

UNIVERSIDAD CATÓLICA SANTO TORIBIO DE MOGROVEJO
FACULTAD DE DERECHO
ESCUELA DE DERECHO



**LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS DE CONTRATACIÓN Y SU DOBLE
RÉGIMEN LEGAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO:
INVALIDEZ VS. INEFICACIA**

TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO DE:

ABOGADO

BAZAN SANTA CRUZ, ANDREI ANGEL

Chiclayo, 31 de octubre de 2018

**LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS DE CONTRATACIÓN Y SU
DOBLE RÉGIMEN LEGAL EN EL ORDENAMIENTO
JURÍDICO PERUANO: INVALIDEZ VS. INEFICACIA**

PRESENTADA POR:

BAZAN SANTA CRUZ, ANDREI ANGEL

A la facultad de Derecho de la Universidad Católica Santo Toribio de
Mogrovejo para optar por el título de

ABOGADO

APROBADA POR:

Mtro. Santa Cruz Vera Segundo Alfredo

PRESIDENTE

Abog. Tejada Lombardi Carlos Augusto

SECRETARIO

Mtro. Flores Rojas Percy

VOCAL

Dedicatoria

A mis padres y hermanos, por su amor incondicional.

Agradecimiento

A mis padres y Ana Claudia, por su total apoyo.

RESUMEN

Esta investigación versa sobre la práctica de algunos proveedores en incluir en sus contratos cláusulas abusivas de contratación, el cual es un procedimiento prohibido por nuestro ordenamiento jurídico mediante el Código Civil Peruano del 1984 y también por el Código de Protección y Defensa del Consumidor, las cuales, no obstante legisladas por dispositivos legales vigentes y revisadas administrativamente mediante el ente designado para ello, siguen causando estragos en los derechos de los consumidores, desencadenando así, una serie de conflictos, que, en nuestra opinión, configurarían un tipo de abuso de derecho.

En este sentido y para su total comprensión, se abordará los aportes dogmáticos pertinentes relacionados a los contratos por adhesión y la relación de consumo posteriormente establecida a la celebración del mencionado contacto, para luego estudiar las teorías de invalidez e ineficacia del negocio jurídico a la luz de lo regulado mediante el Código Civil y el Código de Protección y Defensa del Consumidor sobre las Cláusulas Abusivas de Contratación, para luego, configurar aquel tipo de prácticas como antijurídicas y, en consecuencia, lesivas del ordenamiento jurídico peruano.

El análisis que realizaremos sobre el tema en cuestión nos permitirá realizar un aporte sobre la aproximación legislativa que se debería tener en Perú sobre las Cláusulas Abusivas de Contratación; para que así, se concluya que aquellas deben entenderse por nulas al configurarse un tipo de abuso del derecho del proveedor en el papel de predisponente contractual.

Palabras claves: Cláusulas Abusivas de Contratación – Invalidez – Ineficacia – Nulidad – Abuso del Derecho.

ABSTRACT

The present investigation deals with the practice of some suppliers to include in their contracts Unconscionable Clauses, which is a procedure prohibited by our legal system through the Peruvian Civil Code of 1984 and also by the Consumer Protection and Defense Code, which however, legislated by current legal provisions and administratively reviewed by the entity designated for it, continue to wreak havoc on consumer rights, triggering a series of conflicts, which, in our opinion, would configure a type of Abuse of Rights.

In this sense and for its total understanding, the pertinent dogmatic contributions related to the contracts by adhesion and the relation of consumption later established to the celebration of the mentioned contact will be approached, soon to study the theories of invalidity and inefficiency of the legal business to the light of what is regulated by the Civil Code and the Consumer Protection and Defense Code on the Abusive Contract Clauses, to then configure such practices as unlawful and, consequently, injurious to the Peruvian legal system.

The analysis that we will carry out on the subject in question will allow us to make a contribution on the legislative approximation that should be had in Peru on the Abusive Contract Clauses; so that, on an argumentative basis, supported by legal contributions made by the specialized doctrine, we conclude that those should be understood as null when a type of abuse of the provider's right predisposing clauses on the consumer.

Keywords: Unconscionable Clauses - Invalidity - Inefficacy - Nullity - Abuse of Rights.

ÍNDICE

Dedicatoria	3
Agradecimientos	4
Resumen	5
Abstract	6
Índice	7
Introducción	11

PRIMER CAPÍTULO: LOS CONTRATOS POR ADHESIÓN Y LA RELACIÓN DE CONSUMO

1.1. Los Contratos por adhesión	14
1.1.1. Breve reseña histórica	14
1.1.1.1. Antecedente romano: La “stipulatio”	14
1.1.1.2. Masificación de mercados	18
1.1.2. Definición	23
1.1.3. Partes contratantes	25
1.1.3.1. El predisponente	25
1.1.3.2. El adherente	26
1.1.4. Características	27
1.1.4.1. Unilateralidad de configuración contractual	27
1.1.4.2. Indiscutibilidad de la oferta	28
1.1.4.3. El oferente se encuentra en situación de poderío	29
1.1.5. Naturaleza jurídica	29
1.1.5.1. Teoría normativista	30
1.1.5.2. Teoría contractualista	31
1.1.5.3. Teoría intermedia	32
1.1.5.4. Nuestra postura	34
1.1.6. Función	35
1.1.6.1. Función jurídica	35
1.1.6.2. Función social	36
1.1.6.3. Función económica	37

1.2. La Relación de consumo	38
1.2.1. Sujetos	39
1.2.1.1. El consumidor	39
1.2.1.2. El proveedor	42
1.2.2. Objeto	43
1.2.3. Causa	44
1.2.4. Asimetría de la información	44
1.2.5. Asimetría contractual	46

SEGUNDO CAPÍTULO: LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS DE CONTRATACIÓN Y SU TRATAMIENTO LEGAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO

2.1. Las Cláusulas abusivas de contratación	48
2.1.1. Presupuesto de protección: El consumidor razonable	48
2.1.2. Definición	53
2.1.3. Del tipo de control de las cláusulas abusivas de contratación	56
2.1.3.1. Sobre las maneras de su legislación	56
A. Mediante el sistema de una regla general	56
B. Mediante el sistema de una lista negra	56
2.1.3.2. Sobre su control administrativo	57
A. Autoridad administrativa competente	59
B. Finalidad del control administrativo	60
C. Difusión de las cláusulas aprobadas y de las cláusulas abusivas	60
2.1.3.3. Sobre su control judicial	60
A. Contra stipulatorem	61
B. Favor debitoris	62
2.1.4. La regulación peruana de las cláusulas abusivas de contratación	63
2.1.4.1. Análisis del artículo 1398° del Código Civil	63
A. Sobre el supuesto de hecho	65
B. Las cláusulas prohibidas en el Código Civil	67
2.1.4.2. Análisis del artículo 50° de la Ley N° 29571 – Código de Protección y Defensa del Consumidor	73

2.2. Sobre la invalidez	85
2.2.1. Conceptualización	85
2.2.2. Nulidad	88
2.2.2.1. La Nulidad entendida como estado situacional del negocio jurídico	90
2.2.2.2. La Nulidad entendida como sanción	91
2.2.2.3. De la diferencia conceptual entre la invalidez y nulidad	91
2.2.2.4. Anulabilidad	98
2.3. Sobre la ineficacia	100
2.3.1. Conceptualización	100
2.3.2. Resolución	103
2.3.3. Rescisión	104

TERCER CAPÍTULO: SOBRE EL ABUSO DEL DERECHO Y LA NULIDAD DE PLENO DERECHO

3.1. Derecho comparado	107
3.1.1. Regulación alemana	108
3.1.2. Regulación francesa	112
3.1.3. Regulación italiana	113
3.1.4. Regulación española	115
3.2. Entonces: ¿Invalidez o ineficacia?	116
3.2.1. Del abuso del derecho	119
3.2.1.1. El abuso del derecho en los contratos por adhesión	122
3.2.1.2. El abuso como factor de ilicitud de las cláusulas abusivas de contratación	124
3.2.2. De la justicia contractual	126
3.3. Últimas Consideraciones	127
3.3.1. La ilicitud del negocio y el vicio del consentimiento por dolo o error	128

3.3.2. Consideraciones del Código Civil y el Código de Defensa y Protección al Consumidor	129
3.3.3. Consideraciones de la declaración de nulidad por parte del Poder Judicial y la ineficacia declarada por INDECOPI	130
3.4. Integración contractual	132
3.4.1. Interpretación “contra proferentem” o pro-consumidor	133
3.4.2. Regla de prevalencia de las cláusulas negociadas sobre las cláusulas predispuestas	133
Conclusiones	135
Bibliografía	137
Anexos	148
Tabla N° 01	149
Casación N° 17241-2013	150

INTRODUCCIÓN

Reflexionando sobre la actualidad de las relaciones socio-jurídicas en el Perú y de cualquier país con un esquema económico constitucionalmente establecido, podemos observar que *“el hombre moderno vive atravesado por estándares. El comportamiento humano se ha convertido en un fenómeno estadístico. Nos transportamos en masa, trabajamos en masa, compramos en masa, vendemos en masa, vivimos en masa. Basta levantarse una mañana cualquiera para incorporar de inmediato un engranaje de transacciones y actividades que podríamos considerar fungibles. (...) Cuando trasladamos este panorama al campo de lo jurídico, nos encontramos con la llamada «contratación en masa»”*¹, y es por este nuevo contexto social, como lo indica SERRA RODRÍGUEZ, la contratación en masa se realiza a través de unas condiciones uniformes, preestablecidas o predispuestas por una empresa o grupo de empresas que imponen a sus clientes cuando celebran contratos concretos sin posibilidad de modificarlas o discutir², componiéndose como el instrumento por antonomasia para este tipo de contratación los Contratos por Adhesión, que según DE LA PUENTE Y LAVALLE su definición se encuentra en el artículo 1390 del Código Civil, y establece que el contrato es por adhesión cuando una de las partes, colocada en la alternativa de aceptar o rechazar íntegramente las estipulaciones fijadas por la otra parte, declara su voluntad de aceptar³.

Concretizando en el tema, podemos indicar que de aquellos tipos de contratos son los que a la postre serán la génesis del contrato de consumo, el cual *“se define como el contrato celebrado entre dos partes, uno el proveedor y otro el consumidor, para la compraventa de un producto o servicio, a cambio de una contraprestación”*⁴ y por el medio de los cuales podrán presentarse las Cláusulas Abusivas de Contratación, que

¹ Cfr. BULLARD GONZÁLES, Alfredo. “Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales”. Segunda Edición, Lima, Palestra Editores, 2006, pp. 497 - 498

² SERRA RODRÍGUEZ, Adela. “Cláusulas Abusivas en la Contratación”. Segunda Edición, Navarra, Editorial Aranzadi SA, 2002. P 13.

³ Cfr. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. ARTÍCULO 1390. V|Lex. [ubicado el 10.VI.2018]. Obtenido en http://app.vlex.com/#WWW/search/*/ART%C3%8DCULO+1390/WW/vid/370911214

⁴ Cfr. ARANA, María del Carmen. “CONTRATO DE CONSUMO: CLÁUSULA ABUSIVA”. Revista de la Competencia y de la Propiedad Intelectual. [ubicado el 10.VI.2018]. Obtenido en: <http://servicio.indecopi.gob.pe/revistaCompetencia/castellano/articulos/otonio2010/MariaDelCarmenArana.pdf>

según TORRES CARRASCO pueden ser entendidas como toda aquella estipulación no negociada individualmente que, en contra de las exigencias de la buena fe, causan un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato, en perjuicio del consumidor⁵.

