

UNIVERSIDAD CATÓLICA SANTO TORIBIO DE MOGROVEJO



FACULTAD DE DERECHO

CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LA CLÁUSULA *AD CORPUS* EN EL CONTRATO DE
COMPRAVENTA DE BIEN INMUEBLE CELEBRADO AL AMPARO DE LA
LIBERTAD CONTRACTUAL EN UNA RELACIÓN DE CONSUMO

TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO DE ABOGADO

Willy Rodrigo Paz Supo

Chiclayo, 6 de abril de 2018

**“CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LA CLÁUSULA AD CORPUS EN EL
CONTRATO DE COMPRAVENTA DE BIEN INMUEBLE CELEBRADO
AL AMPARO DE LA LIBERTAD CONTRACTUAL EN UNA RELACIÓN
DE CONSUMO”**

PRESENTADO POR:

PAZ SUPO WILLY RODRIGO

**Presentado a la Facultad de Derecho de la Universidad Católica
Santo Toribio de Mogrovejo para Optar el título de**

Abogado

APROBADO POR:

**Mtro. Manuel Omar Tafur Márquez
Presidente del Jurado**

**Mtro. Manuel Alejandro Mallqui Luzquiños
Secretario del Jurado**

**Mtro. Manuel Francisco Porro Rivadeneira
Vocal del Jurado**

DEDICATORIA

El presente trabajo de investigación, le dedico con todo mi amor a mi familia, a mi padre José, y, especialmente a mi madre Lillian y a mi hermana Ericka, pues han sido, son y serán mi fuerza, mi motivación, mi razón para vivir y seguir adelante.

También va dirigido a ustedes hermanos, Janier y Kathya, por el apoyo incondicional que me han brindado en todo momento de mi existencia.

Ryou, Toshihito, que esta tesis sea el inicio para demostrarles cuánto los quiero.

Rodrigo

AGRADECIMIENTO

Agradezco a Dios por darme fortaleza y sabiduría durante mi camino, por guiarme día a día en el transcurso de un sendero desconocido.

También a Diana, quien con su cariño, comprensión y dedicación, estuvo y apoyó cada proyecto que emprendí.

Asimismo, mis agradecimientos al Dr. Manuel Porro, quien desde el inicio se mostró presto para asesorarme durante esta investigación de manera incondicional y profesional.

RESUMEN

En la presente investigación abordaremos el estudio de la compraventa *ad corpus* en la adquisición inmobiliaria dentro de una relación jurídica de consumo, modalidad que no ha perdido vigencia en la sociedad peruana, pero que encuentra ciertos matices dentro del Derecho del Consumidor.

Para el desarrollo de este planteamiento, hemos analizado los principios de autonomía de la voluntad privada y de libertad contractual, buscando sus alcances y marcando los límites de actuación dentro de una celebración de contrato. También, estudiamos la tutela brindada por nuestro sistema jurídico al consumidor final desde una perspectiva legal y constitucional. Asimismo, hicimos referencia al contrato de compraventa a nivel doctrinal y normativo, junto a la existencia de cláusulas abusivas de contratación, para definir la naturaleza de la adquisición inmobiliaria *ad corpus*, ello en aras de determinar la calificación que nuestro ordenamiento jurídico deberá otorgarle en una relación de consumo.

Del análisis realizado concluimos que dentro de una relación de consumo, la cláusula *ad corpus* no deberá tener eficacia ni validez alguna, en tanto el estatus de consumidor y proveedor confieren a éste último una posición superior por sobre el primero, quien manipula la citada modalidad de compraventa en sus contratos estandarizados de manera abusiva, variando arbitrariamente el metraje de lo prometido, utilizando dicha condición como institución justificante de modificación, defraudando al derecho y actuando contra el principio de buena fe contractual. Por ello, la calificación que los funcionarios públicos deben darle es “por no puesta” e “inidónea”, pues nos encontramos ante una material inexistencia de paridad contractual y contraria a lo que esperaríamos un consumidor razonable.

Palabras clave: Cláusula *ad corpus*, Relación de consumo, Derecho del Consumidor, Autonomía de la voluntad privada, Libertad contractual, Contrato de compraventa, Cláusulas abusivas.

In the present investigation we will approach the study of the purchase ad corpus in the real estate acquisition within a legal relationship of consumption, modality that has not lost validity in the Peruvian society, but that finds certain nuances within the Consumer Law.

For the development of this approach, we have analyzed the principles of autonomy of the private will and contractual freedom, seeking its scope and marking the limits of action within a contract celebration. Also, we study the protection provided by our legal system to the final consumer from a legal and constitutional perspective. Likewise, we made reference to the contract of sale at the doctrinal and regulatory level, together with the existence of abusive hiring clauses, to define the nature of the real estate acquisition ad corpus, in order to determine the qualification that our legal system should grant in a consumption ratio.

From the analysis carried out, we conclude that within a consumer relationship, the ad corpus clause must not have any effectiveness or validity, while the status of consumer and supplier gives the latter a superior position over the former, who manipulates the aforementioned modality. purchase and sale in their standardized contracts in an abusive manner, arbitrarily varying the footage of the promised, using this condition as an institution to justify modification, defrauding the right and acting against the principle of good faith contract. Therefore, the qualification that public officials must give is "not set" and "inidónea", because we are faced with a material lack of contractual parity and contrary to what a reasonable consumer would expect.

Keywords: Clause ad corpus, Consumption relationship, Consumer Law, Autonomy of the private will, Contract freedom, Contract of sale, Abusive clauses.

INTRODUCCIÓN	VII
CAPÍTULO 1: LIBERTAD CONTRACTUAL O DE CONFIGURACIÓN INTERNA	10
1.1.- Diferencia entre autonomía de la voluntad y autonomía privada	10
1.2.- Libertad contractual y libertad de contratar	16
1.3.- Límites a la autonomía privada y libertad contractual.....	18
CAPÍTULO 2: TUTELA DEL CONSUMIDOR EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO	29
2.1.- Aspectos generales del consumidor.....	30
2.2.- Derecho del consumidor y tutela del consumidor en el derecho peruano	37
2.2.1.- Tutela constitucional del consumidor	45
2.2.2.- Tutela legal del consumidor en el ordenamiento jurídico peruano: Código de defensa y protección del consumidor y jurisprudencia del INDECOPI	49
2.2.3. Derecho a la información y a la idoneidad del consumidor	60
A.- Derecho a la información en el Derecho del Consumidor	60
B.- Deber de idoneidad en el Derecho del Consumidor	65
CAPÍTULO 3: LA COMPRAVENTA AD CORPUS EN LA REALIDAD PERUANA	72
3.1.- Aspectos generales del contrato de compraventa	74
3.2.- Las cláusulas abusivas en el Derecho del Consumidor peruano.....	77
3.3.- Naturaleza jurídica de la compraventa <i>ad corpus</i> : ámbito de eficacia en una relación jurídica civil y una relación jurídica de consumo	97
CONCLUSIONES	116
BIBLIOGRAFÍA	118
ANEXOS	130

INTRODUCCIÓN

En el mundo moderno, la libertad de establecer el contenido de los contratos se encuentra limitada por la masificación de las contrataciones que buscan mayor rapidez en las transacciones patrimoniales, generando consigo la intervención estatal en aras de alcanzar la paridad contractual que persigue la solidaridad y cooperación entre los ciudadanos, siendo el consumidor el protagonista estructural del Derecho del Consumidor como derecho tutelar.

Bajo este escenario, los clásicos principios de autonomía privada, libertad contractual y buena fe que rigen la contratación inmobiliaria entre los particulares, encuentran nuevos límites al hallarse dentro de una relación de consumo, tal es el caso de la compraventa de bien inmueble “*ad corpus*”.

A razón de lo mencionado, cabría preguntarnos ¿cuál deberá ser la calificación jurídica de las relaciones derivadas de la presencia de la cláusula *ad corpus* en el contrato de compraventa de bien inmueble celebrado al amparo de la libertad contractual en una relación de consumo?

VIII

Resaltamos que, la presente investigación se está efectuando en base a una investigación cualitativa, con la finalidad de identificar la naturaleza del problema a tratar, estableciendo las relaciones teóricas – doctrinarias del objeto de estudio, y descriptiva en tanto se expondrá las características más sobresalientes de la materia de investigación. Sumado a ello, utilizamos una metodología de análisis documental para la elaboración de la lista de referencias bibliográficas que nos permitió un mayor ahondamiento en el desarrollo del tema, seleccionando

fuentes y resumiéndolas; además, esgrimimos una matriz de consistencia sólida que nos ayudó encaminar el rumbo de nuestra investigación.

Así, en el primer capítulo nos centraremos en argumentar la autonomía de la voluntad y la libertad contractual como principios rectores en la celebración de contratos, desarrollando su enfoque a la luz de la exigencia social que el Estado requiere de sus particulares, y los límites que deberían regirlos.

En el segundo capítulo, explicaremos los aspectos generales del Derecho del Consumidor, las características que presenta, así como los principios que rigen los actos de consumo y el fundamento de la tutela del consumidor en el derecho peruano, ello en aras de analizar los límites que existen en el ámbito privado civil de la institución jurídica de una compraventa de bien inmueble con cláusula *ad corpus* en el marco de una relación de consumo.

Asimismo, el incremento de la protección del consumidor ha irradiado a diversos ámbitos del ordenamiento jurídico peruano, especialmente al Derecho Civil, generando ciertas discrepancias entre la normativa dispuesta por el Código Civil y lo estipulado por el Código de Protección y Defensa del Consumidor.

En el tercer capítulo, haremos un análisis de la compraventa *ad corpus* para establecer la naturaleza jurídica que presenta. Para ello, estudiaremos las generalidades del contrato de compraventa y la definición de cláusula abusiva, en tanto la mayoría de contratos dentro de una relación de consumo – específicamente de compraventa inmobiliaria –, además de ser estandarizados, suelen contener condiciones leoninas, realizándose también un análisis exhaustivo de distintas resoluciones emitidas por el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad intelectual en conflictos que versan sobre la idoneidad de la adquisición *ad corpus*.

IX

Posteriormente, daremos solución a la interrogante que motivó el inicio de esta investigación, y comprobaremos consecuentemente que, si ante la identificación de una relación particular se pacta la cláusula *ad corpus* de compraventa de bien inmueble, entonces se deberá calificar dicha cláusula como válida, garantizándose la libertad contractual de las partes intervinientes; *contrario sensu*, si ante la identificación de una relación de consumo se pacta la cláusula

ad corpus de compraventa de bien inmueble, entonces se deberá calificar dicha cláusula como inidónea y teniéndose “por no puesta”, tutelándose de esta manera al consumidor inmobiliario.

El autor

CAPÍTULO 1
AUTONOMÍA PRIVADA Y LIBERTAD
CONTRACTUAL

CAPÍTULO 1

AUTONOMÍA PRIVADA Y LIBERTAD CONTRACTUAL

El ámbito de la autonomía privada ha sido restringida por el Estado a través de sus diversas normativas y órganos jurisdiccionales en la historia del hombre y su desarrollo, sin embargo, la aplicación fáctica y desmesurada de la restricción a la autonomía ha llevado consigo la constante vulneración a la libertad contractual que tienen los sujetos particulares en sus relaciones jurídico – patrimoniales.

En este capítulo, nos centraremos en desarrollar los aspectos generales de los principios de autonomía privada y libertad contractual, sus enfoques a la luz la exigencia social en la celebración de los contratos, y los límites que los deberían regir.

1.1.- Diferencia entre autonomía de la voluntad y autonomía privada

La autonomía de la persona humana, ha sido un aspecto importante para el desarrollo libre de su personalidad dentro del ámbito de la libertad que el ordenamiento jurídico le ha concedido desde tiempos atrás. Sin embargo, aquella fue restringida desde sus orígenes, siendo la aparición de nuevas tendencias ideológicas, así como las nuevas concepciones de los derechos del hombre por parte del Estado al interior de su normativa y su protección a nivel internacional, las que han marcado los diversos momentos de la autonomía y su ámbito de operatividad en las relaciones patrimoniales de la persona.

Etimológicamente, autonomía tiene un origen griego, proviene de las palabras “*auto* que significa lo propio, por uno mismo; y, *nomía* que significa norma o ley”¹, por lo que “en un sentido original significa autorregulación o autorreglamentación. Autonomía quiere decir poder de dictarse ley a sí mismo, poder gobernarse a sí mismo”². En ese contexto, cuando hablamos de autonomía nos estamos refiriendo a la capacidad que tienen las propias personas de poder autonormarse y dictar las reglas que convengan a sus intereses respetando los parámetros establecidos por cada Estado.

Hoy en día, la realidad práctica ha llevado a equiparar la autonomía de la voluntad con la autonomía privada debido al poco interés por parte de los operadores del Derecho de comprender la verdadera naturaleza, definición, límites e impacto social de la autonomía en su esencia. Así, consideramos necesario en primer lugar, establecer las diferencias entre ambas instituciones, su evolución histórica, los límites que presentan, y los problemas causados por la adopción de una postura para con la sociedad y el contrato como su máxima expresión.

Partiendo de lo precedentemente mencionado, podemos advertir que desde el derecho romano, existía “una lucha continua contra las limitaciones impuestas a la voluntad para contratar...”³, y ello se refleja en los acontecimientos históricos propulsados por el hombre para el reconocimiento de su libertad como aquello inherente a su persona, y el respeto de sus decisiones, a través de garantías que velen por el cumplimiento de lo pactado sin la intromisión del sujeto y sus representantes a quienes otorgaron el poder, o a la subordinación que presentaban ante la presencia de emperadores, reyes o monarcas.

Así, surge lo que doctrinariamente se conoce como el dogma de la voluntad, postura que “es el resultado de la filosofía de los siglos XVII y XVIII y su

¹ VERDUGO BRAVO, Ismael E., *La relación entre la autonomía privada y los contratos atípicos*, 2011, [ubicado el 25.X 2016]. Obtenido en <http://www.ubo.cl/icsyc/wp-content/uploads/2011/09/7-Verdugo.pdf>.

² DIEZ PICAZO, Luis, *Ensayos jurídicos*, Tomo II, 1ª ed., Madrid, Editorial Aranzadi, 2011, p. 1683.

³ ARIAS, José, *Contratos Civiles. Teoría y práctica*, Tomo I, Buenos Aires, Compañía Argentina de Editores, 1939, p. 65.

confluencia con el liberalismo económico”⁴, en tanto “las primeras formulaciones del principio de autonomía privada corresponden a una época en la que el individualismo y el liberalismo político eran las corrientes más influyentes del pensamiento occidental. La libertad del hombre y de su voluntad constituían los pilares fundamentales en los que se apoyó el derecho privado de la época de las grandes codificaciones”⁵, por lo que, en el margen de un Estado Liberal, se le atribuye a la voluntad una primacía casi absoluta por ser un acuerdo pactado entre las propias partes.

De esta manera, el Derecho Privado consideraba la autonomía de la voluntad como la estructura vertebral que fundamentaba las obligaciones privadas. Por ello, la denominada tesis tradicional tenía por sustento que “libertad – deber y voluntad – regla constituyen pares necesarios, ya que el apoyo firme radica en la voluntad: soy libre, quiero, debo, son otros tantos presupuestos que se pueden considerar en esa dirección como proposiciones equivalentes”⁶, existiendo un dogma de la voluntad irrestricto.

Es en esa perspectiva, donde el solo reconocimiento de la voluntad de la persona como aspecto fundamental perteneciente a ella y no al Estado, lo que provocó la falta de límites en distintas formas de contratación.

De tal modo, conviene precisar que “...si bien desde un punto de vista estrictamente normológico la autonomía de la voluntad debe ser plena y, por tanto, obligar a lo pactado, desde la realidad social se reconoce hoy que, quienes acuerdan, no siempre tienen voluntad autónoma, de modo que con frecuencia, en la negociación contractual se evidencian desigualdades económicas que dan origen a una subordinación que limita la autonomía. Para paliar esta situación aparece la intervención del Estado en el contrato, que va determinando un lento proceso de publicización, fenómeno también conocido con la expresión de Josserand, dirigismo contractual. El Estado interviene, en ocasiones, dictando leyes, en otros supuestos mediante una intervención

⁴ IBÁÑEZ, Carlos M., *Derecho de los contratos. Parte general*, 1ª ed., Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2010, p. 53.

⁵ CASTRO DE CINCUENTAS, Marcela, *Derecho de las obligaciones*, Tomo I, 1ª reimpresión, Editorial Temis, Bogotá, 2009, pp. 321 – 322.

⁶ REZZÓNICO, Juan C., *Principios fundamentales de los contratos*, 1ª ed., 1ª reimpresión, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2011, p. 186.

administrativa antes de la celebración del contrato, y, en otros, después de celebrado con la intervención judicial”⁷.

Situación que trajo consigo el nacimiento de algunas normativas que busquen el equilibrio contractual, y por consiguiente, la atribución de funciones a distintas entidades que representen al Estado para la obtención de tal fin.

Por estas razones, se abandona el dogma de la autonomía de la voluntad, dejándose de lado la postura que la consideraba como aquella “libertad del que gozan los particulares para pactar los contratos que les plazcan, y de determinar su contenido, efectos y duración”⁸, para dar pase a una contratación que tenga en cuenta el aspecto social.

Es a través del principio de solidaridad del contrato, o socialización del contrato, sumado a la tendencia de la protección a la parte más débil, como una exigencia constitucional de un Estado Social, la que permitirá y justificará la limitación de la autonomía de la voluntad, para dar surgimiento a la autonomía privada, inicialmente conocida como teoría de la declaración, la cual consideraba que “los efectos del contrato no debían extraerse del querer de las partes, sino de lo declarado por ellas y del significado social de sus acciones”⁹. Es esta y no aquella, la que prevalecerá en la mayoría de ordenamientos jurídicos como principio rector en las obligaciones entre privados.

Desde ese punto de vista, la autonomía privada puede ser entendida como principio, derecho, poder o facultad. Así, tenemos que la autonomía privada “más que como poder de decidir respecto de la propia esfera jurídica personal y patrimonial, la autonomía privada puede ser vista como un derecho de libertad y, por tanto, como un derecho fundamental de la persona”¹⁰, derecho que debe entenderse en el marco de un Estado Social que vele por la colectividad en general.

⁷ LAFAILLE, Hector; BUERES, Alberto J. y MAYO, Jorge A, *Derecho civil. Contratos*, Tomo I, 2ª ed., Buenos Aires, La Ley, 2009, p. 38.

⁸ RODRÍGUEZ, Alessandri, *De los contratos*, Bogotá, Editorial Temis, 2011, p. 10.

⁹ CASTRO DE CINFUENTES, Marcela, *Op. Cit.*, pp. 321 - 322.

¹⁰ BIANCA, Massimo C., *Derecho civil*, traducido por Fernando Hinestrosa y Édgar Cortés, 2ª ed., Bogotá, Editorial Cordillera, 2007, p. 51.

Sin embargo, existe cierto sector de la doctrina que considera la autonomía privada como expresión de la libertad negocial, entendida como la “libertad o autonomía contractual, por la cual las partes tienen libertad para celebrar un contrato y determinar su contenido, es uno de los principios más importantes de la contratación en la sociedad moderna regida por un orden económico abierto, competitivo y orientado hacia el libre comercio”¹¹. Tal es así que diversos autores refieren que ambas instituciones jurídicas pertenecen a una realidad única y unitaria.

No obstante, “la autonomía privada no es sólo la libertad o un aspecto de ésta; y ni siquiera es únicamente licitud o facultad, es decir, libertad que se mueve en el ámbito del derecho, dentro de los límites fijados por éste”¹², sino también, que la autonomía privada se constituye como un principio que exige de las relaciones particulares, una armonización en su propia regulación, que implique responsabilidad en los actos que celebra.

Es el Estado, quien a través del reconocimiento de la autonomía privada como principio rector de relaciones intersubjetivas privadas en su orden jurídico, el que desencadenará la libertad negocial como “la concreción en el ámbito contractual del derecho constitucional al libre desarrollo de la personalidad y autonomía privada. Primero, las partes tienen el derecho a concluir o no el contrato, al igual que a anularlo después. Segundo, tienen el derecho a elegir libremente la persona con la que quieren celebrarlo. Y, tercero, tienen el derecho a determinar de forma libre su contenido así como a modificarlo con posterioridad”¹³. Esto es, el derecho de las partes de configurar internamente el contrato.

A la luz de lo anotado, la posición que asumiremos es la de autonomía privada, debido a que acoger la postura tradicional, implicaría respaldar la posibilidad de admitir violaciones a la Constitución. Lo cierto es que indudablemente, las relaciones para con la economía se sustentan en la libertad de las personas de

¹¹ TORRES VÁSQUEZ, Aníbal, *Teoría general del contrato*, Tomo I, 1ª ed., Breña, Pacífico Editores, 2012, pp. 43 – 44.

¹² FERRI, Luigi, *La autonomía privada*, Granada, Editorial Comares, 2001, p. 36.

¹³ VAQUER ALOY, Antonio y BOSCH CAPDEVILA, Esteve, *Derecho Común europeo de la compraventa y la modernización del derecho de contratos*, Barcelona, Atelier, 2015, p. 77.

autorregular el contenido del contrato, dicha libertad como expresión de la autonomía privada, no debe ni puede ser entendida como una arbitrariedad absoluta de los particulares¹⁴, sino mas bien, dentro de los márgenes legales que en los siguientes acápite pasaremos a establecer.

1.2.- Libertad contractual y libertad de contratar

La Constitución Política de 1993, ha establecido en su artículo 1 que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado. Es allí, donde una serie de principios, derechos y deberes emergen para con las personas, entre ellos, la libertad de contratar y la libertad de establecer el contenido del contrato, esto es, la libertad de configuración interna o libertad contractual.

A efectos de pasar a detallar los límites de la libertad contractual¹⁵, debe recordarse que esta es distinta de la libertad de contratar. Esta última hace

¹⁴ GARRIDO GÓMEZ, María I., "El cambio conceptual de la autonomía privada", Cartapacio de Derecho, N° 16, Agosto 2013, p. 2.: *"De este modo, nacería un proceso de concentración de la economía y del comercio y las relaciones contractuales adquirirían una naturaleza más colectiva ... Por estas causas se comenzó a hablar de la crisis el contrato, en el sentido de la crisis de su concepción clásica, es decir, la que se funda en los valores individualistas vinculados a la interpretación del principio de autonomía"*.

¹⁵ MESSINEO, Francesco, Doctrina general del contrato, 1ª ed., Lima, Ara Editores, 2007, pp. 48 – 49:

El principio de la libertad contractual puede tomarse en varias acepciones:

a) Libertad contractual significa, entre tanto, que ninguna de las partes puede imponer unilateralmente a la otra el contenido del contrato y que éste debe ser el resultado del libre debate entre ellas...

b) En segundo lugar, libertad contractual, significa que – con tal que se respeten las normas legales imperativas del régimen contractual general y particular (esto es, el relativo a cada uno de los contratos) y las normas corporativas (véase supra, n. 3) – el contenido del contrato puede ser fijado por las partes a su voluntad; es decir, autoriza la autodeterminación de cada una de las cláusulas concretas contractuales...

c) Un tercer significado de la libertad contractual, implícito en el anterior, si bien no declarado por la ley, es el de la facultad, dejada a las partes, de derogar las normas dispositivas o supletorias puestas especialmente para los contratos nominados singulares y de sustituir a ellas un régimen diverso fijado por la voluntad de las partes, esto es, una disciplina distinta de la legal...

d) Un ulterior significado de libertad contractual, implícito también deriva del hecho de que algunas material se admite la autodisciplina, esto es, la disciplina establecida por las mismas partes interesadas (en el llamado contrato normativo)...

El quinto significado de libertad contractual concierne, en cambio, a los contratos innominados, en cuanto faculta a las partes a concluir contratos con finalidades prácticas aun no previstas por la ley, pero subordinando su reconocimiento a la condición de que

referencia a la libertad que tienen las partes “para celebrar o no un contrato y si optan por llevarlo a cabo son libres para elegir la persona con quien desean contratar”¹⁶, pero bajo ciertos requisitos de validez. Además, dicha libertad se encuentra recogida constitucionalmente en el artículo 62¹⁷ de nuestra carta magna.

En lo concerniente a la libertad contractual, cabe recalcar que se encuentra recogida expresamente en el artículo 1354 del Código Civil peruano, el cual establece que “las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo”.

Doctrinariamente, existe consenso en considerar a la libertad contractual como parte conformante de la autonomía privada, bajo principios de autodeterminación y autorresponsabilidad¹⁸.

El Tribunal Constitucional peruano, ha sostenido también en el EXP. N° 02175-2011-PA/TC que “el derecho a la libre contratación, reconocido en los artículos 2°, inciso 14), y 62° de la Constitución, se fundamenta en el principio de autonomía de la voluntad, el que, a su vez, tiene un doble contenido: “a. Libertad de contratar, también llamada libertad de conclusión, que es la facultad de decidir cómo, cuándo y con quién se contrata; y b. Libertad contractual –que forma parte de las denominadas libertades económicas que integran el régimen económico de la constitución (cfr. STC 01405-2010-PA/TC, fundamento 12)–, también conocida como libertad de configuración interna, que es la facultad para decidir, de común acuerdo, el contenido del contrato” [SSTC 00026-2008-PI/TC y 00028-2008-PI/TC (acumulados), fundamento 52; STC 2185-2002-AA/TC, fundamento 2]. Desde esta perspectiva, según este Tribunal, “el derecho a la libre contratación se concibe como el acuerdo o convención de voluntades entre dos

el contrato (innominado) se dirija a realizar intereses merecedores de tutela, según el ordenamiento jurídico.

¹⁶ TORRES VÁSQUEZ, Aníbal, *Op. Cit.*, pp. 46 – 47.

¹⁷ Artículo 62 de la Constitución Política del Perú: “La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley...”.

¹⁸ Cfr. REZZÓNICO, Juan C., *Op. Cit.*, p. 205.

o más personas naturales y/o jurídicas para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica de carácter patrimonial. Dicho vínculo –fruto de la concertación de voluntades– debe versar sobre bienes o intereses que posean apreciación económica, tengan fines lícitos y no contravengan las leyes de orden público” (STC 7339-2006-PA/TC, fundamento 47)”¹⁹, esto es, el máximo intérprete de la Constitución ha diferenciado en distintas sentencias que el derecho continente es la libertad de contratación, siendo su contenido la libertad de contratar y la libertad contractual.

Ante ello, la libertad contractual no es más que la facultad que tiene toda persona de pactar libremente las condiciones, términos o cláusulas de un contrato, pero bajo ciertos parámetros normativos.

Por ello, en el siguiente punto pasaremos a desarrollar más adelante, los límites que deberían establecerse a la autonomía privada y a la libertad contractual en las relaciones jurídicas privadas, ya que solo podremos hablar de autonomía negocial como poder de autorregulación en tanto “sea reconocido en un determinado ambiente social de los particulares...”²⁰, esto es, que exista un equilibrio entre las partes obligacionales teniéndose en cuenta el aspecto social y solidario del contrato.

1.3.- Límites a la autonomía privada y libertad contractual

Habiendo estudiado la autonomía privada y la libertad contractual, delimitaremos a nuestra consideración, aquello que debe ser su ámbito de aplicación en el ordenamiento jurídico vigente, puesto que existen diversas clasificaciones de límites, entre los que explicaremos en primer lugar aquellos que obedecen a fines de orden público, recalcando que éste pertenece a una subclasificación de los límites intrínsecos distintos a los extrínsecos, y que guardan similar concepción de quienes categorizan límites implícitos y explícitos de la autonomía privada y libertad contractual; asimismo, pasaremos a mencionar los límites formales y

¹⁹ Expediente N° EXP. N° 02175-2011-PA/TC, del 20 de marzo de 2012.

²⁰ SCOGDNAMIGLIO, Renato, *Contribución a la teoría del negocio jurídico*, 1ª ed., Grijley, Lima, 2004, p. 129.

sustanciales, todos ellos referidos al contrato justo y equilibrado que debe existir en una sociedad como la nuestra.

La noción de autonomía lleva de manera intrínseca su límite, una cuestión que se eleva por sobre la ilicitud, para ceder paso a valores supremos de los ordenamientos jurídicos en particular. Razón por la cual, las restricciones que se impongan al principio de autonomía privada, recaerán en la libertad contractual.

El artículo V del Título preliminar del Código Civil peruano, nos brinda un primer límite en cuanto estipula que “es nulo el acto jurídico contrato a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres”. Asimismo, el artículo 1355 del Código Civil peruano, menciona que “la ley, por consideraciones de interés social, público o ético puede imponer reglas o establecer limitaciones al contenido de los contratos”, esto es, la existencia de “ciertas barreras a la libertad y en esos límites quedan abarcados los negocios jurídicos celebrados contra una prohibición legal, las buenas costumbres, el abuso de derecho o el orden público”²¹.

Por lo mencionado, el artículo 1354 reconoce la libertad contractual y establece junto con el artículo 1355 normas de carácter imperativo con límites de orden público e interés social. A través de ellos, se crea un parámetro supralegal que resulta necesario intentar definir a efectos de poder llegar a una respuesta al problema planteado. Así, tenemos que en cuanto a la concepción de orden público, “se han visto y se ven forzados a la tarea ingrata, difícil, quizá imposible, de explicar y definir lo que sea”²², configurándose como un concepto amplio y dinámico.

En base a lo señalado, existen distintas acepciones de orden público. En sentido amplio, se le identificó con la ley imperativa, en tanto ambos tienen por objetivo velar por los intereses generales. Posteriormente, una corriente opuesta, negó dicha equiparación, considerándola en la actualidad, como una discusión sin precedentes. Frente a ello, la doctrina francesa predominante ha identificado la

²¹ REZZÓNICO, Juan C., *Op. Cit.*, p. 208.

²² DE CASTRO Y BRAVO, Federico, “Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad. La defensa de la competencia. El orden público. La protección del consumidor”. *Anuario de Derecho Civil*, Vol. IV, 1982, p. 1021.

noción de buenas costumbres con la de orden público, ya que consideraban no solo las bases legales del Estado, sino también las bases morales que estructuran la sociedad. No obstante, una tercera postura ha considerado igualar a los principios generales del Derecho, sin embargo, es aquel y no este, el que aspira proteger los valores esenciales de la sociedad, actuando consecuentemente como límite a la autonomía privada²³.

Lo que sí tenemos que resaltar, es el carácter social que presenta el orden público, y que su violación acarrea una sanción por parte del ordenamiento jurídico, pues al ser límite en el campo de la autonomía, un atentado contra aquel, implicaría atentar contra los intereses generales de la sociedad. En esta perspectiva, el código civil brasileño establece taxativamente la función social del contrato en su artículo 421²⁴.

Será el interés superior o público el que representará “un límite de la autonomía privada, pero no en el sentido, indicado por la tendencia antes aludida, de directriz, fin u objetivo de la misma autonomía, sino en el sentido de frontera del obrar autónomo, esto es, de límite negativo. Donde hay en juego intereses superiores no hay lugar para la autonomía privada”²⁵, imponiéndose intereses superiores pertenecientes a la misma sociedad en general.

Por esas consideraciones, existen casos en los cuales es necesaria “la intervención del Estado modifica la fisonomía de los códigos y el contrato aparece sometido a nuevas reglas. Como señala RIPERT, el legislador dirige el contrato, de la misma manera que la economía, por vía de consecuencia, y si bien las partes quedan libres para contratar o no, ésta es toda su libertad aunque sólo en apariencia”²⁶. Esta noción, lleva consigo el considerar que los

²³ Cfr. ACEDO PENDO, Ángel, *El orden público como límite a la autonomía de la voluntad en la doctrina y la jurisprudencia*, [Ubicado el 1.XI 2016]. Obtenido en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/119367.pdf>.

²⁴ Artículo 421 del Código Civil de Brasil: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

²⁵ FERRI, Luigi, *Op. Cit.*, p. 11.

²⁶ REZZÓNICO, Juan C., *Op. Cit.*, p 209.

ciudadanos de un Estado en particular, solo pueden concluir y perfeccionar²⁷ un contrato bajo parámetros establecidos expresamente.

Resulta claro que "... decidir contratar, seleccionar con quién hacerlo y suministrar contenido al contrato, importa el ejercicio de derechos subjetivos que, como tales, se hallan limitados por el ordenamiento legal, en el sentido más amplio"²⁸, ya que el poder que tienen los particulares de autorregular sus relaciones jurídicas, "no es ciertamente ilimitado, pero existe. Y en la medida en que implica dotar a los particulares de una cierta potestad normativa o reglamentadora"²⁹, dotándole eficacia en cuanto la manifestación realizada sea acorde a derecho.

En virtud de lo dicho, existen autores que consideran que "el contenido del contrato puede ser el estrictamente establecido en la ley"³⁰. Se habla ahora, de un intervencionismo por parte del Estado, "cristalizado bien a través de la expedición de nuevas normas, mediante lo que puede llamarse la reacción legislativa a los excesos de libertad de contratación, o a través de la acción de la Rama Ejecutiva del Poder Público, esto es, mediante una respuesta administrativa. También la interpretación judicial de los contratos ha contribuido a establecer límites al alcance que otrora se le reconocía a la autonomía de los estipulantes"³¹. El aparato Estatal, asume así una labor activa en materia contractual en pro de lograr un equilibrio obligacional.

