

La contratación en la posmoderna sociedad de consumo

Marina Sancho López

Profesora Permanente Laboral, Departamento de Derecho civil, Universitat de València

marina.sancho@uv.es

Introducción

La obsolescencia actual del marco legislativo de la contratación es deudora de los planteamientos tradicionales, hoy en día aún válidos debido a la vigencia del Código civil de 1889 sobre cuya arquitectura se construye todo el sistema de obligaciones y contratos, sin que ello pueda comportar una desatención hacia el modelo actual de contratación, cuyas alteraciones vienen sucediéndose a medida que se transforma el modelo socio-económico imperante, en lo que DÍEZ PICAZO (Díez Picazo, 1956: 1551) define como “la transformación de la teoría contractual”.

Así, si bien el esquema tradicional de contratación venía fundamentado en el consentimiento libre y autónomo entre dos o más partes perfectamente identificadas, las cuales participaban colaborativamente en la confección del contrato, en la actualidad, la libertad contractual viene fuertemente restringida por la proliferación de la contratación en masa, a distancia, las condiciones generales de la contratación o las cláusulas de adhesión; constriñendo hasta su mínima expresión la negociación inter partes y, en consecuencia, el contenido de la autonomía privada, la cual queda prácticamente reducida a la libertad de contratar. Así, la lógica contractual tradicional basada en la idea de que las relaciones privadas quedan sometidas a la iniciativa particular en tanto que es a ésta a la que le corresponde regular sus propios intereses, ha sido sacudida por los cambios en el modelo económico y en las pautas sociales de interrelación, con una influencia incontestable en la contratación civil.

La realidad actual de la contratación, derivada del consumo intensivo de bienes y servicios –cuyo origen podríamos situar en el proceso de industrialización de la segunda mitad del siglo XX– y, en paralelo, del modelo de producción en masa, ha convertido en excepcional el modelo tradicional de contratación previsto en el Código civil. Ello comporta, entre otros, una asimetría en las relaciones jurídicas en tanto que se despersonaliza a los proveedores de productos y servicios, quienes ostentan una posición dominante, y la negociación en la contratación viene sustituida por contratos de adhesión con cláusulas predispuestas y condiciones generales de contratación, en aras de abaratar los costes de transacción. Más retos aún plantean las relaciones jurídicas formalizadas por medios telemáticos o máquinas automáticas, teniendo en cuenta el incremento exponencial de la contratación online donde las partes intervinientes ni se detienen a negociar ni muchas veces a revisar el propio contenido del contrato electrónico, a menudo sometido a la inmediatez. Así, la parte adherente sólo puede manifestar su voluntad o no de formalizar dicho negocio jurídico (libertad de contratar) pero no de discutir o determinar su contenido (libertad contractual) en tanto que es la predisponente la que unilateralmente elabora el contenido del contrato que, por razones obvias, adolece de ese carácter dispositivo que se le presume en abstracto.

Estos cambios en la contratación suponen una restricción de los derechos comprendidos bajo el principio de autonomía de la voluntad y tienen aparejados posibles riesgos de lesionar intereses jurídicos o menoscabar garantías legales en términos de igualdad entre las partes, información precontractual o cláusulas transparentes y, en última instancia, de seguridad jurídica.

No en vano, el Derecho de consumo ha incorporado una legislación especial de protección de los consumidores justificada, precisamente, porque el carácter enteramente dispositivo del Derecho contractual común adolece de mecanismos para dar una respuesta eficaz a los problemas de formación y ejecución de los contratos de consumo –sobre el reconocimiento de que los contratantes ostentan una posición en el tráfico jurídico de desigualdad y merecen un mecanismo corrector–, finalidad compartida por otras medidas intervencionistas en el Mercado como el Derecho de la competencia, con quien ostenta un estrecho ligamen.

Esta nueva coyuntura y la legislación reguladora establecen nuevas reglas de juego para las relaciones jurídicas que se dan en este ámbito, entre las que destacan el deber de información, el principio de transparencia contractual, la vinculación jurídica de las declaraciones publicitarias, la atribución legal del derecho de desistimiento del consumidor, la nulidad de las cláusulas abusivas y toda una batería de remedios frente al incumplimiento contractual.