Así, lo que se tratará en esta investigación es el aparente doble tratamiento que reciben estos tipos de fenómenos contractuales para la salvaguarda de las personas naturales o jurídicas en el Derecho Civil y del Consumidor en el Derecho de Protección al Consumidor. Señalamos “doble tratamiento” por lo que indica la simple lectura de las regulaciones en cada dispositivo legal fuente de cada derecho antes señalado, ya que como fácilmente se puede apreciar, en el art. 1398° (Invalidez de Estipulaciones Abusivas) del Código Civil Peruano de 1984, la categoría jurídica que se le confiere a las ya mencionadas Cláusulas Abusivas es la de Invalidez, mientras que, en el Código de Defensa y Protección al Consumidor (Ley N° 29571) en su art. 49° (Definición de Cláusulas Abusivas) se puede apreciar en la redacción de su inc. 1 la palabra “inexigibles”, lo que luego se condice con el siguiente artículo 50, el cual detalla una lista de posibles Cláusulas Abusivas, las cuales tendrán Ineficacia como sanción, lo cual hace necesario definir con claridad estos dos status del acto jurídico.

Al respecto, MORALES HERVÍAS acotó: *“La validez indica la regularidad del contrato. El contrato válido es el contrato que responde a las prescripciones legales. Por el contrario, la eficacia del contrato se refiere a la producción de sus efectos. De esta diversidad de nociones se concluye que la validez no implica necesariamente la eficacia del negocio. El concepto de validez no se contrapone al de eficacia. La eficacia supone validez del contrato, pero no solamente validez, sino, además, idoneidad de producir consecuencias jurídicas. La eficacia del contrato es la productividad de los efectos jurídicos (mutaciones jurídicas o cambios de situaciones jurídicas subjetivas). La eficacia indica la productividad de las consecuencias jurídicas. El contrato es eficaz cuando produce sus efectos jurídicos”*⁶. Siendo de esta manera, el ordenamiento jurídico peruano regula el régimen legal de las cláusulas abusivas de

⁵ TORRES CARRASCO, Manuel Alberto. “Las Cláusulas Abusivas en el Código del Consumidor”. Lima, GACETA JURÍDICA S.A., 2011, p. 65.

⁶ Cfr. MORALES HERVIAS, Rómulo. Las Patologías y los Remedios del Contrato, Tesis para optar el grado de Doctor, Lima, 2012.

contratación, no obstante, existe clara discordancia en la técnica de regulación de aquellas y, más importante aún, subsisten discrepancias notorias respecto a la solución que se les brinda al intentar establecerle la categoría jurídica que sanciona ese actual del predisponente. En ese sentido, el problema se centraría en establecer cuál categoría jurídica es la aplicable para la solución de este tipo de cláusulas. Por consiguiente, formulamos la pregunta problemática que dará paso a la presente investigación: **¿CUÁLES SERÍAN LOS ARGUMENTOS QUE ESTABLECERÍAN LA UNIFORMIZACIÓN EN LA REGULACIÓN DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS DE CONTRATACIÓN?**

Para ello, en el Capítulo I denominado: Los Contratos por Adhesión y la Relación de Consumo estará orientado a describir los contratos por adhesión y los contratos de consumo, realizando el análisis de las peculiaridades de los contratos mencionados y las relaciones que se conformarán en base a los mismos; por otra parte, en el Capítulo II titulado: Las Cláusulas Abusivas de Contratación y su Legislación en Perú se conceptualizará las Cláusulas Abusivas de Contratación, se distinguirá el sentido de la norma civil que recoge la invalidez de estipulaciones abusivas dentro de un contrato por adhesión y se comentará el enlistado de cláusulas abusivas sancionados con ineficacia total por la Ley de Protección al Consumidor; y, por último, en el Capítulo III: Sobre el Abuso del Derecho y la Ineficacia por Nulidad, se argumentarán las razones para la obtención un aporte teórico que fundamentará la uniformización de la legislación sobre los Contratos por Adhesión afectados por Cláusulas Abusivas.

Con este fin, haremos uso del método cualitativo, en la vertiente de la investigación analítica e interpretativa, utilizando para ello el análisis y la síntesis como procedimientos; y como técnicas la observación indirecta y el fichaje mediante fichas bibliográficas, textuales, y de resumen, que permitirán recoger, organizar y presentar la información extraída de las fuentes bibliográficas, doctrinales, normativas y jurisprudenciales.

CAPÍTULO 1

LOS CONTRATOS POR ADHESIÓN Y LA RELACIÓN DE CONSUMO

1.1. Los contratos por adhesión

1.1.1. Breve reseña histórica

1.1.1.1. Antecedente romano: La “*stipulatio*”

Según refiere D'ORS “la forma más ordinaria de crear una *obligatio* entre un acreedor y un deudor es la *stipulatio*”⁷, en ello, se debe detallar que la *stipulatio* es, pues, un acto oral, sujeto a una forma prescrita, que constituía el modo más habitual de obligarse en la antigua Roma, la cual consistía en la formulación de una pregunta solemne, que un acreedor (estipulante) dirigía a su deudor (promitente), el mismo que deberá responder en forma adecuada a la pregunta realizada, quedando en virtud a ello obligado a cumplir una determinada prestación. La fuerza obligatoria de la promesa procede del estricto respeto a una determinada forma y del empleo de determinados términos rituales⁸.

⁷ Cfr. D'ORS, Alvaro. “Derecho Privado Romano”, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra S.A., 1968. p 397.

⁸ GIMÉNEZ-CANDELA, TERESA. “Derecho Privado Romano”, Primera Edición, Valencia, Editorial TIRANT LO BLANCH, 1999. p 421.

Para entender bien este tipo de antiguo contrato romano, tendremos que estudiar su origen histórico, y, aunque no esté del todo claro para los estudiosos del Derecho Romano, usualmente se expresa que la aparición del mismo se debería al tránsito de mercancías que se suscitaba dentro de las ciudades romanas, encontrando su verdadero inicio con la *sponsio*, la que, a su vez, sería originalmente un procedimiento de caución.

Así, se debe entender como *sponsio* un primitivo contrato verbal tiene su punto de partida en la comunidad religiosa compartida entre los contratantes ciudadanos romanos. La genuina concepción de esta obligación se encuentra en las normas de las XII Tablas, que conservan el principio del *ius sacrum*, mediante el cual se establece el valor constitutivo de los *verba*: la voluntad contractual no tiene aquella relevancia que adquiriría más adelante. Junto a estas manifestaciones del carácter religioso, hay que poner de relevancia un indudable carácter mágico de las palabras. Y es que magia y religión eran para aquel entonces, aspectos de un mismo fenómeno; sin embargo, con el desarrollo del comercio romano se produce, pues, un proceso de secularización de la *sponsio*, a través del cual se llega a obtención de la *stipulatio*, sustituyendo el carácter religioso del vínculo y el valor mágico de las palabras por otros criterios intuitivamente más comprensibles para otros pueblos, como la buena fe y el respeto a la palabra dada, sin que las palabras utilizadas pierdan su capacidad de vincular jurídicamente, observándose los primeros atisbos de declaración de voluntad para contratar como actualmente se entiende⁹.

Esta forma verbal de la *sponsio* habrá de ser utilizada con el tiempo, como un modo general de vinculación contractual. Sin perjuicio de esta afirmación, la *stipulatio* se diferencia de la *sponsio*,

⁹ COCH ROURA, Núria. “La forma Estipulatoria. Una Aproximación al estudio del lenguaje directo en El Digesto”, [ubicado el 15.V.2018]. Obtenido en: <http://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/7674/tncr.pdf>

por cuanto esta última es un acto perteneciente al *ius civile*, y, por tanto, sólo accesible a los ciudadanos romanos, en cambio la *stipulatio* es considerada *ius gentium*, y por lo mismo los peregrinos (personas que no eran ciudadanos romanos) podían tener acceso a ella. Por otro lado, y como ya lo hemos explicado, la *sponsio* es un acto de carácter eminentemente religioso; mientras que la *stipulatio* lo es de carácter civil. En otro sentido, la *sponsio*, como todo acto formal en Roma, requiere el pronunciamiento de ciertas y determinadas palabras cuya inobservancia lleva a la inexistencia del acto, en cambio, si bien la *stipulatio* también es un acto oral y formal, no está necesariamente sujeta al pronunciamiento de una única palabra en términos tan rigurosos¹⁰. Además, podemos indicar que la facilidad con que se constituye una obligación por medio de estipulación hizo de ésta un eficaz instrumento para formalizar obligaciones de cualquier tipo; su mayor desarrollo coincidió con la gran expansión económica, que provocaron las conquistas que anexionaron nuevos territorios a Roma y que requerían de una forma ágil, abierta y eficaz de constituir obligaciones con pueblos ajenos a la tradición jurídica romana¹¹.

Los requisitos para que la *stipulatio* fuera válida eran¹²:

A. Una pregunta oral del que pretendía hacerse acreedor y una respuesta afirmativa e igualmente oral del que pretendía constituirse deudor. En la pregunta que hacía el acreedor debía incluir claramente el objeto de la obligación que trataba de constituir, y la respuesta del deudor debía comprender, expresa o tácitamente, dicho objeto.

¹⁰ PÉREZ BRAVO, Carlos. "La Stipulatio. Características Generales", [ubicado el 15.V.2018]. Obtenido en: www.ubo.cl/icsyc/wp-content/uploads/2011/09/6-Pérez.pdf

¹¹ GIMÉNEZ-CANDELA, Óp. Cit. p. 421.

¹² MEDELLÍN ALDANA, Carlos; MEDELLÍN FORERO, Carlos & MEDELLÍN BECERRA, Carlos. "Lecciones de Derecho Romano", Decimocuarta edición, Santa Fe, Editorial Temis S.A., 2000. p. 228.

- B. Presencia física de ambas partes en el acto de la formulación oral.
- C. Era indispensable que hubiera concordancia gramatical y jurídica entre la pregunta y la respuesta. Si la respuesta abarcaba cosa distinta de la que contenía la pregunta, o comprendía el mismo objeto, pero en condiciones diferentes, faltaba aquella concordancia y la estipulación no valía.
- D. Era necesario que hubiera continuidad entre la pregunta y la respuesta, a fin de que pudiera saberse con precisión que la respuesta del deudor se refería a la pregunta del acreedor hecha en el mismo acto, y no a otra cosa.

Por lo que se puede interpretar que aquellos requisitos son los sustanciales a la *stipulatio*, sin embargo, es interesante lo anotado por PETIT, quien señala que¹³:

“(...) cuando los romanos hacían una estipulación, tenían por costumbre redactar un escrito, llamado instrumento o cautio, la cual relatava ante todo el objeto del contrato, luego el cumplimiento de las formalidades y terminaba por los nombres y los sellos de los testigos que habían asistido al acto. Este escrito no era de modo alguno una condición para la validez de la estipulación, pero era útil desde el punto de vista de la prueba y hacía presumir el cumplimiento regular de las formalidades (...)”.

Es por ello que, aunque la necesidad del cumplimiento de la obligación pactada mediante la *stipulatio* obligaba a que dicha manera de contratar requiriera un tipo de instrumento más jurídico que religioso, el origen de una obligación tan solo verbal como expresión de deber honorable, seguía impregnado en la *stipulatio*, no obstante, como lo indica GIMÉNEZ-CANDELA, ello fue cambiando con el paso del tiempo y la evolución del derecho debido a la mayor comercialización con las personas¹⁴:

¹³ Cfr. PETIT, Eugéne. “Tratado elemental de Derecho Romano”, Primera Edición, Florida, Valleta Ediciones S.R.L., 2005. p. 263.

¹⁴ Cfr. GIMÉNEZ-CANDELA, Óp. Cit. p. 423.