²⁷ MEDICUS, Dieter, *Op. Cit.*, p. 40: La conclusión y la perfección de los contratos que son necesarios para el establecimiento o modificación de relaciones obligacionales, se mantienen normalmente libres para los partícipes. Esto significa singularmente:

1. Existe libertad de conclusión en el sentido de que cada uno puede decidir por lo general si quiere concluir un contrato.
2. A ello se agrega la libertad de elección de parte: el que quiere concluir un contrato (por ejemplo, vender un inmueble, arrendar una vivienda) puede escoger a su parte. Es decir, el propietario de la casa no necesita arrendarla a aquél que requiere urgentemente la vivienda, ni tampoco a aquel que ofrece mayor precio.

²⁸ STIGLITZ, Ruben S., *Contratos civiles y comerciales. Parte general*, Tomo I, 2ª ed., Buenos Aires, La ley, 2010, p. 48.

²⁹ LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, *Curso de derecho civil patrimonial. Introducción al derecho.*, 18ª ed., Madrid, Editorial Tecnos, 2012, p. 96.

³⁰ BLANCO CARRASCO, Marta. *El contrato de corretaje*, Madrid, Cuadernos De Derecho Registral, 2008, p. 145.

³¹ SUESCÚN MELO, Jorge, *Derecho privado. Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo*, Tomo II, 2ª ed., 2ª reimpresión, Bogotá, Legis Editores, 2005, p. 6.

En todo caso, “es el ordenamiento jurídico el que respalda y sanciona esa autorregulación, y valorará las finalidades privadas para reconocerlas o rechazarlas y, a veces provoca unos efectos distintos de los pretendidos por los particulares en ello acto o negocio realizado”³². En consecuencia, la libertad contractual debe considerarse “la regla, y el límite, la excepción; y, por lo tanto, como límite que es, para que tenga vigor, debe ser declarado expresamente”³³, porque hoy en día observamos que es “más intensa, amplia y frecuente la integración estatal”³⁴, como garantía de los intereses sociales.

Doctrinariamente, encontramos otros tipos de límites³⁵, los denominados “límites extrínsecos, que están impuestos por la sociedad o la realidad externa (como el lugar, tiempo, modo, etc.); e intrínsecos, es decir aquellos que limitan la esencia del derecho, en este último caso nos referimos fundamentalmente al orden público y a las buenas costumbres (artículo V Título Preliminar del C. C.) o moralidad, etc”³⁶, como principios rectores supremos de una sociedad.

³² RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, *Representación sin poder y ratificación*, 1ª ed., Madrid, Editorial Aranzandi, 2013, p 45.

³³ Francesco Messineo, teoría general del contrato, 1ª ed., Ara Editores, Lima, 2007, p. 47.

³⁴ HINESTROSA, Fernando, *Tratado de las obligaciones II: de las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico II*. Vol. II, 1ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015, p. 130.

³⁵ MESSINEO, Francesco, *Op. Cit.*, p. 50:

Como hay varias acepciones del concepto de libertad contractual, así hay varios significados del concepto de límite a la libertad contractual.

- a) Un primer límite está constituido por los casos en que – aún bajo los presupuestos de validez fijado por la ley – el esquema del contrato esté preparado, en todo o en parte, por uno solo de los contratantes, de manera que el otro no sea admitido a concurrir a su determinación.
- b) ... la libertad de determinar el contenido del contrato está circunscrita por la exigencia del respeto a las normas legales imperativas y a las normas corporativas y de política económica planificada...
- c) En un tercer significado, límite a la libertad contractual significa prohibición de concluir contratos que no tengan una disciplina partícula, cuando con ellos se quiera realizar intereses no merecedores de tutela jurídica, según el ordenamiento jurídico, como son los contratos ilícitos, imposibles o en fraude de la ley.

Ulterior límite es la prohibición de la autodisciplina en orden a las materias en las que dominan normas imperativas.

³⁶ NÚÑEZ MOLINA, Waldo, *Acto jurídico. Negocio Jurídico*, 2ª ed., Perú, Ediciones Legales, 2012, pp. 115 – 116.

En concordancia del límite establecido en el artículo citado en correspondencia con la doctrina, la jurisprudencia entiende en una perspectiva similar a los límites anteriormente expuestos que:

“...el derecho a la contratación no es ilimitado, sino que se encuentra evidentemente condicionado en sus alcances, incluso, no sólo por límites explícitos, sino también implícitos; límites explícitos a la contratación, son la licitud como objetivo de todo contrato y el respeto a las normas de orden público. Límites implícitos, en cambio, serían las restricciones del derecho de contratación frente a lo que pueda suponer el alcance de otros derechos fundamentales y la correlativa exigencia de no poder pactarse contra ellos. Asumir que un acuerdo de voluntades, por más respetable que parezca, puede operar sin ningún referente valorativo, significaría no precisamente reconocer un derecho fundamental, sino un mecanismo de eventual desnaturalización de tales derechos”³⁷, ello en razón a la no existencia de derechos absolutos.

Otros autores como Luigi Ferri, consideran que existen “límites formales y sustantivos de la autonomía privada, la cual no es evidentemente una actividad originaria sino una actividad que encuentra la fuente de su validez en las normas legales y que de éstas recibe las fronteras, formales y sustantivas, de su actuar”³⁸. Por lo tanto, la eficacia de los actos celebrados al amparo de la autonomía de la voluntad y de la libertad contractual, “finca en el valor de la persona humana y el testimonio inequívoco, de su propósito dentro de los límites que la ley le asigna”³⁹ como garantía del valor de la persona en el desarrollo de su personalidad en cuanto tal.

Nos encontramos en la actualidad, ante la afirmación de un poder activo por parte del Estado mas que del derecho, y “... la subordinación de los individuos y de sus actividades a los dictados de un orden público, que ya no se reduce a la simple protección negativa de aquellos, sino que debe, ante todo, imponer el imperio de los principios superiores que integran la vida social y de cuya observancia depende su conservación, ha determinado la aparición de una copiosa legislación de carácter imperativo que, al restringir el ámbito de las

³⁷ Cas. N 1817 – 2004- Puno del 31 de Mayo del 2007 {Expediente número 001817-2004} [Ubicado el 2. XI 2016]. Obtenido en <http://vlex.com.pe/vid/-472635226>.

³⁸ FERRI, Luigi, *Op. Cit.*, p. 10.

³⁹ LAFAILLE, Hector; BUERES, Alberto J. y MAYO, Jorge A, *Op. Cit.*, pp. 30 – 31.

libertades privadas, en general, disminuye las posibilidades que la autonomía de la voluntad privada ofrece a los particulares, para regular aisladamente sus relaciones sociales mediante la celebración de actos jurídicos⁴⁰, y de esta forma, se tutela a quienes pueden verse perjudicados en un contrato que atente directa o indirectamente contra principios, valores e intereses sociales.

Los partidarios de la teoría tradicional de la voluntad humana, sostienen que esta ha sido limitada de tal forma que ha causado su impotencia en el “dominio del derecho y no desempeña papel alguno en él, sino como fundamento y dentro de los límites señalados por las normas e instituciones jurídicas”⁴¹. Por ello, consideramos que el legislador debe tener un diligente cuidado al regular la normatividad concerniente a la atribución de funciones a distintos órganos jurisdiccionales, estableciendo su correspondiente limitación, para que en concordancia con el ordenamiento jurídico en general, los funcionarios del Estado que ingresan a la esfera jurídica privada, tengan una fuerte y sólida fundamentación ante circunstancias especiales que habilitan y justifican su intromisión.

Consideramos así, que las políticas legislativas adoptadas por partes del congreso hasta la actualidad, son inútiles, desfasadas e inidóneas, pues deberían seguir una línea tutelar progresiva en pro del equilibrio contractual, pues

“... ante la impotencia del legislador para regular concretamente las fluctuantes necesidades de la vida social y para dictar un repertorio *ne varietur* de las normas llamadas a regular dicha vida conforme a los dictados de un orden público igualmente elástico y flexible, también se ha tenido que abandonar la utopía racionalista del orden público legal e inmutable y se les ha tenido que reconocer a los otros órganos del poder público, distintos del legislativo, y especialmente al órgano judicial, facultades discrecionales para apreciar, en cada caso, la conformidad o disconformidad de los actos jurídicos celebrados por los particulares con los dictados del orden público, con lo cual se ha asestado otro rudo golpe al antiguo imperio de la autonomía de la voluntad privada”⁴².

⁴⁰ OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo, *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, 7ª reimpresión, Bogotá, Editorial Temis, 2009, p. 11.

⁴¹ OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo, *Teoría general de los actos o negocios jurídicos*, 3ª ed., Bogotá, Editorial Temis, 1987, p. 10.

⁴² OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo, *Op. Cit.*, p. 12.

Por consiguiente, resaltamos la vital importancia de legislar correctamente y de establecer los límites en las que debe operar la autonomía privada expresada en la celebración de un contrato con libertad contractual, además de las situaciones en las cuales tendrá que tutelarse a los sujetos privados que celebren negocios jurídicos determinados, en tanto su constante y abusiva protección significaría contrariamente, dejar de “ser responsables de nuestras acciones si la ley nos permitiera enmendar todos nuestros errores o todas nuestras imprudencias”⁴³, imponiéndose cierto nivel de diligencia para su protección.

Además, debemos recordar que la expresión de la autonomía privada materializada en los contratos, debe operar en concordancia con la buena fe, principio general del Derecho recogido en el artículo 1362⁴⁴ del código civil peruano, por lo que

“...la buena fe debe ser calificada como un deber de lealtad de conducta constreñible en las relaciones intersubjetivas de las partes negociales, que, de todas formas, resulta exigible a ellas, y que, en todo caso, es un parámetro de valoración necesario para la actividad investigatoria del intérprete que se verá forzado a darle a las declaraciones y comportamientos, a ser interpretados, el sentido que se desprenda contextualmente de los mismos, suponiendo que los sujetos a los que resultan atribuibles ellos los han exteriorizada en respeto de los deberes de corrección y lealtad”⁴⁵.

Consideramos que en la actualidad, el Perú por el sistema económico y la realidad jurídica que presenta en materia contractual, presenta distintas discordancias respecto a cuándo y en qué casos se restringiría de manera justificada o injustificada la autonomía privada y la libertad contractual a través de la intervención de sus órganos jurisdiccionales estatales, puesto que los contratos celebrados por los particulares difícilmente pueden ser modificados por el solo arbitrio de los funcionarios públicos, a no ser que vulnere el orden público nacional.

⁴³ MOSSET ITURRASPE, Jorge y PIEDECASAS, Miguel A., *Contratos: aspectos generales*, 1ª ed., Buenos Aires, Rubinzal – Culzoni Editores, 2005, p. 97.

⁴⁴ Artículo 1362 Código Civil: Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes.

⁴⁵ DANZ, Erich, *La interpretación de los negocios jurídicos*, 3ª ed., Lima, Editoria Escolani, 2009, p. 51.

Es en base a la justicia social acentuada en la mayoría de Estados, así como por su desarrollo económico que los principios de la autonomía privada y de la libertad contractual amparados en la iniciativa privada son restringidos, desprendiéndose de la postura acogida por los dogmáticos de la voluntad, quienes sostienen que los contratos “bajo los auspicios complacientes del Estado gendarme y patriarcal, han pasado a ser objeto de una intensa legislación, instrumento del moderno Estado dirigista y del Estado empresario. Las regulaciones de carácter imperativo de esta legislación dedicada a dictar, planificar, controlar y hasta excluir la iniciativa privada en el ordenamiento de la vida económica y de las relaciones a que ella da lugar, estrechan e invaden cada vez más y, en muchos casos en forma excesiva e impide rada, el campo de acción de la autonomía de la voluntad privada”⁴⁶. Argumentación que consideramos errónea, puesto que contrariamente a lo que ellos buscaban a través de una libertad sin límites, los abusos cometidos bajo esta ideología, fueron devastadores.

De esta forma, la autonomía privada y la libertad contractual quedan diagramadas dentro de una realidad socioeconómica que a su vez la subordina en los parámetros de relaciones jurídicas con justicia. Este enfoque de relaciones obligacionales privadas desde una perspectiva social, emerge como producto de un ordenamiento jurídico que tutela valores, principios y derechos de rango constitucional.

Posteriormente, se pasa hablar del principio de solidaridad que debe regir los actos contractuales de los ciudadanos en armonía con el principio de buena fe. Estos principios, comprenden la “función social que debe desempeñar el derecho civil pese a nacer del derecho privado”⁴⁷, sin que ello implique agotar sus instituciones jurídicas.

Se sostiene entonces que “sólo se podría efectuar contratos justos en sistemas de equilibrio – esto es, entre participantes de fuerzas equivalentes -. De otro modo posibilitaría, en las situaciones de desequilibrio, a los más fuertes, aprovechar sin consideración su supremacía en la configuración del contrato. Por esta razón, por motivaciones sociales – recientemente ante todo bajo el santo y

⁴⁶ OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo, *Op. Cit.*, p. 12.

⁴⁷ REZZÓNICO, Juan C., *Op. Cit.*, p. 187.

seña de la protección del consumidor-, se han originado progresivas inferencias en la libertad contractual”⁴⁸.

Llegados a este punto, conviene expresar que a través del contrato – como figura jurídica a través del cual los sujetos crean normas jurídicas vinculantes entre ellos paralelamente a las del Estado – constituye la máxima expresión del principio de autonomía privada ejercida con la libertad negocial.

Lo anteriormente señalado, atañe a que el contrato como materialización de los principios de autonomía privada y de libertad contractual, responde a la socialización del contrato y a la solidaridad que el Estado exige en materia obligacional, por tanto su celebración presenta “un contenido cooperativo tácito, reflejado en obligaciones específicas, aunque no expresas”⁴⁹, orientado al bienestar de la población en general.

Sobre el particular, existe en la actualidad la necesidad de un contrato que además de tener en cuenta los intereses de los particulares que lo celebraron, requiera de éstos, la consciencia sobre el impacto social de sus estipulaciones acorde a los principios de solidaridad y buena fe. Ya que “en todo caso debe rechazar el legislador los resultados insociales de la libertad contractual. Pero esto se logra de más lejos, mediante otras medidas”⁵⁰. Ejemplo de ello, es el carácter racional y tuitivo en el equilibrio o paridad contractual.

Consecuentemente, advertimos que nos encontramos en una transición histórica producida por una nueva acepción del contrato, quedando desfasada la ideología en la cual el contrato es justo por ser obra de la voluntad irrestricta y por tanto la inexistencia de injusticia.

Bajo esa perspectiva, un Estado Social que rechaza los abusos y violaciones que padecen las partes débiles en el Estado Liberal, obedecen a una realidad acorde a los cambios económicos, políticos, sociales y culturales, los cuales exigen un papel activo para con los ciudadanos por parte del Estado.

⁴⁸ MEDICUS, Dieter, *Tratado de las relaciones obligacionales*, Vol. I, 1ª ed., Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1995, p. 41.

⁴⁹ PICO ZÚÑIGA, Fernando A. y ROJAS QUIÑONEZ, Sergio A., *Solidarismo contractual. El deber de cooperación y su repercusión en la responsabilidad civil*. 1ª ed., Bogotá, Grupo Editorial Ibañez, 2013, p. 30.

⁵⁰ DIETER MEDICUS, *Op. Cit.*, p. 42.

La autonomía privada y la libertad contractual, encaminadas en una actuación social, encuentran los límites y exigencias que proceden de ellas misma y son, en ese sentido, “antecedentes al propio reconocimiento jurídico. Después en virtud de tal reconocimiento, la autonomía encuentra otros límites y obedece ulteriores exigencias, que derivan de él, en cuanto ahora está llamada a manifestarse sobre el plano del Derecho y según la lógica de éste. El reconocimiento jurídico confirma, asume, y a veces modifica, los límites y exigencias naturales de la autonomía privada”⁵¹. Nos hallamos de esta forma, en “límites reconocidos por la conciencia social, antes aún que impuestos por el orden jurídico”⁵², puesto que “el contrato no puede ser transformado en un instrumento al servicio de una parte para la comisión de una serie de abusos que ocasione daños tanto a la contraparte como a terceros”⁵³, sino mas bien, un contrato que apunte a una negociación justa, celebrado bajo el principio de buena fe contractual.

⁵¹ BETTI, Emilio, *Teoría general del negocio jurídico*, Granada, Editorial Comares, 2000, p. 96.

⁵² *Ibidem* p. 139.

⁵³ LEYVA SAAVEDRA, José, “Autonomía privada y contrato”, *Revista Oficial del Poder Judicial*, 2010 – 2011, p. 288.

CAPÍTULO 2

TUTELA DEL CONSUMIDOR EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO

CAPÍTULO 2

TUTELA DEL CONSUMIDOR EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO

En el presente capítulo, explicaremos los aspectos generales del Derecho del Consumidor, las características que presenta, así como los principios que rigen los actos de consumo y el fundamento de la tutela del consumidor en el Derecho peruano, ello en aras de analizar los límites que existen en el ámbito privado civil de la institución jurídica de una compra – venta de bien inmueble con cláusula *ad corpus* en el marco de una relación de consumo.

2.1.- Aspectos generales del consumidor

Para estudiar el Derecho del Consumidor y qué entendemos por aquél, debemos empezar definiendo qué es consumir, qué entendemos por consumo, a quién se le considera consumidor y cuál es su importancia en el mundo moderno.

Desde un punto de vista etimológico, podemos mencionar que “consumir proviene del latín *consumere* y significa extinguir, gastar cosas que se extinguen con el uso”⁵⁴, o con el consumo del mismo.

⁵⁴ GARCÍA DE DIEGO, Vicente, *Diccionario etimológico español e hispánico*, Madrid, SAETA, 1954, p. 186.

La acción de consumir, trajo consigo la figura del sujeto que consume, este es, el consumidor. Es bajo esa perspectiva, que conviene mencionar la existencia distintas acepciones en la actualidad respecto al término consumidor, por ello, a efectos de asumir una posición para analizar en el siguiente acápite la posible respuesta planteada al problema de la presente investigación, es pertinente estudiar dicha figura desde diversas ópticas.

En cuanto al consumo, algunos economistas consideran que “constituye la última etapa del proceso económico, aquella en que los bienes producidos sirven a la satisfacción de las necesidades, no volviendo a ser usados como bienes de cambio”⁵⁵, perspectiva que es asumida en parte por el Código de Protección del Consumidor peruano.

Por lo que, cabe señalar que dicha expresión “comenzó a tener una connotación especial a mediados del siglo XX (y aún antes) para referirse a un problema social que llevó a los sociólogos, filósofos y políticos a hablar de la sociedad de consumo, por una serie de características especiales que surgían en la comunidad, sobre todo en el campo de la contratación masiva, y a la influencia cada vez mayor de la publicidad. Ello dio nacimiento a la figura del consumidor, entendiendo por tal al individuo que, necesitando bienes o servicios, se ve sometido a las condiciones generales impuestas por las empresas y a las presiones psicológicas explotadas por la publicidad”⁵⁶, y que fueron exigiendo una tutela por parte del Estado.

En cuanto al término consumidor, no existe una clara y única noción respecto al mismo, sin embargo, su amplitud semántica no implica la inexistencia de una relación entre las definiciones legales existentes, ya que en el fondo, todas ellas llevan de manera implícita el mismo tipo de adquirente de bienes y servicios al que se trata de proteger.

⁵⁵ Cfr. ARRIGHI, Jean M., citado por QUAGLIA, Marcelo C., *Grupos de empresas, defensa de la competencia y derechos del consumidor*, 1ª ed., Argentina, La Ley, 2002, p. 85.

⁵⁶ FARINA, Juan M, *Defensa del consumidor y del usuario*, 3ª ed., Buenos aires, Editorial Astrea, 2004, p. 20.

El diccionario de la real academia española ha definido al consumidor como “aquel que consume o persona que adquiere productos de consumo o utiliza ciertos servicios”⁵⁷. Sin embargo, la noción dada por la RAE resulta ser demasiado amplia para efectos del presente trabajo de investigación.

Antes de esbozar la definición jurídica del consumidor, debemos recalcar que dicho término tiene naturaleza económica. Esta ciencia considera al consumidor como “un sujeto de mercado que adquiere bienes o utiliza servicios para su propio uso o para la satisfacción de sus necesidades personales o familiares. La pretensión del consumidor es hacerce con el valor de uso de lo adquirido, en contraposición al empresario que persigue el bien por el valor de cambio con la finalidad de recuperar su inversión y multiplicarla”⁵⁸. Postura que se asemeja a lo establecido por ordenamientos legales como el nuestro.

Por ello, se sostiene que el término consumidor procede de la economía, en tanto el consumidor es parte integrante del mercado, siendo el sujeto que adquiere bienes o servicios ya sea para la satisfacción de las necesidades que presente de manera personal o familiar, así como de utilizarlos para su propio disfrute⁵⁹.

Es justamente la importancia del estatus del consumidor, y su actuación en el ámbito económico el que ha permitido desarrollar la “aplicación de normas protectorias que regulan situaciones de vulnerabilidad especial, en una secuencia histórica verificable. Por esta razón es que hay muchas definiciones de término consumidor: varían si se las examina según los estadios de la evolución de los niveles de protección, según las situaciones de vulnerabilidad que tratan de contemplar y conforme al contexto que provee el resto del sistema legal”⁶⁰, siendo la tutela legal del consumidor distinta por cada ordenamiento jurídico en particular.

⁵⁷ Real Academia Española. Diccionario de la lengua española. Madrid, 1984.

⁵⁸ ACEDO PENCO, Ángel, *La noción de consumidor y su tratamiento en el derecho comunitario, estatal y autonómico. Breve referencia al concepto de consumidor en el derecho extremeño*, [Ubicado el 11.V 2017]. Obtenido en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/831211.pdf>.

⁵⁹ LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*, 3ª ed., Madrid, Editorial Dykinson, 2007, p. 55.

⁶⁰ LORENZETTI, Ricardo L., *Consumidores*, 1ª ed., Argentina, Rubinzal – Culzoni Editores, 2003, p. 72.

Pasando el término consumidor a un plano netamente jurídico, podríamos definirlo en una acepción similar al de las ciencias económicas como aquella “persona física o jurídica que adquiere bienes (cosas o servicios) como destinatario final de los mismos, es decir, con el propósito de no volver a introducirlos nuevamente en el mercado. En otras palabras, es el último eslabón en la cadena de producción-distribución-comercialización. La problemática jurídica de la protección del consumidor se centra en la noción de la libertad contractual, que data del Código de Napoleón, porque en este ámbito el Estado interviene en el juego de la contratación no con el objeto de resguardar un interés público, sino privado. Esta problemática empieza a evidenciarse hace no más de tres décadas. De hecho, el derecho del consumidor empieza a desarrollarse en el mundo jurídico en los años 60’, a partir del reconocimiento del *status* de consumidor y de las especiales aristas que empiezan a perfilarse en la relación de consumo y que hacen posible diferenciarla de las tradicionales relaciones jurídicas civiles o comerciales”⁶¹.

En el Perú, el máximo intérprete de la Carta Magna, ha mencionado – citando a Menendez Menendez – que ““el *status* de consumidores no es el de ser sujetos pasivos de la economía que observan con indiferencia o impotencia el modo como los agentes económicos desarrollan sus actividades o entran en disputa, sino el de ser destinatarios fundamentales de las relaciones que la sustentan y, por supuesto, de aquellas que la justifican en el marco del Estado social y democrático de derecho ... El ordenamiento, en otras palabras, los privilegia reconociéndoles un catálogo de atributos y una esfera de protección fundamentada en la relevante posición que ocupan”⁶², siendo la parte más débil y vulnerable dentro de una relación de consumo.

En ese mismo orden de ideas, el término consumidor se encuentra regulado y definido por el Código de Protección y Defensa del Consumidor (Ley N° 29571), quien en el numeral 1 del artículo IV de su Título Preliminar entiende que consumidor o usuario son: “1.1. Las personas naturales o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales productos o servicios materiales e inmateriales, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, actuando así en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. No se considera consumidor para efectos de este Código a quien adquiere, utiliza o

⁶¹ PIRIS, Cristian R., Evolución de los derechos del consumidor, 2000, [Ubicado el 11.V.2017].
Obtenido en http://www.unne.edu.ar/unnevieja/Web/cyt/cyt/2000/1_sociales/s_pdf/s_006.pdf.

⁶² Expediente N° 3315-2004-AA/TC, del 17 de enero de 2005.

disfruta de un producto o servicio normalmente destinado para los fines de su actividad como proveedor. 1.2. Los microempresarios que evidencien una situación de asimetría informativa con el proveedor respecto de aquellos productos o servicios que no formen parte del giro propio del negocio”.

Ante ello, el concepto de consumidor se ha constituido en nuestra realidad jurídica mediante un lento, fatigoso y accidentado proceso histórico que conllevó a la Sala de Defensa de la Competencia a otorgar la calificación de consumidor y por tanto, su tutela a los destinatarios finales de la cadena de producción – consumo⁶³, y un desarrollo jurisprudencial llevado por el Tribunal Constitucional peruano.

Es en esa perspectiva que “la definición legal del consumidor ha sido interpretada mediante el precedente de observancia obligatoria aprobado por la Sala de Defensa de la Competencia (en adelante, la Sala), en la Resolución N° 422-2008/TDC-INDECOPI. El referido precedente reconoce casos específicos, en los cuales, las empresas calificarán como consumidores siempre que se refieran a la adquisición o el uso de productos o servicios en los que no pueda esperarse un grado de conocimiento o especialización que haga desaparecer la desigualdad entre el empresario y el proveedor del bien o servicio. No obstante, también establece los casos en los cuales, no existe esa desigualdad, de manera que las empresas no calificarán como consumidores. Por ello, a efectos de determinar si una empresa está incluida en el ámbito de aplicación de la Ley de Protección al Consumidor, deberá tenerse en cuenta el grado de especialización o conocimientos requeridos para la adquisición de los productos denunciados en cada caso particular”⁶⁴, esto implicar tener presente el nivel de profesionalización respecto a una actividad.

Así, al usar la “locución consumidor es necesario prestar atención al contexto: este puede tener naturaleza normativa o decisional. Si presenta naturaleza normativa, es necesario determinar la mens legis, es decir, entender e ilustrar las razones que han llevado al legislador a emplear aquel término, identificar los intereses incididos y, en síntesis, aclarar las finalidades perseguidas por la disposición, según

⁶³ Cfr. ESPINOZA ESPINOZA, Juan, *Ley de protección al consumidor*, ed., Perú, Editorial Rodhas, 2004, p. 28.

⁶⁴ Resolución N° 2348-2007/TDC-INDECOPI, del 26 de noviembre de 2007

los cánones de la interpretación teleológica; en cambio, si presenta naturaleza decisional, no solo es necesario hacer referencia a la normativa aplicada, sino también al conflicto de intereses subyacente, estén estos representados en juicio o estén presentes en la valoración del juez o de la autoridad que emite la resolución”⁶⁵.

En otra sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el EXP. N.º 01865-2010-PA/TC – marzo, el colegiado precisó que el consumidor o usuario “deviene en el fin de toda actividad económica; es decir, es quien concluye el círculo económico satisfaciendo sus necesidades y acrecentando su bienestar a través de la utilización de los productos y servicios ofertados en el mercado. En puridad, se trata de una persona natural o jurídica que en virtud de un acto jurídico oneroso adquiere, utiliza o disfruta de determinados productos (como consumidor) o servicios (como usuario) que previamente han sido ofrecidos al mercado”⁶⁶.

Por lo tanto, la condición sea de consumidor o de usuario, no será asignable a cualquier individuo o entidad que no se encuentre vinculado a proveedores a través de relaciones jurídicas celebradas dentro de un mercado económico, solo ante ese supuesto, surgirá la obligación de actuación del Estado para garantizar su correcto desenvolvimiento⁶⁷.

Desde otra perspectiva, hay quienes distinguen dos nociones diferentes de los consumidores. Una noción concreta o estricta, que concierne fundamentalmente a quienes adquieren bienes o servicios para uso privado. Y una noción abstracta o amplia, que incluye a cada uno de los ciudadanos en cuanto personas que aspiran a tener una adecuada calidad de vida⁶⁸.

En cuanto a la primera óptica que puede presentar la definición de consumidor, se hace referencia a la facultad de “ejercitar individualmente los derechos al consumidor en su propio interés. Sin embargo, no existirá una única noción concreta, sino nociones diversas de consumidor, que sirven para delimitar el ámbito de aplicación de las distintas disposiciones legales y que se establecen

⁶⁵ ALPA, Guido, *¿Qué es el derecho privado?*, 1ª ed., Perú, Zela, 2017, p. 212.

⁶⁶ Expediente N° 01865-2010-PA/TC, del 20 de julio de 2011.

⁶⁷ Expediente N.º 0008-2003-AI/TC, del 11 de noviembre de 2003.

⁶⁸ Cfr. LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, *Op. Cit.*, p. 58.

atendiendo en cada caso a la protección que la norma pretende ofrecer”⁶⁹. Esta perspectiva, al ser mas restringida en cuanto al ámbito tutelar, hace referencia al denominado consumidor final.

No obstante, la noción abstracta de consumidor, consiste en aquel “ciudadano que adquiere o utiliza bienes y servicios, reflejando la idea inicial, adoptada en los albores del nacimiento de los movimientos de protección, de que consumidores somos todos. Esta noción que equipara el consumidor al ciudadano, se ha venido utilizando por la doctrina para atribuir derechos a los ciudadanos en general, en su condición de consumidores, reconociéndole, por ejemplo, los derechos a la educación o a la información”⁷⁰. Este planteamiento, sin embargo, resulta muy general para el ejercicio individual de cada consumidor en particular, haciendo referencia mas bien, a los programas políticos por parte del Estado.

En ese orden de ideas, si bien es cierto la realidad práctica de la sociedad trae consigo sostener que “todos los seres humanos somos consumidores y usuarios de bienes y servicios. La actividad económica tiende a la satisfacción de esas necesidades, y toda la actividad mercantil está dirigida (con ánimo de lucro) a llenar necesidades, comodidades, gustos y hasta vanidades humanas. Los consumidores pueden existir sin que haya actividad comercial”⁷¹. Esta postura encuentra ciertos límites dentro del mundo jurídico.

Por ello, es pertinente recordar que si bien el término consumidor presenta varias acepciones – ello acorde a la óptica científica desde la cual se estudie – su definición dependerá de la finalidad que busque la legislación protectora del mismo, ya sea a nivel normativo o desde el reconocimiento constitucional que se le pueda brindar. Serán las posturas que asuma el legislador de un determinado

⁶⁹ Ibidem.

⁷⁰ ACEDO PENCO, Ángel, *La noción de consumidor y su tratamiento en el derecho comunitario, estatal y autonómico. Breve referencia al concepto de consumidor en el derecho extremeño*, [Ubicado el 11.V 2017]. Obtenido en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/831211.pdf>

⁷¹ Cfr. FARINA, Juan M., *Op. Cit.*, p. 1.

Estado así como el ordenamiento jurídico que ostente, las que impregnen de seguridad jurídica a quienes sean considerados consumidores⁷².

Así, consideramos que el término consumidor en el ordenamiento jurídico peruano presenta una naturaleza dual, debido a que los sujetos comprendidos en dicha noción dependerá por un lado de la normatividad vigente y los intereses que persigue el Estado, esto es, una naturaleza normativista; y por otro, del desarrollo y la evolución del concepto usuario llevada a cabo por diversas pronunciaciones a través de lineamientos y precedentes vinculantes del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual (INDECOPI), sumado a ello la interpretación y protección realizada hacia los consumidores a través de los decisiones del Tribunal Constitucional, son claros indicadores de una naturaleza decisional del usuario.

2.2.- Derecho del Consumidor y tutela del consumidor en el derecho peruano

Estudiadas las acepciones del término consumidor, resulta conveniente precisar qué entendemos por Derecho del Consumidor, hasta dónde llega su protección jurídica, y cuándo nos encontramos ante una relación de consumo.

Como toda rama del Derecho en general, el Derecho del Consumidor tiene un aspecto histórico – social que marcó el inicio de su actual desarrollo doctrinario y legislativo.

Así, tenemos que “los movimientos en defensa de los derechos de los consumidores encuentran su origen en los Estados Unidos a comienzos de 1900, y en la posguerra de la Segunda Guerra Mundial adquieren un nuevo impulso. El presidente John F. Kennedy en un discurso que se hiciera famoso, el día 15 de marzo del año 1962, pronunció la frase consumidores somos todos. Esta tendencia es de aceptación mundial hoy en día, y la mayoría de los Estados han desarrollado estatutos de protección al consumidor, a pesar de las voces críticas que aparecieran en defensa de la igualdad de las partes en la relación jurídica o de la autonomía de la voluntad como principio rector de las relaciones jurídicas entre particulares”⁷³.

