá al año 2016-2017. <b>Muestra</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Tipo: No Probabilística</li> <li>• Técnica muestral: Intencional</li> <li>• Marco muestral: Doctrina y jurisprudencia civil y constitucional.</li> <li>• Unidad de análisis: Documentos (Doctrina y Jurisprudencias).</li> </ul> <p><u>INSTRUMENTO(S) DE RECOLECCIÓN DE LA INFORMACIÓN</u></p>
---	--	--	---	--

<p>P.4. ¿Habrà un òrgano autònomo y especìfico que resuelva los problemas de los contratantes, respecto a bienes y servicios necesarios con empresas de rasgos monopòlicos?</p>	<p>peruano.</p> <p>O.4. Explicar a què responde la respuesta ilimitada de la presencia de òrganos reguladores de los contratos por adhesiòn, respecto a bienes y servicios necesarios.</p>	<p>H.4. No existe un organismo autònomo y especìfico, que vele por la protecciòn de la parte màs dèbil de la relaciòn contractual, cuando se trata de bienes y servicios necesarios, es decir nuestro sistema muestra una respuesta ilimitada en cuanto a mecanismos de control.</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Políticas contractuales</li> <li>• Protecciòn del principio de buena fe.</li> <li>• Abuso de posiciòn dominante.</li> <li>• Ausencia de mecanismos de control</li> </ul>	<p>a) Ficha de anàlisis de contenido</p> <p>b) Documentales</p> <p>c) Electrònicos</p> <p>d) Fichas de Informaciòn Jurìdica</p> <p><u>PLAN DE PROCESAMIENTO Y ANÀLISIS ESTADÍSTICO DE LA INFORMACIÒN</u></p> <p>Para la obtenciòn de datos de la presente investigaciòn se harà a travès del mètodo cualitativo lo que permitirà recoger opiniones o valoraciones sobre el problema planteado. Es por esta razòn que la presente investigaciòn no perseguirà la generalizaciòn estadística sino la aprehensiòn de particularidades y significados aportados en las encuestas y sobretodo, en la jurisprudencia.</p> <p>Para el estudio de la normatividad se realizarà a travès de los mètodos exegético y hermenéutico, para tener una visiòn sistemática nuestro problema de estudio.</p> <p>Finalmente para la validaciòn de las hipótesis, se formularà en la ejecuciòn del proyecto, el diseño del Trabajo Operacional.</p>
---	--	--	---	--