“(...) el documento escrito, sin embargo, fue sustituyendo progresivamente el acto oral en todo el ámbito del imperio, hasta que, con la Constitutio Antoniniana se difunde la exigencia de hacer constar en el documento que la estipulación oral se había realizado, hasta que en 472 d.C. una constitución del emperador León dotó de eficacia a la estipulación independientemente de qué términos hubieran usado las partes, y, por último, Justiniano en el 531 d.C., aunque por su propio afán clasicista mantiene la existencia de la estipulación oral, suprime la exigencia de la presencia simultánea de las partes y potencia la consensualidad de las partes para dar eficacia a la obligación (...)”

Y tomando como idea central lo expuesto por D’ORS¹⁵:

“La estructura de la estipulación es la de un acto de adhesión al estipulante: éste fija el objeto y modalidades de la obligación, y el promitente asiente a su declaración formulada como pregunta. Todas las determinaciones expresadas en la pregunta modifican ipso iure el contenido de la obligación, ya se trate de una condición, de un plazo o del lugar en que debe cumplirse la obligación”

Podemos indicar que si bien la *stipulatio* es en estricto un tipo de promesa realizada oralmente para la formalización de una obligación para procurar su ejecución (ya que en una pre-existente relación jurídica no se ejecutó), se establece con ella los elementos característicos de un contrato por adhesión (configuración unilateral, indiscutibilidad de la oferta, de los plazos y de la ejecución, plena aceptación o total rechazo y en su última fase, soporte escrito).

1.1.1.2. Masificación de mercados

La concepción tradicional del contrato empezó a resquebrajarse por motivos económicos, sociales y políticos. Desde el punto de vista social, cabe destacar que el modelo del contrato liberal, que rigió prácticamente en todo el siglo XIX, comienza dicho proceso de resquebrajamiento en la primera mitad del siglo XX, debido a una serie de factores tales como las dos guerras mundiales, y la depresión económica de los años 30'. Estos

¹⁵ Cfr. D’Ors, Óp. Cit. p. 399.

factores, cuyas consecuencias se sintieron en todo el mundo, unidos a otros de naturaleza local, tales como las luchas obrero-campesinas que permitieron el desarrollo de una población altamente combativa, que se lanzó a la lucha por alcanzar una serie de importantes reivindicaciones sociales, acabaron por derrumbar el edificio del contrato liberal, para dar paso a lo que podría denominarse un modelo “social” de contrato, donde el término social da la idea de un contrato sensibilizado (cuando menos en parte), con relación a las reivindicaciones de los sectores de la sociedad menos favorecidos económicamente¹⁶.

Fue entonces, que las relaciones jurídicas debieron tornarse eficaces en virtud de la necesidad de agilizar los tratos para obtener un mercado ágil, lo cual originó la sociedad masificada o el boom de la cultura consumista, la cual prioriza la prontitud para relacionarse con otros respecto a un acto de disposición sobre un objeto de derecho regulado dentro de un determinado ordenamiento jurídico nacional. Al respecto, SOTO COAGUILA indica¹⁷:

“Un fenómeno trascendente y alarmante de las últimas décadas, que se incrementa año tras año, es la explosión demográfica. Desde fines del siglo XIX hasta la fecha se ha producido una progresiva aceleración y un incontrolable aumento de la población. Este incremento demográfico ha ocasionado profundas transformaciones en las estructuras sociales, económicas, culturales, políticas y también jurídicas, dando lugar a nuevas necesidades y varios problemas. Los usos y costumbres, las prácticas y modelos, así como los patrones o reglas de la sociedad han sufrido enormes cambios. Un nuevo paradigma se presenta: la masificación de la sociedad. El incremento de seres humanos en el mundo ha generado las llamadas masas humanas”.

Es entonces verificable que los usos y costumbres jurídicas han sufrido cambios a partir de la creciente demanda para

¹⁶ ECHEVERRI SALAZAR, VERÓNICA MARÍA. “Del contrato de libre discusión al contrato de adhesión”, [ubicado el 15.V.2018]. Obtenido en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3294164.pdf>

¹⁷ Cfr. SOTO COAGUILA, CARLOS ALBERTO. “Transformación del Derecho de Contratos”, Primera Edición, Lima, Editora Jurídica GRIJLEY E.I.R.L., 2005. p. 2.

satisfacer necesidades humanas; así, ya no estamos frente a un tipo de transferencias de bienes equiparable al de la América precolombina, en donde se practicaba el trueque, sino, nos situamos en un mundo globalizado, el cual busca la eficiencia en la forma de cómo se relaciona con su entorno, es por ello que la masificación del mercado condujo también a la masificación de las relaciones que se establecían dentro de ella, y el instrumento más eficaz para ello son los contratos en masa.

Fue entonces que del capitalismo incipiente surge el capitalismo moderno, y en esta segunda fase algunos principios de los padres de la economía, como los formulados por SMITH, tales como la ley de la oferta y la demanda y la libre competencia sufren una reducción en su aplicación, puesto que las grandes corporaciones concentraron en sí mismas buena parte del capital y se repartieron el mercado lo que trajo como consecuencia la limitación de la concurrencia y de la competencia. Esta reducción en la aplicación de dichos principios no se debía a la intervención del Estado, sino por la misma repartición de las fuerzas económicas, en la cual algunos sujetos que tenían más riqueza o eran más hábiles o tenían una mayor posibilidad de negociación terminaron acaparando grandes sectores del mercado, logrando que el acuerdo entre las partes no fuera exactamente paritario. Aparece un nuevo sujeto de gran importancia para el derecho y que afectaba la concepción tradicional del contrato, como un acto jurídico entre iguales: el empresario, quien es la persona encargada de la producción de los bienes y servicios que, al contar con gran mano de obra y con maquinaria, se encontró con las posibilidades que le ofrecía un mercado en el cual él podía cada día ofertar más y más bienes y servicios. Dado lo anterior, se hacía necesario que el instrumento a través del cual se posibilitaba la circulación en el mercado de bienes y servicios, es decir, el contrato, se flexibilizara haciendo posible la concreción de un mayor número de negocios

en el menor tiempo posible. De ahí surge el llamado contrato masificado o de adhesión¹⁸.

En virtud de lo cual, y entendiendo el devenir del tiempo y las teorías de evolución económica imperantes en el siglo XIX, el capitalismo y el desarrollo económico y social que trajo consigo dieron lugar a la formación de la gran empresa y con ella al surgimiento de modalidades de contratación acordes con el gran movimiento comercial de nuestros días y con el poder económico de los empresarios. Aparece así, para facilitar el comercio de bienes y servicios a gran escala, la denominada contratación en masa, traducida en la existencia de figuras como los contratos de hecho, los celebrados por adhesión, los contratos normativos, etc¹⁹.

Sin embargo, para poder hablar de los contratos por adhesión, se nos presenta como necesario el explicar las originarias formas de contratación civil, de las cuales derivarían las contrataciones mercantiles y el subsiguiente fenómeno de adquisición masiva de bienes y servicios, y es en ese sentido que CARNELUTTI siendo citado por REZZÓNICO indica²⁰:

“Es común, cuando se habla del contrato, exponer los elementos definitorios y descriptivos en torno de lo que se podría llamar la figura tradicional del contrato. Se trata de una operación en que se imagina a las partes situadas una frente a la otra discutiendo las particularidades del acuerdo hasta en sus detalles – respeto de los cuales también extenderán su consentimiento–, aunque muy frecuentemente se observe la formación progresiva o sucesiva del contrato, determinada por la circunstancia de que los interesados restringen la regulación a los aspectos más conflictivos de sus intereses, o a los que les atañen más particularmente, dejando que –más allá de un contenido mínimo– la ley haga lo demás”.

¹⁸ ECHEVERRI SALAZAR, Verónica María. Óp. Cit.

¹⁹ TORRES CARRASCO, Manuel Alberto. “Cláusulas abusivas en el Nuevo Código de Defensa y Protección al Consumidor”, Lima, Gaceta Jurídica S.A, 2011. p. 10.

²⁰ REZZÓNICO, Juan Carlos. “Contratos con Cláusulas Predispuestas”, Primera edición, Buenos Aires, Editorial ASTREA, 1987. p. 1.

Pero entonces, la pregunta cae por sí sola: ¿Cuál es el antecedente más serio e incuestionable en la historia del derecho de la existencia de estos contratos? Pues bueno, SOTO COAGUILA nos indica lo siguiente²¹:

“Raymond Saleilles, en su obra publicada en París en 1902, destinada al estudio de los numerales 116 a 144 del Código Civil Alemán, sobre la Declaración de la Voluntad, acuñó el término “contrats d’ adhesión”. Este jurista afirmaba: “Indudablemente hay contratos y contratos (...). Existen unos pretendidos contratos que no tienen de tales más que el nombre, y cuya construcción jurídica está aún por hacer; (...) se les podría llamar, a falta de otra denominación más adecuada, contratos de adhesión, en los cuales se da un predominio exclusivo de la voluntad de una de las partes contratantes actuando como voluntad unilateral, la cual dicta su ley no ya solo a un individuo sino a una colectividad indeterminada, y que se vincula por anticipado, unilateralmente, salvo la adhesión de quienes deseen aceptar su lex contractus y entrar a formar parte de este acuerdo ya creado por sí mismo.”

SALEILLES reconocía implícitamente la injusticia que se derivaba de la desigualdad entre las partes de este tipo de contratos, frecuentes sobre todo entre obreros que en ocasiones se veían obligados a aceptar condiciones de trabajo del todo desfavorables. Las condiciones de estos contratos le parecían similares a las leyes: abstractas, conocidas teóricamente por todos los destinatarios. Por ello proponía que el intérprete jurídico no buscase la voluntad del obrero, que sencillamente estampaba su firma en un contrato redactado por otro. Debía buscar la voluntad predominante e interpretarla de acuerdo con unas reglas de la humanidad y de buena fe. Es decir: la voluntad de la parte más fuerte del contrato tenía que ser limitada por el juez con unas reglas de justicia y humanidad que SALEILLES no especifica²².

²¹ SOTO COAGUILA. (2005). Óp. Cit. p. 41.

²² Cfr. ARAGONESES, Alfons. “Au-delà du code civil mais par le code civil. Raymond Saleilles (1885 – 1912) y la lucha por el Derecho Comparado”. [ubicado el 15.V.2018]. Obtenido en: <http://dugi-doc.udg.edu/bitstream/handle/10256/4773/taa.pdf>

1.1.2. Definición

Para poder definir este tipo de contratos es necesario presentar una perspectiva de la contratación en masa, fenómeno que es el generador de la suscripción de contratos por adhesión y posteriormente los contratos de consumo, es por eso que: “En la economía moderna, una parte muy importante de lo que en su momento llamamos «contratación en masa» se desarrolla a través de unas condiciones uniformes, preestablecidas o predispuestas por una empresa o grupo de empresas, que las imponen a sus posibles clientes, a celebrar cada uno de los concretos contratos, sin que exista posibilidad de modificación ni de discusión”²³, lo que nos permite indicar que el sujeto que realiza la acción de adherirse al momento de la celebración del contrato no negocia, no influye, ni mucho menos, propone distintas cláusulas o alguna otra adicional, sino que en virtud de aquella necesidad de vivir masivamente que apuntaba BULLARD²⁴ hacen que los contratos dejen de ser un supuesto de adecuación “con-trato” de las partes, sino una mera declaración de estándares que el adherente debe alcanzar.