⁷² Cfr. LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, *Op. Cit.*, p. 61.

⁷³ *Ibidem*.

Su mercado inicio en Norteamérica, se da justamente por el gran desarrollo económico y las nuevas modalidades de contratación que las empresas pactaban con los consumidores finales.

Desde estos inicios, la definición de consumidor se encontraba relacionado únicamente a productos de tipo farmacéuticos y alimenticios, no obstante, la sociedad exigía del Estado un papel más tutelar, puesto que el avance económico del mismo no se encontraba equilibrado con el actuar activo del gobierno, por lo tanto, el concepto restringido de consumidor fue ampliándose y perfeccionándose hasta llegar a la idea del consumidor final, como aquella persona que usa el bien o servicio para uso privado.

Es bajo esa perspectiva, que “el derecho del consumo o la protección al consumidor hace parte de una tendencia del derecho privado moderno, encaminada a la búsqueda del equilibrio contractual en ciertas relaciones jurídicas que son consideradas asimétricas o desproporcionadas por la calidad de las partes que intervienen en ésta. El desarrollo de los medios de producción, de publicidad y de mercadeo a que tienen acceso los productores y distribuidores de bienes y servicios, los colocan en una posición de dominio frente a la parte débil de la relación contractual, a saber, el consumidor”⁷⁴, hablamos entonces, de una relación contractual que escapa a la regulación del Derecho Común, y por tanto, la necesidad de una nueva regulación.

Por ello, empezaron a consolidarse fundamentos pro consumidor, ya que en la actualidad se considera que “en el marco de la normatividad de protección y defensa del consumidor, el Estado tiene el deber de promover que los consumidores o usuarios accedan a productos y servicios idóneos y de protegerlos frente a los proveedores con el fin de reducir la asimetría informativa en las contrataciones otorgándoles, para ello, una serie de derechos y medidas o mecanismos que buscan corregir, prevenir y eliminar las conductas o prácticas que sean lesivas a los intereses de los usuarios”⁷⁵, como política legislativa de

⁷⁴ VILLALBA CUÉLLAR, Juan C., *La noción de consumidor en el derecho comparado y en el derecho colombiano*, 2009, [Ubicado el 11.V 2017]. Obtenido en <http://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/14498>.

⁷⁵ ALATRISTA SEVERINO, Yamiz L., *Libro de reclamaciones y derechos del consumidor*, 1ª ed., Lima, Ediciones Caballero Bustamante, 2011, p. 5.

un Estado tuitivo del consumidor dentro de una relación carente de equilibrio contractual.

Otros autores, señalan que el Derecho de Consumidor tuvo tres etapas bien diferenciadas, añadiendo a ella un desarrollo moderno, una evolución que va desde el periodo pre conceptual del consumidor, pasando por la lucha de los Estados a través de su normatividad para combatir los monopolios y que termina por la obtención del reconocimiento expreso de los derechos de los consumidores, pero en aras de los problemas medio ambientales que representa el consumo de los recursos, se le agrega un matiz proveniente de los derechos de tercera generación. Así tenemos:

“Primera etapa: podría ser caracterizada como un periodo fronterizo previo al advenimiento de la sociedad de consumo, en la cual no se distinguía suficientemente al consumidor y no se era consciente de su estado de vulnerabilidad. Era la época de la Teoría del Libre Mercado y la de los derechos clásicos del Derecho Civil. Segunda etapa: se empiezan a regular ciertos institutos que si bien no tendían directamente a la protección del consumidor empiezan a procurar una mejoría en su estatus. Tercera etapa: en este se produce el reconocimiento de los consumidores como grupos social definido. Podría decirse que recién aquí se produce el nacimiento de los derechos del consumidor. Por primera vez se empieza a elaborar normas y principios que regulan específicamente la situación del consumidor. Cuarta etapa: estrechamente vinculada al desarrollo sustentable. Aquí la preocupación por el medio ambiente se manifiesta a través de la racionalización de los hábitos de consumo”⁷⁶.

Ante ello, podemos considerar que fue en Estados Unidos, el lugar donde comenzaron a crearse por primera vez, organizaciones a favor del consumidor, “teniéndose constancia, como antecedente más lejano, de la creación de la *Liga de Consumidores* en el año 1891 en la ciudad de Nueva York. Pero la consolidación de los primeros movimientos de protección surgió como consecuencia de la publicación del libro *Your Moneys’s Worth* elaborado por los promotores de la *Consumer Union* quienes reclamaban al Gobierno que publicase los resultados de los estudios comparativos realizados por la

⁷⁶ PIRIS, Cristian R., *Los conceptos fundamentales del derecho del consumidor en el Mercosur*, [Ubicado el 11.V 2017]. Obtenido en http://www.academia.edu/8008298/Los_conceptos_fundamentales_del_Derecho_del_Consumidor_en_el_MERCOSUR.

Administración sobre determinados productos”⁷⁷. Es a finales del siglo XIX, donde se dan los primeros peldaños para protestar por los abusos empresariales cometidos en el nuevo mercado económico imperante desde aquel entonces.

No es por tanto casualidad que dicho movimiento tenga su origen en Norteamérica, como país en el cual reina el capitalismo monopolista y oligopolista. Siendo a inicios de la década del sesenta la época donde el consumerismo hunde sus raíces como movimiento de información, de contraste, de concertación, teniendo como sujetos más fuertes en una relación de consumo a los productores de bienes y de servicios, los protagonistas del sector publicitario, los distribuidores de bienes y servicios sobre los mercados⁷⁸.

Desde esa perspectiva histórica, económica, política y social, podemos sostener a manera de resumen, que fue el presidente de los Estados Unidos, John Fitzgerald Kennedy, quien promovió el movimiento pro consumidor, acuñando dicha terminología para referirse a la comunidad en general, reconociéndole derechos que hoy en día son reconocidos doctrinaria y legislativamente, tal es el caso del derecho de información, seguridad y elección⁷⁹.

Por lo que observamos un siglo de grandes cambios económicos – comerciales en el país donde la libertad en todos sus ámbitos presenta escasas limitaciones, y producto de las diversas formas de competencia empresarial, surgió un fuerte movimiento por parte de quienes ostentan la calidad de consumidores, desde inicios del primer decenio del siglo XX, hacia la mitad de los años treinta y hacia la mitad de los años sesenta. Dentro de las cuales, las dos primeras manifestaciones suscitadas de manera explosiva se desvanecieron repentinamente, que llevó a los estudiosos de la economía, así como a los sociólogos y especialistas en marketing a la adopción de posiciones

⁷⁷ ACEDO PENCO, Ángel, *La noción de consumidor y su tratamiento en el derecho comunitario, estatal y autonómico. Breve referencia al concepto de consumidor en el derecho extremeño*, [Ubicado el 11.V 2017]. Obtenido en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/831211.pdf>.

⁷⁸ Cfr. ALPA, Guido, *Derecho del consumidor*, 1ª ed., Perú, Gaceta Jurídica, 2004, pp. 22 – 23.

⁷⁹ ACEDO PENCO, Ángel, *La noción de consumidor y su tratamiento en el derecho comunitario, estatal y autonómico. Breve referencia al concepto de consumidor en el derecho extremeño*, [Ubicado el 11.V 2017]. Obtenido en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/831211.pdf>.

discordantes respecto a la posible duración y consistencia del último de estos fenómenos sociales.

Así, quienes consideren que el movimiento actual presenta características de exigencias pasajeras, hacen referencia al ejemplo de los dos que la han precedido, y sostienen también que esto terminará rápidamente con su disolución. Sin embargo, hay quienes afirman que este moderno sector se ha constituido con una nueva naturaleza, y que por consiguiente, su importancia en esta era acarrea consigo la estabilidad de dicha corriente, en tanto vivimos en una sociedad de consumo.

Por estas razones, resulta interesante mencionar que “el primer movimiento de los consumidores fue provocado por diversos factores como el aumento de los precios, los escritos polémicos de *Upton Sinclair* y los múltiples escándalos relacionados con las sustancias farmacéuticas, que concluyó con la aprobación del *Pure Food and Drug Act* (Ley sobre la inspección de las carnes), y con la creación de la *Federal Trade Commission* (Comisión Federal para el Comercio) de 1914. El segundo movimiento llevado a cabo por los consumidores hacia la mitad de los años treinta del siglo XX fue provocada por incrementos bruscos de los precios al consumo en la plenitud de la depresión económica, el escándalo de la sulfanilamida y la huelga de las amas de casa de Detroit, disipándose estos dos levantamientos a través de las políticas normativas mencionadas, dictadas para combatir las actividades y las prácticas ilícitas o fraudulentas”⁸⁰.

Sin embargo, existen autores como el tratadista Juan Farina, quién considera que el nacimiento de la defensa del consumidor de manera indirecta se da a través del “Tratado de Roma, suscripto en 1957, destinado a crear el Mercado Común Europeo. Se mencionan los arts. 85 y 86 del referido tratado. El art. 85 procura superar las limitaciones que padece la competencia a causa de los *kartells* entre empresas; y el art. 86 se refiere al abuso, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado”⁸¹. Convenios que marcan el inicio de un Derecho tutelar.

El Derecho del Consumidor, se torna como resultado de una corriente moderna que busca tutelar a la persona que ostenta – según la legislación de un determinado país – la calidad de consumidor dentro de un mercado como parte

⁸⁰ Cfr. ALPA, Guido, Op. Cit., pp. 22 – 23.

⁸¹ FARINA, Juan M, Op. Cit., p. 15.

débil, en el cual otra persona natural o jurídica ofrece un determinado producto o servicio como empresario o proveedor, siendo éste la parte más fuerte en la relación jurídica contractual.

El fundamento de la existencia de la tutela del consumidor por parte del Estado y del Derecho en general, radica en que “el derecho no puede ser reducido a un simple instrumento de organización social o económica ajeno a toda coloración axiológica. Quienes creen en esta acromática opción, actúan sobre el derecho como un médico que aplica métodos asépticos para evitar todo un tipo de contaminación. Producto de ello surge un derecho neutro, una pura estructura, vacía, carente de elección y puesta al servicio de cualquier finalidad, sea justa o no”⁸². Por eso, el Estado al reconocer diversos derechos, no debe limitarse a mencionarlos, sino también, adoptar una posición firme protectora.

Cabe recalcar que la regulación de las relaciones de consumo y los intereses tutelados por el Estado para con el consumidor de la sociedad moderna como parte débil de la relación jurídica constituye ver el Derecho del Consumidor desde una óptica estrictamente de quienes consumen.

El Derecho del Consumidor no solo será un derecho regulador de los actos de consumo y por consiguiente de las relaciones que surjan entre el proveedor y el consumidor, sino también, tendrá por finalidad procurar el equilibrio entre los sujetos que constituyen la relación de consumo. Dicho equilibrio se compone a la luz del derecho privado y del derecho público, surgiendo una compleja vinculación en tanto se exige del Estado un accionar tutelar preventivo y resarcitorio en el plano tanto de los derechos personales como de los personalísimos.

En este orden de ideas, reiteramos que el Derecho del Consumidor no es solo un sistema global de normas, principios, instituciones y medios instrumentales consagrados por un ordenamiento jurídico en particular, sino también un derecho

⁸² VEGA MERE, Yuri, *Contratos de consumo. Consideraciones preliminares sistemáticas a favor de su construcción dogmática*, 1ª ed., Lima, Editora Jurídica Grijley, 2001, p. 41.

que procurará al consumidor una posición de equilibrio dentro del mercado en sus relaciones con los empresarios⁸³.

Como lo mencionamos, el desarrollo de este nuevo derecho ha llevado consigo a que una parte minoritaria de la doctrina asuma una posición de protección totalitaria y abstracta a favor de la sociedad en general, sosteniendo que “la tutela propuesta por este derecho no va dirigida a cierta clase de personas o a un determinado sector social, dado que todos los seres humanos, sin excepción, somos consumidores”⁸⁴. Situación que discrepa con la postura asumida en el Código de Protección y Defensa del Consumidor.

Frente a esta postura, el legislador patrio ha adoptado una acepción más delimitada y concreta de consumidor, ya que existe preponderancia a deformar la institución de consumidor de manera exorbitante, al punto de otorgar tutela legal a consumidores fácticos, generando así un riesgo de banalización de la protección del consumidor⁸⁵.

Cabe mencionar, que el Derecho del Consumidor presenta diversos elementos y características, ello dependiendo a la perspectiva asumida y el ordenamiento jurídico en particular.

El régimen especial del Derecho del Consumidor tiene tres elementos importantes: “a) Consideración especial del sujeto consumidor, dentro de un determinado rol; b) Función de tutela; c) Carácter imperativo en materia de orden público”⁸⁶. En cuanto a la primera característica, nuestro ordenamiento jurídico le ha otorgado una protección legal y constitucional al consumidor, tema que abordaremos más adelante. Respecto del segundo rasgo distintivo, el Estado peruano presenta una labor activa tutelar para con el consumidor a través del

⁸³ Cfr. PEREZ BUSTAMANTE, Laura, *Derechos del consumidor*, 1ª ed., Buenos Aires, Editorial Astrea, 2004, pp. 1 – 3.

⁸⁴ FARINA, Juan M., *Op. Cit.*, p. 5.

⁸⁵ Cfr. LORENZETTI, Ricardo L., *Op. Cit.*, p. 73.

⁸⁶ DURAND CARRIÓN, Julio B., *El derecho del consumidor y sus efectos en el derecho civil frente a la contratación de consumo en el mercado*, 2013, [Ubicado el 11.V 2017].
Obtenido en http://www.derecho.usmp.edu.pe/sapere/sumario/edicion_2/articulos/El_derecho_del_consumidor_y_sus_efectos.pdf.

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPÍ).

Es por ello que en la actualidad se discute sobre la forma de proteger al consumidor, en tanto que “legislar sobre consumidores importa superar el estigma liberal por el que el dirigismo o la intervención estatal en la autonomía de la voluntad constituyen un sacrilegio a la inconvertible libertad contractual⁸⁷”, esto es, limitar la autonomía privada para salvaguardar intereses superiores.

Así, podemos considerar al Derecho del Consumidor como aquel “sistema global de normas, principios, instituciones e instrumentos consagrados por el ordenamiento jurídico a favor del consumidor para garantizar en el mercado una posición de equilibrio con los empresarios proveedores, en una relación de consumo y como destinatario final de los bienes y servicios adquiridos”⁸⁸; esto es, el derecho de los consumidores desde un punto de vista estrictamente normativo.

Así, nos encontraremos en una relación de consumo cuando ante la presencia de un proveedor, interviene un sujeto en la calidad de consumidor final – y no aquel que se encuentra como intermediario en la cadena de producción – para la adquisición o uso de determinados bienes o servicios ofrecidos a cambio de una retribución económica u onerosa. Esta situación, distinta a una relación común, es fundamento suficiente para buscar la justicia y paridad contractual que persigue el Estado como uno de sus fines en el ámbito social de las contrataciones inmobiliarias, facultando a los representantes estatales para intervenir ante la arbitrariedad de los más fuertes.

⁸⁷ TAMBUSSI, Carlos E., *Los derechos del consumidor como derechos humanos*, [Ubicado el 11.V 2017]. Obtenido en <http://www.gordillo.com/DH6/capVII.pdf>.

⁸⁸ DURAND CARRIÓN, Julio B., *El derecho del consumidor y sus efectos en el derecho civil frente a la contratación de consumo en el mercado*, 2013, [Ubicado el 11.V 2017]. Obtenido en http://www.derecho.usmp.edu.pe/sapere/sumario/edicion_2/articulos/El_derecho_del_consumidor_y_sus_efectos.pdf.

2.2.1.- Tutela constitucional del consumidor

El consumo como fenómeno económico, social y jurídico, exige de los Estados una defensa hacia los consumidores que en su mayoría presentan problemas por falta de diligencia. Ello ha implicado que los ordenamientos jurídicos tutelén a quienes ostenten calidad de consumidores en distintos niveles normativos.

De esta forma, el constitucionalismo moderno o neoconstitucionalismo plantea diversas técnicas de limitación o ampliación – según sea el caso – a las libertades y poderes de los particulares, asignando derechos como producto de los diversos movimientos ideológicos surgidos en la actualidad, que llevaron consigo la adopción de un constitucionalismo liberal, a uno democrático y de derecho.

Fue la carta magna de 1979, la primera en el Perú, que trató sistemáticamente en lo constitucional, la materia económica, y en la cual se hace alusión expresa pero aparente a la tutela del consumidor en el ordenamiento jurídico patrio⁸⁹.

En el Perú, podemos afirmar que contamos desde hace 38 años, con una tutela jurídica constitucional de los Derechos a favor del Consumidor. "Tal evidencia la encontramos en la Carta Política de 1979, la misma que en su numeral 110° declaraba que el Estado defendía los intereses de los consumidores. Ahora y aquí, en esta unicidad que pretende ser, como es el Perú, encontramos que la Constitución Política vigente de 1993, prescribe en su numeral 65° que: El Estado defiende el interés de los Consumidores y Usuarios. Para tal efecto garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado, en particular por la salud y seguridad de la población"⁹⁰.

En esa misma línea de investigación, Pasache Cárdenas nos menciona que “en nuestro país la protección del consumidor se puede considerar iniciada en la constitución de 1979 ... En la actualidad, la noción de consumidor constitucionalmente se encuentra en el art. 65 de nuestra Carta Magna, la cual

⁸⁹ Cfr. MALPARTIDA CASTILLO, Víctor, *El derecho del consumidor en el Perú y en el derecho comparado*. Tesis para optar el grado académico de Doctor en Derecho, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 2003.

⁹⁰ EZAINÉ RAMÍREZ, Amado A., *La protección jurídica al consumidor peruano en el 2004*, 2004 [Ubicado el 11.VI 2017]. Obtenido en https://www.academia.edu/6498761/LA_PROTECCION_JURIDICA_AL_CONSUMIDOR_PERUANO_EN_EL_2014

establece el principio de defensa de los consumidores y usuarios”⁹¹, otorgando una tutela constitucional a quienes sean considerados como consumidores finales.

Nuestra actual Constitución Política que data del año 1993, en su artículo 65 estipula lo siguiente: “El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado. Asimismo, vela, en particular, por la salud y la seguridad de la población”.

De esta manera, hay quienes consideran que cuando la Constitución “establece la defensa en el interés de los consumidores, está ubicándose en una perspectiva de tipo bilateral, es decir, está reconociendo que se trata no sólo de un principio sino de un auténtico derecho fundamental. Como lo primero, efectivamente permite orientar el comportamiento del Estado en una determinada dirección o sobre la base de ciertos supuestos de actuación; como lo segundo, otorga a la persona una facultad de invocación a la par que de exigencia”⁹². Por ello, los operadores jurisdiccionales y administrativos, al emitir sus fallos, deben tener en consideración el nivel constitucional que la Carta Magna peruana a otorgado a los consumidores.

Bajo esa perspectiva, algunos autores mencionan que “el consumidor es sujeto de derechos pero no es el fundamento de la disciplina. El fundamento es el principio protectorio constitucional aplicado a partir del acto de consumo, lo que da lugar a una relación jurídica de consumo”⁹³. Ello al amparo del artículo 65 de la Constitución Política del Perú.

Respecto a la defensa del consumidor como principio de rango constitucional, nos encontramos acorde debido a que nuestra carta magna de 1993 traza un horizonte tutelar para la defensa de los intereses de los usuarios, y, aunque estipule una obligación tuitiva pro consumidor a través de los derechos de

⁹¹ PASACHE CÁRDENAS, Carlos E., *La importancia de la tutela del consumidor*, [Ubicado el 11.VI 2017]. Obtenido en <http://blog.pucp.edu.pe/blog/agora/2014/09/04/la-importancia-de-la-tutela-del-consumidor/>

⁹² Cfr. DURAND CARRIÓN, Julio, *Tutela jurídica del Consumidor y de la Competencia*, Lima, Editorial San Marcos, 1995, pp. 40-41.

⁹³ LORENZETTI, Ricardo L., *Op. Cit.*, p. 73.

información, la salud y la seguridad, la naturaleza que toda constitución presenta, radica en una serie de valores, ideas, y principios que la sociedad exige en un determinado momento.

Algunos argumentos a nivel constitucional del consumidor dentro de una relación jurídica de consumo, se encuentra en el tipo de forma de Estado que presente un determinado gobierno. “No cabría, en el sentido indicado, aludir a un Estado neutro en materia de protección de derechos de los consumidores y usuarios, es decir, equidistante entre los intereses involucrados en las relaciones de consumo. Como se ha señalado, el Estado no es solo un árbitro sino un defensor del consumidor, cuya defensa debe entenderse mejor como protección de la dignidad de la persona que consume. Y es que el consumidor en definitiva es una persona y, en tal sentido, para el constitucionalismo es esencial reconocer como parte de su contenido innegociable “la protección que se exige a los poderes públicos respecto a los derechos fundamentales de la persona humana, y de las distintas dimensiones en las que concurre de manera concreta en un mercado libre de intercambio de bienes y servicios. En efecto, todos los seres humanos somos consumidores y usuarios, y todas las actividades económicas que el hombre realiza en una u otra medida están destinadas a la satisfacción de necesidades”⁹⁴.

El Derecho del Consumidor, emerge como una “rama del derecho de reciente auge que ha surgido como consecuencia de la vulneración de los derechos de los consumidores, y como una forma de protegerlo ante la situación de asimetría informativa en la que se encuentra frente al otro agente económico que participa en el mercado: el proveedor”⁹⁵, encontrando en el Perú no solo una protección normativa a través de la Ley N° 29571, sino también un resguardo constitucional.

En el proceso de acción de inconstitucionalidad interpuesto contra el Decreto de Urgencia N.º 140-2001 (Decreto que prohíbe la importación de vehículos pesados, partes y piezas semi usadas) recaído EXP. N.º 0008-2003-AI/TC, el Tribunal Constitucional ha mencionado que “la Constitución prescribe en su artículo 65° la defensa de los intereses de los consumidores y usuarios, a través de un derrotero jurídico binario; vale decir, establece un principio rector para la

⁹⁴ SOSA SACLO, Juan M., *Una mirada constitucional a la defensa del consumidor, con especial referencia a la jurisprudencia del tribunal constitucional*, [Ubicado el 11.VI 2017].
Obtenido en

https://www.academia.edu/3827655/Una_mirada_constitucional_a_la_defensa_del_consumidor_con_especial_referencia_a_la_jurisprudencia_del_Tribunal_Constitucional

⁹⁵ VILELA CARBAJAL, Jorge E., *La jurisprudencia del código de protección y defensa del consumidor*, 1ª ed., Perú, Thomson Reuters, 2015, p. 19

actuación del Estado y, simultáneamente, consagra un derecho subjetivo. En lo primero, el artículo tiene la dimensión de una pauta básica o postulado destinado a orientar y fundamentar la actuación del Estado respecto a cualquier actividad económica. Así, el juicio estimativo y el juicio lógico derivado de la conducta del Estado sobre la materia, tienen como horizonte tuitivo la defensa de los intereses de los consumidores y los usuarios”.

En lo segundo, “la Constitución reconoce la facultad de acción defensiva de los consumidores y usuarios en los casos de transgresión o desconocimiento de sus legítimos intereses; es decir, apareja el atributo de exigir al Estado una actuación determinada cuando se produzca alguna forma de amenaza o afectación efectiva de los derechos de consumidor o usuario, incluyendo la capacidad de acción contra el propio proveedor”⁹⁶.

Además, en el Pleno Jurisdiccional que recae en el Expediente N° 0013-2012-PI/TC, surgido por una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 2 de la Ley 29903 respecto a la Reforma del Sistema Privado de Pensiones, se ha realizado una recopilación de sentencias respecto al consumidor o usuario desde un punto de vista constitucional, precisando que “la norma prescribe un derrotero jurídico binario que se constituye como un principio rector para la actuación del Estado frente a cualquier actividad económica, y como un derecho personal y subjetivo de los consumidores y usuarios que requieren del Estado una determinada actuación defensiva” (STC 0008-2003-PI/TC; STC 1865-2010-PA/TC).

Este mandato, “proveniente de la naturaleza del Estado social y democrático de derecho (artículos 3 y 43 de la Constitución), tiene como fin la búsqueda del bienestar general y el equilibrio ponderado de los agentes económicos (STC 3315-2004-AA/TC). El Estado mantiene con los consumidores o usuarios no sólo la obligación genérica de garantizar sus derechos a la información, salud y seguridad, sino también otros de naturaleza análoga, tales como la expedición de directivas, el establecimiento de procedimientos administrativos, la aplicación de las leyes y reglamentos de conformidad con los derechos fundamentales

⁹⁶ Expediente N° 0008-2003-AI/TC, del 11 de noviembre de 2003.

(STC 0858-2003-AA/TC), criterio recogido en el Decreto Legislativo 716, Ley de Protección al Consumidor. Así como la Constitución protege a los agentes económicos encargados de establecer la oferta en el mercado, a partir del ejercicio de los derechos de libre empresa, comercio e industria, con igual énfasis protege al individuo generador de demanda, es decir, al consumidor o usuario (STC 0008-2003-PI/TC)⁹⁷.

Podemos resumir que “en los últimos años muchos países han generado un moderno desarrollo legislativo de disposiciones en protección de los consumidores que en la mayoría de los casos constituye un conjunto heterogéneo de normas tanto de Derecho Privado como de Derecho Público. Esto ha afectado campos jurídicos como el Derecho Civil, Comercial, Administrativo, Penal, de la Competencia, Financiero, y en muchos casos hasta la propia Constitución Política del país”⁹⁸, como es el caso peruano, donde el consumidor ha obtenido protección a través de su reconocimiento a nivel constitucional.

Sobre el particular, el Estado peruano a través del artículo 65 de la Constitución, fue certero al otorgar al consumidor final una protección superior a la norma legal, previendo las situaciones desfavorables a las cuales se somete por abuso y arbitrariedad del poder económico más fuerte en una relación de consumo.

2.2.2.- Tutela legal del consumidor en el ordenamiento jurídico peruano: Código de defensa y protección del consumidor y jurisprudencia del INDECOPI

Resulta evidente que la protección dada al consumidor final tiene un fuerte respaldo constitucional, pero también encontramos la existencia de un Código moderno encargado de regular las relaciones de consumo. En este apartado estudiaremos algunas cuestiones importantes en la Ley N° 29571 a efectos de

⁹⁷ Expediente N° 0013-2012-PI/TC. del 27 de mayo de 2013.

⁹⁸ SALAZAR SOLÓRZANO, Randall, *La tutela constitucional del consumidor*, [Ubicado el 11.VI 2017]. Obtenido en <http://download.docslide.net/documents/la-tutela-constitucional-del-consumidor.html>.

entrelazar lo sostenido doctrinariamente con lo estipulado legislativamente a nivel nacional.

Antes de empezar a desarrollar el presente sub tema, es preciso recalcar que “no es lo mismo hablar de un código de consumo que uno del consumidor o de protección y defensa del consumidor. Son tres cosas totalmente distintas, tal como apunta el doctor Paul Castro García, docente en derecho de la competencia y protección al consumidor. Según señala, no se trata de una simple disputa terminológica, pues cada una de las denominaciones resalta un aspecto de la disciplina jurídica. El derecho de consumo pone en primer plano la tutela del mercado de consumo, mientras que el derecho del consumidor realiza la protección de la persona del consumidor”⁹⁹. Diferencia necesaria de establecer, puesto que muchos juristas identifican ambos Derechos tal si fuesen lo mismo; no obstante, el Derecho de Consumo y el Derecho del Consumidor, se consolidan como dos caras de una misma moneda.

El Código de Protección al Consumidor, promulgado mediante Ley N° 29571, menciona taxativamente en el artículo 1 a los Consumidores o usuarios: 1.1 Las personas naturales o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales productos o servicios materiales e inmateriales, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, actuando así en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. No se considera consumidor para efectos de este Código a quien adquiere, utiliza o disfruta de un producto o servicio normalmente destinado para los fines de su actividad como proveedor. 1.2 Los microempresarios que evidencien una situación de asimetría informativa con el proveedor respecto de aquellos productos o servicios que no formen parte del giro propio del negocio. 1.3 En caso de duda sobre el destino final de determinado producto o servicio, se califica como consumidor a quien lo adquiere, usa o disfruta”.

En este primer apartado, debemos explicar ciertas consideraciones enumeradas por el citado código. En primer lugar podemos observar que el legislador patrio

⁹⁹ CUADROS GUEDES, Juan C., *¿El código de consumo defiende a las empresas o a los consumidores?* 2010, [Ubicado el 10.VI 2017]. Obtenido en <http://vlex.com/vid/codigo-defiende-empresas-consumidores-192910341>.

ha realizado una equiparación terminológica de “consumidor” y “usuario”, no dándoles tratamiento distinto ni nociones diversas, ello en razón al consumo que realizan ya sea de un producto o de un servicio.

En segundo lugar, el artículo 1.1 del Código de Protección del Consumidor, no hace más que afirmar el desarrollo doctrinario realizado precedentemente al estipular quiénes serán considerados como consumidores y por tanto sujetos merecedores por parte del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (en adelante INDECOPI), sin embargo, debemos realizar una observación respecto a las personas jurídicas que sean tuteladas como consumidores.

En el precedente de observancia obligatoria recaído en la Resolución N° 101 – 96/TDC – INDECOPI del 1 de enero de 1997, caso Cheenyi E.I.R.L vs Kónica S.A., la “Sala considera que el consumidor que la Ley de Protección al Consumidor ampara es mas bien el que ocupa el último eslabón de la cadena producción-consumo, es decir aquel que adquiere, disfruta o utiliza un bien o servicio, en principio, para la satisfacción de sus necesidades personales, familiares o de su entorno social inmediato”¹⁰⁰, esto es, el primer parámetro para establecer si una persona natural o jurídica debe ser considerada consumidor resulta de establecer si hace uso y disfrute del bien o servicio de manera personal, familiar y social.

En esa misma perspectiva, el INDECOPI en el lineamiento respecto al Protección al Consumidor, aprobado mediante Resolución 001-2001-LIN-CPC/INDECOPI, el criterio utilizado por sus órganos para cada caso concreto, consiste en considerar o no a un sujeto como Consumidor Final, dependiendo si éste adquiere o usa el bien para fines personales, familiares o de su entorno social inmediato.

No obstante, este planteamiento ha suscitado diversos problemas en torno a la tutela por parte del Estado para con el Consumidor, por ello “la importancia del concepto de Consumidor Final reside en que permite identificar a los sujetos que se encontrarán comprendidos dentro del marco de protección del TUO. Es uno de los elementos necesarios para la configuración de una relación de consumo, la

¹⁰⁰ Resolución N° 101 – 96/TDC – INDECOPI del 1 de enero de 1997

piedra angular que determina si una relación jurídica se encuentra dentro de los alcances del TUO para considerarse que tiene la categoría de consumo. En efecto, el TUO se aplica a todos aquellos casos en que exista una relación de consumo entre proveedor y consumidor celebrada en territorio nacional. La relación de consumo está configurada por la concurrencia de tres elementos: 1. Un proveedor; 2. Un producto o servicio materia de una transacción comercial; y, 3. Un Consumidor Final o usuario destinatario final”¹⁰¹.

Ante ello, surgió un nuevo precedente de observancia obligatoria, recaída en la Resolución N° 0422 – 2004/TDC – INDECOPI, el denunciante Moquillaza vs el denunciado Milne, en el cual el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual precisó una nueva postura respecto a quiénes pueden ser considerados como consumidores o usuarios, ampliando el campo de tutela por parte del INDECOPI. De esta forma, “2. Se considera como consumidor, de conformidad con lo establecido en el literal a) del artículo 3 del Decreto Legislativo N° 716, a la persona natural o jurídica que adquiere, utiliza o disfruta un producto, ya sea un bien o un servicio, para fines personales, familiares o de su entorno social inmediato. 3. Las personas naturales y jurídicas pertenecientes a la categoría profesional de los pequeños empresarios son también sujetos afectados por la desigualdad informativa en la relación de consumo y, por tanto, son considerados como consumidores para efectos de la Ley de Protección al Consumidor cuando debido a las necesidades de su actividad empresarial adquieran o utilicen productos, ya sean bienes o servicios, para cuya adquisición o uso no fuera previsible que debieran contar con conocimientos especializados equiparables a aquellos de los proveedores”¹⁰². Dicho precedente marca una nueva pauta específica que posibilita considerar como consumidor final a las personas jurídicas bajo ciertos supuestos.

Además, en los nuevos lineamientos sobre Protección al Consumidor, aprobados mediante Resolución N° 001-2006-LIN-CPC/INDECOPI, se ha señalado que “para ser considerado consumidor no es necesario ser el adquirente del bien o el contratante del servicio. En efecto, puede ser considerado consumidor aquel que disfruta o utiliza los mismos aunque no los hubiera adquirido. En ese sentido, una

¹⁰¹ ALDANA RAMOS, Edwin G. y Gagliuffi Piercechi, Ivo S., *La noción de consumidor final: el ámbito de aplicación subjetiva de la ley de protección al consumidor según el nuevo precedente de observancia obligatoria del Indecopi*, [Ubicado el 13.VI 2017]. Obtenido revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/download/11722/12284.