Big data, nueva economía digital y el cambio de paradigma contractual

Con todo, la realidad social vigente, con los cambios económicos y culturales que en ella han provocado la masificación de Internet y las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, en especial lo acontecido con el *Big data*, ha evidenciado el cambio de paradigma –que puede definirse como revolución digital, modernidad líquida o nueva economía digital– y ha obligado al Derecho a adecuar sus presupuestos estructurales y su Ordenamiento al nuevo estado de cosas.

En este contexto, entre otros, se da una situación de desequilibrio en las relaciones entre los usuarios y los propietarios y administradores de los dominios y buscadores web y, en general, frente a las corporaciones de *Big data* que, posicionados en una clara situación de oligopolio, tienen un poder absoluto en el Mercado y condicionan a los usuarios a quienes imponen sus condiciones contractuales, por lo general abusivas, por lo que estos últimos han de ser compensados en las múltiples potestades y privilegios de la contraparte (Díez-Picazo Giménez, 1992: 135) mientras se lleva a cabo una transformación cualitativa de los esquemas teóricos del contrato por negociación, teniendo en cuenta los intereses generales y que “la transparencia, junto con el equilibrio de las prestaciones, se ha erigido como un principio jurídico del control social establecido” (Orduña Moreno, 2018: 37).

A la luz de lo anterior, en la última década se ha asistido a un proceso legislativo de reforma intensiva con el objeto de adaptar el contexto normativo al cambio de paradigma sufrido, en lo que se ha descrito comúnmente como la creación del Mercado Único Digital, con verdadero impacto en la dogmática tradicional de la

contratación, como se observa en el hecho de que el Código civil haya quedado en su mayoría desplazado debido a la entrada en vigor de normas especiales –entre otros: el *Reglamento de gobernanza europea de datos*; el *Reglamento relativo a un mercado único de servicios digitales* o el *Reglamento sobre el fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea*; además de otras normas actualmente en tramitación–.

En definitiva, la nueva coyuntura económica y tecnológica ha infligido cambios profundos en el ámbito del Derecho Privado Europeo y, en particular, en lo que se refiere a la dogmática clásica en materia de obligaciones y contratos, lo que exhorta a interrogarse sobre si estas realidades tienen encaje en las categorías legales tradicionales¹. Así, cuestiones como la contratación vía *e-marketplaces* o plataformas intermediarias en línea, los contratos de suministros digitales, el metaverso o la Inteligencia Artificial, ponen en jaque la estructura tradicional de la contratación, en tanto que requiere de nuevas miras para afrontar retos inmediatos y futuros que la coyuntura digital y el avance tecnológico están propiciando y que no cabe pasar por alto.

Transparencia algorítmica en el Derecho contractual y de consumo

Uno de los cambios más significativos del nuevo marco digital es la transformación de los individuos en productos de consumo, fenómeno que se ha yuxtapuesto, gracias al desarrollo digital y a la democratización de Internet, a un proceso de datificación social. Este proceso, se asienta sobre el cálculo algorítmico, mecanismo que permite estructurar los datos y dotarlos de significado, como se observa en el campo de la Inteligencia Artificial, donde los algoritmos de aprendizaje progresivos son consustanciales a su funcionamiento.

Se debate la afectación del nuevo contexto a los patrones de consumo y a las lógicas regulatorias, cuestionando si el papel del consentimiento, en términos garantistas respecto de la autonomía de la voluntad, ha perdido su significado legitimador. Se reflexiona sobre su incidencia en el proceso de formación de voluntades, teniendo presente que los riesgos de legitimar cualquier tipo de decisión basada en el algoritmo son evidentes en términos de segmentación, discriminación y exclusión, pero también en términos de libre albedrío porque, al omitir la capacidad crítica, no se garantiza la racionalidad decisoria lo que afecta, sin duda, al ámbito de la autonomía privada y la contratación.

Tal y como defiende ORDUÑA MORENO deviene necesario de extender el principio jurídico de la transparencia a todo contratante –ya sea consumidor o no– que, como adherente, tenga que recurrir a este modo de contratar bajo condiciones generales, sin posibilidad real de negociación y con una clara posición de inferioridad y asimetría en dicha relación jurídica (Orduña Moreno, 2018: 74).

¹ Así, por ejemplo, han surgido figuras nuevas para explicar los cambios acaecidos, como el consumidor digital, acerca del cual debería examinarse el grado de diligencia que puede exigírsele a la persona contratante en el entorno online, en función de sus conocimientos previos sobre las nuevas tecnologías.