Esta forma de contratar presenta indudables ventajas para la parte que impone su fórmula (simplicidad, rapidez, cautelosa protección de sus intereses) pero también desventajas para la masa anónima, dispersa e indefensa del público, obligada a captar las cláusulas que se le imponen. Se ha negado carácter contractual a estos pactos, basándose en la actitud pasiva de uno de los contratantes, que en la gran mayor parte de los casos no llega a conocer efectivamente las condiciones generales, pues solo se fija en el significado global de la operación y en las condiciones particulares que el imponen a él. El contrato por adhesión no tendría así estructura

²³ Cfr. DÍEZ-PICAZO, Luis. “Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Tomo I: Introducción. Teoría del Contrato”, Sexta Edición, Navarra, Editorial Aranzadi S.A, 2007. p. 437.

²⁴ “El hombre moderno vive atravesado por estándares. El comportamiento humano se ha convertido en un fenómeno estadístico. Nos transportamos en masa, trabajamos en masa, compramos en masa, vendemos en masa, vivimos en masa. Basta levantarse una mañana cualquiera para incorporar de inmediato un engranaje de transacciones y actividades que podríamos considerar fungibles. (...). Cuando trasladamos este panorama al campo de lo jurídico, nos encontramos con la llamada «contratación en masa»” en BULLARD GONZÁLES, Alfredo. “Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales”. Segunda Edición, Lima, Palestra Editores, 2006, pp 497 – 498.

unitaria, desdoblándose en dos actos distintos, ambos unilaterales: un reglamento (en sentido amplio) emanado de la parte económica más fuerte, y un acto de sujeción de co-contratante²⁵.

En ese sentido, podemos mencionar que el Proyecto de Reglamento de Mercosur de Defensa del Consumidor se ha detenido a describir el contrato por adhesión definiéndolo como aquel que cuyas cláusulas han sido aprobadas por la autoridad competente o establecidas unilateralmente por el proveedor de productos o servicios, sin que el adherente pueda discutir o modificar sustancialmente su contenido, y en este sentido DE LA PUENTE Y LAVALLE indica²⁶:

“El artículo 1390 del Código civil establece que el contrato es por adhesión cuando una de las partes, colocada en la alternativa de aceptar o rechazar íntegramente las estipulaciones fijadas por la otra parte, declara su voluntad de aceptar. Puede observarse que lo que caracteriza al contrato por adhesión no es que la voluntad del aceptante se pliegue a la del oferente, pues ello ocurre en todo contrato, ya que la aceptación no es otra cosa que la asunción por el aceptante de la voluntad del oferente para hacerla también suya. En la medida que esta identificación de voluntades no se produzca, o sea si la voluntad del destinatario de la oferta es distinta de la del oferente, no podrá existir aceptación ni, desde luego, contrato.”

De ello, podemos advertir que son dos las notas características de este tipo de contratos, siendo la primera de aquellas características que es una de las partes la cual fija unilateralmente las estipulaciones contractuales, sin participación de la otra. Esta fijación puede ser, en teoría, previa a la oferta, aunque debe tomarse en consideración que la predisposición de las estipulaciones no es una característica del contrato por adhesión (como sí lo es de las cláusulas generales de contratación), de tal manera que normalmente el oferente fija sus estipulaciones al momento de declarar su oferta. De todas maneras, aun si fueran fijadas previamente, para que las estipulaciones resulten operativas deben incorporarse a la

²⁵ Cfr. LA CRUZ BERDEJO, José Luis; SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís Agustín Luna Serrano [y otros]. “Elementos del Derecho Civil II Derechos de Obligaciones”, Madrid, Dykinson, 2007, p.340.

²⁶ Cfr. DE LA PUENTE, Manuel. “El Contrato en general. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil”. Segunda edición. Tomo I. Lima: Palestra, 2007, p. 651.

oferta, desde que, como se verá enseguida, están destinadas a que, mediante su aceptación, se forme el contrato²⁷.

Y al continuar desarrollando la citada idea, se hace referencia a un segundo elemento el cual se puede identificar como la aceptación íntegra de las estipulaciones, la cual determinará la celebración del mismo, ello desde que no hay parte del contenido contractual que escape a la fijación unilateral. No sería contrato por adhesión si sólo una fracción del contenido contractual fuera prefijada unilateralmente por una de las partes y el resto fuera el resultado de una modelación común de ambas, desde que la esencia de este contrato es que todas sus condiciones sean fijadas unilateralmente. Por lo que se podría concluir en que es un tipo de contrato “todo o nada” que anula la “tediosa tramitación” de la negociación para perseguir un fin que a continuación explicaremos.

Y es por todo lo expuesto que compartimos en totalidad el concepto ideado por BARTURÉN, en el cual señala²⁸:

“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, pues no existe libertad contractual del lado de la parte no predisponente, sin embargo, se señala que subsiste la libertad de contratar pues no existe la obligación de contratar”.

1.1.3. Partes contratantes

1.1.3.1. El predisponente

Es una persona que ostenta la calidad de empresario, la cual revela una posición de superioridad contractual frente al adherente que le permite diseñar el arquetipo negocial y establecer las reglas

²⁷ Cfr. DE LA PUENTE Y LAVALLE. (2007) Óp. Cit. p. 652.

²⁸ Cfr. BARTURÉN LLANOS, Tony Daniel. “El control de las cláusulas abusivas en el código de protección y defensa del consumidor”, [ubicado el 15.V.2018]. Obtenido en: <http://app.vlex.com/#/vid/425588642>

por medio de las cuales se registrarán todas las relaciones jurídicas nacidas de los contratos de adhesión que celebre individual o masivamente en el mercado, para realizar todas las operaciones y transacciones en desarrollo de su actividad económica²⁹.

Siendo así, se puede identificar de manera inmediata quien tiene mayor poder en la relación jurídica, ya que se verifica por la descripción del papel de predisponente que, independientemente de su actuar ajustado a derecho o buscando realizar algún tipo de abuso, su identificación como tal conlleva un poder inherente a su papel, ya que es él quien goza de la prerrogativa de creación de las estipulaciones que se plasmarán en el contrato que lo vinculará con su contraparte, el cual, siendo el tema que nos aborda, podría estar afecto de cláusulas que le concedan una posición más cómoda con respecto al adherente, o, que, simplemente, inflija daño en este último.

1.1.3.2. El adherente

Entendido como la persona (natural o jurídica) que contrata con el predisponente la adquisición de bienes y/o la prestación de servicios requerido para la satisfacción de sus necesidades personales, familiares o domésticas, como destinatario final de los mismos, o para incorporarlos en su proceso de producción o transformación, o simplemente para comercializarlos. De esta manera, el adherente se identifica como la parte frágil en los contratos de adhesión, y básicamente puede ser de dos clases: consumidor y no consumidor (o empresario débil)³⁰. Es, como la doctrina especializada señala, la parte débil en esta relación

²⁹ POSADA TORRES, Camilo. "Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión en el derecho colombiano", [ubicado el 15.V.2018]. Obtenido en: <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/4328/4912>

³⁰ POSADA TORRES, Camilo. Óp. Cit.

jurídica, y por la cual el sistema de derecho de cualquier Estado procura velar y proteger de manera eficiente.

1.1.4. Características

La doctrina especializada, usualmente, como opina De la Puente y Lavalle, usualmente suele explicar características de las cláusulas generales de contratación³¹, por lo que tendremos que ensayar en describir sus características apoyados por la doctrina pertinente, así:

1.1.4.1. Unilateralidad de configuración contractual

Esta característica tiene una importancia muy grande, pues determina que, a diferencia de los contratos paritarios se limite una de las dos manifestaciones de autonomía privada, que es la libertad contractual, llamada más propiamente de configuración interna. Una de las partes, el estipulante, fija unilateralmente todos los términos del contrato, de tal manera que, cuando este se celebra, la relación jurídica patrimonial creada por él responde exclusivamente a la voluntad del oferente³².

El contrato es pre-redactado unilateralmente, pues el mismo no nace de una larga tratativa con el cliente, sino, es elaborado únicamente por el proveedor; y el texto contractual que a continuación, ofrecido de forma estándar e indistinta, será impuesto a todos los consumidores que pretendan adquirir los determinados bienes o los servicios que se ofrecen³³. Nos encontramos así, ante una redacción evidentemente anticipada e indubitadamente de

³¹ “La doctrina se ha cuidado de señalar las características del contrato del rubro. Empero, dada la confusión existente sobre la esencia de este contrato, se ha incluido, por lo general, rasgos que son más bien peculiares de la contratación en masa o de las cláusulas generales de contratación.” Cfr. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. “El contrato en general, comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil”. Lima, Palestra Editores S.R.L, 2003. p. 661.

³² DE LA PUENTE Y LAVALLE. (2003) Óp. Cit. p. 661.

³³ Cfr. TORRES VÁSQUEZ, ANIBAL. “Código Civil – Tomo II”, Editorial Inkari-1993, Lima, 2011. p. 333

configuración unilateral, sustentada en el hecho que una de las partes redacta el contrato sin consultar y discutir el contenido del mismo³⁴, entonces, se advierte que el contenido este tipo de contrato tiene como carácter distintivo la exclusividad de la determinación de las cláusulas, ya que esta prerrogativa es única del predisponente, ello, en aras de minimizar el tiempo empleado para así ganar eficiencia en el mercado, orillando al adherente al aceptar en su totalidad o declinar la suscripción del contrato.

1.1.4.2. Indiscutibilidad de la oferta

Lo que da lugar a que el destinatario se vea colocado, como dice el art. 1390° el Código Civil, en la alternativa de aceptar o rechazar íntegramente las estipulaciones fijadas por la otra parte. Es necesario que la imposición de esta alternativa fluya claramente de la oferta o de las circunstancias en que ella es emitida. Obsérvese que este es un requisito impuesto por el oferente, que no depende del estado de necesidad en que pueda encontrarse el destinatario, ya que sea quien fuere este debe atenerse a optar por uno de los dos extremos. No es necesario la aprobación o discusión de las cláusulas que conforman el contenido del contrato, y los destinatarios no están en condición de discutir el cambio de estas cláusulas, solo tienen la opción de aceptar o rechazar tal como le es presentado por la otra parte³⁵.

Ello, como ya lo señalamos líneas arriba, obedece a la característica de persecución de eficiencia para la contratación rápida, pero, aquello puede lesionar al consumidor, ya que estos contratos podrían incluir cláusulas abusivas, como veremos más adelante.

³⁴ SONCCO MENDOZA, Percy. "Los Contratos por Adhesión y las Cláusulas Generales de Contratación". [ubicado el 27.VI.2016]. Obtenido en: luciolatrajtman.wikispaces.com/file/view/cl%C3%A1usulas+generales+contrata.pdf

³⁵ Cfr. TORRES VÁSQUEZ, ANIBAL, Óp. Cit. p. 334

1.1.4.3. El oferente se encuentra en situación de poderío

Entendiéndose de ello, que el predisponente goza de una posición de superioridad contractual frente al adherente, posición que le permitirá concretizar las circunstancias del vínculo, por ejemplo, en el modo del pago, el tiempo de la contraprestación o el modo de resolución de un eventual conflicto entre las partes; es por ello que BALLUGERA GÓMEZ indica³⁶:

“La desigualdad de la que se parte, no es una simple diferencia de intereses y puntos de vista entre las partes, presupuesto de toda negociación; como inferioridad, subordinación o indefensión del adherente, es no solo el fundamento de la necesidad de protección de la parte más débil, sino que, como diferencia de poder contractual en el mercado, permite al profesional prescindir en todo o en parte, de los tratos preliminares y sustituir la negociación por la imposición: La forma en que aparece esa desigualdad es, entonces, que el profesional puede hacerle al adherente, algo que éste no puede imponerle al primero, a saber, la formulación unilateral del contenido contractual”

Es entonces que podemos decir que la libertad contractual en el actual tipo de mercado ha sido parcialmente sacrificada en búsqueda de la inmediatez del vínculo contractual, por ello, la imposición de los contratos ha hecho que se prescinda de las tratativas y de la negociación previas a la celebración del mismo, lo que en siglos pasados era impensado, sin embargo, en la era de la globalización, en este modo de vida en el que coexistimos, incluso se puede contratar con individuos que no conocemos o conoceremos personalmente, como puede verificarse en las ventas electrónicas.