¹⁰² Resolución N° 0422 – 2004/TDC – INDECOPI, del 3 de octubre de 2003.

persona puede entrar en contacto con un bien o servicio de muchas maneras, sin que necesariamente lo haya adquirido directamente como propietario o sin que incluso medie una relación contractual con el proveedor. Como puede verse, bajo la lógica de las normas de protección al consumidor, la noción de consumidor no se restringe a la persona que adquirió el producto, sino que tiene un alcance mayor, una significación amplia, pudiendo abarcar a personas que, si bien no adquirieron el producto, disfrutaron de este, algo impensable bajo la lógica de la responsabilidad civil¹⁰³. Tal es el caso de los usuarios de líneas telefónicas no titulares de la misma.

El código bajo comentario tiene como finalidad proteger los derechos de las personas en su estatus de consumidor, mediante principios y normas reconocidos a nivel constitucional y legal. Así, se ha estipulado el principio pro consumidor en el artículo 5.2 del Título Preliminar del Código de Defensa y Protección del Consumidor, el cual genera en el Estado la obligación de ejercer una acción tuitiva a favor de los consumidores.

La Ley N° 29571, presentó también desde sus inicios no solo la tutela del consumidor, sino también la exigencia a los proveedores de servicios y productos idóneos, y del acceso a la información como derecho sustancial de los usuarios, dotándolo por tanto, de mecanismos para su protección, inmiscuyéndose muchas veces en los contratos celebrados entre las partes de la relación de consumo en aras de lograr un mayor equilibrio y ejerciendo función correctora, preventiva y finiquitando prácticas que vayan contra los intereses de los consumidores.

Por ello, el consumidor en la actualidad se ha constituido como uno de los principales elementos dentro de un mercado y por tanto un pilar fundamental para el desarrollo económica de la sociedad en general, no obstante, su protección y la ardua labor por parte del Estado en lograr su resguardar sus intereses, ha causado diversas controversias con distintos ámbitos del Derecho, especialmente con el Derecho Civil y las instituciones jurídicas que contiene.

En consecuencia, “el rol de los consumidores en el mercado es esencial. No es posible imaginar un sistema económico de este tipo sin entender que su figura central es el consumidor. El mercado existe por y para los consumidores. Nada

¹⁰³ Resolución N° 0082-2008/TDC – INDECOPI, del 21 de enero de 2008.

justifica en términos de su funcionamiento sin comprender su rol. El consumidor es soberano del mercado porque en el fondo el desarrollo no es otra cosa que aumentar el bienestar que atraviesan la sumatoria de los consumidores”¹⁰⁴. Siendo el mismo consumidor el protagonista principal de la cúspide estructural del Derecho del Consumidor, haciéndolo merecedor de tutela jurídica legal y constitucional.

Teniendo en claro lo mencionado, doctrinariamente se sostiene que existen dos formas de proteger al consumidor, estas son: directa o indirectamente. En cuanto a la protección indirecta, “alcanza todo el conjunto de medidas adoptadas o asumidas por los poderes públicos que puedan arrojar alguna consecuencia en la promoción o persecución del nuevo principio general del Derecho ..., en especial, la ordenación del mercado interior, libertad de la competencia, regulación de monopolios, política de precios ... La denominada protección directa, por su parte, se concibe y concreta en las actividades o medidas realizadas mediante la atribución de facultades, beneficios o derechos concretos en favor del consumidor”¹⁰⁵.

Algunos sostienen que “el Código de Defensa del Consumidor no tiene por objeto dirigirse al consumo, sino a las relaciones de consumo que involucran a todos aquellos que procuran bienes o servicios para atender sus necesidades y aquellos que los ofrecen”¹⁰⁶, esto es, una finalidad orientada a los sujetos que componen la relación de consumo.

Conviene precisar que dicha relación de consumo surge de un acto jurídico celebrado entre los sujetos que la componen dentro de un ámbito de consumo, pasándose a llamar acto de consumo.

Por lo que cabría definir “el acto de consumo como el acto jurídico (un contrato, casi siempre) que permite obtener un bien o servicio con vistas a satisfacer una necesidad personal o familiar. A diferencia del comerciante, a quien se exige la habitualidad, un acto de consumo aislado sería suficiente para calificar de

¹⁰⁴ SALAS VALDERRANA, Rodolfo A., *Derecho de los consumidores: la necesidad de un código de consumo en el Perú*, 2009 [Ubicado el 10.VI 2017]. Obtenido en <http://vlex.com/vid/consumidores-necesidad-codigo-peru-72362464>.

¹⁰⁵ LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, Op. Cit., p. 57.

¹⁰⁶ RINESSI, Antonio J., *Relación de consumo y derechos del consumidor*, ed., Buenos Aires, Editorial Astrea, 2006, p. 11.

consumidor al que lo realiza”¹⁰⁷, dicho acto, es celebrado entre un consumidor final y un proveedor de bienes o servicios.

En esa misma perspectiva, la relación de consumo no se detendrá solo en el consumidor en cuanto sujeto tutelado, sino en una relación – nacida por contrato o no – asentada en un acto que marca un desequilibrio a favor del proveedor de los bienes o servicios del consumo por el predominio profesional que presenta¹⁰⁸.

La Resolución N° 2348-2007/TDC – INDECOPI, menciona que “las relaciones de consumo protegidas por el Decreto Legislativo N° 716 se caracterizan por una situación de asimetría o desigualdad informativa entre los contratantes y un desequilibrio en el poder de negociación que es relativo cuando el contratante es otra empresa o proveedor. En ese sentido, el marco normativo surge para equilibrar la situación de desigualdad teniendo como respaldo el mandato contenido en el artículo 65° de la Constitución Política del Perú que consagra la defensa de los intereses de los consumidores. La finalidad de las normas de protección al consumidor es reducir la asimetría o desigualdad informativa que caracteriza las relaciones de consumo”¹⁰⁹.

García Sánchez, hace referencia a que no serán relaciones de uso o consumo, ni tampoco será posible afirmar la presencia de un consumidor o usuario “en el sentido legal en aquellos supuestos en los que el adquiriente se halla interesado en valores cuya adquisición pretende, no en cuanto a tales, sino en cuanto fuente directa o indirecta de nuevos y mayores valores de cambio, y porque vaya a proceder directamente su reintroducción en el mercado, sometidos o no a un previo proceso de transformación, ya porque los vaya a reintroducir en el mercado en forma indirecta, mediante su integración en el ejercicio de una actividad empresarial o profesional”¹¹⁰; esto es, que en cuanto los bienes adquiridos por una persona natural o jurídica sean para generar más utilidad, no podrá tenerseles como consumidores finales.

Partiendo de lo expuesto, los problemas en materia del consumidor, “por ser común a otros (a pobres y ricos, a fuertes y a débiles, a instruidos y a ignorantes, a habitantes de la ciudad del campo, a consumidores de productos de bienes de primera necesidad y a

¹⁰⁷ LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, *Op. Cit.*, p. 60.

¹⁰⁸ Cfr. RINESSI, Antonio J., *Op. Cit.*, p. 27.

¹⁰⁹ Resolución N° 2348-2007/TDC – INDECOPI, del 26 de noviembre de 2007.

¹¹⁰ GARCÍA SÁNCHEZ, David, *La noción de consumidor*, 2012 [Ubicado el 10.VI 2017]. Obtenido en <https://vlex.com.pe/vid/consumidor-465718882>.

consumidores de bienes suntuarios), concierne genéricamente a la persona, cuya noción ha sido puesta en el primer plano en el derecho moderno. Por eso, seguramente, las disposiciones propias de los contratos de consumo, emplazadas originariamente en estatutos particulares, van siendo incorporadas a los códigos civiles. La fuerza expansiva de este derecho deriva no sólo en razón de la protección del individuo particular en el mercado, sino que se está convirtiendo en protección del individuo particular”¹¹¹.

No obstante, en nuestro Código Civil, aun no se han incluido instituciones propias del Derecho del Consumidor, ni mucho menos normativas legales pro usuario, existiendo en la realidad discordias entre leyes del derecho civil y leyes del derecho bajo análisis.

De esta forma, el contrato de consumo se entiende “como aquel en el cual una de las partes es un consumidor, y que por tanto disciplina una relación de consumo”¹¹². Esta noción, se encuentra en concordancia con lo dispuesto en el artículo 45 del Código de Defensa y Protección del consumidor: “el contrato de consumo tiene como objeto una relación jurídica patrimonial en la cual intervienen un consumidor y un proveedor para la adquisición de productos o servicios a cambio de una contraprestación económica”.

En la resolución de la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) de Colombia del 2103, citada por Rubio Escobar, se menciona que “en otras ocasiones las específicas normas de protección al consumidor amplían o modifican principios del ordenamiento civil, en aras de otorgarle ventajas adicionales al consumidor ... Y es que el campo del derecho privado, la ley se limita a regular las relaciones entre particulares, relaciones que se presumen de igualdad, mientras que las normas de protección al consumidor buscan mitigar la asimetría, reconocida por la jurisprudencia, entre el consumidor y el productor o proveedor de los bienes o servicios que aquél adquiere ... Eso explica el hecho de que en materia de derecho privado, acreedor y deudor puedan, en ejercicio de su autonomía particular, derogar normas supletorias – como las previsiones contractuales que excluyen la responsabilidad por vicios redhibitorios –, a diferencia de lo que ocurre con las normas de protección al consumidor, que pueden ser ampliadas en beneficio del consumidor pero jamás restringidas”¹¹³.

¹¹¹ RINESSI, Antonio J., Op. Cit., p. 29.

¹¹² RINESSI, Antonio J., Op. Cit., p. 32.

¹¹³ RUBIO ESCOBAR, Jairo, *Derecho de los mercados*, 1ª ed., Colombia, Legis, 2007, p. 478.

He aquí, uno de los principales problemas que converge entre el Derecho del Consumidor y el Derecho Civil, en tanto los principios civiles y las figuras jurídicas del mismo se encuentran limitados por principios como el de “corrección de asimetría” establecido en el numeral 5 del artículo V del Título Preliminar de la Ley N° 29571, el cual estipula que “las normas de protección al consumidor buscar corregir las distorsiones o malas prácticas generadas por la asimetría informativa o la situación de desequilibrio que se presente entre los proveedores y consumidores”.

Sin embargo, es menester mencionar que existe un segundo parámetro para la protección del consumidor final expuesto por la jurisprudencia del INDECOPI, en tanto existe un silencio de la actual legislación para determinar quiénes deben ser considerados como consumidores finales merecedores de tutela en el ordenamiento jurídico peruano.

La Resolución N° 085 – 96 – TDC/INDECOPI, agrega a la tutela del consumidor final un segundo parámetro, este es, la razonabilidad que deberá ostentar todo consumidor en el marco de una relación de consumo: “De acuerdo a lo establecido en la primera parte del artículo 8 del Decreto Legislativo 716, se presume que todo proveedor ofrece como una garantía implícita, que el bien o servicio materia de la transacción comercial con el consumidor es idóneo para los fines y usos previsibles para los que normalmente se adquieren éstos en el mercado, según lo que esperaría un consumidor razonable, considerando las condiciones en las cuales los productos fueron adquiridos o los servicios contratados, lo que comprende el plazo de duración razonablemente previsible de los bienes vendidos. Sin embargo, si las condiciones y términos puestos en conocimiento del consumidor o que hubieran sido conocibles usando la diligencia ordinaria por parte de este, contenidos en los documentos, envases, boletas, recibos, garantías o demás instrumentos a través de los cuales se informa al consumidor excluyen o limitan de manera expresa los alcances de la garantía implícita, estas exclusiones o limitaciones serán oponibles a los consumidores”.

En esa misma perspectiva, “hablar de un consumidor razonable no es hablar de un consumidor experto o excesivamente exigente y cuidadoso. No es un consumidor racional, calculador y frío capaz de analizar con detalle todas las

alternativas como si fuera una calculadora. Por el contrario, es una persona que actúa con la diligencia ordinaria que se le puede exigir a cualquier persona según las circunstancias”¹¹⁴, esto es, se le pide al consumidor que ejerza actos razonables y no negligentes en su comportamiento dentro del mercado.

Será consumidor razonable aquella persona que actúa diligentemente en el mercado y bajo una responsabilidad promedio, esto es, “que procura encontrarse informado para adoptar una decisión de consumo. Además, compara productos y servicios sobre la base de la información obtenida, lo cual es socialmente adecuado en la medida que promueve conductas eficientes en el mercado. Es importante resaltar que no debe protegerse al consumidor descuidado o negligente, pues ello sólo generaría la promoción de conductas ineficientes en el mercado que elevarían significativamente los costos de transacción, ya que se consagraría una garantía de protección al consumidor contra su propia falta de responsabilidad o diligencia”¹¹⁵.

En cuanto al proveedor – su definición “no sólo se circunscribe a quien finalmente vendió el bien o servicio, sino a cada uno de los intervinientes en la cadena producción – consumo, entendiéndose por ésta al conjunto de personas jurídicas o naturales, de derecho público o privado, que facilitan el traslado de un producto o servicio desde el fabricante hasta el consumidor final, en el territorio nacional. Sin embargo, la Ley es clara en precisar que se requiere de la habitualidad para que un proveedor sea considerado como tal. La Sala de Defensa de la Competencia estableció que no son proveedores aquellos que venden bienes o prestan servicios de manera ocasional”¹¹⁶. Esto no implica un número mínimo de transacciones para que un proveedor sea considerado como habitual, sino que la actividad que realice sea de manera común y reiterada de tal forma que pueda presumirse que se desarrolla para continuar en el mercado, de conformidad con lo dispuesto por el numeral 8 del artículo IV del Título Preliminar del Código de Protección y Defensa del Consumidor.

¹¹⁴ BULLARD, Alfredo, ¿Es el consumidor un idiota? El falso dilema entre el consumidor razonable y el consumidor ordinario, [ubicado el 10.VI. 2017]. Obtenido en <http://revistas.indecopi.gob.pe/index.php/rcpi/article/viewFile/114/110>.

¹¹⁵ ROJAS KLAUER, Carlos, *El alcance del deber de información en materia de protección al consumidor: un replanteamiento desde el derecho y economía conductual y el neuromarketing*, 2012 [Ubicado el 10.VI 2017]. Obtenido en <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/9014/9423>.

¹¹⁶ ESPINOZA ESPINOZA, Juan, Op. Cit., pp. 38 – 39.

Así, el artículo 2 del Código de Protección del Consumidor, especifica que son proveedores: “Las personas naturales o jurídicas, de derecho público o privado, que de manera habitual fabrican, elaboran, manipulan, acondicionan, mezclan, envasan, almacenan, preparan, expenden, suministran productos o prestan servicios de cualquier naturaleza a los consumidores. En forma enunciativa y no limitativa se considera proveedores a: 1. Distribuidores o comerciantes.- Las personas naturales o jurídicas que venden o proveen de otra forma al por mayor, al por menor, productos o servicios destinados finalmente a los consumidores, aun cuando ello no se desarrolle en establecimientos abiertos al público. 2. Productores o fabricantes. - Las personas naturales o jurídicas que producen, extraen, industrializan o transforman bienes intermedios o finales para su provisión a los consumidores. 3. Importadores.- Las personas naturales o jurídicas que importan productos para su venta o provisión en otra forma en el territorio nacional. 4. Prestadores.- Las personas naturales o jurídicas que prestan servicios a los consumidores”¹¹⁷.

Diversas resoluciones de la Sala de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, ha señalado que “la definición de proveedor no exige que este lleve a cabo sus actividades en establecimientos abiertos al público o atendiendo necesariamente a una finalidad lucrativa, sino que basta con que preste servicios de manera habitual a cambio de una contraprestación económica para ser considerado como tal”¹¹⁸, recalando que la habitualidad no hace referencia a un número de transacciones realizadas como exige del Código Tributario peruano, sino mas bien, a la permanencia en la prestación de servicios u ofrecimiento de productos.

Así mismo, la citada Sala ha manifestado pertinente sostener que “la definición de proveedor es bastante amplia en la ley a fin de evitar que una eventual conducta perjudicial para los consumidores escape a su aplicación. En este sentido, la expresión persona jurídica no requiere de mayor calificación, sin importar por ello si los fines que se la orientan son de naturaleza lucrativa o no, siempre que presten servicios de manera habitual a cambio de una contraprestación

¹¹⁷ Código de Protección de Defensa del Consumidor.

¹¹⁸ Resolución N° 0354-2004/TDC – INDECOPI, del 11 de agosto de 2004.

económica”¹¹⁹, y demuestren su disposición en la permanencia dentro del mercado.

Por ello, en el ámbito de protección del consumidor dentro el ordenamiento jurídico peruano, resulta relevante determinar la existencia o no de una relación jurídica de consumo, para lo cual deberán darse los siguientes supuestos taxativos: “que exista un consumidor o usuario o destinatario final, que exista un proveedor y, finalmente, que exista un producto o servicio materia de una transacción”¹²⁰. Ello, en concordancia con lo dispuesto en numeral 5 del artículo IV de la Ley N° 29571.

Sin embargo, a nivel normativo el Código de Protección y Defensa del Consumidor – aunque relativamente nuevo – establece principios acorde a la realidad económica de nuestro país, los cuales han generado grandes repercusiones limitativas a los clásicos principios del Derecho Civil.

Frente a lo explicado, recalamos que lo pretendido por el citado cuerpo legal es el correcto goce de los derechos del consumidor, estableciendo además instrumentos necesarios para su protección, en tanto la finalidad de la Ley N° 29571 obedece a un interés general y de orden público nacional.

2.2.3. Derecho a la información y a la idoneidad del consumidor

El derecho a la información y el deber de idoneidad que tiene el consumidor, han sido y son considerados pilares fundamentales en el Derecho del Consumidor, en tanto encuentran de tutela constitucional.

En ese orden de ideas, estudiaremos a detalle cómo se les debe entender, de qué forma han sido regulados en nuestro ordenamiento jurídico, y la importancia que tienen en la consolidación de una relación de consumo.

A.- Derecho a la información en el Derecho del Consumidor

Hemos mencionado en párrafos anteriores, que el proveedor cuenta con cierta ventaja informativa y el Código del Consumidor busca corregir dicha asimetría

¹¹⁹ Resolución N° 0536-2004/TDC – INDECOPI, del 29 de septiembre de 2004.

¹²⁰ Resolución N° 0017-2004/TDC – INDECOPI, del 21 de enero de 2004.

informativa, en tanto “el proveedor —de acuerdo con el dinamismo de las transacciones comerciales que se realizan a diario en el mercado— es el que mejor informado está, situación que si bien le ayuda a ofrecer sus productos y servicios de manera más competitiva, hay circunstancias en que puede terminar perjudicando los intereses y derechos del consumidor”¹²¹, pudiendo abusar del mismo a través de su publicidad, cláusulas abusivas y cláusulas por adhesión.

Se tiene entonces que “en toda relación de consumo – entendiendo por esta aquella en la cual un proveedor realiza una transacción comercial por un producto o servicio con un consumidor o destinatario final – el consumidor, a pesar de ser quien mejor sabe qué le interesa, no necesariamente tiene a su disposición la información que le permita adoptar las decisiones más convenientes. Existe un problema de asimetría informativa entre proveedores y consumidores que puede llegar a generar distorsiones que pongan al consumidor en la incapacidad de elegir soluciones adecuadas”¹²².

De esta manera, se ha llegado a sostener tanto a nivel doctrinario como a nivel legislativo, el reconocimiento al derecho de la información como uno de los pilares fundamentales de la protección al consumidor.

Todo esto, debido a que la información entregada al consumidor por parte del proveedor, constituye un aspecto esencial en la etapa pre contractual del contrato, ya que determinará la decisión de consumir o no lo ofrecido, sumado a la expectativa con respecto a lo que debe recibir por parte del proveedor del producto o servicio y, finalmente, lo que el consumidor podría exigir como contrapartida al precio pagado o al compromiso asumido por el proveedor¹²³.

Así, la información es el gran móvil de los tiempos modernos, por lo que traemos a acotación la importancia que tiene en el mundo económico; “el Derecho recoge y regula, imperativo de la buena fe – lealtad en las relaciones negociables. La información es fundamental en todas las etapas de la negociación, desde los preliminares hasta la extinción del contrato”¹²⁴, pues incluso dentro de una

¹²¹ VILELA CARBAJAL, Jorge E., *Op. Cit.*, p. 19.

¹²² Resolución N° 0102-2008/TDC – INDECOPI, del 23 de enero de 2008.

¹²³ Cfr. NORTHCOTE SANDOVAL, Cristhian, *Derecho de los consumidores en el sector inmobiliario, financiero y servicios públicos regulados*, 1ª ed., Perú, Instituto Pacífico, 2014, p. 13.

¹²⁴ MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Defensa del consumidor*, 2ª ed., Argentina, Rubinzal – Culzoni Editores, 2003, p. 27.

relación civil, la falta de información acarrea vicios en la voluntad, susceptibles de anulación.

Ello, en concordancia con el deber de buena fe exigido en la celebración de contratos en el artículo 1362¹²⁵ del Código Civil Peruano, y de acuerdo a los principios del Código de Protección del Consumidor: “Principio de Buena Fe.- En la actuación en el mercado y en el ámbito de vigencia del presente Código, los consumidores, los proveedores, las asociaciones de consumidores, y sus representantes, deben guiar su conducta acorde con el principio de la buena fe de confianza y lealtad entre las partes. Al evaluar la conducta del consumidor se analizan las circunstancias relevantes del caso, como la información brindada, las características de la contratación y otros elementos sobre el particular”, en tanto “no hay duda de que la buena fe es un deber legal, pero cuando se celebra un contrato, nace un deber contractual de buena fe con un valor jurídico único y concreto aplicable al contrato en particular”¹²⁶, además de ser principio rector de toda relación jurídica contractual.

Consideramos a la información como “tema central, casi obsesivo, recurrente en la ley de protección, puesto que no se puede prescindir del desconocimiento medio, ordinario o general de los consumidores. El deber de información deviene en instrumento de tutela de consentimiento en tanto otorga al consumidor la posibilidad de reflexionar adecuadamente al momento de celebrar el contrato. La falta de la información pertinente impide que los compradores puedan conocer y asumir todas las características y consecuencias de la operación que se van a concretar. Aquí no interesa si la operación puede o no ser jurídicamente viable. Lo que aquí está en juego es la información de recibir, a fin de que al momento de adquirir el bien tenga pleno conocimiento de las características esenciales del inmueble ofrecido en venta”¹²⁷.

La información, como deber se transformará a su vez en derecho, entendido como “la obligación a cargo de los proveedores para brindar a los consumidores

¹²⁵ Código Civil Peruano:

Artículo 1362.- LA BUENA FE EN EL ITER CONTRACTUAL

Los contratos deben negociarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes.

¹²⁶ MORALES HERVIAS, Rómulo, *Los contratos con deberes de protección: a propósito de la vinculación entre el derecho constitucional y el derecho civil*, 2013 [Ubicado el 10.VI 2017]. Obtenido en <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r32496.pdf>.

¹²⁷ GUERSI, Carlos y WEINGARTEN, Cecilia, *Defensa del consumidor*, 1ª ed., Argentina, Editorial Jurídica Nova Tesis, 2005, pp. 33 – 36.

la información adecuada o necesaria a efectos de que éstos adopten una decisión de consumo adecuada a sus intereses y, asimismo, sea debidamente informado por el proveedor sobre el producto adquirido o el servicio contratado durante la vigencia de la relación contractual entre ellos”¹²⁸. Se pretende entonces que la asimetría informativa dentro de una relación de consumo sea en su mayor parte equilibrada.

Bajo esta perspectiva, el consumidor tiene el “derecho a recibir de los proveedores la información necesaria para tomar una decisión o realizar una elección adecuadamente informada en la adquisición de productos y servicios, así como para efectuar un uso o consumo adecuado de los productos o servicios”¹²⁹.

Así mismo, la Sala de Defensa de la Competencia ha sostenido que “el derecho a la información de los consumidores y la obligación de los proveedores a prestarla de manera veraz, suficiente y apropiada, se refiere a aquella información indispensable para que un consumidor tome una adecuada decisión de consumo”¹³⁰, exigiendo información relevante que nos permita evitar caer en una exhaustividad irrefutablemente inútil.

Es decir, “aquella información que un consumidor consideraría relevante para poder decidir entre uno u otro producto o servicio, o simplemente si adquiere un determinado producto o servicio o no. También está referida a la información requerida por un consumidor para utilizar de manera adecuada el producto o servicio que adquiere”¹³¹.

Respecto a la característica de relevante, su importancia radica en el conocimiento de un hecho y la influencia que pueda ejercer sobre un consumidor razonable para que realice o no un acto de consumo.

¹²⁸ ROJAS KLAUER, Carlos, *El alcance del deber de información en materia de protección al consumidor: un replanteamiento desde el derecho y economía conductual y el neuromarketing*, 2012 [Ubicado el 10.VI 2017]. Obtenido en <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/9014/9423>.

¹²⁹ VEGA MERE, Yuri, Op. Cit., p. 95.

¹³⁰ Resolución N° 0536-2004/TDC – INDECOPI, del 29 de septiembre de 2004.

¹³¹ Resolución N° 0536-2004/TDC – INDECOPI, del 29 de septiembre de 2004.

La información, “permite una elección suficientemente consciente y racional de parte de los consumidores. El tema se vincula con la asimetría informativa que existe en los mercados y que tiende a ser combatida debido a la imperfección de los mercados para ofrecer todos los datos esperables del mismo”¹³², ello en aras de buscar el mayor equilibrio contractual posible.

Una postura contraria, planteada por Quintana Livia, y a la cuál nos adscribimos en el presente trabajo es aquella que considera la no posibilidad por parte del productor o comercializador de un bien o servicio para la prestación de toda la información posible en un mundo globalizado, pues ello implicaría un costo que probablemente excedería el valor del bien mismo¹³³, además de la falta de capacidad por parte del consumidor para procesar y entender toda la información brindada por el proveedor; de allí la necesidad de matizar el principio, derecho y deber de información a la característica de “relevante”.

De esta forma, el cuerpo normativo peruano “se apoya en la idea del consumidor soberano, propia del *common law*, en donde lo relevante para la tutela del consumidor es la información que se le pueda dar”¹³⁴, y que de no otorgársele, acarrearía consigo una responsabilidad contra el proveedor que prestó el bien o servicio.

“Esta obligación implica que los proveedores deben poner a disposición de los consumidores toda la información relevante respecto a los términos y condiciones de los productos o servicios ofrecidos, de manera tal que pueda ser conocida por un consumidor de manera sencilla. El acceso a información tiene como uno de sus fines permitir el uso o consumo adecuado de los productos o servicios. Por tanto, el deber de información de los proveedores no se limita a la etapa previa a la suscripción del contrato, sino que se extiende durante la ejecución de contratos de tracto sucesivo, es decir, aquéllos en los cuales su ejecución se prolonga en el tiempo, como ocurre con los contratos de depósitos de ahorros, o de créditos”¹³⁵.

¹³² VEGA MERE, Yuri, *Op. Cit.*, p. 95.

¹³³ Cfr. QUINTANA LIVIA, Rosa, *Consumidor razonable*, [Ubicado el 10.VI 2017]. Obtenido en <https://vlex.com.pe/vid/consumidor-razonable-51675142>.

¹³⁴ MERINO ACUÑA, Roger A., *Contratos de consumo e idoneidad de los productos y servicios en la jurisprudencia del Indecopi*, 1ª ed., Perú, Gaceta Jurídica, 2008, p 29.

¹³⁵ Resolución N° 1863-2016/CC1, del 9 de septiembre de 2016.

El sustento legal de lo mencionado, lo encontramos en La Ley N° 29571, publicada el 2 de septiembre de 2010, “Artículo 1º.- Derechos de los consumidores 1.1 En los términos establecidos por el presente Código, los consumidores tienen los siguientes derechos: (...) b. Derecho a acceder a información oportuna, suficiente, veraz y fácilmente accesible, relevante para tomar una decisión o realizar una elección de consumo que se ajuste a sus intereses, así como para efectuar un uso o consumo adecuado de los productos o servicios”.

La relevancia de dicha información se encuentra en el artículo siguiente al precitado, “Artículo 2º.- Información relevante 2.1 El proveedor tiene la obligación de ofrecer al consumidor toda la información relevante para tomar una decisión o realizar una elección adecuada de consumo, así como para efectuar un uso o consumo adecuado de los productos o servicios. 2.2 La información debe ser veraz, suficiente, de fácil comprensión, apropiada, oportuna y fácilmente accesible, debiendo ser brindada en idioma castellano (...)”.

Por ello, dentro de una relación de consumo al igual que en una relación común, la información relevante brindada por parte del proveedor resulta de vital importancia para celebrar el acto de consumo, llevando consigo a la corrección de la asimetría informativa¹³⁶ en caso se viole el derecho a la información relevante que tiene todo consumidor.

B.- Deber de idoneidad en el Derecho del Consumidor

Algunos autores, sostienen que la historia de la idoneidad como deben en el marco de un sistema pro-consumidor tuvo desarrollo no tanto legislativa, sino jurisprudencial, ya que la mayoría de los casos suscitados tenían como causal la inobservancia de este deber.

¹³⁶ Código de protección y defensa del consumidor

Art. V.- Principios: Art. 4: Principio de Corrección de la Asimetría.- Las normas de protección al consumidor buscan corregir las distorsiones o malas prácticas generadas por la asimetría informativa en la situación de desequilibrio que se presente entre los proveedores y consumidores, sea en la contratación o en cualquier otra situación relevante, que coloquen a los segundos en una situación de desventaja respecto de los primeros al momento de actuar en el mercado.

El Código de Protección y Defensa del Consumidor, en su artículo 18 define a la idoneidad como la “correspondencia entre lo que un consumidor espera y lo que efectivamente recibe, en función a lo que se le hubiera ofrecido, la publicidad e información transmitida, las condiciones y circunstancias de la transacción, las características y naturaleza del producto o servicio, el precio, entre otros factores, atendiendo a las circunstancias del caso.

En ese mismo lineamiento, la Resolución 1008-2013/SDC-INDECOPI de fecha 25 de abril de 2013, menciona que “el deber de idoneidad debe ser entendido como la obligación de brindar productos que correspondan a las características ofrecidas y aquellas esperadas por el consumidor”¹³⁷.

Similar concepción encontramos en el fundamento décimo tercero del Exp. 004616-2008: “la falta de idoneidad en el servicio implica la falta de coincidencia entre lo que el consumidor espera y lo que el consumidor recibe, esto es, determinar si el consumidor razonable recibió lo que esperaba, sobre la base de lo que se le informó, por tanto, al momento de analizarse la idoneidad del producto o servicio deberá tenerse en cuenta lo ofrecido por el proveedor y la información brindada, acorde a lo preceptuado por el artículo 8 de la Ley de Protección al Consumidor”¹³⁸.

Lo sostenido en el pronunciamiento anteriormente citado, no es mas que la consagración del deber del proveedor de entregar o brindar lo esperado por el consumidor, no aprovechando el estado de vulnerabilidad en la que se encuentra éste. Esto trae a considerar que “la idoneidad del bien o servicio objeto de la prestación hacen parte del contenido de la obligación principal”¹³⁹.

Por ello, “el Deber de Idoneidad, por su lado, refiere a que los proveedores deben entregar los bienes y prestar los servicios tal cual como ellos se comprometieron por medio de su oferta. La justificación de este deber es que si propuso una oferta en el mercado, la que fue más atractiva para los consumidores entre todos

¹³⁷ Resolución 1008-2013/SDC-INDECOPI, del 25 de abril de 2013.

¹³⁸ Expediente N° 004616 – 2008, del 12 de abril de 2010.

¹³⁹ OVIEDO VÉLEZ, Manuel y MORENO VÁSQUEZ, Mauricio, “Remedios del consumidor frente a fallas de calidad e idoneidad del producto”, *Revista de Derecho Privado*, N° 5, Enero 2014, p. 8.

sus competidores, debe ser cumplida a cabalidad, puesto que, hubo un factor determinante en la oferta que los hizo inclinarse por ella”¹⁴⁰. Esta correspondencia entre lo ofrecido y lo entregado por el proveedor, se configura como una garantía para el consumidor.

Así, “el deber de idoneidad constituye la obligación de todo proveedor el cumplir con los ofrecimientos efectuados al consumidor y con las expectativas de este, con respecto a la calidad, uso, duración, origen, contenido y demás características de los productos o del servicio contratado; teniendo como límite de tal obligación precisamente lo ofrecido, negociado y contratado. De modo que las medidas correctivas que adopta la empresa proveedora, como la reparación o la reposición del producto, constituyen acciones residuales que resuelven el problema o perjuicio causado al consumidor por el defecto en el producto que se adquirió, pero ello, no elimina la responsabilidad del proveedor quien debió cumplir con su deber de idoneidad y entregar un bien libre de defectos, tal como se le ofreció y conforme a las expectativas del consumidor; lo contrario sería permitir que una empresa entregue productos sin un adecuado control de calidad, sometiendo a los consumidores a reclamar por los desperfectos de un producto que debió ser entregado sin problemas en su funcionamiento”¹⁴¹.