Esta transparencia conlleva un cambio de modelo a la hora de contratar de forma que las cláusulas contractuales, además de los intereses particulares del predisponente, tengan en cuenta la realización de otros bienes o intereses generales del orden público, como son la protección o tutela de la parte contractual más débil y la calidad y competencia de la contratación bajo condiciones generales. Así, desde un punto de vista integral, este principio de transparencia actuaría como eje vertebrador de la sociedad democrática, en estrecha conexión con el principio de legalidad y seguridad jurídica, en la medida en que dichos conceptos actúan como catalizadores del ideal democrático

Sin embargo, la regulación actual al respecto es escasa y demasiado tibia, sobre todo teniendo en cuenta la magnitud de los procesos a los que nos referimos y el alcance material de sus consecuencias, por lo que su implementación en la modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos no puede obviarse.

La perspectiva de género en el Derecho contractual

Otra de las cuestiones determinantes que deben ser abordadas como retos a asumir en el desarrollo del Derecho moderno de contratos, es la necesidad de incluir en su evolución normativa las reflexiones pertinentes para incluir el impacto de género en su desarrollo legislativo pues no cabe duda de que aún quedan residuos del impacto en las relaciones económicas de los roles de género atribuidos, en especial, en el ámbito de consumo².

Aunque con la entrada en vigor de la Constitución, las limitaciones a la autonomía de la voluntad de las mujeres y a su libertad contractual se derogaron y se presupusieron extintas las desigualdades existentes por razón de género, la igualdad formal en la que se basan estas reformas distaron mucho de la igualdad sustancial de las mujeres en la realidad material, debido a la desigualdad estructural y a la situación de desventaja en la que aún se encuentran muchas mujeres que, si bien se han convertido en parte contratante con plena capacidad jurídica, todavía arrastran los roles de cuidadoras del hogar, madres y gestoras de lo doméstico.

Así, si bien es cierto que la mujer empezó a considerarse sujeto activo de las relaciones de obligaciones y contratos –gracias, entre otros, a su incorporación al mercado laboral– y se le reconoce su capacidad consumidora, continúa teniendo un acceso desigual a los bienes y servicios sin que por ello constituya un colectivo específico de protección, integrándose con el resto de consumidores, obviando sus propias especificidades y la situación real en la que se encuentran. Así, por ejemplo, en el Derecho de consumo no se diferencia por razón del género,

² A tal efecto, resulta preceptiva una aproximación apriorística sobre el género como categoría conceptual, abandonando el mero tratamiento biológico para darle una nueva dimensión, considerándose como un constructo cultural, adentrándose en el proceso de construcción política, social y cultural de la identidad de la persona (Butler, 2006). Entendiendo que es una construcción histórica de tipo relacional, que impregna instituciones, consideraciones sociales y al mismo Derecho. Así pues, deviene problemático cuando se considera con carácter total pues visualiza elementos igualmente estructurales de la identidad como la raza, la clase o la orientación sexual (Campos Rubio, 2008: 200).

considerando por igual a las consumidoras y a los consumidores, sobre la premisa de que ambos contratan en las mismas condiciones con los profesionales –es decir, desde la misma posición desigual– cuando la realidad material difiere notablemente entre géneros, debido a las desigualdades estructurales arraigadas.

Al respecto, CAÑIZARES LASO señala la paradoja existente entre el hecho de que las mujeres sean consideradas las líderes en consumo, las destinatarias de las estrategias de marketing y los objetos de reclamo para el consumo masculino cuando siguen siendo los varones los que adquieren en mayor medida bienes y servicios y siendo ellos para quienes se han diseñado las leyes de consumo (Cañizares Laso, 2017).

Una de las causas de este fenómeno, además de la evidente falta de perspectiva de género, es la consideración de la familia como la unidad básica de consumo, lo que ha impedido reflejar normativamente las divergencias entre consumidor hombre y consumidora mujer cuando está demostrado que los recursos de la mujer repercuten en un mayor bienestar del conjunto del hogar, mientras que en el caso de los recursos del hombre es él quien siempre conserva una parcela para su propio (Herrero, 1996: 45-53). Una de las consecuencias inherentes a este escenario en relación con el endeudamiento de las familias en las que se parte de una desigualdad real que no se visualiza, y que conduce a las mujeres a situaciones de sobreendeudamiento de manera distinta a los varones.