1.1.5. Naturaleza jurídica

La cuestión relativa a la índole contractual de dichos contratos suscitó arduas controversias, existiendo tres teorías:

³⁶ Cfr. BALLUGUERA GÓMEZ, Carlos. “El Contrato No-Contrato. Enigma desvelado de las condiciones generales de la contratación”, Fundación Registral, Madrid, 2006. p 36 – 37.

1.1.5.1. Teoría normativista

Teoría que se ha denominado “acto unilateral” o publicista. Niega la naturaleza contractual del negocio por adhesión. Para SALEILLES³⁷:

“Se trataría de una declaración unilateral de voluntad de obligatoria que dicta su ley no a un individuo aislado sino a una colectividad indeterminada y que se obliga previa y unilateralmente, a reserva de la adhesión de aquellos que quieran aceptar la ley del contrato”

Como podemos observar, aquella afirmación de SALEILLES se acerca más a la descripción de una ley colectiva, la cual tiene encerrada en su contenido una disposición rígida y sin oponibilidad, y no un acuerdo de voluntades *per se*. Así, todo esto trae aparejada la consecuencia de que la interpretación de tal tipo de actos sea semejante a la de ley, pero además que el acto hermenéutico tenga en cuenta menos lo que ha podido creer y querer el adherente³⁸.

Luego, para HAURIOU (el cual considera que la naturaleza de estos actos es de tipo reglamentario y que se le añade otra voluntad) y DUGUIT (quien explicaba que estos contratos generan un estado de hecho objetivo y permanente al cual se suman los interesados) coinciden con SALEILLES al partir de la idea que la noción de contrato supone la igualdad de aquellos que lo realizan y en los que son por adhesión se enfrentan dos partes entre las cuales no existe igualdad alguna, cualquiera sea la medida, como para admitir la posibilidad de un vínculo tal; por lo tanto, en común formulan que este tipo de contrato es un acto unilateral que beneficia o perjudica a quien se adhiera a aquel, pero esta adhesión está muy lejos de cambiar su naturaleza y volverlo bilateral, sino que la concurrencia de la voluntad del adherente es un requisito accesorio para que entre en vigor como lo es la

³⁷ Cfr. MOSSET ITURRASPE, Jorge. “Contratos”, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 1995, p.149.

³⁸ REZZÓNICO, Juan Carlos. Op Cit. p. 270 – 271.

promulgación de una ley con respecto a su validez³⁹. Al respecto, TABOADA CÓRDOVA, manifiesta que⁴⁰:

“En la actualidad, podemos comprobar diariamente que la mayor parte de contratos no son libremente negociados entre las partes, sino es el resultado de la imposición de una de las partes contratantes, por lo general, la parte más fuerte y poderosa económicamente. La característica de los sistemas de contratación modernos es, pues, la imposición, por una de las partes de la totalidad del contenido contractual a la parte contratante más débil”

En pocas palabras, el contrato por adhesión no es sino un acto unilateral que beneficia a quien lo redacta y que podría, en potencia, damnificar a quien lo acepta; todo esto basándose en la imposición que realiza el predisponente sobre las cláusulas comprendidas en el contrato.

1.1.5.2. Teoría contractualista

Sostenida por PLANIOL y RIPERT, CASTÁN, PIUG PEÑA, SPOTA y otros, que postulan la desaparición de la línea divisoria entre el contrato por adhesión y los demás contratos, porque en el fondo aquél es un verdadero contrato, ya que nace de una doble voluntad: la del oferente o predisponente y la del aceptante o adherente. La circunstancia de que las condiciones o estipulaciones del contrato hayan sido pre-redactadas unilateralmente por una de las partes, no le resta carácter contractual al contrato por adhesión desde que esa pre-redacción es parte de la etapa precontractual. El contrato en sí se forma con la aceptación, mediante la adhesión a las estipulaciones ya fijadas⁴¹.

³⁹ Cfr. MOSSET ITURRASPE, Jorge. Óp. Cit. p.150

⁴⁰ Cfr. TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. “Negocio jurídico, contrato y responsabilidad civil”, Primera Edición, Lima, Editora Jurídica Grijley E.I.R.L., 2006. p. 375.

⁴¹ PERALTA ANDÍA, Javier y PERALTA ZECENARRO, Nilda. “Fuentes de las Obligaciones en el Código Civil”, Lima, Editorial Moreno S.A, 2005. p. 150.

Mientras que, en Perú, se señala que no es connatural el contrato el que sea precedido por tratativas, pues lo único importante es que exista consentimiento (o sea acuerdo de declaración de voluntad) y éste puede formarse tanto a través de una discusión previa como de una aceptación inmediata. Se admite que el contrato necesario por adhesión puede haber una menor libertad que en el contrato paritario para llegar al consentimiento, pero se niega que esto determine la inexistencia del contrato, sino únicamente que se debe velar más cuidadosamente mediante normas de protección y procedimientos de interpretación, para evitar el posible abuso del poder por una de las partes contratantes⁴².

Asimismo, también se explica que la contratación masiva tiene carácter contractual ya que son los individuos que en ejercicio de su libertad y de la autonomía privada, aunque restringidas, deciden contratar y como tal, crear, modificar o extinguir relaciones contractuales⁴³. Entonces, lo señalado por los autores nos invita a pensar que estos contratos no atentan contra su supuesta naturaleza primigenia, la cual es la de un acuerdo de voluntades, sino que únicamente restringe el derecho de una de las partes para realizar la operación más simple y rápida, buscando la eficacia del instrumento.

1.1.5.3. Teoría intermedia

Son las de LUKAS, DEREUX y BOUCART; esta teoría concilia las dos anteriormente enunciadas y entienden el contrato por adhesión como un negocio de base contractual y fondo reglamentario⁴⁴.

⁴² Cfr. DE LA PUENTE Y LAVALLE. Óp. Cit. p. 665

⁴³ SOTO COAGUILA, Carlos Alberto. "La Transformación del Contrato: Del Contrato Negociado al Contrato Predispuesto", en Contratación Contemporánea. Teoría General y Principios, Primera Edición, Santa Fe de Bogotá, Palestra Editores S.R.L. y Editorial Temis S.A, 2000. p. 408.

⁴⁴ PERALTA ANDÍA, Javier y PERALTA ZECENARRO, Nilda. Óp. Cit. p. 151.

Esta teoría explica que la conformación de este contrato se ubica dentro de los actos jurídicos bilaterales, que estarían a la mitad de camino entre el contrato y la institución; así quienes piensan de esta manera, contraponen el contrato, en el cual las partes fijan libremente sus obligaciones recíprocas, sus nuevas situaciones jurídicas, con la institución, en la cual el legislador fija imperativamente la situación nueva, las condiciones, y de allí que también le denominen acto-condición⁴⁵.

Entonces, se hace necesario citar lo que HAURIU, citado por DE LA PUENTE Y LAVALLE manifiesta⁴⁶:

“Es necesario colocarse en el punto de vista del individuo débil y aislado que trata con una potente organización; las cláusulas esenciales para este individuo serán las más particulares, aquellas que reglan su caso en lo que él tiene de particular; si se trata de una póliza de seguro, serán las estipulaciones relativas a la valuación de sus riesgos y al monto de su prime; si se trata del abono del teléfono, será la indicación del monto de su abono. Al contrario, las cláusulas secundarias del punto de vista del abonado serán todas las cláusulas impresas en la póliza del abono en la póliza del seguro; son tan secundarias para él que ni se da trabajo de leerlas. Seguramente éstas son las cláusulas más importantes para la compañía de seguro o para la administración, y, si se considera objetivamente la operación, son las más importantes para la operación. No importa, desde el momento que, en la idea del abonado son secundarias, ellas continuarán siéndolo. ¿Y por qué esta transmutación de los valores reales de las cosas y este verdadero contrasentido? Porque la tesis contractual lo exige”.

La protección del adherente, la cual se nos presenta como la parte débil, necesitada, inexperta o ligera, es la gran cuestión de la figura en examen. Y dentro de los adherentes posibles resalta la figura del “consumidor”, de la persona necesitada de bienes o servicios para la satisfacción de sus necesidades. Es por ello que, la contratación por adhesión es, para un sector de la doctrina, un capítulo destacado de la protección del consumidor⁴⁷.

⁴⁵ MOSSET ITURRASPE, Jorge. Óp. Cit. p, 151

⁴⁶ Cfr. DE LA PUENTE Y LAVALLE. Óp. Cit. p. 666.

⁴⁷ MOSSET ITURRASPE, Jorge. Óp. Cit. p. 151.

En ello, se advierte la necesidad del estudio de la verdadera naturaleza jurídica del contrato por adhesión, si bien SALEILLES, la versión pura de este tipo de contratos es la imposición mediante reglamentación y para los que comparten la posición de naturaleza contractualista su centro es el puro consentimiento ágil y destrabado de tratativas y negociaciones, es innegable que la figura sostiene características de ambas.

1.1.5.4. Nuestra postura

Creemos, al igual que el maestro MOSSET ITURRASPE que⁴⁸:

“Reconociendo al contrato por adhesión como un negocio de base contractual no se ignora lo que tiene de reglamentario: La configuración contractual de la figura resuelve el problema de su posición en el Derecho Privado. Por su origen y por su forma externa pertenece a este Derecho. Todo se reduciría, creemos, a un juego de oferta y aceptación que se aparta de los esquemas tradicionales. Pero la discusión de la oferta no es presupuesto indeclinable del contrato, como no lo es tampoco la mera posibilidad de discutirla: al destinatario le queda siempre la alternativa de aceptarla o de rechazarla. Si estuviera constreñido a aceptarla entonces si existirá una razón valedera para dejar sin efecto el acuerdo.”

Así, coincidimos explicando que la verdadera naturaleza de los contratos por adhesión obedece a las características de la naturaleza jurídica de la teoría intermedia, ya que lo característico de este tipo de contratos es la sujeción del adherente para con el predisponente, así, el segundo goza de poder privilegiado incluso anterior a la celebración del contrato, y es por esta situación que tiene la prerrogativa de diseñar cláusulas contractuales que le beneficien y trasladen responsabilidad al adherente.

⁴⁸ Cfr. MOSSET ITURRASPE, Jorge. Óp. Cit. p. 152.

1.1.6. Función

Es entonces, luego de todo lo detallado anteriormente, que se presenta la necesidad de estudiar la función de este tipo de contratos, así, desde una perspectiva socioeconómica SOTO COAGUILA nos explica⁴⁹:

“La finalidad de este nuevo sistema de contratación consiste en agilizar el intercambio masivo de los bienes y servicios, reduciendo al máximo los costos de transacción de los contratos que se celebren y permitiendo que un número cada vez mayor de personas pueda acceder al consumo o utilización de los bienes y servicios”.

En ello, podemos entender que lo que se busca al suscribir dichos tipos de contratos es la eficacia dentro del mercado, el cual, por la actual globalización de adquisiciones de bienes jurídicamente relevantes, requiere la simplificación de procesos de vinculación jurídica para agilizar los procesos de compraventa de productos o contratación de servicios que representan necesidades para los adherentes. Siendo así, el mismo SOTO COAGUILA propugna que dicha manera de contratación cumple con 3 funciones⁵⁰:

1.1.6.1. Función jurídica

Al permitir el tráfico masivo de los bienes y servicios, es decir, viabilizar el tráfico patrimonial. Por lo tanto, si en una economía de mercado los bienes y servicios deben intercambiarse eficientemente, la contratación masiva (que permite los contratos por adhesión) es el vehículo que logra tal propósito.