El jurista Rodríguez García, considera que la idoneidad debe ser analizada desde distintas etapas. En la primera etapa, se construye un “Modelo de Referencia de Idoneidad sobre la base de ciertas variables (garantías). En segundo término, se organiza aquello que ocurrió en la realidad, es decir, lo que el consumidor recibió en los hechos. Finalmente, se compara lo que se aprecia en la realidad con el contenido del Modelo de Referencia de Idoneidad. Si existe identidad entre lo real y el modelo de referencia, no existirá infracción al deber de idoneidad. Si existen discrepancias, el consumidor razonable no habrá recibido lo que razonablemente esperaba y eso acarreará las responsabilidades que correspondan en el proveedor”¹⁴², aspecto fundamental que será esencial para determinar la calificación jurídica que deberá dársele a la cláusula *ad corpus* dentro de una relación de consumo.

¹⁴⁰ SALAS VALDERRAMA, Rodrigo A., “Derecho de los consumidores: la necesidad de un código de consumo en el Perú”, *Consumo & Legal*, N° 40, Noviembre 2009, S/N.

¹⁴¹ Expediente N° 002570 – 2015, del 25 de setiembre de 2017.

¹⁴² RODRÍGUEZ GARCÍA, Gustavo M., *El apogeo y decadencia del deber de idoneidad en la jurisprudencia peruana de protección al consumidor*, 2014 [Ubicado el 10.VI 2017]. Obtenido en <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/10876/11381>.

Existe un precedente vinculante conocido como caso *Tori vs. Kourus*, en el cual surgió por la denuncia interpuesta por el señor Humberto Tori Fernández contra Kouros E.I.R.L. ante la Comisión de Protección al Consumidor, en tanto que uno de “los zapatos de cuero del par que compró a dicha empresa por S/. 65.54, se rompió en la parte superior luego de sólo dos meses de uso, lo que constituiría una violación a las normas sobre protección al consumidor”¹⁴³ ; donde el Tribunal del INDECOPI consideró que dichos zapatos no eran idóneos por no cumplir con las garantías implícitas que en teoría el proveedor ofreció en su momento, de lo que concluyó que ningún consumidor razonable imaginaría que un zapato comprado se desgastarían rápidamente.

Es así, que en la Resolución N° 085 – 96 – TDC se establecieron tres supuestos de observancia obligatoria en relación con la idoneidad del producto o servicio. Así, se estableció:

“La garantía implícita no implica que el proveedor deba responder cuando el producto no ofrece la mejor calidad posible. Ello podría, en última circunstancia, perjudicar a los propios consumidores, pues los proveedores se verían obligados a colocar en el mercado productos a mayores precios para responder a dicha calidad ideal ... En tal sentido la garantía implícita a la que se refiere esta Sala es la obligación de responder cuando el bien o servicio no es idóneo para los fines y usos previsibles para los que normalmente se adquieren o contratan éstos en el mercado, debiendo considerarse para ello las condiciones en las cuales los productos fueron adquiridos o los servicios contratados... En el caso de un zapato de cuero, es de esperar que el mismo sea idóneo para ser utilizado como calzado, teniendo una duración mínimamente razonable, dada las circunstancias que rodean su adquisición...”¹⁴⁴.

Por lo que podemos entender, que la garantía implícita indica la expectativa que el consumidor razonable tiene respecto a las características que presenta – implícitamente - el objeto materia de contrato.

En cuanto a las garantías explícitas, se entienden como las características y condiciones expresamente informadas por el proveedor en el ofrecimiento del producto.

¹⁴³ Resolución N° 085 – 96 – TDC, del 30 de noviembre de 1996.

¹⁴⁴ Resolución 085-96-TDC/INDECOPI de fecha 13 de noviembre de 1996.

Así, “en caso de surgir un conflicto entre una garantía implícita y una garantía explícita se considera que prima la garantía explícita, sea porque esta ofreció más de lo que esperaría el consumidor, o sea que esta ofreció menos, en cuyo caso se considerará que si el consumidor fue adecuadamente informado no podrá exigir más de aquello que le ofrecieron expresamente. A ello se añade una tercera coordenada no incluida en el precedente, que es la garantía legal. Si la ley manda un estándar o característica que el bien debe tener necesariamente y contra el que no cabe pactar, no cabe que este sea desplazado por la garantía explícita. El modelo de idoneidad incorpora todas las características y garantías que la ley ordena. Por ejemplo, una norma técnica obligatoria que indica las características que debe reunir el cemento no puede ser dejada de lado por medio de un pacto...”¹⁴⁵.

La Resolución N° 1337-2005/TDC – INDECOPI, del 7 de diciembre de 2005 sostiene que “se producirá un supuesto de falta de idoneidad cuando no exista coincidencia entre lo que el consumidor espera y lo que el consumidor recibe, pero a su vez lo que el consumidor espera dependerá de la calidad y cantidad de la información que ha recibido del proveedor, por lo que en el análisis de idoneidad corresponderá analizar si el consumidor recibió lo que esperaba sobre la base de lo que se le informó. El derecho del consumidor gira sobre la base de los estándares de la información y de la idoneidad. La idoneidad está referida a las condiciones de comercialización de un bien o la prestación de un servicio, las mismas que deben permitir que se cumpla aquello que el proveedor ha ofertado. De manera que un consumidor espera recibir un bien o un servicio que colme

¹⁴⁵ Código de Protección y Defensa del Consumidor:

Artículo 20.- Garantías

Garantías Para determinar la idoneidad de un producto o servicio, debe compararse el mismo con las garantías que el proveedor está brindando y a las que está obligado. Las garantías son las características, condiciones o términos con los que cuenta el producto o servicio. Las garantías pueden ser legales, explícitas o implícitas: a. Una garantía es legal cuando por mandato de la ley o de las regulaciones vigentes no se permite la comercialización de un producto o la prestación de un servicio sin cumplir con la referida garantía. No se puede pactar en contrario respecto de una garantía legal y la misma se entiende incluida en los contratos de consumo, así no se señale expresamente. Una garantía legal no puede ser desplazada por una garantía explícita ni por una implícita. b. Una garantía es explícita cuando se deriva de los términos y condiciones expresamente ofrecidos por el proveedor al consumidor en el contrato, en el etiquetado del producto, en la publicidad, en el comprobante de pago o cualquier otro medio por el que se pruebe específicamente lo ofrecido al consumidor. Una garantía explícita no puede ser desplazada por una garantía implícita. c. Una garantía es implícita cuando, ante el silencio del proveedor o del contrato, se entiende que el producto o servicio cumplen con los fines y usos previsibles para los que han sido adquiridos por el consumidor considerando, entre otros aspectos, los usos y costumbres del mercado.

aquellas expectativas por las cuales ha pagado y se le han ofrecido, por lo que cualquier situación contraria dependiente del proveedor, supone una falta de idoneidad”¹⁴⁶, resolución que sostiene una posición uniforme y correcta en concordancia con posiciones anteriormente adoptados por el INDECOPI, constituyéndose como fundamentos que velan por las normas de orden público del Código de Protección del Consumidor.

En razón a lo expuesto, debemos entender al deber de idoneidad como aquella obligación que tiene el proveedor de cumplir en su mayor cabalidad lo ofrecido al consumidor y bajo las expectativas que espera éste; debiendo existir correspondencia material del bien o servicio con los términos del contenido del contrato.

Por lo que consideramos que tanto los problemas de información como de idoneidad pertenecen a dos caras de la misma moneda, en el cual el INDECOPI ha tratado de establecer criterios únicos a nivel jurisprudencial¹⁴⁷, es por ello que, “todo proveedor ofrece una garantía sobre la idoneidad de los bienes y servicios que ofrece en el mercado, lo anterior en función de la información que traslada a los consumidores de manera expresa o tácita”¹⁴⁸. Siendo el derecho a la información y el deber de idoneidad los pilares fundamentales del Derecho del Consumidor en general.

Asimismo, el Tribunal Constitucional y el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, han tenido un papel fundamental en el establecimiento de criterios para los casos en donde se vulneran derechos de los consumidores, interpretando y desarrollando los derechos, principios y deberes regulados la Ley N° 29571.

En el presente capítulo, hemos podido observar que el nacimiento del Derecho del Consumidor, es expresión de una sociedad donde el capitalismo y los contratos modernos someten constantemente a los consumidores a cláusulas o

¹⁴⁶ Resolución N° 1337-2005/TDC – INDECOPI, del 7 de diciembre de 2005.

¹⁴⁷ Cfr. BULLARD, Alfredo, ¿Es el consumidor un idiota? El falso dilema entre el consumidor razonable y el consumidor ordinario, [ubicado el 10.VI. 2017]. Obtenido en <http://revistas.indecopi.gob.pe/index.php/rcpi/article/viewFile/114/110>.

¹⁴⁸ Resolución N° 0037-2017/CC, del 11 de enero de 2017

condiciones donde la autonomía privada y la libertad contractual no tienen campo alguno de actuación, exigiendo al Estado un papel activo para la tutela tanto a nivel constitucional como legal de los derechos e intereses de quienes se encuentran dentro de una relación de consumo, pues la desventaja que presentan los consumidores frente a la parte económica más fuerte cada vez es más evidente.

CAPÍTULO 3

LA COMPRAVENTA *AD CORPUS* EN LA REALIDAD PERUANA

CAPÍTULO 3

LA COMPRAVENTA AD CORPUS EN LA REALIDAD PERUANA

El incremento de la protección al consumidor ha irradiado en diversos ámbitos del ordenamiento jurídico peruano, especialmente al Derecho Civil, generando ciertas discrepancias entre la normativa dispuesta por el Código Civil y lo estipulado por el Código de Protección y Defensa del Consumidor.

Es bajo este escenario donde los clásicos principios de autonomía privada, libertad contractual y buena fe que rigen en la contratación inmobiliaria entre los particulares encuentran nuevos límites al hallarse en una relación de consumo, tal es el caso de la obligación dar y entregar un bien determinado bajo ciertas características, precio y cláusulas como lo es la compraventa de bien inmueble “*ad corpus*”.

En el presente capítulo, haremos un análisis de la adquisición de la compraventa *ad corpus* para establecer la naturaleza jurídica que presenta. Para ello, estudiaremos en primer lugar los aspectos generales del contrato de compraventa y la definición de cláusula abusiva, en tanto la mayoría de contratos inmobiliarios dentro de una relación de consumo, además de ser estandarizados, suelen contener condiciones leoninas. Finalmente, daremos solución a la interrogante que motivó el inicio de esta investigación, y comprobar consecuentemente la hipótesis planteada.

3.1.- Aspectos generales del contrato de compraventa

Determinar la naturaleza jurídica de la modalidad “*ad corpus*” implica estudiar previamente los aspectos generales del contrato de compraventa y las características que éste presenta.

Históricamente, podemos afirmar que la institución jurídica de la compraventa tiene un origen romano, ya que “en la ley de las XII Tablas, según nos dice Justiniano (Inst., 2.1.41) ... la aparición de la compraventa como figura propiamente contractual debió haber ocurrido alrededor del siglo II a. C”¹⁴⁹, su regulación marcó el inicio de innumerables modalidades de compraventa, tal es el caso de la compraventa de bien inmueble con cláusula *ad corpus*.

En ese sentido, se sostiene que “de entre todos los contratos, la compraventa es el más frecuente en la vida diaria, por lo que tradicionalmente se le ha considerado un contrato – tipo, y parte de sus preceptos se aplican, en principio (y con las precisas adaptaciones), a los demás contratos en que existen prestaciones recíprocas”¹⁵⁰; por ello, el contrato de compraventa es uno de los principales instrumentos que permiten agilizar la vida económica – patrimonial de las personas.

Nuestro Código Civil, se ha limitado a establecer en su artículo 1529 al contrato de compraventa como aquel por el cual el vendedor se encuentra obligado a transferir la propiedad de un bien a la otra parte, y el comprador, deberá pagar su precio en dinero.

La posición asumida por las normas de Derecho Común, no dista de los estudios de Enneccerus, quien citado por Compagnucci enseña que “la compraventa es un contrato bilateral en el que una de las partes (el vendedor) se compromete a transferir un objeto patrimonial al patrimonio de otra parte (el comprador) a

¹⁴⁹ Cfr. DI PRIETO, Alfredo, *Derecho privado romano*, 1ª ed., Buenos Aires, Ediciones Depalma, 2000, p. 240.

¹⁵⁰ LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, *Curso de derecho civil patrimonial. Introducción al derecho*, 18ª ed., Madrid, Editorial Tecnos, 2012, p. 326.

cambio de lo cual ésta promete el pago de una suma de dinero”¹⁵¹, generando obligaciones y deberes entre las partes que celebran el contrato.

Desde una perspectiva monetaria, la compraventa se configura como la forma jurídica fundamental y representativa más importante de cambio, sirviendo de patrón o modelo de los demás contratos, en tanto connota una indisoluble unidad conceptual¹⁵².

Dicho de otra manera, “la compraventa es el típico contrato con prestaciones recíprocas”¹⁵³. Precisamente, Pothier citado por Valencia considera el contrato como “una convención por la cual dos partes recíprocamente o solo una de ellas, prometen y se obligan para con la otra a darle alguna cosa, o a hacer una cosa”¹⁵⁴, esto es, el contrato genera deberes y obligaciones entre quienes la celebran.

Tenemos entonces a la compraventa como el contrato típico de todo negocio jurídico bilateral, a través del cual se dan numerosas transacciones económicas y patrimoniales, consistentes justamente en el cambio de un bien por dinero¹⁵⁵.

Consideramos pertinente recordar, que el contrato aun formado por personas capaces, su validez depende de ciertos elementos o caracteres¹⁵⁶. Entre ellos tenemos el acuerdo voluntario, el objeto, la bilateralidad, y la onerosidad que serán tratados a continuación.

Roppo, ha establecido que el primer componente del contrato es el acuerdo de los interesados en tanto el contrato es un acto consensual. En esa perspectiva afirma que el objeto del acuerdo contractual será el segundo elemento que

¹⁵¹ COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., *Contrato de compraventa*, 1ª ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2007, p. 37.

¹⁵² Cfr. BADENES GASSET, Ramon, *El contrato de compraventa*, Tomo I, 3ª ed., Bosch Editor, Barcelona, 1995, p. 11.

¹⁵³ BOLDAÑOS VELARDE, Víctor, “La resolución por incumplimiento en el caso de la compraventa” en *Los contratos. Consecuencias jurídicas de su incumplimiento*, 1ª ed., Lima, Gaceta Jurídica, 2013, pp. 273-295.

¹⁵⁴ VALENCIA ZEA, Arturo y ORTIZ MONSALVE, Álvaro, *De las obligaciones*, Tomo III, 10ª ed., Editorial Temis, Bogotá, 2015, p. 55.

¹⁵⁵ Cfr. PUIG BRUTAU, José, *Fundamentos de derecho civil*, Tomo II, 2ª ed., Barcelona, Bosch, 2004, p. 135.

¹⁵⁶ Cfr. PETIT, Eugène, *Tratado elemental de derecho romano*, México, Editora Nacional 1966, p. 330.

obedece justamente a una relación jurídica patrimonial, pero además esta celebración tiene que ser un acto de voluntad. Concluyendo que solo un acto que tenga a su vez un acto de voluntad, un acto consensual y un acto jurídico patrimonial será un contrato¹⁵⁷.

La Cas. N° 2717 – 2011 MOQUEGUA, menciona que “en el derecho peruano de la compraventa es un contrato consensual, que se forma por el solo consentimiento de las partes, esto es, cuando se produce acuerdo en la cosa materia de la transferencia y el precio”, ello en concordancia con lo dispuesto en el artículo 1373 respecto al perfeccionamiento del contrato con la sola aceptación.

Bajo ese mismo lineamiento, otros autores sostienen que el contrato de compraventa como todo contrato¹⁵⁸ en general debe cumplir con las siguientes características:

“1.° Ser un contrato consensual ... Por el contrato de compra y venta, uno de los contratantes se obliga a entregar una cosa determinada, y el otro a pagar. 2.° Ser bilateral por producir obligaciones recíprocas. 3.° Ser oneroso porque supone una afectación del patrimonio de ambas partes. 4.° Ser, generalmente, conmutativo, porque las prestaciones se estiman equivalentes, aunque en realidad no lo sean... pero puede ser aleatorio en ciertos casos, como cuando se trate de cosas futuras y se celebre el contrato a riesgo del comprador. En efecto, ni el carácter conmutativo ni el aleatorio se presenta como necesario para la existencia del contrato. 5.° Ser principal, porque no necesita de ningún otro para tener vida y producir sus efectos. 6.° Ser nominado, porque tiene nombre especial. 7.° Ser traslativo del dominio, en el sentido de que sirve de título, para las transmisiones de la propiedad”¹⁵⁹.

¹⁵⁷ Cfr. ROPPO, Vincenzo, *El contrato*, 1ª ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2009, p. 30.

¹⁵⁸ El Código Civil peruano, ha definido al contrato en el artículo 1351 como “el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial”, siendo la compraventa, una de las modalidades que expresan en mayor magnitud la facultad de los ciudadanos de adquirir o transferir bienes muebles o inmuebles.

ESBORRAZ, David F., *Contrato y sistema en América Latina*, 1ª ed., Buenos Aires, Rubinzal – Culzoni Editores, 2006, p. 240: “*tiene por fin inmediato constituir entre las partes relaciones jurídicas creditorias recíprocas de naturaleza patrimonial, así como su regulación, modificación, interpretación, transmisión o extinción; pudiéndose también beneficiar con él a terceros*”.

¹⁵⁹ BADENES GASSET, Ramon, *Op. Cit.*, p. 43.

En lo concerniente al objeto, la doctrina es firme y uniforme al exigir que éste debe “ser lícito, patrimonial, determinado o determinable, física y jurídicamente posible”¹⁶⁰. En cuanto a la determinabilidad del objeto, es pertinente precisar la necesidad de estudiar a profundidad en qué consiste, ya que la misma es base fundamental del contrato de compraventa *ad corpus*, característica que trataremos en puntos más adelante.

El contrato de compraventa se configura según lo expresado, como aquel instituto jurídico de vital importancia para el tráfico jurídico y económico de toda sociedad, siendo su regulación, características y elementos, pilares fundamentales para el correcto cumplimiento de las obligaciones y deberes surgidos entre comprador y vendedor, en tanto manifestantes de su consentimiento estipulan bilateralmente el contenido del contrato, resguardando el mayor equilibrio contractual posible.

3.2.- Las cláusulas abusivas en el Derecho del Consumidor peruano

Explicadas las nociones y características generales del contrato de compraventa, es pertinente estudiar que, dentro de la libertad de contratación, los particulares pueden pactar diversas cláusulas, algunas consideradas como abusivas según el ordenamiento jurídico vigente de cada país. Para ello, en primer lugar, recordaremos lo esbozado en el primer capítulo de la presente investigación en lo referente a la autonomía de la voluntad y su paso a una autonomía privada, regida bajo parámetros sociales; en segundo lugar, haremos un repaso al Derecho del Consumidor, en tanto las cláusulas abusivas dentro de esta rama del derecho, recibe una especial atención, teniendo en consideración el principio de buena fe y el derecho a la información, como elementos relevantes para la formación y celebración del contrato; finalmente nos centraremos en las cláusulas abusivas para su diferenciación con otro tipo de cláusulas, y su importancia con respecto a la cláusula *ad corpus*.

En épocas atrás, donde dominaba el individualismo y la voluntad aún por sobre cualquier normatividad por parte del Estado, el contrato y lo pactado era la más

¹⁶⁰ ESPER, Mariano, *Intermediación en contratos inmobiliarios*, 1ª ed., Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2010, p. S/N.

alta expresión de la autonomía de la voluntad y de la libertad contractual, sin embargo, las nuevas formas de contratación creadas por los empresarios para agilizar la economía privada y con ello, el aumento de ganancias, trajo consigo nuevas formas de imposición contractual – como las cláusulas abusivas o cláusulas generales de contratación – ante una sociedad que cada vez se sometía a lo dispuesto por el mercado, y en la cual las normas de derecho común se empezaron a volver ineficientes para regular el equilibrio contractual y la justicia contractual, ello en tanto utilizaban el dogma de la voluntad como principio superior e irrestricto.

A razón de ello, el Estado se vio en la necesidad de actuar positivamente en pro de tutelar los intereses y derechos de una nueva sociedad, la sociedad de consumo, transitándose del viejo precepto de autonomía de la voluntad a una autonomía privada, esto es, una autonomía que tiene en cuenta la repercusión no solo individual de las personas, sino también, social de las mismas.

Los países, bajo nuevos principios como el de la solidaridad o socialización del contrato, trazó nuevos límites, nuevos horizontes para mantener la finalidad para la cuál se constituyó, esta es, la protección de sus ciudadanos por sobre cualquier interés perjudicial hacia ellos, creando instituciones jurídicas y normativas que permitan a través de sus componentes, evitar cualquier tipo de abuso o defraudación al derecho y a la sociedad, pues las modernas formas de contratación, la masificación de los contratos, y las grandes sociedades consumistas exigían por parte del gobierno un labor activo que responda justamente a la protección de los derechos humanos y fundamentales que dieron inicio al nacimiento del Estado, no un Estado que solo respete y proteja la libertad – aunque suene contraproducente – sino también que restrinja la misma cuando atente contra las personas, el orden público y las normas imperativas.

Dado que en este punto hablaremos sobre las cláusulas abusivas de contratación, es pertinente resaltar que, “las tesis voluntaristas de WINDSCHEID captaban perfectamente la concepción liberal del derecho subjetivo y, en concreto, la de la propiedad privada, pues ésta se hallaba totalmente sometida a la todopoderosa voluntad del propietario. Cualquier otro factor o elemento carecía de transcendencia y, por lo tanto, no se tomaba en consideración a la hora de proceder al ejercicio del derecho. Pero si la propiedad privada se dejaba totalmente en manos de la voluntad de su titular, en cierto

modo resulta lógico que éste mirase únicamente a la satisfacción de sus necesidades, desentendiéndose totalmente el interés social de la comunidad, incluso cuando la realización de aquél comporte el menoscabo de éste”¹⁶¹.

Dicha postura conocida anteriormente como el dogma de la voluntad, pertenece a una vertiente totalmente individualista, a través del cual se usó para obtener un poder irrestricto, degenerando el verdadero significado de la libertad de contratación, excluyendo de esta manera las implicancias negativas causadas a la sociedad.

Esta desigualdad creada por los más fuertes económicamente a través de la distorsión del derecho a regular las propias relaciones privadas sin intervención estatal trajo como consecuencia que “el Estado no puede, pues, limitarse a reconocer el derecho de cada cual a regular sus propios intereses si este derecho se vuelve un instrumento de abuso en daño de otros. La intangibilidad de la voluntad individual cede frente a la exigencia de justicia social. Aquella está especialmente garantizada constitucionalmente en lo que hace a la iniciativa privada económica, pero dicha iniciativa no puede desarrollarse en contraposición con la utilidad social”¹⁶², exigiendo a quienes celebren un contrato, el aspecto social del mismo.

Por las causas explicadas precedentemente, las teorías individualistas y voluntaristas decayeron, siendo desplazadas por un especial interés hacia la colectividad social en concordancia con el tipo de ordenamiento jurídico acogido por cada Estado en particular.

Se tiene entonces que el poder correspondiente al propietario “ya no ha de dirigirse exclusivamente a la satisfacción de sus necesidades personales, sino que ha de atender también a las finalidades superiores de orden social, respecto las cuales debe converger su gestión. Aquella soberana voluntad del titular dominical, la cual determinaba con absoluta omnipotencia todo lo concerniente al ejercicio de su derecho, aparece ahora mediatizada y condicionada por la realización del interés social de la colectividad. Por razón de esta vinculación de tipo social, el titular de un derecho de propiedad ya no puede utilizar los bienes en la manera que estime más

¹⁶¹ COLINA GAREA, Rafael, *La función social de la propiedad privada en la Constitución española de 1978*, Barcelona, J. M. Bosch Editor, 1997, p. 104.

¹⁶² MASSIMO, Bianca, *Derecho civil*, 1ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 54.

adecuada para la satisfacción de su interés individual. Su decisión ha de tener también presente la simultánea realización del interés social de la colectividad”¹⁶³. Transcendiendo del derecho ejercido al amparo de la voluntad y sentado sobre la individualidad a una socialización del derecho de propiedad.

En ese sentido, los dogmas jurídicos que marcaron los cimientos estructurales sobre un contrato celebrado bajo el sistema liberal, fueron abandonándose, manteniendo ciertos principios pero limitándolos en aras de un equilibrio contractual justo y social.

Si bien es cierto, la libertad contractual es producto del sistema individualista, el acogimiento de una perspectiva social del contrato no implica su no reconocimiento, sino el respeto de dicho principio bajo nuevos límites de justicia y solidaridad.

Mantenemos la posición el cual considera que “la libertad contractual es un concepto complejo que permite su descomposición en dos tipos de libertades: la libertad de conclusión y la libertad de configuración. La libertad de conclusión consiste en la facultad que tiene toda persona de decidir si celebra o no el contrato que se le propone... La libertad de configuración consiste en la facultad de definir el contenido del contrato, siempre que no se vulnera ninguna prohibición o mandato legal imperativo”¹⁶⁴. Ello quiere decir que en la libertad de conclusión se reconoce y tutela la posibilidad de celebrar contratos en tanto nos sea necesario, también nos faculta a no celebrarlos; mientras en la libertad de configuración, se nos permite justamente configurar los contratos con los límites impuestos por el Estado, entre ellos, el respeto a los principios que rigen nuestro ordenamiento jurídico en general.

Debemos recordar, que todos estos aspectos, fueron marcando el inicio de un nuevo Derecho, de una nueva regulación, de una nueva etapa en la historia mundial encaminada a velar por los ciudadanos en su faceta de consumidor o usuario de un bien o servicio ofrecido, teniendo en consideración los principios

¹⁶³ COLINA GAREA, Rafael, *Op. Cit.*, p. 105.

¹⁶⁴ GARDEAZÁBAL RENGIFO, Mauricio, *La formación del contrato*, Editorial Temis, Bogotá, 2016, p. 29.

de buena fe, autonomía privada, libertad contractual, solidarización, socialización del contrato, y de la protección a la propia dignidad de las personas.

Asimismo, para que el Estado consiga esta finalidad a través del Derecho del Consumidor, surgió la necesidad de establecer criterios precisos que permitan diferenciar una relación jurídica particular o común, de una relación de consumo, así como limitar qué entendemos por esta y los sujetos que la comprenden.

Este aspecto, ha sido estudiado ya en el capítulo anterior, por lo cual haremos referencia a que si bien es cierto “no es necesario ensanchar indebidamente la noción de relación de consumo para extenderlo a todos los supuestos en los que el derecho del consumidor deba reaccionar ... sin embargo, de acuerdo con la técnica legislativa adoptada por el código peruano, el rol trascendental que ocupa la relación de consumo para distinguir los supuestos de intervención de esta disciplina es innegable, en tanto se convierte en el referente obligatorio”¹⁶⁵; ello implica limitar el supuesto de consumidor a lo dispuesto por el legislador, desligándose de una concepción amplia sobre la posibilidad de considerar como sujeto de protección a todo ciudadano como consumidor.

Así, el surgimiento del Derecho del Consumidor “ha tenido un gran efecto sobre el régimen de los contratos entre productores y consumidores. Con seguridad, será necesario complementar la regulación clásica del proceso de formación del contrato con las nuevas políticas y directrices”¹⁶⁶, orientadas hacia el equilibrio económico contractual.

En efecto, “a diferencia del Derecho Civil que está estructurado bajo el principio de igualdad entre las partes, salvo claro está algunos casos de favor *debitoris*; el derecho de consumo parte de una situación de asimetría o de desequilibrio entre el consumidor y el proveedor”¹⁶⁷, debiendo ser necesario diferenciar en qué tipo de relación jurídica nos encontramos a efectos de resolver la interrogante planteada a inicios de esta investigación.

¹⁶⁵ ROMÁN CALZADA, Antonio H., “La relación de consumo”, *Instituto Pacífico*, N° 31, enero 2017, p. 335.

¹⁶⁶ GARDEAZÁBAL RENGIFO, Mauricio, *Op. Cit.*, p. 24.

¹⁶⁷ CARBONELL O'BRIEN, Esteban, “Algunos aspectos interpretativos al contrato de consumo desde su normativa especial”, *Instituto Pacífico*, N° 30, diciembre 2016, p. 323.

Resulta crucial tener presente que “existe siempre una cierta tensión entre la perspectiva que adopta la legislación de consumo y los principios básicos del Derecho general de contratos, que son la igualdad de partes y la autonomía privada”¹⁶⁸, ya que suelen tomarse decisiones comúnmente contrapuestas sobre hechos que versan respecto de la misma materia pero desde dos ámbitos del Derecho distintos.

Estimamos que “la protección del consumidor es la manifestación moderna de una preocupación de mucho mayor alcance. La legislación protectora de una parte débil frente a un clausulado negocial desfavorable”¹⁶⁹, sujeto que se limita a aceptar las estipulaciones hechas por una de las partes sin posibilidad de modificar cláusula alguna.

Es menester manifestar que “el principio sobre el cual el ordenamiento renuncia a entrometerse en las relaciones interindividuales aparece mitigado: de la paridad formal de los contratantes se pasa a la paridad sustancial, con la afirmación de la prohibición del aprovechamiento, por parte del contratante más fuerte, respecto de la parte más débil, la que se convierte en titular de una serie de instrumentos de tutela dirigidos, sin embargo, no a la total caducidad del contrato, sino a su conservación y al reequilibrio de la relación con la consiguiente atenuación de la fuerza de ley del contrato”¹⁷⁰, respetando los principios de autonomía privada y libertad contractual pero bajo ciertos parámetros de índole social y axiológico.

Llegados a este punto, es pertinente mencionar que uno de los principios rectores especialmente en materia contractual, es el principio de buena fe, ya que si por un lado “las partes también son libres de confeccionar contratos muy desequilibrados en la relación derechos/deberes recíprocos ... por el otro lado, ser el resultado de un abuso de una parte en detrimento de la otra”¹⁷¹, actuación que refleja una conducta contraria al deber de actuar de buena fe, y que tendrá repercusión sobre los efectos contractuales de cualquier acto jurídico en general.

¹⁶⁸ ZIMMERMANN, Reinhard, *El nuevo derecho alemán de obligaciones. Un análisis desde la historia y el Derecho comparado*, 1ª ed., Barcelona, Editorial Bosch, 2008, pp. 184 – 185.

¹⁶⁹ ZIMMERMANN, Reinhard, *Op. Cit.*, p. 186.

¹⁷⁰ MEZZASOMA, Lorenzo, *Derecho del consumidor. El consumidor adquirente de inmuebles por construir*, 1ª ed., Lima, Legales, 2013, pp. 53 – 54.

¹⁷¹ SCHIESARO, Diego A., “El contrato asimétrico”, *Instituto Pacífico*, N° 22, abril 2016, p. 107.

A mayor abundamiento, recordemos que “el derecho de contratar ... se sustenta en conductas ordenadas del inicio hasta el fin de la relación por el principio general y fundamental de la buena fe”¹⁷², principio que ha sido reconocido taxativamente por el código civil peruano, en sus artículos 1362 el cual estipula que “los contratos deben negociarse, celebrar y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes”, y artículo 2014 en lo concerniente a la buena fe pública registral.

En el ámbito del Derecho del Consumidor, la Ley N° 29571 – Código de Protección y Defensa del Consumidor, en el artículo V del Título Preliminar ha establecido en el inciso 5 que “en la actuación en el mercado y en el ámbito de vigencia del presente Código, los consumidores y proveedores, las asociaciones de consumidores y sus representantes, deben guiar su conducta acorde con el principio de la buena fe de confianza y lealtad entre las partes”. Exigencia que indica un acogimiento al aspecto subjetivo de la buena fe.

Se afirma entonces que “la buena fe ha de tenerse, pues, en el momento de contratar, y no basta haberlo tenido en otros, anteriores o posteriores”¹⁷³, esto es, que durante todo el *iter* contractual debe estar presente la buena fe.

Cabe resaltar que el concepto de buena fe posee distintas acepciones, diferenciándose incluso del principio general de buena fe. Ello en tanto la buena fe se configura como una institución jurídica indeterminada que existe incluso antes del nacimiento del Estado como tal.

La buena fe “es un concepto complejo. En la tradición civil, la buena fe puede ser de dos tipos: buena fe subjetiva y buena fe objetiva. La buena fe subjetiva es un estado de conciencia, derivado de la ignorancia o el error, según el cual se tiene la creencia de no estar obrando contra el derecho. Es pues, ignorancia o error sobre la antijuridicidad. Pese a que el comportamiento es objetivamente antijurídico, la ley protege a quien obra de buena fe conservando su situación jurídica o descartando su eventual responsabilidad. La buena fe subjetiva puede ser simple o cualificada. La buena fe simple es la que no exige para su protección ninguna conducta que tienda a salir del error o la ignorancia. La buena fe cualificada, también

¹⁷² ORDOQUI CASTILLA, Gustavo, *Abuso de derecho. En civil, comercial, procesal, laboral y administrativo*, 1ª ed., Lima, Ediciones Legales, 2014, p. 229.