Así pues, toda coyuntura está intrínsecamente relacionada con el género: la toma de decisiones, la adquisición, la administración, el gasto y el endeudamiento y, ante situaciones claramente desiguales, no se pueden disponer idénticas medidas porque ello sólo contribuye a perpetuar dichas desigualdades, en lo que se ha denominado paradoja de lo neutro.

Si bien se han dictado normas vinculantes en materia de obligaciones y contratos que reconocen dicha problemática, como la *Directiva 2004/113/CE, sobre aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a bienes y servicios y suministro*, o la *Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*; más allá de las discriminaciones notorias y con relevancia social, en las que el principio de igualdad opera como un límite de orden público frente a la autonomía privada, no acaba de quedar claro, por ejemplo, cuál es el límite a la libertad contractual impuesto por éste³.

En cualquier caso, la libertad contractual nunca puede suponer un acto de discriminación, y la perspectiva de género deviene aplicable como principio ordenador, obligando a la autonomía privada a ensamblarse con el principio de igualdad o no discriminación. De conformidad con ello, el Derecho debe reaccionar ante cualquier discriminación directa o indirecta realizada por cualquier persona física o jurídica que suministre o permita el acceso a bienes y servicios, incluyendo la publicidad, la oferta, el propio contrato y las actuaciones derivadas del mismo

³ Es decir, si la reacción del Ordenamiento jurídico debe limitarse al resarcimiento de los daños y perjuicios sufridos o si, además, puede constreñir al contratante a realizar el negocio jurídico cuando se enfrenta al derecho antidiscriminación.

(Palacios González, 2015: 548). La transversalidad de la perspectiva de género fundamenta por sí misma su inclusión en las reformas que se lleven a cabo, pero su justificación deviene incrementada teniendo en cuenta las desigualdades constatadas en materia de Derecho de consumo, teniendo en cuenta, además, las implicaciones que para el ejercicio de la autonomía de la voluntad se derivan. Así pues, dado que la igualdad en derechos trasciende la igualdad formal, debemos proceder a reexaminar, con perspectiva de género, la dogmática clásica de obligaciones y contratos para detectar patrones de discriminación que deben subsanarse al efecto de lograr una igualdad material, en especial, en términos de oportunidades vitales, capacidad, autonomía y poder de decisión.

En conclusión, al albur de las cuestiones presentadas anteriormente y de otros muchos factores concomitantes en el contexto actual, queda patente la necesaria transformación cualitativa de los esquemas teóricos del contrato por negociación y de consumo, que deberían tenerse en cuenta en la modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos lo que, sin pretender, por supuesto, la impugnación completa del modelo, sino su adaptación a las necesidades presentes y futuras, con la finalidad de preservar las garantías de igualdad, autonomía y libertad que deben acompañar este ejercicio de la voluntad privada.

Referencias

BUTLER, Judith (2006), *Deshacer el género*, Barcelona: Paidós, D.L.

CAMPOS RUBIO, Arantza (2008), «Familia, género y filiación», en *Mujeres, derechos y ciudadanías* (Mestre i Mestre Coord.), València: Tirant lo Blanch.

CAÑIZARES LASO, Ana (2017): «Algunos aspectos del derecho de consumo desde una perspectiva de género», en *Construyendo la igualdad: la feminización del derecho privado* (Torres García dir.), València: Tirant lo Blanch.

DÍEZ-PICAZO, Luis/PONCE DE LEÓN, Luis (1956): «La autonomía privada en la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos», *Anuario de Derecho Civil*.

HERRERO, Natalia (1996): «La imagen de la mujer en publicidad» en *Estudios sobre consumo*, 1996, 36.

ORDUÑA MORENO, Francisco J./SANCHEZ MARTÍN (2018): *La transparencia como valor del cambio social: su alcance constitucional y normativo. Concreción técnica de la figura y doctrina jurisprudencial aplicable en el ámbito de la contratación*, Navarra: Aranzadi.

PALACIOS GONZÁLEZ, M^a Dolores (2015): «Autonomía de la voluntad y discriminación de colectivos vulnerables: nuevos límites a la contratación privada en relación con el rechazo a contratar por motivos discriminatorios», en *Nuevas orientaciones del Derecho civil en Europa* (Pereña Vicente/Delgado Martín dir.), Navarra: Aranzadi.