⁴⁹ SOTO COAGUILA, Carlos Alberto. “La contratación masiva y la crisis de la teoría clásica del contrato”, en El Contrato en una Economía de Mercado, Primera Edición, Trujillo, Editora Normas Legales SAC, 2004. p. 154.

⁵⁰ SOTO COAGUILA. "Contratación Contemporánea" Óp. Cit. p. 409.

1.1.6.2. Función social

Al respecto, SANTOS BRIZ indica que⁵¹:

“El contrato ya no es solamente un asunto particular de los intervinientes en él, sino que en nuestra vida económica y social ha pasado a ser una institución social, que no afecta solamente a los intereses de los contratantes. (...) El enfoque de lo social dentro del Derecho de Obligaciones en general a de partir de una visión del Derecho fundamentalmente personalista (lo cual no quiere decir en modo alguno individualista), en la cual la conciliación y armonía de los fines individuales y sociales se realice sobre la base del reconocimiento, el respeto y el rango preferente que en la jerarquía de los valores corresponde a la persona humana”.

Y es en ese sentido que CÁRDENAS QUIRÓS realiza una reflexión y detalla que⁵²:

“Por todo ello, si bien la persona está en aptitud de realizar sus aspiraciones, objetivos e intereses a través de la contratación, debe hacerlo necesariamente en armonía con las aspiraciones, objetivos e intereses de los otros. Dentro de esta perspectiva, el contrato se convierte en un medio de cooperación social y se produce lo que cabe calificar como la «humanización del contrato». Ello implica concebir el contrato como un medio integrador, armonizador, cooperador de las relaciones sociales, no como vehículo de explotación, de imposición, de abuso, de una parte, sobre otra”

Así, este contrato en específico procurará la sociabilidad de los participantes vinculándolos de forma presencial y no presencial, ya que dichos instrumentos son utilizados también, con modificaciones, en la tan nueva contratación electrónica⁵³; relacionándonos de maneras que antes no se pensaba, obedeciendo al principio de eficacia, el cual será la piedra angular para los comportamientos mercantiles mundiales, sin embargo,

⁵¹ Cfr. SANTOS BRIZ, Jaime. “La contratación privada”. Editorial Montecorvo, Madrid, 1966. p. 32.

⁵² Cfr. CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. “Las cláusulas generales de contratación y el control de las cláusulas abusivas” [ubicado el 26.V.2018]. Obtenido en: www.revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/download/15555/16005

⁵³ Como lo asegura FELDSTEIN de CÁRDENAS, al indicar que “lo cierto es que los «*contratos cibernéticos internacionales*» parecen ante desigual poder de negociación de los términos de la relación, ubicarse más cerca de lo que la doctrina califica como contratos por adhesión” en “Contratación Electrónica Internacional” [ubicado el 26.V.2018]. Obtenido en: <https://app.vlex.com/#WWW/vid/425369114>

encuentra su base social en que estos instrumentos permiten saciar necesidades sociales de consumo.

1.1.6.3. Función económica

Al respecto, debería explicarse primero la disciplina del Análisis Económico del Derecho, del cual BULLARD es el mayor exponente peruano, el cual explica que⁵⁴:

“Para que el mercado funcione requiere de una asignación inicial de los recursos de manera que el titular de cada uno esté en capacidad de excluir a los demás de su uso y disfrute. Esto se logra, primordialmente, a través del sistema de propiedad. Pero se requiere adicionalmente que dichos recursos cuenten con cierta movilidad que le permita dirigirse a sus usos más valiosos. Esta función está asignada al sistema contractual, que presta las garantías para una fluida circulación de los recursos y para impedir la aparición de fenómenos anómalos que distorsionen la función que se le ha asignado.”

De esta manera, los contratos, en especial el de adhesión, servirá para la fluidez del tráfico mercantil, que, en perspectiva, son productos y/o servicios ofrecidos a los adherentes.

Ahora, con respecto al Principio de Eficacia, SOTO COAGUILA explica que un contrato perfecto (en términos jurídicos apropiados a la economía del mercado) es aquél en el cual las partes contratantes antes de concluirlo se han puesto de acuerdo sobre la imputación de todos los riesgos asociados a su ejecución, a cuyo fin tendrían que asesorarse sobre cualquier eventualidad para imputar el riesgo a una de ellas y determinar qué prestación tiene que soportar su titular en caso de que se produzca y, según que el riesgo se impute al ofertante o al demandante de una prestación; entiendo esto como la idea de que mientras el contrato funcione y se tenga mecanismos para mantener la operatividad del mismo, como el traslado de la responsabilidad y la carga de reposición por

⁵⁴ Cfr. BULLARD GONZÁLES, Alfredo. “Contrato e intercambio económico”, en: Derecho y Economía. El Análisis Económico de las Instituciones Legales. Primera edición. Lima: Palestra Editores, 2003, p. 192.

el incumplimiento de una prestación, el contrato se mantendrá en virtud a la búsqueda de la eficacia del mismo, ya que lo que se requiere es que dicho vínculo jurídico no deje de propalar los efectos que se buscaban al crearlo, o sea, mientras funcione: ¿Para qué arreglarlo?⁵⁵

Finalmente, la contratación mediante contratos por adhesión cumple una función económica cuando reduce los costos de negociación de la celebración de los contratos entre predisponentes y adherentes, permitiendo que la contratación se realice en forma rápida y eficiente, lo cual conlleva a una racionalización de las operaciones comerciales.

1.2. La relación de consumo

El contrato de consumo es una categoría general de contratos o un grupo de contratos que guardan una particularidad en relación con el contrato en general. Su nota característica es que interviene como parte un consumidor, quien se encuentra en una situación de asimetría frente al proveedor, lo cual genera un régimen especial de protección. 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. La situación de desequilibrio puede obedecer a una asimetría informativa, contractual o de cualquier otro tipo relevante para la relación de consumo, conforme lo establece el principio de corrección de asimetría a que se refiere el inciso 4) del artículo V del Título Preliminar del Código de Protección y Defensa del Consumidor⁵⁶.

⁵⁵ SOTO COAGUILA, CARLOS ALBERTO. "Transformación del Derecho de Contratos" Óp. Cit. p. 30 – 31.

⁵⁶ VILLOTA CENA, Marco Antonio. "Contrato de Consumo, Protección Mínima del Contrato de Consumo y Cláusulas Abusivas" [ubicado el 26.V.2018]. Obtenido en: http://www.administracion.usmp.edu.pe/institutoconsumo/wp-content/uploads/2015/12/EL_CONTRATO_DE_CONSUMO.pdf

La relación jurídica de consumo es una definición normativa, y su extensión surge de los términos que la ley asigne a los elementos que la componen⁵⁷: sujetos, objetos, fuentes. Al respecto, existe un reconocimiento tácito de dicha relación en la Constitución al señalar esta lo siguiente:

Artículo 65°. - 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.

La Ley N° 29571.- Código de Protección y Defensa del Consumidor, en el Art. IV.- Definiciones, en su inciso 5) de su Título Preliminar, indica que la relación de consumo es aquella “por la cual un consumidor adquiere un producto o contrata un servicio con un proveedor a cambio de una contraprestación económica”⁵⁸, y es desde allí que podemos establecer quienes son las personas partícipes de esta relación, el vínculo jurídico que compartirán y, de forma general, indica cuáles serán las prestaciones entre las partes contratantes.

1.2.1. Sujetos

1.2.1.1. El consumidor

El término “consumidor” procede de la economía, aunque hoy día forma parte también del lenguaje jurídico. Para los economistas, el consumidor es un sujeto de mercado que adquiere bienes o usa servicios para destinarlos a su propio uso o satisfacer sus propias necesidades, personales o familiares⁵⁹. Después, LORENZETTI señala que⁶⁰:

⁵⁷ LORENZETTI, Ricardo Luis. “Consumidores”, Primera Edición, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2003. p. 74

⁵⁸ Perú. Ley N° 29571: 01-09-2010: Código de Protección y Defensa del Consumidor. Diario Oficial El Peruano. Lima, Perú, 02 de Septiembre del 2010.

⁵⁹ LASARTE ÁLVARES, Carlos. “Manual sobre protección de consumidores y Usuarios”, Tercera Edición, Madrid, Editorial DYKINSON S.L, 2007. p. 55

⁶⁰ Cfr. LORENZETTI, Ricardo Luis. Óp. Cit. p. 146.

“El consumidor, es quien contrata. El usuario es también sujeto de la relación de consumo y no es contratante, pues resulta ser quien consume o usa la cosa para el consumo final, sin ser necesariamente contratante. Tanto el consumidor como el usuario pueden ser sujetos individuales, o una pluralidad de sujetos indeterminados o colectivos (como ocurre en la publicidad). En estos aspectos la relación de consumo es más amplia que la noción de contrato, que solo incluye al consumidor individual”

Aprovechando este alcance doctrinal del maestro y actual presidente de la Corte Suprema de Justicia de Argentina, podemos detallar que cualquier sujeto es quien adquiere del civilmente localizado en la persona del predisponente del contrato de adhesión el producto o servicio que requiere para saciar una necesidad. Al respecto, PAGADOR LÓPEZ indica⁶¹:

“Para el caso que el adherente responda a la caracterización legal de consumidor, el ámbito de aplicación de la ley de defensa del consumidor y del usuario española, viene dado por las cláusulas contractuales predispuestas e impuestas por el contratante que actúa empresarial o profesionalmente, aun cuando no posean carácter general o, más brevemente, por las que podemos denominar “cláusulas predispuestas individuales””

Es entonces que no se puede hablar de identidad entre las figuras de adherente y la figura de consumidor, ya que responden a características distintas y son definidas por leyes distintas, de ahí que es fácilmente identificable que no todas las personas que se adhieren a un contrato van a estar enmarcadas en lo dispuesto por la Ley de Defensa y Protección al Consumidor. Para LORENZETTI⁶²:

“El consumidor es persona física individual para muchos ordenamientos. Éste fue el origen del sistema protectorio, que luego se fue ampliando, aunque para muchos la protección consumista debería mantenerse siempre en el ámbito de la persona física; excepcionalmente, las personas jurídicas son también consumidores y este criterio es generalizado en la legislación latinoamericana (la ley 8078 del Brasil, la ley uruguaya 17.189, y la de Perú), en estos casos las personas jurídicas consumidores pueden ser privadas, con fines de lucro o sin él, y públicas.”

⁶¹ Cfr. PAGADOR LÓPEZ, JAVIER. “Condiciones Generales y Cláusulas Contractuales Predispuestas: La Ley de Condiciones Generales de la Contratación”, Primera Edición, Madrid, Editorial Marcial Pons, 1999. p. 234.

⁶² Cfr. LORENZETTI, Ricardo Luis. Óp. Cit. p. 84.