¹⁷³ JIMÉNEZ PARÍS, Teresa A., *El momento de la buena fe*, Madrid, Fundación Registral, 2006, pp. 48-49.

conocida como buena fe exenta de culpa o buena fe creadora de derechos, es la que exige a la persona en estado de ignorancia o error realizar determinadas conductas para salir de tal situación. Si dicha persona ha sido diligente y pese a ello no ha podido descubrir que su conducta es antijurídica, la ley la protege”¹⁷⁴.

Por estar razones, sería poco racional intentar establecer un concepto único y definitivo de buena fe, pues hacerlo implicaría reducir el contenido de dicho principio, creando posibles consecuencias negativas ante hechos no definidos en el mismo.

En cuanto a la buena fe objetiva, tenemos que ésta hace referencia al “actuar según estándares sociales establecidos para impedir que se cause daño a los demás. Es obrar conforme a las reglas del tráfico jurídico, es comportarse con prudencia y diligencia, con lealtad y honradez hacia los otros”¹⁷⁵, esto es, los sujetos deben actuar lealmente.

Bajo esos mismos lineamientos, concordamos con MOISÁ quien sostiene que “la expresión buena fe es susceptible de dos acepciones en derecho: una psicológica, subjetiva o concreta, consistente en la convicción de la persona humana de que su obrar es correcto; otra axiológica, objetiva o abstracta, dada por la lealtad a la que todo hombre debe ajustar su comportamiento, sirviendo de pauta valorativa del mismo con prescindencia de la intención real del sujeto actuante”¹⁷⁶. En base a ello, la doctrina mayoritaria afirma estos dos aspectos de la buena fe.

Así, la buena fe comercial o “*bona fides negotiae*” obliga, no sólo a lo fijado en la convención y a los cuidados generales usuales entre personas honorables, sino a todas aquellas prestaciones accesorias que las circunstancias que rodean el negocio en cada momento vayan poniendo de manifiesto de que hayan o no sido pactadas expresamente”¹⁷⁷. Esta fe entendida en el sentido puro y valorativo, funciona normando e integrando el contenido del contrato en su totalidad,

¹⁷⁴ GARDEAZÁBAL RENGIFO, Mauricio, *Op. Cit.*, pp. 29 – 30.

¹⁷⁵ GARDEAZÁBAL RENGIFO, Mauricio, *Op. Cit.*, p. 30.

¹⁷⁶ MOISÁ, Benjamín, *Tratado de la buena fe en el derecho*, Tomo I, 1ª ed., Buenos Aires, La Ley, 2009, pp. 419 – 420.

¹⁷⁷ NEME VILLARREAL, Martha L., *La buena fe en el derecho romano. Extensión del deber de actuar conforme a buena fe en materia contractual*, 1ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 240

evitando cualquier disparidad que atente contra el actuar personal y el perjuicio hacia una de las partes.

La buena fe ha operado, opera y operará como aquel principio jurídico superior y general en todo ordenamiento jurídico legal, pues constituye un valor fundamental que rige en todos los ámbitos del Derecho. De esta manera, la lealtad y la honestidad – desde un punto de vista subjetivo de la buena fe – excluyen toda conducta o intención maliciosa de los sujetos dentro de sus relaciones contractuales y extracontractuales¹⁷⁸.

Se tiene a la buena fe como “algo con capacidad potencial para introducirse en importantes figuras jurídicas y aportar en ellas un elemento estructural trascendente. Esto confiere, notablemente, fuerza y jerarquía al principio general de la buena fe, colocándolo por encima de otros principios generales y haciéndole merecedor del más alto nivel entre los órdenes jurídicos generales”¹⁷⁹, otorgándose a la buena fe una primacía superior por sobre otros principios jurídicos.

No obstante, bajo un contexto de transferencia patrimonial celebrado bajo principios que respetan los parámetros legales, la realidad material de las celebraciones contractuales trajo como consecuencia que la buena fe se vea disminuida y violentada cuando una sola de las partes impone de manera unilateral y abusiva las cláusulas que obedecen a su interés económico particular en desmedro del otro contratante, dado a su constitución como parte contractual fuerte, y la gran información que posee respecto al objeto del contrato.

En base a lo expuesto, es necesario tener presente la importancia de la información al momento de celebrar un contrato, puesto que “la información puede ser conceptualizada como un bien, en cuanto tiene un valor económico determinado por las circunstancias y por la utilidad que tiene para los

¹⁷⁸ Cfr. LÓPEZ MESA, Marcelo, *La doctrina de los actos propios*, 3ª ed., Euros Editores, Buenos Aires, 2013, p. 118.

¹⁷⁹ FUEYO LANERI, Fernando, *Instituciones de derecho civil moderno*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1990, p. 160.

particulares”¹⁸⁰, siendo aprovechada en su mayoría de veces como un instrumento abusivo para la satisfacción de intereses privados.

Este deber de información exigido a quienes se encargan de producir, importar o comercializar cosas o prestar servicios, encuentra su fundamento en la relación de experto – profano, razón por la cual surge un deber tuitivo por parte del Estado para con el usuario¹⁸¹.

“Las situaciones de asimetría informativa plantean precisamente ese dilema. Si una de las partes sabe algo que la otra no conoce, podrá usar esa información en su provecho y con ello ganar más. Si el derecho permite a unos usar la información, entonces estará protegiendo un derecho a ganar utilidades usando esa información. Si por el contrario deja de reconocer ese derecho, entonces hace que el valor agregado de dicha información se pierda para quien la obtuvo. En consecuencia, si se anula un contrato porque existió asimetría, se está negando el derecho a aprovechar económicamente la información que generó la asimetría. Por el contrario, si se mantiene la validez del contrato, se está dando valor a esa información, pues se permite su uso sin que ello genere efectos negativos para quien la usa”¹⁸².

Cabe resaltar que, si bien es cierto tanto el proveedor como el consumidor “se encuentran dentro de un plano formal, en igualdad de condiciones, no están perfectamente equilibrados en un plano sustancial ... El empresario posee mayor conocimiento del bien o del servicio puesto en circulación, por cuanto lo hace de una manera habitual y profesional, mientras que el consumidor le queda recurrir a su sano entender y parecer”¹⁸³, creándose un ambiente con los medios necesarios para la imposición de condiciones que se hubiesen rechazado de plano si existiese materialmente la libertad de configuración interna para el consumidor.

Por ello, resulta conveniente explayarnos sobre las cláusulas abusivas para determinar qué entendemos por ellas, la diferencia que presentan con las

¹⁸⁰ ALTERINI, Atilio A., DE LOS MOZOS, José L. y SOTO, Carlos A., *Contratación contemporánea. Teoría general y principios*, Bogotá, Editorial Temis, 2000, p. 292.

¹⁸¹ Cfr. ALTERINI, Atilio A., DE LOS MOZOS, José L. y SOTO, Carlos A., *Contratación contemporánea. Contratos modernos. Derecho del consumidor*, Bogotá, Editorial Temis, 2001, p. 500.

¹⁸² ALTERINI, Atilio A., DE LOS MOZOS, José L. y SOTO, Carlos A., *Contratación contemporánea. Teoría ...*, *Op. Cit.*, p. 294.

¹⁸³ CARBONELL O'BRIEN, Esteban, *Op. Cit.*, p. 280.

cláusulas generales de contratación, junto con los supuestos y mecanismos de control existentes en las cláusulas leoninas.

En el mundo comercial actual, “la lucha concreta por evitar la abusividad en las cláusulas contractuales comenzó con el derecho el consumo... La protección del débil o del sometido no es un privilegio exclusivo del derecho del consumo pues el que se ve privado de poder negociador y necesita negocial, debe en todo caso ser protegido”¹⁸⁴, siendo importante proteger a los consumidores como parte en desventaja frente al proveedor.

Resulta habitual la posición de muchos autores que “justifican la regulación y proscripción de las cláusulas abusivas sobre la base de que el empresario posee mayor información ... ya que ellos son los que redactan el contrato y muchas veces generan cláusulas abusivas abusando de la buena fe del consumidor”¹⁸⁵, siendo los proveedores los que redactan en su totalidad las condiciones del contrato.

No obstante, es importante mencionar que, si bien “la lesión al interés del consumidor puede surgir no solo de cláusulas contractuales en sí mismas, sino de modos de aplicación de estas o, sencillamente, de conductas no descritas en el contrato, pero que constituyen una derivación de la imposición abusiva de ciertas prácticas”¹⁸⁶, dentro de una relación propiamente de consumo el desequilibrio contractual resulta más que evidente.

De esta forma, tenemos que la terminología clásica de cláusulas de contratación abusivas, denotan aquella parte del contenido del contrato que se caracteriza por imponer unilateralmente y sin causa justa, condiciones que benefician a uno de los contratantes a costa del perjuicio del otro, manifestándose un claro acto abusivo que se desliga del principio – deber de actuar conforme a la buena fe, las normas imperativas, el orden público económico, la moral y las buenas costumbres de un ordenamiento jurídico en particular. Por lo que cabe resaltar

¹⁸⁴ ORDOQUI CASTILLA, Gustavo, *Op. Cit.*, p. 232.

¹⁸⁵ CARBONELL O'BRIEN, Esteban, “Cláusulas abusivas y la relación con el consumidor”, *Instituto Pacífico*, N° 27, setiembre 2016, p. 279.

¹⁸⁶ KEMELMAJER DE CALUCCI, Aída, “Prácticas abusivas en los contratos de consumo en el nuevo Código Civil y Comercial de la República Argentina”, *Instituto Pacífico*, N° 12, junio 2015, p. 173.

en primer lugar, que dichas cláusulas abusivas se diferencian de las condiciones generales de contratación en tanto éstas últimas hacen referencia a una pre-redacción impuesta en una generalidad de casos en forma abstracta; y, en segundo lugar, encontramos a las denominadas cláusulas predispuestas, que también indican cláusulas pre-redactadas pero impuestas por una parte sobre la otra en forma concreta¹⁸⁷.

Además, el Código Civil peruano en su artículo 1392 menciona que “las cláusulas generales de contratación son aquellas redactadas previa y unilateralmente por una persona o entidad, en forma general y abstracta, con el objeto de fijar el contenido normativo de una serie indefinida de futuros contratos particulares, con elementos propios de ellos”.

Así, “la cláusula abusiva es la que en contra de las exigencias de la buena fe causa detrimento del consumidor un desequilibrio importante e injustificado de las obligaciones contractuales y puede tener o no el carácter de condición general, ya que también puede, darse en contratos particulares cuando no existe negociación individual de sus cláusulas, esto es, en contratos por adhesión. Y las condiciones generales que son las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato deben ser impuestas por una de las partes con dependencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualquier otra circunstancia, habiendo sido redactada con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos”¹⁸⁸.

Por lo que traemos a acotación que las cláusulas predispuestas no necesariamente son abusivas, contrariamente, toda cláusula abusiva sí es predispuesta.

A razón de lo expuesto, el Derecho del Consumidor ha tomado sobre múltiples instituciones del Derecho Civil para salvaguardar los intereses de los consumidores ante contratos por adhesión y las cláusulas generales de contratación.

En cuanto al contrato por adhesión, tenemos que “es aquel que ha sido celebrado mediante la adhesión del destinatario de la oferta (adherente) al programa contractual predispuesto por el oferente (predisponente), sin que tenga la posibilidad de negociar el mismo o de influir sobre su contenido. Es un modo

¹⁸⁷ Cfr. ORDOQUI CASTILLA, Gustavo, *Op. Cit.*, p. 233.

¹⁸⁸ CARBONELL O'BRIEN, Esteban, *Op. Cit.*, p. 282.

de formación del contrato por el cual el oferente formula un programa de contratación elaborado unilateralmente”¹⁸⁹. Ante ello, hoy en día existe una fuerte posición de juristas que consideran la aceptación como forma de expresar la libertad de contratar pese a la carencia de negociación.

Bajo los fundamentos expuestos, “esta nueva técnica contractual fue utilizada prácticamente con fines egoístas, abusivos, procurando en todo momento la sumisión del contratante a los contenidos leoninos de un contrato que se presentaba predispuesto”¹⁹⁰, generando grandes y graves perjuicios al contratante débil.

En ese orden de ideas, se considera que “en el contrato por adhesión, una de las partes predispone o redacta, en forma anticipada o no, la totalidad del contenido del contrato, y la otra parte solo tiene la posibilidad de adherirse al reglamento contractual o no celebrar el contrato. Aunque la celebración del contrato no es fruto de la negociación entre las partes”¹⁹¹. Sin embargo, aunque la fuente natural de todo acuerdo contractual es la manifestación de voluntad respecto al asentimiento de las estipulaciones pactadas entre los contratantes, tampoco es menos cierto el frecuente abuso que realizan los proveedores dentro de una relación de consumo.

No podemos tampoco afirmar que toda cláusula abusiva se da necesariamente en un contrato por adhesión, puesto que dentro de una relación común, existen condiciones abusivas como la renuncia a derechos que son de por sí, leoninas y nulas. Incluso, el código de la *Consummation* francés, prevé en su artículo 132 I – II la posibilidad de la existencia de dicha cláusula entre particulares que se encuentren en condición de negociar.

Se sostiene entonces que toda cláusula en cuanto sea abusiva, es considerada por el ordenamiento jurídico como ilícita, pues transgrede principios como el de buena fe.

¹⁸⁹ MORALES HERVIAS, Rómulo, *Patologías y remedios del contrato*, Lima, Jurista Editores, 2011, p. 341.

¹⁹⁰ VALLESPINOS, Carlos G., *El contrato por adhesión a condiciones generales*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 1984, pp. 250 – 251.

¹⁹¹ BARTURÉN LLANOS, Tony D., “El control de las cláusulas abusivas en el código de protección y defensa del consumidor”, *IUS*, N° 1, Enero 2011, p. 7.

“1) las cláusulas en sí aisladamente no son abusivas sino que ello depende de todo el contrato globalmente considerado; 2) la ausencia o existencia de negociación, por sí sola, no determina ni elimina la existencia de abusividad. Pueden existir cláusulas abusivas en contratos negociados. Debemos evitar ciertos preconceptos y generalizaciones que pueden llevarnos a error pues: ... b) todo contrato es posible de tener este tipo de cláusulas aunque cierto es que la predisposición genera un campo fértil para la imposición de cláusulas abusivas. Lo relevante no es tanto la masificación sino la debilidad con que se concurre al contrato. Es precisamente esta desigualdad o falta de poder negociador lo que se deben tutelar por parte del Estado”¹⁹².

El artículo 1390 del código civil patrio, define al contrato por adhesión como aquel en el que “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”, concluyéndose sin la intervención alguna por el adherente en la determinación del contenido del contrato.

Aunque en puridad, el mercado buscaba que el mejor gane dentro de una leal, justa y libre competencia, ello no podría ser así, ya que la elección de los consumidores o usuarios se dan dentro de un campo abierto a la oscuridad, donde un contratante inexperto y carente de información, no es capaz de evaluar a conciencia la real intención del proveedor, quien actúa con aprovechamiento de las ventajas obtenidas a través de comportamientos abusivos producto del oportunismo realizado en perjuicio de la parte débil contractual¹⁹³.

El respeto absoluto a capacidad de elección realizada a la luz de la libertad en completa armonía con los demás, implica basarse en una utopía, ya que los “prejuicios justos y variedad de productos y servicios, supone un adecuado funcionamiento de las reglas de libre competencia y abastecimiento y, fundamentalmente, la eliminación de políticas económicas que excluyen a determinados sectores de la población al acceso al consumo”¹⁹⁴, factores que resultan imposibles de superar en la vida económica y comercial de cualquier país.

¹⁹² ORDOQUI CASTILLA, Gustavo, *Op. Cit.*, p. 236.

¹⁹³ Cfr. SCHIESARO, Diego A., *Op. Cit.*, pp. 112-113.

¹⁹⁴ KEMELMAJER DE CALUCCI, Aída, *Op. Cit.*, p. 193.

En concordancia con lo anterior, las cláusulas abusivas tienen un mecanismo de control que garantizan la legitimidad o ilegitimidad de las mismas, desde una impugnación judicial hasta un control administrativo.

Una primera tesis directiva, asumida dentro del sistema liberal contractual “rechaza el control de los precios fijados contractualmente y de las cláusulas sobre las prestaciones principales se engasta en la conocida teoría tradicional o liberal del contrato. Según este postulado, no ha de controlarse el equilibrio objetivo de las prestaciones, ni existe propiamente un precio justo, puesto que el juzgador carece de parámetros objetivos para dictaminar lo que es justo y lo que no lo es, desde un punto de vista cuantitativo, en relación con cada concreta relación contractual. La justicia contractual se desplaza, por lo tanto, de parámetros objetivos difícilmente consagrables, a parámetros subjetivos, de forma que el Derecho se preocupa de proteger el equilibrio subjetivo de las prestaciones: el equilibrio será lo que las partes han considerado justo individualmente”¹⁹⁵.

Dicha postura, basada en la objetividad del contrato y en la seguridad del cumplimiento a cabalidad de lo celebrado, es errónea al considerar al contrato como un acto de previsión, que “perdería su razón de ser si la incertidumbre planease sin cesar sobre su realización y si el juez pudiera, en nombre de la utilidad general o de la justicia, transformar arbitrariamente sus cláusulas”¹⁹⁶. Razón por la cual rechazamos tajantemente esta perspectiva, en tanto se debe buscar mantener el equilibrio contractual justo.

En cuanto al control administrativo como mecanismo para evitar condiciones abusivas, éste es realizado por la autoridad competente y con anterioridad a la celebración contractual

“El Estado asume el control previo a la puesta en circulación de los contratos bajo condiciones generales (control en abstracto) obligación que le es impuesta por la Ley. Esto es un mecanismo de control ex – ante, que otorga a la administración pública la facultad de redactar directamente las cláusulas generales de contratación, actividad que puede lograrse mediante un acto normativo general (dación de reglamento) o mediante un acto normativo concreto (imponiendo las normas particulares que regularán las normas celebrados por una determinada empresa). La autoridad administrativa también puede

¹⁹⁵ CÁMARA LAPUENTE, Sergio, *El control de las cláusulas abusivas sobre elementos esenciales del contrato*, 1ª ed., Editorial Aranzadi, Navarra, 2006, p. 72.

¹⁹⁶ MARTÍN PÉREZ, José A., *La rescisión del contrato*, 1ª ed., España, Bosch Editores, 1995, p. 43.

evitar la inclusión de cláusulas mediante la aprobación de cláusulas generales”¹⁹⁷.

Visto lo anterior, tenemos también un control legislativo, el cual se efectúa de manera “*ex – ante*, pero también *ex – post*, de la celebración del contrato. En el cual el legislador establece los supuestos en que serán nulas determinadas cláusulas por considerarse abusivas o vejatorias. La doctrina y la jurisprudencia han enfrentado el problema de las cláusulas abusivas de la siguiente manera: a) inclusión de una regla general; b) regulación de una lista negra; c) inclusión de una regla general y una lista negra”¹⁹⁸. Mecanismo útil y necesario para controlar durante el *iter* contractual la presencia y la nulidad de cláusulas vejatorias.

Por último, tenemos al control jurisdiccional por parte de los operadores del Derecho, que se constituye como “un tipo de control *ex – post*, pues el contrato predispuesto ya se celebró. Mediante este control los jueces tendrían la facultad de declarar la nulidad e ineficacia de las cláusulas que se consideren abusivas y sobre todo el contrato, pero esto solo se da posterior a la celebración del contrato”¹⁹⁹. Si bien es cierto, este mecanismo es el más utilizado, su utilización no repercute directamente en la disminución de estipulaciones abusivas.

Ejemplo de ello, es lo establecido por el INDECOPI en la Resolución N° 0243-2018/SPC – INDECOPI y en la Resolución N° 798 – 2016/CC1, el cual estipula que “los requisitos para determinar si estamos ante una cláusula abusiva son los siguientes: (i) Que no haya existido una negociación entre el consumidor y el proveedor respecto del contenido de la cláusula materia de cuestionamiento. Si el proveedor acredita la existencia de negociación, la denuncia debe declararse infundada; y, (ii) que exista desproporción injustificada entre los beneficios, riesgos y costos asumidos por ambas partes en perjuicio del consumidor”²⁰⁰.

Respecto del análisis del segundo presupuesto, la Sala Especializada en Protección al Consumidor, mediante la Resolución 0078-2012/SC2-INDECOPI del 11 de enero de 2012, ha señalado lo siguiente:

¹⁹⁷ CARBONELL O'BRIEN, Esteban, *Op. Cit.*, p. 285.

¹⁹⁸ CARBONELL O'BRIEN, Esteban, *Op. Cit.*, pp. 285 – 286.

¹⁹⁹ CARBONELL O'BRIEN, Esteban, *Op. Cit.*, 286.

²⁰⁰ Resolución N° 0243-2018/SPC – INDECOPI, del 7 de febrero de 2018 y Resolución N° 798 – 2016/CC1, del 15 de abril de 2016.

“(…) Sobre el particular, Alpa considera que para determinar si nos encontramos ante una cláusula abusiva debe constatarse un desequilibrio que presente dos características: que sea significativo y que se refiera a derechos y obligaciones de las partes, es decir, que tenga naturaleza jurídica, no económica, siendo que el juez no puede valorar la adecuación económica de la contraprestación o del precio. Así, para determinar el carácter abusivo de una cláusula es necesario que: (i) la cláusula ocasione una desventaja al consumidor; (ii) la cláusula esté inserta en un contrato que, interpretado en conjunto, no justifique la desventaja impuesta al consumidor; y, (iii) la cláusula ocasione una desventaja que sea significativa, en el sentido que desequilibre la relación entre la posición del proveedor y la posición del consumidor”²⁰¹.

La jurisprudencia citada por Marín Diana, es clara al considerar que “a efectos de evaluar si una cláusula es abusiva, el Tribunal de Justicia señala también que el juez nacional no sólo debe valorar la cláusula concreta, sino que debe tener en cuenta el resto de las cláusulas contractuales para que pueda apreciarse si existe un desequilibrio, y ha indicado la forma en la que el juez nacional debe proceder al análisis de una cláusula concreta para declararla o no abusiva”²⁰², determinando de forma inmediata si nos encontramos ante una relación de consumo o una relación común, además de la no negociación por parte de uno de los sujetos merecedores de tutela, para que posteriormente la cláusula sea declarada como abusiva o no.

Tanto el control legislativo como judicial, son los que permitirán reestablecer y garantizar el equilibrio entre las partes, ya que el mercado desde tiempos atrás, no ha sido ni es lo suficientemente transparente y leal para respetar la paridad contractual, así también, el abandono de la voluntad como piedra angular que prohibía la revisión del contrato por respeto y seguridad a lo pactado, dio inicio a nuevos mecanismos suficientes y eficientes para un contrato celebrado en justicia.

Además, existen ordenamientos jurídicos donde “los jueces no son los únicos que pueden ejercitar un control de contenido sobre las condiciones generales, pues se trata de un control legal al que están sujetos también otros funcionarios,

²⁰¹ Resolución 0078-2012/SC2-INDECOPI del 11 de enero de 2012

²⁰² MARÍN CONSARNAU, Diana, “Cláusulas contractuales abusivas”, *El derecho común europeo de la compraventa y la modernización del derecho de contratos*, Barcelona, Atelier, 2015, p. 311.

a quienes incumbe calificar los contratos y ejercer un control de legalidad dentro de sus competencias, como ocurre con Notarios y Registradores, quienes al autorizar y calificar – respectivamente – podrán apreciar la nulidad de cláusulas abusivas, con independencia de que exista o no una sentencia judicial que así lo declare”²⁰³, brindando la posibilidad de agilizar e incrementar el control de abusividad respecto a una cláusula, y proteger así al consumidor o usuario afectado.

Por lo que adoptamos la posición de la tesis intervencionista o progresista de la justicia contractual “en la que cabe comprender tanto la moderna teoría de la justicia social del contrato como las tesis favorables a la máxima protección del consumidor, sostiene que es posible valorar el desequilibrio de las prestaciones buscando también la justicia contractual objetiva y, en definitiva, dejando en manos de los jueces la posibilidad de revisar el contrato...”²⁰⁴, en tanto el juez no crea un nuevo contrato, sino que a partir de la revisión de éste y del desequilibrio, se busca proponer una solución.

El Código Civil peruano se vio obligado a establecer en su artículo 1398 ha establecido que “ en los contratos celebrados por adhesión y en las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, no son válidas las estipulaciones que establezcan, en favor de quien las ha redactado, exoneraciones o limitaciones de responsabilidad; facultades de suspender la ejecución del contrato, de rescindirlo o de resolverlo, y de prohibir a la otra parte el derecho de oponer excepciones o de prorrogar o renovar tácitamente el contrato”.

En esa misma perspectiva y en tanto el Código de Consumo peruano acoge una tesis similar a nuestro Código Civil, menciona en el artículo 49.1 que “en los contratos por adhesión y en las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, se consideran abusivas y, por tanto, inexigibles todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que, en contra de las exigencias de la buena fe, coloquen al consumidor, en su perjuicio, en una

²⁰³ MÚRTULA LAFUENTE, Virginia, *La protección frente a las cláusulas abusivas en préstamos y créditos*, 1ª ed., Editorial Reus, Madrid, 2012, p. 83.

²⁰⁴ CÁMARA LAPUENTE, Sergio, *Op. Cit.*, pp. 79 – 80.

situación de desventaja o desigualdad de derechos”. Esto es, si nos encontramos frente a un supuesto donde el cuál una cláusula o condición no ha sido aprobada administrativamente, esta deberá ser considerada abusiva, en tanto no cumple la legalidad y legitimidad exigida por el ordenamiento peruano.

Conjuntamente, el numeral 49.3 de la Ley N° 29571 deja abierta la posibilidad de imputar como abusiva a aquella cláusula que aún habiéndose negociado individualmente y de forma aislada, negando la posibilidad de excluirla como tal de la aplicación de las normas sobre cláusulas abusivas.

Otro punto a tener en consideración, es la existencia de cláusulas abusivas de ineficacia absoluta y de ineficacia relativa especificadas respectivamente en el artículo 50 y 51 del cuerpo normativo bajo mención.

A razón de lo expuesto, la fuerza obligatoria de los contratos dentro de un dogma clásico fue reduciéndose con la intervención estatal, pasando a ser denominada por una parte de la doctrina como dirigismo contractual. Recordamos entonces que, en los principios del liberalismo, ni la ley imperativa ni los administradores de justicia podían intervenir o equilibrar la disparidad existente en un contrato. Incluso algunos juristas nacionales, amparados en el artículo 62 de la Constitución Política del Perú, manifiestan que la intervención en materia contractual – aun buscando el bienestar social – vulnera derechos y principios fundamentales, que, dentro del mercado, generaba inseguridad económica y patrimonial respecto al cumplimiento y eficacia de lo pactado.

Surge de esta manera la necesidad de intervenir legislativamente para remediar los desequilibrios generados por los particulares, mediante el fraude del derecho, el principio de buena fe, el abuso del derecho e incluso la rescisión ante la lesión contractual.

Empero, ello no fue suficiente para solucionar los abusos cometidos por el libertino interés económico de los más fuertes, quienes dieron origen a los contratos por adhesión como aquella degeneración producto del oportunismo de la institución jurídica del contrato²⁰⁵.

²⁰⁵ Cfr. VALLESPINOS, Carlos G., *Op. Cit.*, p. 250.

Por ello, “los principios que regían el Estado y el Derecho en una sociedad individualista, de pequeños comercios, como era la de la época de la codificación, no pueden mantenerse inmutables en la sociedad masificada y con grandes desigualdades sociales de nuestros días. La interpretación tradicional de los principios y la normativa relativa a la teoría general de los contratos deben ser revisada para acomodarla a la realidad presente. La formulación tradicionalmente defendida del principio de libertad contractual, que se basaba en la existencia de un mercado de productos básicos, no tecnificados y en el que las partes se conocían suficientemente y podías apreciar la calidad de las mercaderías, no puede seguir en una sociedad masificada, en que la contratación se realiza despersonalizadamente, por adhesión a un formulario, sin ningún trato previo y en que los bienes y servicios objeto del tráfico son sumamente complejos, como lo es el propio mercado, y en que los partícipes ya no conservan el menos viso de igualdad, ni siquiera formal”²⁰⁶.

En efecto, los modelos económicos de libertad de empresa y de contratación, encuentran sus límites en un Estado Social de Derecho como lo es nuestro país, defendiendo intereses generales por sobre los particulares, especialmente el de los consumidores como la parte débil contractual. Dicho fundamento, entabla los requisitos y restricciones para la validez de lo dispuesto por el artículo 1361 del Código Civil peruano, el cual estipula que “se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes”.

De este modo, encontramos que en la CAS. N° 1277 – 2010, la Corte Suprema de Justicia ha postulado que, “el contrato moderno busca el equilibrio entre las partes contratantes, presuponiendo la existencia de la llamada paridad jurídica que en doctrina significa que ambos contratantes gocen de igualdad intensidad por parte de la ley, esto es, que ninguno de ellos pueda apelar sin la libre determinación del otro para que estipule el contrato”²⁰⁷, estableciendo un mercado socialismo de los pactos entre particulares.

Sobre este último aspecto, la libertad contractual no es ilimitada, siendo en la actualidad un imposible fáctico y jurídico aplicar a los contratos por adhesión, cláusulas generales de contratación y cláusulas abusivas la acepción tradicionalista del contrato, donde los particulares quedan obligados aún ante

²⁰⁶ BALLESTEROS GARRIDO, José A., *Las condiciones generales de los contratos y el principio de la autonomía de la voluntad*, Bosch Editor, Barcelona, 1999, pp. 51 – 52.

²⁰⁷ Casación N° 1277 – 2010 – Lima, del 3 de mayo de 2011.

estipulaciones leoninas, vulnerando la justicia contractual y la libertad de configuración interna.

Podemos afirmar que la mayoría de los contratos de consumo, son celebrados mediante contratos estandarizados o con cláusulas generales de contratación, siendo su principal característica el carácter potencialmente abusivo²⁰⁸, el cual genera un desequilibrio desmesurado y perjudicial a través de cláusulas que aun negociándose aisladamente, terminan siendo vejatorias para el consumidor o usuario final.

3.3.- Naturaleza jurídica de la compraventa *ad corpus*: ámbito de eficacia en una relación jurídica civil y una relación jurídica de consumo

Conviene precisar, si mediante el establecimiento de la naturaleza de la cláusula *ad corpus*, su presencia en el marco de una relación particular o de consumo se torna en abusiva – según lo estudiado –, o si por el contrario, es conforme a los fines y principios perseguidos por un Estado Social y de Derecho como el nuestro, debiéndose evaluar la eficacia que tendrá a través de la correcta calificación otorgada a su celebración.

Hace algunos años, el Perú ha venido presentando una especie de confrontación bastante peculiar dentro de su ordenamiento jurídico, esto es, las legislaciones del Derecho Civil y del Derecho del Consumidor han entrado en colisión en lo que respecta a los contratos de compra venta de bien inmueble que contengan cláusulas *ad corpus*.

Sumado a ello, los jueces y demás funcionarios del Estado, no tienen un concepto claro y preciso de lo que es la citada cláusula, la naturaleza jurídica que revierte y la vital importancia social que presenta. Producto de este desconocimiento, han causado que sus fallos y resoluciones generados por confusiones en su aplicación y función a nivel jurisdiccional, inciten la presente investigación.

En este punto, determinaremos la naturaleza jurídica que presenta la cláusula *ad corpus* en los contratos de compraventa, y la validez que debería tener dentro

²⁰⁸ Cfr. MORALES HERVIAS, Rómulo, *Op. Cit.*, p. 344.

de una relación común y una relación de consumo. Además, daremos respuesta a la interrogante planteada, a fin de comprobar la hipótesis formulada.

Para empezar, tenemos que “la institución jurídica del contrato es un reflejo de la institución jurídica de la propiedad privada. Ella es el vehículo de la circulación de la riqueza, en cuanto se admita (no interesa en qué medida) una riqueza (esto es, una propiedad) privada...”²⁰⁹, celebrado bajo los requisitos de validez de un acto jurídico en general.

Si bien, el contrato *ad corpus* es una modalidad aplicable en los contratos de compra – venta de bienes inmuebles, su razón de ser radica en que “la voluntad negocial se forma y recae sobre el objeto, tal y como es, y el precio se estipula en contemplación del objeto de manera que la extensión superficial pasa a un segundo plano en el interés de las partes”²¹⁰, siendo una prestación secundaria la medida exacta del bien materia de contrato.

Debemos preciar que poco se ha hablado o estudiado sobre la compraventa *ad corpus*. En una antigua apelación de México, realidad social parecida a la nuestra, el tribunal consideró que a diferencia de la venta *ad mesuram* en el cual se “requiere que haya una identificación precisa, exacta e indubitable en cuanto a los linderos del objeto vendido, pues el precio se calcula en función de la cosa que se vende y ésta se identifica a través de medios que deben ser inconfundibles y faltando este requisito no puede considerarse tal carácter a dicho contrato”²¹¹; la compraventa *ad corpus* se caracteriza porque “aun cuando se han señalado los linderos y se ha fijado la superficie total del predio, el precio convenido se fija en forma alzada sin referencia a una unidad de medida, de tal suerte que si al verificarse las medidas del bien inmueble enajenado, no coinciden con las que se señalaron como superficie total, ya que exceda o sea

²⁰⁹ MESSINEO, Francesco, *Op. Cit.*, p. 47.

²¹⁰ DIEZ PICAZO, Luis, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, Tomo IV: las particulares relaciones obligatorias, Pamplona, Civitas, 2010, p. 100.

²¹¹ Amparo civil directo 3737/52.-Palomera de Anaya Juana.-10 de julio de 1953. Véase: Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1985, Cuarta Parte, Tercera Sala, página 266, vigesimoprimer tesis relacionada con la jurisprudencia 94, de rubro “VENTA AD CORPUS Y VENTA AD MESURAM”. Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época, Tomo CXIX, página 2552, Tercera Sala. [Ubicado el 2.X 2016]. Obtenido en <http://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Documentos/Tesis/913/913688.pdf>.

menor a ésta, el precio no podrá sufrir alteración alguna”²¹². Esto indica, la característica de determinabilidad del bien como objeto del contrato de compraventa pero solo para la identificación del inmueble, siendo característica secundaria la medida exacta.

En la determinación o determinabilidad del objeto contractual, que en este caso es el bien inmueble, “las partes pueden ser directas o indirectas, en el sentido de que las partes pueden establecer directamente el contenido de su relación o dejar esa determinación a factores externos. Los criterios para la determinación de la relación contractual pueden ser convencionales o legales”²¹³. Dichos criterios permiten delimitar el contenido del contrato.

Aquella característica del contrato típico de compraventa, resulta importante por su especial vinculación de la cláusula *ad corpus*, pues el no cumplimiento de lo predeterminado, suele facultar en la mayoría de contratos, la posibilidad de interponer o solicitar la resolución, rescisión contractual, como remedios jurídicos para el cumplimiento del mismo. El problema de esta cláusula, radica en la intencionalidad con la que se utiliza, el sector sobre el cuál operará, y el tipo de relación jurídica que se celebrará.

La inclusión de la cláusula *ad corpus* dentro del contrato como “proceso operativo destinado a producir consecuencias jurídicas patrimoniales”²¹⁴, resulta legal en cuanto se respete los márgenes de ley establecidos por el legislador. Por lo que, si los sujetos privados deciden celebrar un contrato de compra – venta de bienes inmuebles en las cuales “manifiesten su libre voluntad de pactar cláusulas amparadas por ley y dentro de los límites que esta establece, nos encontraremos ante un ordenamiento jurídico más justo”²¹⁵, que se encarga no solo de respetar

²¹² TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo directo 4293/95. Inmobiliaria Farder, S.A. 7 de septiembre de 1995. [Ubicado el 2.X 2016]. Obtenido en <http://ius.scjn.gob.mx/SJFSist/Documentos/Tesis/203/203970.pdf>.

²¹³ MASSIMO, Bianca, *Op. Cit.*, p. 348.

²¹⁴ DE REINA TARTIÈRE, Gabriel, *Contratos civiles y comerciales. Parte general*, 1ª ed., Buenos Aires, Editorial Eliasta, 2010, p. 9.

²¹⁵ IBÁÑEZ, Carlos M., *Op. Cit.*, p. 54: “Lo pactado en el contrato es justo porque es la libre expresión de la voluntad de las partes. “quien dice contractual dice justo” (*qui dit contractuel, dit juste*), ha expresado Fouillée. Asimismo, Kant ha dicho que “cuando alguien decide alguna cosa con respecto a otro, es siempre posible que le cometa alguna injusticia, pero toda injusticia es imposible cuando decide por sí mismo”. Postura

principios fundamentales, sino también de velar por aquellos valores axiológicos que dieron origen al Estado.

Hemos dicho que el consentimiento voluntario es suficiente para el perfeccionamiento del contrato, por ello “cuando una de las partes quiere vender (*venderé*) una cosa y la otra quiere comprarla (*emere*) y se ponen de acuerdo en cuanto al precio, por este solo consenso, aunque la cosa no haya sido entregada ni el precio pagado, existe desde ese momento la compraventa (*emptio venditio*)”²¹⁶, derivando obligaciones recíprocas tanto para el comprador como para el vendedor. Sin embargo, el nacimiento y cumplimiento de las obligaciones toman otro rumbo cuando en la estipulación de las mismas fue realizada por una de las partes y de manera arbitraria.

Para el Derecho Civil, el contrato de compraventa *ad corpus*, es entendida como la venta “de cuerpo cierto, de finca individualizada por su entidad, y como tal vendida, y es esa entidad lo tenido en cuenta al fijar el precio, y no las secundarias menciones de cabida o número (S. 25 febrero 1997). Si – dice – además de expresarse los linderos, indispensables en toda enajenación de inmuebles, se designaren en el contrato su cabida o número, el vendedor estará obligado a entregar todo lo que se comprenda dentro de los mismos linderos aun cuando exceda de la cabida o número expresados en el contrato. Lo decisivo, pues, es el precio alzado ...”²¹⁷, esto es, ante una proporción mayor o menor respecto a una medida fijada, con la cláusula *ad corpus*, no habrá disminución o aumento del precio, en tanto lo delimitado se constituye como un interés secundario y no primario como en una compraventa *ad mesuram*.

Rezzónico citado por Castillo, considera que en el contrato *ad corpus* tanto las medidas como superficies del bien inmueble no tienen una importancia

que consideramos abusiva y contraria hacia el deber de lealtad o del principio de buena fe en materia contractual.

²¹⁶ DI PRIETO, Alfredo, *Op. Cit.*, p. 241.

²¹⁷ LACRUZ BERDEJO, Luis, *Elementos de derecho civil*, Volumen II, 3ª ed., Madrid, Dykinson, 2005, p. 36.

relevante, ya que dejan de ser un elemento esencial del contrato, aun cuando la supuesta medida haya servido como base para convenir el precio²¹⁸.

“Cuando la venta se celebra por un precio determinado o global (*venta à forfait o forfataria*) es usual, entre nosotros, la expresión venta ad corpus, como queriendo indicar que las partes tienen en cuenta el inmueble como tal, careciendo de relevancia lo más o menos de diferencia que exista con respecto a las medidas que las partes indiquen. En ese supuesto, no surge pretensión alguna por suplemento de precio debido a exceso de área en favor del vendedor ni disminución del precio con respecto al comprador por resultar menor el área. Tampoco procede la pretensión resolutoria, cualquiera que sea la diferencia entre el área mencionada en el contrato de venta y el área existente”²¹⁹.

Puesto en otros términos, las partes que celebren el contrato deben estipular el precio total por la masa, teniendo en consideración al bloque, mas no de la medida exacta, dejando el precio determinado con prescindencia de la cantidad pactada²²⁰.

Como podemos apreciar, “también se considera *ad corpus*, y no *ad mesuram*, la venta por un precio único, aun con indicación de medidas si no se indican los ángulos, porque sin ellos no cabe establecer el área que es condición de aplicación”²²¹, por ello la determinabilidad resulta necesaria para identificar el bien, pero no para la exigibilidad del reajuste del precio pactado.

El contrato de compraventa *ad corpus*, se presenta ante aquellos casos donde la venta de un bien inmueble determinado no tiene indicación de área pero sí un solo precio. No obstante, esta falta de indicación de medida puede ser total, pero determinable en cuanto a zonas referenciales. Además, se requiere para este tipo de subcontratación, la carencia de problemas si en caso hallamos diferencias entre lo real y lo expresado dentro del contrato, ya que lo prometido no es una superficie determinada, sino mas bien un inmueble en general y de

²¹⁸ Cfr. CASTILLO FREYRE, Mario, *Tratado de la venta*, Tomo II, 1ª ed., Lima, Palestra Editores, 2010, p. 633.

²¹⁹ SPOTA, Alberto G., *Instituciones de derecho civil. Contratos*, V. IV, 2ª reimpresión, Buenos Aires, Ediciones Depalma, S/N, p. 105.

²²⁰ Cfr. CASTILLO FEYRE, Mario, *Op. Cit.*, p. 634.

²²¹ SPOTA, Alberto G., *Op. Cit.*, p. 106.

cuerpo cierto; por lo tanto, las partes al estipular este tipo de cláusula prescinden de toda referencia superficial²²².

Aunque existen autores afirmando que la sola indicación de la medida excluye la cláusula *ad corpus*, la utilización de dicha determinación suele ser referencial para el límite legal de desproporcionalidad permitido por las normas de Derecho²²³.

El contrato de compraventa *ad corpus*, es aquel a través del cual “se vende un inmueble singular sin indicación de su área y por un solo precio; el que se determina en atención al bien considerado en su entidad global (es decir, prescindiendo de sus medidas) (v.gr.: se vende un terreno sito en calle Moreno 194 de la localidad tal por \$ 100.000). También queda comprendida en esta modalidad la venta de varios inmuebles por un solo precio (o venta en *block*), con indicación del área de cada uno de ellos pero bajo la convención de que no se garantiza el contenido”²²⁴, ya que la medida puede ser conforme o distinta a la mencionada.

Bajo esos mismos fundamentos, Castán Tobeñas menciona que “en la venta de un inmueble, hecha por precio alzado, y no a razón de un tanto por unidad de medida o número, no tendrá lugar el aumento o disminución del mismo, aunque resulte mayor o menor cabida o número de los expresados en el contrato”²²⁵. Debemos resaltar que este tipo de contratación suele utilizarse en zonas rurales y no urbanizadas, siendo el objeto común de la compraventa *ad corpus* las finas o terrenos campestres.

Por ello, se considera que a través de la venta realizada en la modalidad *ad corpus*, “la escritura describe el inmueble y sus linderos, las medidas no fueron determinantes para las partes, quienes tuvieron en mira el inmueble en sí, por lo que no daría lugar a pretensión de aumento o disminución del precio si el área

²²² Cfr. LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., *Teoría de los contratos*, Tomo II, 2ª ed., Buenos Aires, Zavallia, 1991, pp. 157 – 158.

²²³ Cfr. LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., *Op. Cit.*, p. 160.

²²⁴ ALOU, Stella M.; ARIZA, Ariel C. y otros. *Fundamentos del derecho contractual. Parte especial*, Tomo II, Buenos Aires, La Ley, 2009, p. 138.

²²⁵ CASTAN TOBEÑAS, José, *Derecho civil español, común y foral*, Tomo IV, Madrid, Editorial Reus, 1993, p. 116.

resultase menor que las medidas estimadas mas o menos con un alcance meramente ilustrativo”²²⁶. Esta institución, que pertenece en estricto al ámbito civil, tiene ciertos matices en el derecho del consumidor.

Medina De Lemus, citado por Luis Díez Picazo, menciona que a la compraventa *ad corpus* “la caracteriza como venta por medida mediante segregación de un cuerpo cierto, que es una venta de cosa genérica delimitada. Como se ha dicho también, hay algo objetivamente determinado que es la masa de lo que debe superarse la cantidad convenida y esta misma cantidad indicada en número o medida²²⁷, tiene una relevancia secundaria entre quienes celebraron el contrato.

Al respecto, y en ese orden de ideas el bien inmueble “se vende como un único cuerpo (*ad corpus*) o como un todo – las partes del contrato sólo están interesadas en la unidad del precio por todo el terreno, del cual desinteresan sus dimensiones. El precio, como dice Spota, es *à forfait*, y, en principio y como regla, poco importa si surgen disparidades en las medidas del inmueble”²²⁸, pues lo interesante acá es el bien objeto del contrato.

Si bien es cierto “las modalidades referidas no son taxativas ya que, en virtud del principio de autonomía de la voluntad, las partes podrían idear otros mecanismos de determinación del objeto del contrato de compraventa inmobiliaria”²²⁹, teniendo en cuenta siempre el aspecto social del contrato, en conjunto con el principio de solidaridad.

El código civil peruano, en sus artículos 1574 y 1577 ha diferenciado y delimitado con claridad cuándo nos encontraremos ante una compraventa por extensión o cabida o ante una contratación *ad corpus*. En cuanto a la primera, se ha señalado que “en la compraventa de un bien con la indicación de su extensión o cabida y por un precio en razón de un tanto por cada unidad de extensión o cabida, el vendedor está obligado a entregar al comprador la cantidad indicada en el

²²⁶ *Compraventa inmobiliaria, venta ad corpus, venta con indicación de área*, 1989, [ubicado el 21.X 2016]. Obtenido en <http://www.saij.gob.ar/compraventa-inmobiliaria-venta-ad-corpus-venta-indicacion-area-suc0005136/123456789-0abc-defg6315-000csoiramus>.

²²⁷ DÍEZ PICAZO, Luis, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, 1ª ed., 1ª reimpresión, Tomo II, Madrid, Civitas, 2011, p. 102.

²²⁸ COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., *Op. Cit.*, pp. 420 – 421.

²²⁹ ALOU, Stella M.; ARIZA, Ariel C. y otros., *Op. Cit.*, pp. 138 – 139.

contrato. Si ello no fuese posible, el comprador está obligado a pagar lo que se halle de más, y el vendedor a devolver el precio correspondiente a lo que se halle de menos”, exigiendo al comprador y al vendedor el pago o la devolución si la medida del bien difiere de la pactada.

Mientras que en el segundo caso, el código de derecho común sostiene que en la compraventa bajo la modalidad *ad corpus* “si el bien se vende fijando precio por el todo y no con arreglo a su extensión o cabida, aun cuando ésta se indique en el contrato, el comprador debe pagar la totalidad del precio a pesar de que se compruebe que la extensión o cabida real es diferente. Sin embargo, si se indicó en el contrato la extensión o cabida, y la real difiere de la señalada en más de una décima parte, el precio sufrirá la reducción o el aumento proporcional”.

Nuestro cuerpo normativo civil, nos pone bajo el siguiente supuesto: el bien se vende por un precio unitario sin tener en consideración la extensión del inmueble, ante el cual, si existiese alguna referencia a la cabida y ésta difiere con lo expresado, no existe obligación de devolver o pagar la discrepancia entre lo real y lo jurídico por la misma calidad o naturaleza de la cláusula *ad corpus*. Sin embargo, el legislador a través del artículo bajo mención, decidió establecer que si ante un eventual suceso, la medida escapa del límite del diez por ciento más o 10 por ciento menos por sobre la extensión, surgirá tanto para el vendedor como para el comprador, la obligación de pagar o devolver el dinero en simetría a lo disímil.

Por lo tanto, consideramos que la compraventa *ad corpus* presenta una naturaleza jurídica onerosa, sinalagmático, con obligaciones recíprocas para comprador y vendedor, pero con una cualidad especial que la diferencia de la compraventa en general, así como de cualquier otra modalidad de transferencia de la propiedad inmueble, esta es, las medidas exactas del bien objeto del contrato no son determinantes para la celebración del mismo, ya que la compra se realiza por sobre todo el cuerpo independientemente de la medida o cabida, no dando derecho a reajuste salvo que la diferencia de la medida aproximada prevista sea superior a la tolerancia establecida por ley, en este último caso, se genera en las partes la obligación de pagar o de retribuir la diferencia del bien de manera proporcional al metraje excedido o disminuido.

Teniendo en cuenta la naturaleza establecida a la cláusula *ad corpus*, nos preguntamos si ésta tendrá la misma validez y eficacia tanto en las relaciones civiles como de consumo.

La primera respuesta que podríamos plantear, es que independientemente de la relación jurídica en la que nos encontremos, la validez y eficacia de la compraventa *ad corpus* será la misma en tanto ha sido reconocida legalmente como una forma de transmisión de la propiedad inmueble por nuestro ordenamiento jurídico bajo ciertos límites. Entonces, si los ciudadanos usan esa modalidad de contratación y respetan los márgenes establecidos por el legislador, no acaecería problema alguno.

No obstante, en la presente investigación manifestamos de manera contundente que las instituciones jurídicas del Derecho Civil encuentran nuevos parámetros legales en el Derecho del Consumidor. De esta manera, consideramos que, en el supuesto caso donde se haya pactado la cláusula *ad corpus* entre particulares – en uso de su autonomía privada y libertad de configuración interna – y el área del inmueble declarada en el contrato difiere con el área real bajo ciertos límites legales, la cláusula *ad corpus* sigue siendo válida y eficaz. El fundamento de lo sostenido es que las partes contratantes se encuentran en una situación de equilibrio contractual, existiendo libertad para definir el contenido del contrato tanto para comprador como para vendedor, y junto a ello, la posibilidad de regular o de modificar por libre voluntad el contrato en general.

Esta paridad contractual presente dentro de una relación civil particular, no se encuentra dentro de una relación de consumo, ya que ésta última se caracteriza justamente por la existencia de un proveedor que se encuentra en una gran situación de ventaja frente a un consumidor. En este tipo de contratos, las cláusulas y condiciones son impuestas únicamente por el proveedor del producto, y en su mayoría, los términos contractuales suelen ser abusivos, pues no existe libertad de negociación por la parte débil como lo son los consumidores. Frente a esta situación, surgen diversos supuestos tales como: si ante un contrato con una constructora inmobiliaria – que, de aplicar lo estudiado en el acápite anterior, nos hallaríamos ante una relación de consumo por cumplir los requisitos establecidos por el Decreto Legislativo N° 29571 – , al cual nos

adherimos expresando un consentimiento no satisfecho del todo, nos ofrece un bien inmueble de bien futuro con medidas expresas, y, agrega a ello, la posibilidad de una “imprevista” variación del metraje en una décima parte de más o de menos, en este supuesto ¿el contrato de compraventa de bien inmueble *ad corpus* será igualmente válido y eficaz? ¿cuál deberá ser la calificación jurídica de las relaciones derivadas de la presencia de la cláusula *ad corpus* en un contrato de compra – venta de bien inmueble celebrado al amparo de la libertad contractual en una relación de consumo?

Tenemos que, las empresas constructoras suelen trabajar con contratos de bien futuro, entendido “como el bien que actualmente no existe como un objeto autónomo de goce, pero que es susceptible de llegar a existir. Bienes futuros son: las cosas que no existen, todavía, en la naturaleza; las cosas que existen en la naturaleza que no son de propiedad de nadie pero que son susceptibles de apropiación. La inexistencia actual del bien futuro no comporta falta de objeto del contrato; toda vez que las partes prevén un bien futuro, el objeto del contrato es, precisamente, el bien previsto. Por lo tanto, no se puede compartir la tesis del carácter incompleto del contrato, o del contrato en vía de formación”²³⁰.

La venta sobre cosa futura, se configura como válida, sin embargo, se encuentra condicionada suspensivamente a la existencia del bien en sí, la entrega del mismo y el pago acorde a lo pactado²³¹.

Ello, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 1409 de nuestro Código Civil, el cual establece la posibilidad de que las prestaciones objeto de obligación, puedan versar sobre bienes futuros. Asimismo, el artículo 1532 del mencionado cuerpo normativo, otorga la posibilidad de realizar venta de bienes ya existentes al momento de la celebración del contrato o que puedan a existir.

Estas ventas de bienes futuros por parte de las inmobiliarias quienes tienen el estatus de proveedores, se dan en su mayoría a través de la venta de departamentos de un mismo edificio. Como sabemos, nos hallamos también

²³⁰ MASSIMO, Bianca, *Op. Cit.*, p. 346.

²³¹ Cfr. OVIEDO ALBÁN, Jorge, *La compraventa. Perfeccionamiento del contrato, transferencia del dominio y entrega material*, 1ª ed., Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2014, p. 65.

ante una propiedad horizontal, el cual tiene como presupuesto que un determinado edificio se encuentre dividido en apartamentos, departamentos o pisos²³².

Siendo así, el régimen de propiedad horizontal es considerado “como una forma especial de dominio, y como un fenómeno de la urbanización” ²³³, propio del mundo moderno, donde la construcción se encuentra en su máximo apogeo.

Por lo que resulta menester recalcar que “la propiedad horizontal supone la existencia de propiedades privativas y exclusivas”²³⁴, pues los distintos pisos o departamentos son propiedad de diferentes propietarios.

Esta modalidad es usada constantemente por las grandes inmobiliarias para vender viviendas a quienes se encuentren interesados en adquirirlas. No obstante, la modalidad de compraventa inmobiliaria resulta ser estandarizada a través de contratos con cláusulas predispuestas y que en su mayoría se configuran como abusivas. Lo que lleva a suponer que ante una adquisición inmobiliaria, sea la compra de un departamento, de un piso, o de alguna otra propiedad²³⁵, donde exista la cláusula *ad corpus* – teniendo como base que la normatividad aplicable sobre el contrato será la del Código de Protección al Consumidor por la relación de consumo entre proveedor y usuario – deberá ser considerada como abusiva, pues coloca en una situación de desventaja y de desigualdad al consumidor.

Si bien es cierto, establecimos con anterioridad la poca relevancia de la medida del bien inmueble ante una compraventa *ad corpus*, la situación de la eficacia de la cláusula cambia ante un contrato celebrado con una inmobiliaria, puesto que tienden a defraudar al Derecho por medio de condiciones permitidas mediante

²³² Cfr. ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, José A., *Derechos reales*, Jurista Editores, Lima, 2015, p. 221.

²³³ LAFAILLE, Héctor y HORACIO ALTERINI, Jorge, *Derecho civil. Tratado de los derechos reales*, Tomo VI, 2ª ed., Buenos Aires, La Ley, 2010, p. 69.

²³⁴ ZANON MASDEU, Luis, *La propiedad de casas por pisos*, Barcelona, Ediciones Ariel, 1964, p. 74.

²³⁵ Cfr. CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA, Luis M., *La seguridad del consumidor en la adquisición de inmuebles*, 2ª ed., Madrid, Editorial Civitas, 1993, p. 35.

ley, pero utilizadas arbitrariamente para incrementar el número de ventas, y con ello, las utilidades económicas.

Ejemplo de lo sostenido, son los pronunciamientos por parte del tribunal de INDECOPI respecto a la cláusula *ad corpus* en contratos de adquisición inmobiliaria. Situación que evidencia la problemática surgida entre la tutela del consumidor y lo regulado por el código civil en aquellos contratos que se celebren bajo la modalidad anteriormente mencionada.

Ejemplo de lo expuesto precedentemente, lo encontramos en los pronunciamientos de la Sala Especializada en Protección al Consumidor del Tribunal de INDECOPI (Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual), que ha emitido múltiples resoluciones en las cuales sostuvo una posición a favor de los intereses del consumidor por sobre los intereses del vendedor en un contrato de compra venta de bienes inmuebles con cláusula *ad corpus*, condición que se encuentra tipificada en el artículo 1577 del Código Civil²³⁶ patrio.

Así, en una primera Resolución N° 1233 – 2015/SPC – INDECOPI²³⁷, encontramos en los hechos materia de litis que el señor Gustavo Miguel Begué Iturrizada y la señora Patricia Cecilia Cáceres Núñez celebraron un contrato de separación del bien futuro con la empresa Shamrock del Perú, por un departamento ubicado en Lima. Este inmueble según lo expresado, debía contar con un metraje de 142 m² por un precio de US\$ 167,000.00 dólares. En donde los señores Begué Cáceres abonaron la suma de US\$ 30,000.00 dólares con la finalidad de separar el departamento número F – 301, ubicado en la Calle los Apaches N° 170, distrito de Santiago de Surco – Lima.

²³⁶ Código Civil Peruano:

Artículo 1577: COMPRAVENTA AD CORPUS

Si el bien se vende fijando precio por el todo y no con arreglo a su extensión o cabida, aún cuando ésta se indique en el contrato, el comprador debe pagar la totalidad del precio a pesar de que se compruebe que la extensión o cabida real es diferente.

Sin embargo, si se indicó en el contrato la extensión o cabida, y la real difiera de la señala en más de una décima parte, el precio sufrirá la reducción o el aumento proporcional.

²³⁷ Anexo N° 01

Posteriormente, los denunciantes afirman que al cancelar la cuota inicial, suscribieron un documento con la empresa Shamrock (en adelante inmobiliaria), en la cual se consignó que el bien inmueble materia de denuncia tendría un metraje de 138 m², ante lo cual accedieron para no perder las cantidades abonadas en concepto de adelanto y cuota inicial.

El 12 de agosto del año 2010, los contratantes celebraron el contrato de compraventa de bien futuro para la transferencia de propiedad, entregándose el citado inmueble el 22 de diciembre de 2011.

Sin embargo, el 16 de enero de 2014, la Inmobiliaria les envió una adenda al contrato de compraventa, que contenía una corrección a las medidas del departamento, pasando de 138 m² (tamaño que pertenece a otro modelo de departamento) a 136.09 m².

Mediante escrito del 13 de marzo de 2014, la Inmobiliaria presentó sus descargos manifestando que los denunciantes habían solicitado una proforma del departamento modelo A2, departamento M301 de 142 m² aproximadamente, el cual era un departamento distinto al que adquirieron finalmente. Además, alegaron que la Cláusula Tercera del contrato estipulaba los límites de tolerancia en la variación del metraje del inmueble; siendo que el departamento entregado se encontraba dentro de los mismos; y, el 16 de enero de 2014, los denunciantes asistieron a la reunión pactada con la arquitecta de su representada, Karen Vilca, quien les explicó que el área del departamento había variado de 138 m² a 136 m², razón por la cual debían suscribir la adenda aclaratoria respectiva.

Consecutivamente, los adquirentes denunciaron a la Inmobiliaria en aplicación de los artículos 18 (correspondiente al deber de idoneidad en el producto) y 19 (referente a las obligaciones de los proveedores) del Código de Protección y Defensa del Consumidor. No obstante, la Comisión declaró infundada la denuncia presentada por los señores Begué Cáceres por falta de acreditación de lo denunciado.

En contraposición de lo resuelto por la Comisión, el Tribunal de INDECOPI revocó la primera resolución, fallando a favor de los compradores y, precisando que:

“Si bien la Inmobiliaria señaló que la modificación en la medidas del departamento se encontraba dentro de la tolerancia normalmente aceptada de acuerdo al contrato, cabe precisar que no puede considerarse que la diferencia de 1,91 m² sea mínima; en tanto dicha área, por ejemplo, equivaldría al área de un pequeño depósito, lo cual evidentemente está afectando las expectativas de los denunciantes”.

En una segunda Resolución N° 900 – 2014/SPC – INDECOPI²³⁸, el señor Luis Alberto López de Castilla Bado, denunció a la Constructora Rischmüller S.A.C., arguyendo que el 29 de abril de 2010, el denunciante suscribió un contrato de compraventa de bien futuro correspondiente al departamento 701 y estacionamiento 70 – Urbanización San Antonio, distrito de Miraflores.

La inmobiliaria estableció en un primer momento como área aproximada del departamento 64.40 m², con las medidas perimétricas, diseño interior y distribución detallados en el plano que se adjuntó al referido contrato. No obstante, el señor López al acercarse a inspeccionar la obra, se percató que la denunciada había reducido su departamento a 61.90 m².

A diferencia del primer proceso administrativo, en ésta resolución la Comisión declaró fundada la denuncia interpuesta por el comprador, y el Tribunal confirmó la decisión del *a quo*, bajo los mismos fundamentos que la Resolución N° 1233 – 2015/SPC – INDECOPI.

En ambos casos, el *ad quem* se basó en los siguientes fundamentos:

“...para efectos de las normas de protección al consumidor, no resulta idóneo que un proveedor ofrezca al consumidor un producto con determinado metraje y luego se lo entregue con medidas distintas a las ofrecidas. Ello en tanto un consumidor adquiere un departamento motivado no sólo por las características que puede tener sino por sus dimensiones siendo el tamaño (metraje) una característica esencial del inmueble que se desea adquirir; así, dada la oferta inmobiliaria, será un elemento importante para adoptar una decisión de consumo o no”²³⁹.

²³⁸ Anexo N° 02.

²³⁹ Resolución N° 1233 – 2015/SPC – INDECOPI del 20 de abril de 2015: fundamento 18 y Resolución N° 900 – 2014/SPC – INDECOPI del 19 de marzo de 2014: fundamento 16.

En el citado considerando, cabe hacer algunas críticas al Tribunal, puesto que se debió esclarecer que pese a la naturaleza que presenta la cláusula *ad corpus* en la adquisición de bienes inmuebles con respecto a la poca relevancia de la medida; en una relación de consumo, el estatus de la inmobiliaria como proveedora no permite justificar la variación de las medidas del bien ofrecido al consumidor, por cuanto se vulnera gravemente el deber de idoneidad como pilar fundamental en la tutela del usuario.

Además, el órgano colegiado pudo haber calificado a través del análisis correspondiente que, dentro de los contratos con las inmobiliarias, las cláusulas *ad corpus* devienen en leoninas y abusivas, debido al uso de éstas como forma de obtención de contratantes en desmedro, perjuicio y sumisión de los mismos, amparándose sobre el margen de variabilidad dispuesto por nuestro Código Civil, ello, sin tener en cuenta la proyección profesional realizada previamente sobre el inmueble a construir.

En razón a lo expuesto, consideramos que la cláusula *ad corpus* cumple con los dos requisitos para determinar si es abusiva o no en el margen de una relación de consumo. El primero de ellos es la falta de negociación entre el consumidor y la inmobiliaria, en tanto la imposición es realizada en su totalidad por la proveedora, de modo que, quien contrata con ésta, debe aceptarla necesariamente.

Si bien, el Estado a través del artículo 65 de la Constitución Política del Perú defiende el interés de los consumidores y usuarios; y, en correlación a la norma de rango constitucional, el Código de Protección y Defensa del Consumidor, establece en su artículo 1.1, literal f) que “el derecho a elegir libremente entre productos y servicios idóneos y de calidad, conforme a la normativa pertinente, que se ofrezcan en el mercado”, tampoco es menos cierto que dicho derecho tiene como fundamento la obligación de todo proveedor de abstenerse a realizar acciones o prácticas que afecten o mermen directa o indirectamente la libertad de elección del consumidor.

Por lo que podemos afirmar que la cláusula *ad corpus*, en una relación de consumo, tiende a limitar el derecho de acción de los consumidores ante una

eventual y abusiva variación del metraje ofrecido en un primer momento, restringiéndole interponer acción alguna contra la inmobiliaria que cuenta con mayor información de la ejecución del contrato, y con la proyección de profesionales, riesgos y beneficios de la construcción del bien.

En base a lo mencionado, es menester recordar, que en el tráfico patrimonial actual del mercado, la contratación en masa se ha impuesto dentro de las relaciones de consumo, limitándose al consumidor a la libertad de contratar (capacidad de elegir con quién desean contratar) mas no tienen libertad contractual (libertad de establecer el contenido del contrato), la cual lo hacen de manera unilateral los proveedores.

En cuanto al segundo filtro, existe una desproporción injustificada de los beneficios, riesgos y costos en perjuicio de quienes contratan con la inmobiliaria, ya que los consumidores se supeditan a las condiciones y consecuencias de los actos que realizan ellas al amparo de la posibilidad de variación del metraje ofrecido al momento de la celebración del contrato.

En correspondencia con lo afirmado, el siguiente fundamento expone de manera contundente que la compraventa *ad corpus* atenta directamente contra el deber de idoneidad en la adquisición inmobiliaria. Bajo esa perspectiva, es digno recalcar la certeza con la que el Tribunal de INDECOPI menciona que independientemente de la existencia de planos o no para la construcción de un inmueble, pues aun existiendo físicamente el bien objeto de contrato, y en concordancia con el principio de buena fe contractual, el inmueble recibido debería ser en principio conforme a lo estipulado, prescindiendo de esta manera la taxatividad de ciertas cláusulas de tolerancia como lo es el *ad corpus*.

“Fundamento 19.- En tal sentido, si el proveedor informa que el bien tendrá determinada medida, este tiene la obligación de entregarle un inmueble con el metraje ofrecido; lo contrario, implicaría una afectación al deber de idoneidad. Ello, independientemente de que se haya celebrado la compraventa del bien materia de denuncia bajo la modalidad *ad corpus*, figura legal que se encuentra recogida el artículo 1577° del Código Civil. Asimismo, al margen de si el bien aún se encuentra pendiente de construcción (en planos) o si este ya se encuentra edificado de manera previa a la compra, no se puede exigir al consumidor que compruebe las medidas exactas de

un bien pues el consumidor siempre tendrá la legítima confianza de que recibirá el mismo en base al metraje que proveedor le informó”²⁴⁰.

Sobre este dispositivo legal, reiteramos nuestra con el Tribunal de INDECOPI cuando califica a la cláusula *ad corpus* como desfasada de la actualidad, de nuestra historia y del tránsito patrimonial, siendo en realidad una modalidad muy utilizada para la comercialización de bienes inmuebles. En efecto, aunque dicha institución jurídica data del Código Civil de 1984, no es razonable considerarla como incompatible e inaplicable en el mundo de hoy.