En el mismo sentido, VILLOTA señala⁶³:

“Por consumidores son considerados las personas naturales o jurídicas que adquieren, utilizan, o disfrutan como destinatarios finales productos y servicios, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, actuando así en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional (numeral 1.1. Inc. 1, Art. IV del Código). La definición del Código contiene las dos concepciones de consumidor: por un lado, consumidor como destinatario final de productos y servicios, es decir, aquella persona que adquiere un producto o servicio para un fin personal, familiar o social; y por otro lado consumidor como aquella persona que adquiere productos y servicios en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. Generalmente ambas concepciones coinciden, porque la adquisición como destinatario final suele darse en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional; pero esa coincidencia no necesariamente se da en todos los casos”

Al respecto, la acepción de “destinatario final” implica necesariamente la idea del sujeto que necesita el producto o servicio para sí y que necesariamente no tendrá la voluntad de enajenar o comercializar dicho bien, ya que, esa conducta, hace que este sujeto se presente como el proveedor de la persona con quien mantiene vínculo en virtud del bien comercializado. Así, la Ley de Defensa y Protección al Consumidor definen al consumidor como:

“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”

Siguiendo esta línea expositiva de ideas, el INDECOPI, en una de sus primeras resoluciones de carácter vinculante (Cheenyi E.I.R.L. en contra de Kónica S.A) ofreció criterios para la subsunción de cualquier persona en el papel del consumidor⁶⁴:

⁶³ Cfr. VILLOTA, Óp. Cit. p. 4.

⁶⁴ STC del 18 de Diciembre de 1996. {Expediente N° 102-95-C.P.C}. Obtenido en: https://www.indecopi.gob.pe/documents/20182/165388/pres_Res_0101-1996-TDC.pdf

“Así, para que una persona, ya sea natural o jurídica, sea considerada como consumidor, es necesario que concurren por lo menos dos condiciones: (i) debe adquirir, utilizar o disfrutar un producto o servicio; por otro, (ii) debe ser el destinatario final de los mismos”

Entonces, no solamente basta con que una persona, natural o jurídica, adquiera un producto en virtud a un contrato por adhesión, sino que para que esta vinculación se entienda como una relación de consumo y por ende reciba la protección a la que la Ley de Defensa y Protección al Consumidor regula quien obtiene el bien o servicio necesariamente debe comportarse como el destinatario final, o sea, que va a ser él quien utilice el producto o servicio para la finalidad usual con la que se utiliza o que se apropie de él para mantenerlo en su posesión, mas no para hacerse con aquello y luego negociarlo en otro tipo de contrato, porque seguiría el flujo normal de ventas que se realizan con el bien, lo que no lo haría diferente a la cadena regular de distribución de bienes y servicios, más bien, la compondría dentro de un eslabón de dicha red.

1.2.1.2. El proveedor

El proveedor es la otra parte de la relación de consumo, los cuales son “personas físicas o jurídicas de naturaleza pública o privada que, en forma profesional, aun ocasionalmente, produzcan, importen, distribuyan o comercialicen cosas o presten servicios a consumidores o usuarios”⁶⁵, haciendo cambiar el parecer a la mayoría de las personas, ya que es común pensar que solamente las personas jurídicas pueden ser proveedores, dejando de lado a las personas naturales; sin embargo lo interesante de esta definición es la determinación que las prestaciones deben realizarse de forma ocasional, mejor dicho, habitual (como es la manera que nuestra ley lo regula), de manera que se pueda identificar con mayor facilidad al proveedor asegurando así la

⁶⁵ Cfr. RENESSI, Óp. Cit. p. 128.

protección de los derechos del consumidor. Al respecto de la habitualidad, se puede señalar que⁶⁶:

“El criterio que recoge el Código para definir al proveedor es la habitualidad, es decir, que de manera frecuente se dedique a realizar sus actividades en el mercado. Se considera que existe habitualidad cuando se realizan las actividades en establecimientos abiertos al público. No será considerado como proveedor aquella persona que ocasionalmente realiza las actividades de brindar productos o servicios. A diferencia del Perú, en otros países como Argentina y España se recoge como criterio para definir al proveedor el que realice sus actividades en el marco de una actividad profesional o empresarial. Generalmente el que desarrolla una actividad habitual lo hace en el marco de una actividad empresarial o profesional, pero no necesariamente se da siempre esa coincidencia”

En conclusión, somos de la idea que se puede entender como proveedor a cualquier persona que no se comporte como consumidor dentro de una relación de consumo, ya que la falta de comportamiento como destinatario final, inmediatamente hace que aquel se comporte como un actor más dentro de la red de consumo, lo que es, en esencia, un proveedor.

1.2.2. Objeto

El objeto hace referencia a la prestación en virtud de la cual el contrato puede llegar a concretizarse, es decir, el bien o servicio que el consumidor o usuario pretende adquirir para saciar cierta necesidad que lo compele a hacerse propietario de dicho objeto, así “la relación jurídica entre consumidores y proveedores tiene un objeto, configurado por la operación jurídica considerada o los bienes a los cuales se refiere, que son los productos o servicios”⁶⁷. Es en este sentido LORENZETTI indica que⁶⁸:

“El objeto propiamente dicho es la operación jurídica considerada por las partes, la cual es igual en la relación y en el contrato: es la obtención de un producto o un servicio a cambio de un precio”

⁶⁶ Cfr. VILLOTA CERNA. Óp. Cit. p. 6.

⁶⁷ Cfr. LORENZETTI. Óp. Cit. p. 103.

⁶⁸ Cfr. LORENZETTI, Ricardo Luis. “Tratado de los Contratos”, Tomo I, Segunda Edición, Buenos Aires, Rubinal-Culzoni Editores, 2004. p. 146.

Al respecto, podemos indicar que el objeto del contrato es alcanzar la propiedad o el uso de un bien en el mercado que trafica con los mismos con miras a satisfacer una necesidad de quien lo adquiere: el consumidor.

1.2.3. Causa

En la relación de consumo, es la finalidad del consumo, de adquirir o utilizar bienes o servicios como destinatario final. Este elemento sirve para caracterizar la relación de consumo y distinguir el contrato de consumo de los discrecionales⁶⁹, en el sentido que es ésta la característica más importante para la determinación de si es en realidad una relación de consumo o solamente una relación civil no protegida por la Ley de Defensa y Protección al Consumidor.

1.2.4. Asimetría de la información

Desde la Constitución misma se ha dispuesto que la ley regule el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización. Nótese que en la redacción constitucional el derecho a la información goza de similar tutela en cuanto a la intervención estatal y legislativa como el control de calidad de los productos. Cabe señalar que el derecho al consumidor a ser informado como bien lo señala STIGLITZ⁷⁰:

“Tiene definitivamente ganado el carácter de garantía fundamental constitucional sustentada en el reconocimiento de la dignidad de la persona (...) de dónde el derecho a ser informado y recibir un trato equitativo y digno se ha constituido en derecho inherente la persona”

Así, se habla de la existencia de un derecho en cabeza del consumidor a recibir información por parte del productor para que su libertad negocial no se vea menguada, por tanto, se debe decir en primer

⁶⁹ LORENZETTI. Óp. Cit. p. 146.

⁷⁰ Cfr. STIGLITZ, Rubén. “Contratos civiles y mercantiles. Parte general Tomo I”. Primera Edición, Editorial Abeledo- Perrot, Buenos Aires, 1998. p 171.

término que dicha información debe ser veraz, es decir, no puede ser contraria a la verdad, y suficiente en el entendido de que le debe permitir al consumidor adquirir un criterio suficiente sobre el negocio en el que participa⁷¹. Así, se constituye el deber de informar, el cual en la opinión de RINESSI⁷²:

“Por ella se impone al oferente la carga de tal deber, sin que sea necesario que se haya pactado convencionalmente, porque podríamos decir que se encuentra fuera o en las puertas del contrato”

Este deber encuentra su fundamento en el estado de falta de información que tiene el consumidor, no por desinterés, sino porque él no negocia las cláusulas a las que se adhiere, el único papel que desempeña es que, en virtud de su autonomía de la voluntad, acepta el íntegro del documento contractual, esperando cierto nivel de honorabilidad (verificación del principio de buena fe).

Además, la información debe ser pertinente para que el público objetivo del producto pueda entenderla, ya que al momento de proporcionarse debe tomar en consideración el público al cual se dirige, pues no es lo mismo, ni puede tratarse de la misma manera un producto dirigido a los niños, que uno dirigido a los adultos, ni es lo mismo un producto que está orientado a personal profesional altamente capacitado, que uno que esté orientado a las personas no instruidas en el tema; del mismo modo que debe ser diferente la información que sobre un medicamento el productor le proporcione al médico, que aquella que se le proporciona al farmacéuta o la que se le entrega al paciente, es por esto que la cantidad de información varía de un público a otro⁷³. Es por ello por lo que estamos en total acuerdo con la opinión de CRIADO – CASTILLA⁷⁴:

⁷¹ MUÑOZ CORTINA, Silvia Elena. “El derecho a la información en la esfera de protección de consumidor” [ubicado el 26.V.2018]. Obtenido en: <http://www.administracion.usmp.edu.pe/institutoconsumo/wp-content/uploads/2013/08/Derecho-a-la-Informacion-Proteccion-del-consumidor.pdf>

⁷² RINESSI, Op. Cit. p. 143

⁷³ MUÑOZ CORTINA. Óp. Cit.

⁷⁴ CRIADO-CASTILLA, Juan Felipe. “Juicio de abusividad en los contratos de consumo”, [ubicado el 27.VI.2016]. Obtenido en: <http://app.vlex.com/#/vid/582768246>

“En las relaciones de consumo existe un desequilibrio estructural, y no una mera ruptura ocasional derivada de la situación de necesidad, ingenuidad o inexperiencia de un contratante concreto, lo que justifica un régimen especial de protección de la parte débil de las relaciones contractuales en masa, caracterizadas por la asimetría informativa y la desigualdad negocial de las partes y que, más que una limitación de la libertad privada, se debe concebir como una limitación al poder de predisposición del sector de la oferta sobre el de la demanda, con el objeto de restablecer el equilibrio de una paridad rota por un fallo estructural del mercado”

Es así como la protección en las relaciones de consumo siempre se direccionará hacia el consumidor, no por su desidia para estar al corriente de las estipulaciones, sino porque opera como restricción completamente justificada al poder, en muchas veces, desmedido del proveedor, el cual si no opera dentro del mercado con el mínimo de buena fe buscará lesionar los derechos de sus clientes en búsqueda de su beneficio.

1.2.5. Asimetría contractual

Como ya lo expresamos, lo primero que se advierte en las relaciones de consumo es la situación de inferioridad en que se halla el consumidor. Es evidente que existe asimetría entre la posición del proveedor y la del consumidor. Esta desigualdad es de carácter estructural. Es decir, se halla en la lógica misma del sistema, en la entraña del mercado tal como se presenta en nuestros días.