Tampoco es menos cierto que la compraventa de bien inmueble *ad corpus* suele utilizarse en predios rústicos, rurales o no urbanos²⁴¹, contexto inherente a la situación fidedigna del Perú, y que obedece también a la informalidad, falta de catastro y educación registral de los ciudadanos.

El colegiado de INDECOPI, no toma en consideración que pese a la tecnología existente, la geometría irregular de un terreno suele presentarse en una variedad de zonas nacionales. La urbanización de las mismas resulta ser un fenómeno actual que invade a las poblaciones con paso lento; no obstante, la excepción a lo que podemos denominar como regla, sería aquella en donde las inmobiliarias operan, en tanto los estudios y proyecciones arquitectónicos realizados por los especialistas de su área, rara vez suelen variar, y, en caso de existir alguna modificación, esta suele darse en centímetros, siendo la diferencia en metros un comportamiento abusivo por las empresas dedicadas a dicho rubro.

Ante ello, nos acogemos en su mayoría a lo argumentado por el Tribunal en ambas resoluciones, pues sostiene con firmeza que, dentro del mercado inmobiliario, el consumidor siempre se encuentra en total desventaja y absoluta debilidad estructural, siendo las empresas, las que se encuentran en mejores condiciones para determinar con mayor exactitud las medidas precisas del bien inmueble materia de transacción.

²⁴⁰ Resolución N° 1233 – 2015/SPC – INDECOPI del 20 de abril de 2015: fundamento 19 y Resolución N° 900 – 2014/SPC – INDECOPI del 19 de marzo de 2014: fundamento 22.

²⁴¹ Anexos N° 03, 04, 05 Y 06.

Realizar una interpretación contraria a los intereses del consumidor, implicaría una contravención a las normas de orden público que tutelan a los débiles, y con ello, dejar de lado el principio de pro consumidor.

Por lo que consideramos, que la cláusula *ad corpus* tiene una naturaleza jurídica única pero con eficacia relativa, ya que, dentro del Derecho Civil, su naturaleza será económica – patrimonial con validez absoluta en una relación particular – diferenciándose del contrato de compraventa *ad mesuram* y de las demás modalidades de contratación, en tanto lo resaltante versa sobre el precio fijado, siendo la medida, extensión o cabida, elementos secundarios que no determinan la existencia del mismo – donde las partes celebrantes del contrato de compraventa de bien inmueble establecieron a través de su autonomía privada y libertad contractual el contenido del contrato a través del consentimiento mutuo por la necesidad de contar con esta subcontratación en la transferencia de propiedad.

Sin embargo, dentro de una relación de consumo, la cláusula *ad corpus* no deberá tener eficacia ni validez alguna, en tanto el estatus de consumidor y proveedor confieren a éste último una posición superior por sobre el primero, quien manipula la citada modalidad de compraventa en sus contratos estandarizados de manera abusiva, puesto que las constructoras contando con un estudio de suelo, la existencia de planos ya proyectados y a la espera de ser ejecutados, varían arbitrariamente el metraje de lo prometido, apoyándose en la cláusula *ad corpus* como institución justificante de modificación, defraudando al derecho y actuando contra el principio de buena fe contractual.

Por ello, vital importancia tiene recordar que el núcleo esencial dentro de una relación de consumo es la posición que tienen los sujetos que la componen dentro de la materialidad de los hechos, y no dentro de un plano abstracto amparado en la utopía de “paridad contractual”. Además, el entorno globalizado moderno, exige por parte del Estado una mayor protección al consumidor y por tanto, la socialización y solidarización de los contratos, especialmente el de los empresarios.

El poder legislativo a través de sus componentes humanos, debe instituir las bases para la unificación del Derecho de los Contratos en correspondencia con

el Derecho del Consumidor, respetando los principios del orden público económico de la sociedad peruana, sin que ello implique agotar las instituciones jurídicas del Derecho Civil.

Inevitablemente, el nuevo giro de los contratos y sus repercusiones sociales, exige respetar la autonomía privada y la libertad contractual por todos los ciudadanos, pero bajo parámetros superiores y anteriores a la sociedad conformada, que con el paso del tiempo y del desarrollo de nuevas ideologías, fueron perdiendo el horizonte de su verdadera naturaleza.

La comunidad tiene que comportarse bajo valores de solidaridad, cooperación y lealtad jurídica para con sus semejantes, negando y denunciando todo sometimiento de la parte débil por quien ejerce un poder superior de manera arbitraria. Así, aunque los juristas civilistas sostienen que ya existe un límite fijado por ley para la validez y eficacia de la adquisición inmobiliaria ad corpus; en una relación de consumo, la calificación que los funcionarios públicos deben darle es “por no puesta” e “inidónea”, pues nos encontramos ante una material inexistencia de paridad contractual y contraria a lo que esperaríamos un consumidor razonable.

CONCLUSIONES

1. La cláusula *ad corpus* tiene eficacia relativa, ya que su calificación dentro del Derecho Civil, tendrá plena validez y eficacia en tanto las partes celebrantes del contrato de compraventa de bien inmueble establecieron a través de su autonomía privada y libertad contractual el contenido del contrato a través del consentimiento mutuo y voluntario. Sin embargo, dentro de una relación de consumo, la cláusula *ad corpus* no deberá tener eficacia ni validez alguna, debiéndosele otorgar la calificación jurídica de “inidónea” y tenida “por no puesta”, ello debido a que estatus de consumidor y proveedor confieren a éste último una posición superior por sobre el primero, quien manipula – en detrimento del primero – la citada modalidad de compraventa en sus contratos estandarizados de manera abusiva, ya que las constructoras contando con un estudio de suelo, la existencia de planos ya proyectados y a la espera de ser ejecutados, varían arbitrariamente el metraje de lo prometido, apoyándose en la cláusula *ad corpus* como institución justificante de modificación, defraudando al derecho y actuando contra el principio de buena fe contractual.
2. En la actualidad el contrato es celebrado no solo al amparo de los principios de autonomía privada y libertad contractual que un ordenamiento jurídico en específico reconoce y tutela, sino también, que será el mismo ordenamiento quien al establecer principios generales exija

de los particulares el respeto y la salvaguarda de valores supremos, tales como la solidaridad y la socialización contractual.

3. El nacimiento del Derecho del Consumidor, es expresión de una sociedad donde el capitalismo y los contratos modernos someten constantemente a los consumidores a cláusulas o condiciones donde la autonomía privada y la libertad contractual no tienen campo alguno de actuación, exigiendo al Estado un papel activo para la tutela tanto a nivel constitucional como legal de los derechos e intereses de quienes se encuentran dentro de una relación de consumo, pues la desventaja que presentan los consumidores frente a la parte económica más fuerte cada vez es más evidente.
4. La compraventa *ad corpus* presenta una naturaleza jurídica onerosa, sinalagmático, con obligaciones recíprocas para comprador y vendedor, pero con una cualidad especial que la diferencia de la compraventa en general, así como de cualquier otra modalidad de transferencia de la propiedad inmueble, esta es, las medidas exactas del bien objeto del contrato no son determinantes para la celebración del mismo, ya que la compra se realiza por sobre todo el cuerpo independientemente de la medida o cabida, no dando derecho a reajuste salvo que la diferencia de la medida aproximada prevista sea superior a la tolerancia establecida por ley, en este último caso, se genera en las partes la obligación de pagar o de retribuir la diferencia del bien de manera proporcional al metraje excedido o disminuido.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

1. ALATRISTA SEVERINO, Yamiz L., *Libro de reclamaciones y derechos del consumidor*, 1ª ed., Lima, Ediciones Caballero Bustamante, 2011.
2. ALOU, Stella M.; ARIZA, Ariel C. y otros. *Fundamentos del derecho contractual. Parte especial*, Tomo II, Buenos Aires, La Ley, 2009.
3. ALPA, Guido, *¿Qué es el derecho privado?*, 1ª ed., Perú, Zela, 2017.
4. ALTERINI, Atilio A., DE LOS MOZOS, José L. y SOTO, Carlos A., *Contratación contemporánea. Teoría general y principios*, Bogotá, Editorial Temis, 2000.
5. ALTERINI, Atilio A., DE LOS MOZOS, José L. y SOTO, Carlos A., *Contratación contemporánea. Contratos modernos. Derecho del consumidor*, Bogotá, Editorial Temis, 2001.
6. ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, José A., *Derechos reales*, Jurista Editores, Lima, 2015.
7. ARIAS, José, *Contratos Civiles. Teoría y práctica*, Tomo I, Buenos Aires, Compañía Argentina de Editores, 1939.

8. ARRIGHI, Jean M., citado por QUAGLIA, Marcelo C., *Grupos de empresas, defensa de la competencia y derechos del consumidor*, 1ª ed., Argentina, La Ley, 2002.
9. BADENES GASSET, Ramon, *El contrato de compraventa*, T I, 3ª ed., Bosch Editor, Barcelona.
10. BALLESTEROS GARRIDO, José A., *Las condiciones generales de los contratos y el principio de la autonomía de la voluntad*, Bosch Editor, Barcelona, 1999.
11. BETTI, Emilio, *Teoría general del negocio jurídico*, Granada, Editorial Comares, 2000.
12. BIANCA, Massimo C., *Derecho civil*, traducido por Fernando Hinestroza y Édgar Cortés, 2ª ed., Bogotá, Editorial Cordillera, 2007.
13. BLANCO CARRASCO, Marta. *El contrato de corretaje*, Madrid, Cuadernos De Derecho Registral, 2008.
14. BOLDAÑOS VELARDE, Víctor, “La resolución por incumplimiento en el caso de la compraventa” en *Los contratos. Consecuencias jurídicas de su incumplimiento*, 1ª ed., Lima, Gaceta Jurídica, 2013.
15. CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA, Luis M., *La seguridad del consumidor en la adquisición de inmuebles*, 2ª ed., Madrid, Editorial Civitas, 1993.
16. CÁMARA LAPUENTE, Sergio, *El control de las cláusulas abusivas sobre elementos esenciales del contrato*, 1ª ed., Editorial Aranzadi, Navarra, 2006.
17. CARBONELL O'BRIEN, Esteban, “Cláusulas abusivas y la relación con el consumidor”, *Instituto Pacífico*, N° 27, setiembre 2016.
18. CASTAN TOBEÑAS, José, *Derecho civil español, común y foral*, Tomo IV, Madrid, Editorial Reus, 1993.
19. CASTILLO FREYRE, Mario, *Tratado de la venta*, T. II, 1ª ed., Lima, Palestra Editores, 2010.
20. CASTRO DE CINCUENTAS, Marcela, *Derecho de las obligaciones*, Tomo I, 1ª reimpresión, Editorial Temis, Bogotá, 2009.
21. COLINA GAREA, Rafael, *La función social de la propiedad privada en la Constitución española de 1978*, Barcelona, J. M. Bosch Editor, 1997.
22. COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., *Contrato de compraventa*, 1ª ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2007.
23. DANZ, Erich, *La interpretación de los negocios jurídicos*, 3ª ed., Lima, Editora Escolani, 2009.

24. DE REINA TARTIÈRE, Gabriel, *Contratos civiles y comerciales. Parte general*, 1ª ed., Buenos Aires, Editorial Eliasta, 2010.
25. DI PRIETO, Alfredo, *Derecho privado romano*, 1ª ed., Buenos Aires, Ediciones Depalma, 2000.
26. DIEZ PICAZO, Luis, *Ensayos jurídicos*, Tomo II, 1ª ed., Madrid, Editorial Aranzadi, 2011.
27. DÍEZ PICAZO, Luis, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, 1ª ed., 1ª reimpresión, Tomo II, Madrid, Civitas, 2011, p. 102.
28. DIEZ PICAZO, Luis, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, Tomo IV: las particulares relaciones obligatorias, Pamplona, Civitas, 2010, p. 100.
29. DURAND CARRIÓN, Julio, *Tutela jurídica del Consumidor y de la Competencia*, Lima, Editorial San Marcos, 1995.
30. ESBORRAZ, David F., *Contrato y sistema en América Latina*, 1ª ed., Buenos Aires, Rubinzal – Culzoni Editores, 2006, p. 240.
31. ESPER, Mariano, *Intermediación en contratos inmobiliarios*, 1ª ed., Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2010.
32. ESPINOZA ESPINOZA, Juan, *Ley de protección al consumidor*, ed., Perú, Editorial Rodhas, 2004.
33. FARINA, Juan M, *Defensa del consumidor y del usuario*, 3ª ed., Buenos aires, Editorial Astrea, 2004.
34. FERRI, Luigi, *La autonomía privada*, Granada, Editorial Comares, 2001.
35. FUEYO LANERI, Fernando, *Instituciones de derecho civil moderno*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1990.
36. GARCÍA DE DIEGO, Vicente, *Diccionario etimológico español e hispánico*, Madrid, SAETA, 1954.
37. GARDEAZÁBAL RENGIFO, Mauricio, *La formación del contrato*, Editorial Temis, Bogotá, 2016.
38. GUERSI, Carlos y WEINGARTEN, Cecilia, *Defensa del consumidor*, 1ª ed., Argentina, Editorial Jurídica Nova Tesis, 2005.
39. HINESTROSA, Fernando, *Tratado de las obligaciones II: de las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico II*. Vol. II, 1ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015.
40. IBÁÑEZ, Carlos M. *Derecho de los contratos. Parte general*. 1ª ed, Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2010.
41. JIMÉNEZ PARÍS, Teresa A., *El momento de la buena fe*, Madrid, Fundación Registral, 2006.

42. LACRUZ BERDEJO, Luis, *Elementos de derecho civil*, Volumen II, 3ª ed., Madrid, Dykinson, 2005.
43. LAFAILLE, Héctor y HORACIO ALTERINI, Jorge, *Derecho civil. Tratado de los derechos reales*, Tomo VI, 2ª ed., Buenos Aires, La Ley, 2010.
44. LAFAILLE, Hector; BUERES, Alberto J. y MAYO, Jorge A, *Derecho civil. Contratos*, Tomo I, 2ª ed., Buenos Aires, La Ley, 2009.
45. LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, *Curso de derecho civil patrimonial. Introducción al derecho.*, 18ª ed., Madrid, Editorial Tecnos, 2012.
46. LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, *Curso de derecho civil patrimonial. Introducción al derecho*, 18ª ed., Madrid, Editorial Tecnos, 2012.
47. LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*, 3ª ed., Madrid, Editorial Dykinson, 2007.
48. LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., *Teoría de los contratos*, Tomo II, 2ª ed., Buenos Aires, Zavallía, 1991.
49. LÓPEZ MESA, Marcelo, *La doctrina de los actos propios*, 3ª ed., Euros Editores, Buenos Aires, 2013.
50. LORENZETTI, Ricardo L., *Consumidores*, 1ª ed., Argentina, Rubinzal – Culzoni Editores, 2003.
51. MARTÍN PÉREZ, José A., *La rescisión del contrato*, 1ª ed., España, Bosch Editores, 1995.
52. MASSIMO, Bianca, *Derecho civil*, 1ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.
53. MEDICUS, Dieter, *Tratado de las relaciones obligacionales*, Vol. I, 1ª ed., Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1995.
54. MESSINEO, Francesco, *Doctrina general del contrato*, 1ª ed., Lima, Ara Editores, 2007.
55. MEZZASOMA, Lorenzo, *Derecho del consumidor. El consumidor adquirente de inmuebles por construir*, 1ª ed., Lima, Legales, 2013.
56. MOISÁ, Benjamín, *Tratado de la buena fe en el derecho*, Tomo I, 1ª ed., Buenos Aires, La Ley, 2009.
57. MORALES HERVIAS, Rómulo, *Patologías y remedios del contrato*, Lima, Jurista Editores, 2011.
58. MOSSET ITURRASPE, Jorge y PIEDECASAS, Miguel A., *Contratos: aspectos generales*, 1ª ed., Buenos Aires, Rubinzal – Culzoni Editores, 2005.

59. MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Defensa del consumidor*, 2ª ed., Argentina, Rubinzal – Culzoni Editores, 2003.
60. MÚRTULA LAFUENTE, Virginia, *La protección frente a las cláusulas abusivas en préstamos y créditos*, 1ª ed., Editorial Reus, Madrid, 2012.
61. NEME VILLARREAL, Martha L., *La buena fe en el derecho romano. Extensión del deber de actuar conforme a buena fe en materia contractual*, 1ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010.
62. NORTHCOTE SANDOVAL, Cristhian, *Derecho de los consumidores en el sector inmobiliario, financiero y servicios públicos regulados*, 1ª ed., Perú, Instituto Pacífico, 2014.
63. NÚÑEZ MOLINA, Waldo, *Acto jurídico. Negocio Jurídico*, 2ª ed., Lima, Ediciones Legales, 2012.
64. ORDOQUI CASTILLA, Gustavo, *Abuso de derecho. En civil, comercial, procesal, laboral y administrativo*, 1ª ed., Lima, Ediciones Legales, 2014.
65. OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo, *Teoría general de los actos o negocios jurídicos*, 3ª ed., Bogotá, Editorial Temis, 1987.
66. OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo, *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, 7ª reimpresión, Bogotá, Editorial Temis, 2009.
67. OVIEDO ALBÁN, Jorge, *La compraventa. Perfeccionamiento del contrato, transferencia del dominio y entrega material*, 1ª ed., Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2014.
68. PEREZ BUSTAMANTE, Laura, *Derechos del consumidor*, 1ª ed., Buenos Aires, Editorial Astrea, 2004.
69. PETIT, Eugène, *Tratado elemental de derecho romano*, México, Editora Nacional 1966.
70. PICO ZÚÑIGA, Fernando A. y ROJAS QUIÑONEZ, Sergio A., *Solidarismo contractual. El deber de cooperación y su repercusión en la responsabilidad civil*. 1ª ed., Bogotá, Grupo Editorial Ibañez, 2013.
71. PUIG BRUTAU, José, *Fundamentos de derecho civil*, Tomo II, 2ª ed., Barcelona, Bosch, 2004.
72. Real Academia Española. *Diccionario de la lengua española*. Madrid, 1984.
73. REZZÓNICO, Juan C., *Principios fundamentales de los contratos*, 1ª ed., 1ª reimpresión, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2011.
74. RINESSI, Antonio J., *Relación de consumo y derechos del consumidor*, ed., Buenos Aires, Editorial Astrea, 2006.

75. RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, *Representación sin poder y ratificación*, 1ª ed., Madrid, Editorial Aranzadi, 2013.
76. RODRÍGUEZ, Alessandri, *De los contratos*, Bogotá, Editorial Temis, 2011.
77. ROPPO, Vincenzo, *El contrato*, 1ª ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2009, p. 30.
78. RUBIO ESCOBAR, Jairo, *Derecho de los mercados*, 1ª ed., Colombia, Legis, 2007.
79. SCOGNAMIGLIO, Renato, *Contribución a la teoría del negocio jurídico*, 1ª ed., Grijley, Lima, 2004.
80. SPOTA, Alberto G., *Instituciones de derecho civil. Contratos*, V. IV, 2ª reimpresión, Buenos Aires, Ediciones Depalma, S/N.
81. STIGLITZ, Ruben S., *Contratos civiles y comerciales. Parte general*, Tomo I, 2ª ed., Buenos Aires, La ley, 2010.
82. SUESCÚN MELO, Jorge, *Derecho privado. Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo*, Tomo II, 2ª ed., 2ª reimpresión, Bogotá, Legis Editores, 2005.
83. TORRES VÁSQUEZ, Aníbal, *Teoría general del contrato*, Tomo I, 1ª ed., Breña, Pacífico Editores, 2012.
84. VALENCIA ZEA, Arturo y ORTIZ MONSALVE, Álvaro, *De las obligaciones*, Tomo III, 10ª ed., Editorial Temis, Bogotá, 2015.
85. VALLESPINOS, Carlos G., *El contrato por adhesión a condiciones generales*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 1984.
86. VAQUER ALOY, Antonio y BOSCH CAPDEVILA, Esteve, *Derecho Común europeo de la compraventa y la modernización del derecho de contratos*, Barcelona, Atelier, 2015.
87. VEGA MERE, Yuri, *Contratos de consumo. Consideraciones preliminares sistemáticas a favor de su construcción dogmática*, 1ª ed., Lima, Editora Jurídica Grijley, 2001.
88. VEGA MERE, Yuri, *Contratos de consumo. Consideraciones preliminares sistemáticas a favor de su construcción dogmática*, 1ª ed., Lima, Editora Jurídica Grijley, 2001.
89. VILELA CARBAJAL, Jorge E., *La jurisprudencia del código de protección y defensa del consumidor*, 1ª ed., Perú, Thomson Reuters, 2015.
90. ZANON MASDEU, Luis, *La propiedad de casas por pisos*, Barcelona, Ediciones Ariel, 1964.
91. ZIMMERMANN, Reinhard, *El nuevo derecho alemán de obligaciones. Un análisis desde la historia y el Derecho comparado*, 1ª ed., Barcelona, Editorial Bosch, 2008.

TESIS

92. MALPARTIDA CASTILLO, Víctor, *El derecho del consumidor en el Perú y en el derecho comparado*. Tesis para optar el grado académico de Doctor en Derecho, Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

ARTICULOS DE REVISTA

93. ALPA, Guido, Derecho del consumidor, 1ª ed., Perú, Gaceta Jurídica, 2004.
94. BARTURÉN LLANOS, Tony D., “El control de las cláusulas abusivas en el código de protección y defensa del consumidor”, *IUS*, N° 1, Enero 2011.
95. CARBONELL O'BRIEN, Esteban, “Algunos aspectos interpretativos al contrato de consumo desde su normativa especial”, *Instituto Pacífico*, N° 30, diciembre 2016.
96. DE CASTRO Y BRAVO, Federico, “Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad. La defensa de la competencia. El orden público. La protección del consumidor”. *Anuario de Derecho Civil*, Vol IV, 1982.
97. GARRIDO GÓMEZ, María I., “El cambio conceptual de la autonomía privada”, *Cartapacio de Derecho*, N° 16, Agosto 2013.
98. KEMELMAJER DE CALUCCI, Aída, “Prácticas abusivas en los contratos de consumo en el nuevo Código Civil y Comercial de la República Argentina”, *Instituto Pacífico*, N° 12, junio 2015.
99. LEYVA SAAVEDRA, José, “Autonomía privada y contrato”, *Revista Oficial del Poder Judicial*, 2010 – 2011.
100. MARÍN CONSARNAU, Diana, “Cláusulas contractuales abusivas”, *El derecho común europeo de la compraventa y la modernización del derecho de contratos*, Barcelona, Atelier, 2015.
101. MERINO ACUÑA, Roger A., *Contratos de consumo e idoneidad de los productos y servicios en la jurisprudencia del Indecopi*, 1ª ed., Perú, Gaceta Jurídica, 2008.
102. OVIEDO VÉLEZ, Manuel y MORENO VÁSQUEZ, Mauricio, “Remedios del consumidor frente a fallas de calidad e idoneidad del producto”, *Revista de Derecho Privado*, N° 5, Enero 2014.
103. ROMÁN CALZADA, Antonio H., “La relación de consumo”, *Instituto Pacífico*, N° 31, enero 2017.

104. SALAS VALDERRAMA, Rodrigo A., "Derecho de los consumidores: la necesidad de un código de consumo en el Perú", *Consumo & Legal*, N° 40, Noviembre 2009.
105. SCHIESARO, Diego A., "El contrato asimétrico", *Instituto Pacífico*, N° 22, abril 2016.

RECURSOS ELECTRONICOS

106. ACEDO PENCO, Ángel, *La noción de consumidor y su tratamiento en el derecho comunitario, estatal y autonómico. Breve referencia al concepto de consumidor en el derecho extremeño*, [Ubicado el 11.V 2017]. Obtenido en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/831211.pdf>
107. ACEDO PENCO, Ángel, *El orden público como límite a la autonomía de la voluntad en la doctrina y la jurisprudencia*, [Ubicado el 1.XI 2016]. Obtenido en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/119367.pdf>.
108. ALDANA RAMOS, Edwin G. y Gagliuffi Piercechi, Ivo S., *La noción de consumidor final: el ámbito de aplicación subjetiva de la ley de protección al consumidor según el nuevo precedente de observancia obligatoria del Indecopi*, [Ubicado el 13.VI 2017]. Obtenido en revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/download/11722/12284.
109. Amparo civil directo 3737/52.-Palomera de Anaya Juana.-10 de julio de 1953. Véase: Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1985, Cuarta Parte, Tercera Sala, página 266, vigesimoprimera tesis relacionada con la jurisprudencia 94, de rubro "VENTA AD CORPUS Y VENTA AD MESURAM". Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época, Tomo CXIX, página 2552, Tercera Sala. [Ubicado el 2.X 2016]. Obtenido en <http://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Documentos/Tesis/913/913688.pdf>.
110. BULLARD, Alfredo, *¿Es el consumidor un idiota? El falso dilema entre el consumidor razonable y el consumidor ordinario*, [ubicado el 10.VI. 2017]. Obtenido en <http://revistas.indecopi.gob.pe/index.php/rcpi/article/viewFile/114/110>
111. *Compraventa inmobiliaria, venta ad corpus, venta con indicación de área, 1989*, [ubicado el 21.X 2016]. Obtenido en <http://www.saij.gob.ar/compraventa-inmobiliaria-venta-ad-corpus-venta-indicacion-area-suc0005136/123456789-0abc-defg6315-000csoiramus>.
112. CUADROS GUEDES, Juan C., *¿El código de consumo defiende a las empresas o a los consumidores?* 2010, [Ubicado el 10.VI 2017]. Obtenido en <http://vlex.com/vid/codigo-defiende-empresas-consumidores-192910341>

113. DURAND CARRIÓN, Julio B., *El derecho del consumidor y sus efectos en el derecho civil frente a la contratación de consumo en el mercado*, 2013, [Ubicado el 11.V 2017]. Obtenido en http://www.derecho.usmp.edu.pe/sapere/sumario/edicion_2/articulos/El_derecho_del_consumidor_y_sus_efectos.pdf.
114. EZAINE RAMÍREZ, Amado A., *La protección jurídica al consumidor peruano en el 2004*, 2004 [Ubicado el 11.VI 2017]. Obtenido en https://www.academia.edu/6498761/LA_PROTECCION_JURIDICA_AL_CONSUMIDOR_PERUANO_EN_EL_2014
115. GARCÍA SÁNCHEZ, David, *La noción de consumidor*, 2012 [Ubicado el 10.VI 2017]. Obtenido en <https://vlex.com.pe/vid/consumidor-465718882>.
116. MORALES HERVIAS, Rómulo, *Los contratos con deberes de protección: a propósito de la vinculación entre el derecho constitucional y el derecho civil*, 2013 [Ubicado el 10.VI 2017]. Obtenido en <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r32496.pdf>.
117. PASACHE CÁRDENAS, Carlos E., *La importancia de la tutela del consumidor*, [Ubicado el 11.VI 2017]. Obtenido en <http://blog.pucp.edu.pe/blog/agora/2014/09/04/la-importancia-de-la-tutela-del-consumidor/>
118. PIRIS, Cristian R., *Evolución de los derechos del consumidor*, 2000, [Ubicado el 11.V 2017]. Obtenido en http://www.unne.edu.ar/unnevieja/Web/cyt/cyt/2000/1_sociales/s_pdf/s_006.pdf.
119. PIRIS, Cristian R., *Los conceptos fundamentales del derecho del consumidor en el Mercosur*, [Ubicado el 11.V 2017]. Obtenido en http://www.academia.edu/8008298/Los_conceptos_fundamentales_del_Derecho_del_Consumidor_en_el_MERCOSUR.
120. QUINTANA LIVIA, Rosa, *Consumidor razonable*, [Ubicado el 10.VI 2017]. Obtenido en <https://vlex.com.pe/vid/consumidor-razonable-51675142>.
121. RODRÍGUEZ GARCÍA, Gustavo M., *El apogeo y decadencia del deber de idoneidad en la jurisprudencia peruana de protección al consumidor*, 2014 [Ubicado el 10.VI 2017]. Obtenido en <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/10876/11381>.
122. ROJAS KLAUER, Carlos, *El alcance del deber de información en materia de protección al consumidor: un replanteamiento desde el derecho y economía conductual y el neuromarketing*, 2012 [Ubicado el 10.VI 2017]. Obtenido en <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/9014/9423>.
123. SALAS VALDERRANA, Rodolfo A., *Derecho de los consumidores: la necesidad de un código de consumo en el Perú*, 2009 [Ubicado el 10.VI

- 2017]. Obtenido en <http://vlex.com/vid/consumidores-necesidad-codigo-peru-72362464>.
124. SALAZAR SOLÓRZANO, Randall, *La tutela constitucional del consumidor*, [Ubicado el 11.VI 2017]. Obtenido en <http://download.docslide.net/documents/la-tutela-constitucional-del-consumidor.html>
125. SOSA SACLO, Juan M., *Una mirada constitucional a la defensa del consumidor, con especial referencia a la jurisprudencia del tribunal constitucional*, [Ubicado el 11.VI 2017]. Obtenido en https://www.academia.edu/3827655/Una_mirada_constitucional_a_la_defensa_del_consumidor_con_especial_referencia_a_la_jurisprudencia_de_l_Tribunal_Constitucional.
126. TAMBUSSI, Carlos E., *Los derechos del consumidor como derechos humanos*, [Ubicado el 11.V 2017]. Obtenido en <http://www.gordillo.com/DH6/capVII.pdf>.
127. TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo directo 4293/95. Inmobiliaria Farder, S.A. 7 de septiembre de 1995. [Ubicado el 2.X 2016]. Obtenido en <http://ius.scjn.gob.mx/SJFSist/Documentos/Tesis/203/203970.pdf>.
128. VERDUGO BRAVO, Ismael E., *La relación entre la autonomía privada y los contratos atípicos*, 2011, [ubicado el 25.X 2016]. Obtenido en <http://www.ubo.cl/icsyc/wp-content/uploads/2011/09/7-Verdugo.pdf>.
129. VILLALBA CUÉLLAR, Juan C., *La noción de consumidor en el derecho comparado y en el derecho colombiano*, 2009, [Ubicado el 11.V 2017]. Obtenido en <http://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/14498>.

JURISPRUDENCIAS

130. Cas. N 1817 – 2004- Puno del 31 de Mayo del 2007
131. Cas. N 1817 – 2004- Puno del 31 de Mayo del 2007.
132. Cas. N° 1277 – 2010 – Lima, del 3 de mayo de 2011.
133. Expediente N° 0008-2003-AI/TC, del 11 de noviembre de 2003.
134. Expediente N° 0013-2012-PI/TC. del 27 de mayo de 2013.
135. Expediente N° 002570 – 2015, del 25 de setiembre de 2017.
136. Expediente N° 004616 – 2008, del 12 de abril de 2010.
137. Expediente N° 01865-2010-PA/TC, del 20 de julio de 2011.

138. Expediente N° 3315-2004-AA/TC, del 17 de enero de 2005.
139. Expediente N° EXP. N° 02175-2011-PA/TC, del 20 de marzo de 2012.
140. Resolución 0078-2012/SC2-INDECOPI del 11 de enero de 2012.
141. Resolución 085-96-TDC/INDECOPI de fecha 13 de noviembre de 1996.
142. Resolución 1008-2013/SDC-INDECOPI, del 25 de abril de 2013.
143. Resolución N° 0017-2004/TDC – INDECOPI, del 21 de enero de 2004.
144. Resolución N° 0037-2017/CC, del 11 de enero de 2017.
145. Resolución N° 0082-2008/TDC – INDECOPI, del 21 de enero de 2008.
146. Resolución N° 0102-2008/TDC – INDECOPI, del 23 de enero de 2008
147. Resolución N° 0243-2018/SPC – INDECOPI, del 7 de febrero de 2018.
148. Resolución N° 0354-2004/TDC – INDECOPI, del 11 de agosto de 2004
149. Resolución N° 0422 – 2004/TDC – INDECOPI, del 3 de octubre de 2003.
150. Resolución N° 0536-2004/TDC – INDECOPI, del 29 de septiembre de 2004.
151. Resolución N° 085 – 96 – TDC, del 30 de noviembre de 1996.
152. Resolución N° 101 – 96/TDC – INDECOPI del 1 de enero de 1997.
153. Resolución N° 1233 – 2015/SPC – INDECOPI del 20 de abril de 2015
154. Resolución N° 1337-2005/TDC – INDECOPI, del 7 de diciembre de 2005.
155. Resolución N° 1863-2016/CC1, del 9 de septiembre de 2016.
156. Resolución N° 2348-2007/TDC – INDECOPI, del 26 de noviembre de 2007.
157. Resolución N° 798 – 2016/CC1, del 15 de abril de 2016.

158. Resolución N° 900 – 2014/SPC – INDECOPI del 19 de marzo de 2014

NORMAS

159. Código Civil de Perú, 1ª ed., Lima, Ediciones Legales, 2016.
160. Código de Protección y Defensa del Consumidor, 1ª ed., Jurista Editores, 2016.
161. Constitución Política del Perú, 1ª ed. Lima, Ediciones Legales, 2016.

ANEXOS