Siguiendo esta lógica, MARTÍNEZ DE AGUIRRE indica que tal situación aparece tempranamente, desde el momento de la etapa precontractual, y se extiende a lo largo de todo el íter contractual (negociación, celebración y ejecución del contrato). En efecto, la enorme influencia de la publicidad, su agresividad y su eficiencia; hacen que el consumidor se halle poderosamente influenciado por ésta. Al consumidor común le resulta muy difícil escapar de las técnicas que la publicidad utiliza para influir en la estructura misma de sus necesidades, llegando a configurarlas. De este modo, la voluntad del consumidor aparece afectada ya desde el mismo momento en que toma la decisión de adquirir. Naturalmente la publicidad cumple una función informativa, que es la que la legitima originariamente;

pero sobre esta función informativa ha acabado dominando la función suasoria, que se dirige más a determinar la voluntad del consumidor que a enriquecer su conocimiento⁷⁵, y es en este punto que se verifica el daño al que está expuesto el consumidor, no en sus derechos como tal propiamente dichos, sino que por aquella falta de simetría en el contrato (entiéndase por esto como la no negociación, la no influencia en las cláusulas que suscribe y la simple aceptación) hace, como coloquialmente se dice, “que entre a perder” siendo el único beneficio el de obtener lo que desea de manera ágil. Es también que compartimos la posición de REICH, quien es citado por GUTIERREZ CAMACHO⁷⁶:

“Tal situación de subordinación se da por la posición que las partes ocupan en el mercado. En este sentido no se protege al consumidor porque esté necesitado de protección en un caso determinado o porque quiera convertírsele en ciudadano mayor de edad o en un consumidor correctamente informado, sino porque se encuentra en una situación estructural que no puede ser compensada económicamente, sino tan sólo mediante el ejercicio de medidas de política jurídica. En cierto modo el derecho del consumidor viene a compensar determinadas deficiencias funcionales del mercado en el orden de la economía”

⁷⁵ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Carlos. “Trascendencia del Principio de Protección a los Consumidores en el Derecho de Obligaciones” [ubicado el 26.V.2018]. Obtenido en: https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-1994-10003100090_ANUARIO_DE_DERECHO_CIVIL_Trascendencia_del_principio_de_protecci%F3n_a_los_consumidores_en_el_Derecho_de_obligaciones

⁷⁶ Cfr. GUTIERREZ CAMACHO, Walter. “El contrato de consumo y la crisis de la contratación clásica”, [ubicado el 26.V.2018]. Obtenido en: <http://app.vlex.com/#!/vid/50065602>

CAPÍTULO 2

LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS DE CONTRATACIÓN Y SU LEGISLACIÓN EN PERÚ

2.1. Las cláusulas abusivas de contratación

2.1.1. Presupuesto de protección: El consumidor razonable

Para realizar la definición de dicha cláusula contractual, es necesario citar la reflexión que realiza ESPINOZA ESPINOZA sobre el nacimiento de aquellas⁷⁷:

“Ambos agentes económicos, empresario y consumidor, si bien es cierto, se encuentran dentro de un plano formal, en igualdad de condiciones, no están perfectamente equilibradas en un plano sustancial. Ello se evidencia en la capacidad de información que cada uno puede tener respecto del bien o del servicio que se coloca en el mercado. El empresario -de sólo- posee mayor conocimiento del bien o del servicio puesto en circulación, por cuanto lo hace de una manera habitual y profesional, mientras que al consumidor -tendencialmente- le queda recurrir a su sano entender y parecer. Esta capacidad de información, que ha presupuesto un costo que ha sido asumido por el agente que la detenta, no solo se refiere a las condiciones y características del bien o servicio que se coloca en el mercado, son también a las cláusulas contenidas en el contrato que unilateralmente ha sido predispuesta por el empresario y que tendrá que ser firmado por el consumidor, el cual se encuentra desprovisto del poder económico que le permite negociar con su contraparte”.

Al respecto, podemos indicar que la realidad de la contratación bajo cláusulas generales de contratación, la cual se llevará a cabo bajo el soporte de los contratos por adhesión, en las que se podrían advertir

⁷⁷ Cfr. ESPINOZA ESPINOZA, Juan. “Derecho de Consumidores”. Editorial Rhodas, Lima, 2006. pp. 149 – 150.

cláusulas abusivas, antes llamadas vejatorias o leoninas⁷⁸, pueden aparecer a causa de la falta de conocimiento preciso sobre la totalidad de las cláusulas que se suscriben, ya que, no es tarea legalmente impuesta al consumidor el conocer técnicamente el total de las cláusulas, sin embargo, ello puede colisionar con que INDECOPI dispone para que un consumidor reciba la protección regulada en la Ley de Protección y Defensa del Consumidor; ya que esta ley protege al consumidor razonable, al respecto BULLARD nos indica⁷⁹:

“La norma no genera problemas en una sociedad en la que los consumidores usualmente se comportan razonablemente. En ese caso, el consumidor medio u ordinario será un consumidor razonable. El problema se plantea en aquellas situaciones en las que los consumidores tienen, de ordinario, una conducta poco razonable. En esos casos, el consumidor está protegido en sus operaciones de consumo, incluso si su conducta no fue razonable. Por ejemplo, si el consumidor ordinario no lee los contratos que firma, estará protegido a pesar de que le sería exigible al consumidor razonable leer lo que firma. Bajo el estándar de consumidor razonable no es posible proteger al consumidor que señala no haber leído el contrato”.

En el mismo sentido, ESPINOZA ESPINOZA señala que⁸⁰:

“En nuestro país esa capacidad del consumidor para procesar mejor la información se ha trasladado al grado de razonabilidad que pueda tener, es decir, al uso de la información que le es proporcionada en el mercado, siendo considerado esto como el comportamiento de un consumidor razonable”.

Siendo así, se crea un estándar de protección en los contratos de consumo, el cual es el de la persona que se aproxima a la celebración del contrato conociendo todo lo que no es totalmente técnico, o sea, que sabe las características del bien y/o servicio sin demostrar un grado de conocimiento superlativo al respecto; sino, que entiende de las ventajas y

⁷⁸ “La doctrina utiliza los términos “vejatorias”, “lesivas”, “desleales”, “leoninas”, al referirse a este tipo de cláusulas abusivas por lo común plasmadas como condiciones generales de contratación. Se trata de calificativos claramente descriptivos”. FARINA, Juan M. *“Defensa del Consumidor y del Usuario”*, 3era Edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2004. p. 386.

⁷⁹ BULLARD GONZÁLES, Alfredo. *“¿Es el Consumidor un Idiota? El Falso Dilema entre el Consumidor Razonable y el Consumidor Ordinario”*, [ubicado el 28.V.2018]. Obtenido en: <http://servicio.indecopi.gob.pe/revistaCompetencia/castellano/articulos/otonio2010/AlfredoBullard.pdf>

⁸⁰ ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *“Ley de Protección al Consumidor. Comentarios Jurisprudenciales. Normas Complementarias”*. Editorial Rodhas, Lima, 2004. pp. 64-65.

riesgos de la adquisición, en relación con la información que está al alcance de su entender y de su entorno. Es, en nuestra opinión, aquel comprador que se preocupa por conocer antes de comprar, que reflexiona su actuar antes de celebrado el contrato y quien tiene cuidado en seleccionar su proveedor. En ello, BULLARD, señala⁸¹:

“Dicho en términos más claros, si el consumidor ordinario o medio se comporta como un idiota, es digno de protección así haya cometido idioteces. El proveedor tendrá entonces que encontrar mecanismos que protejan a los consumidores de su propia idiotez. La ley no podría exigirle al consumidor que deje de comportarse como un idiota. Bajo tal regla resulta claro que no habría incentivos para corregir la conducta del consumidor”.

Sin embargo, en Perú, dicho estándar fue discutido, ya que, Gutiérrez expresaba en un trabajo suyo que este consumidor razonable es una ilusión en un país con alto grado de analfabetismo y de precaria cultura⁸², mientras que Durand Carrión afirmaba sin tapujo alguno que el concepto de consumidor razonable es una copia o una importación del Derecho anglosajón, una construcción mítica, según sus términos⁸³. El discurso, en suma, puede expresarse de la siguiente forma: El consumidor peruano no actúa razonablemente. En consecuencia, tutelar solamente al consumidor razonable implica dejar fuera del sistema de protección a una gran cantidad de personas. Para quienes propugnan este discurso, el estándar de consumidor debe expresar nuestra realidad; debería existir, en otras palabras, un correlato entre el consumidor de nuestra regla y el consumidor de a pie. Incluso, GONZALES BARRÓN lleva este discurso al extremo recalitrante al sentenciar que⁸⁴:

“(…) hasta un consumidor negligente debe contar con la protección del sistema jurídico, pues no puede castigarse la hipotética culpa de la parte débil de la relación jurídica, pero, en forma paradójica, premiarse el dolo y la prepotencia económica de la parte fuerte”.

⁸¹ BULLARD GONZÁLES, Alfredo. *Óp. Cit.*

⁸² GUTIÉRREZ CAMACHO, Walter. *“Contrato y Mercado”*. Lima, Gaceta Jurídica. 2000.

⁸³ DURAND CARRIÓN, Julio. *“El derecho del consumidor como disciplina jurídica autónoma”*. Lima, Asamblea Nacional de Rectores. 2008. p. 137.

⁸⁴ Cfr. GONZÁLES BARRÓN, Gunther. *“El mito del consumidor razonable”*. En: *Actualidad Jurídica* 202. Septiembre del 2010. p. 20.

Entonces, aquello conllevaría a que se piense que el consumidor no necesita ser del todo racional en su manejo dentro del mercado, cuando claramente debe serlo, ya que la celebración de un contrato implica el ejercicio de derechos, los cuales no pueden ejercerse de manera ligera, sin embargo, tampoco pretendemos estigmatizar el papel del proveedor, ya que sin este agente económico, el tráfico dentro del mercado perdería la eficacia de la que goza actualmente, es por ello que el poder estatal ejercido mediante el control administrativo realizado por INDECOPI es vital, no solo porque contendrá la actuación posiblemente abusiva del proveedor, sino que atenderá a la inferioridad a la que irremediablemente está condenado el consumidor, estableciéndose ello como el fundamento último del Derecho del Protección al Consumidor y la misma existencia de INDECOPI, siendo de la misma opinión ROJAS LEO⁸⁵:

“En un sistema de economía social de mercado es claro que el Estado tiene que intervenir para complementar, perfeccionar y regular el funcionamiento del mercado, con la finalidad de que la persona humana sea – de verdad – el fin supremo de la sociedad y del Estado; y que su dignidad esté por encima de conceptos como eficiencia económica. A partir de esta constatación, la discusión se limita a saber cuánta intervención del Estado en el mercado es buena y en qué momento dicha intervención puede resultar excesiva (...)”.

Por lo que, debe atenderse a una exigencia media para la responsabilidad en el mercado, es por ello que Rodríguez García indica⁸⁶:

“Todos estos argumentos –algunos con evidente carga ideológica, otros simplemente apelando a la intuición– fracasan porque pierden de vista qué es lo que pretende el estándar de consumidor razonable. Cuestionan el estándar porque lo consideran una mala foto de la realidad. ¿Quién les ha dicho que el estándar debe ser una foto de la realidad? El estándar tutela al consumidor razonable porque queremos incentivar la actuación o conducta razonable de los consumidores. Si al consumidor le bastara ser torpe para ser tutelado, carecería de incentivos para superar su estado de torpeza. Así de simple y duro.”

⁸⁵ Cfr. MATOS, Margaret & VALDEZ PAREDES, Doris. “Entrevista al Doctor Juan Francisco Rojas Leo – Un “Nuevo” Indecopi a la Luz del Anteproyecto del Código de Consumo”. [ubicado el 28.V.2018]. Obtenido en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/viewFile/13337/13964>

⁸⁶ RODRIGUEZ GARCÍA, Gustavo M. “El apogeo y decadencia del deber de Idoneidad en la Jurisprudencia Peruana de Protección al Consumidor”, Themis - Revista de Derecho, Volumen 65, Enero 2014. p. 306.

En ese sentido, nos permitimos referenciar las dos ideas sobre la protección al consumidor, las cuales son: en primer lugar, el estándar de consumidor razonable que pretende generar incentivos para que los consumidores actúen razonablemente. Esta es una meta que va más allá de lo meramente pedagógico, esto tiene que ver con el tipo de consumidor que se desearía advertir dentro de cualquier sociedad y esa es una cuestión bastante concreta; y, en segundo lugar, que, admitir un estándar menos exigente que el del consumidor razonable (que tampoco puede ser identificado como un estándar de consumidor especializado, vale decirse) generaría costos excesivos para perjuicio de todos los consumidores en su conjunto⁸⁷. Luego de ello, encontramos una explicación oficial del porqué el estándar de consumidor racional es requerido en nuestro ordenamiento jurídico, encontrando así que⁸⁸:

“Este estándar no es el de un consumidor experto o excesivamente exigente y cuidadoso o de uno racional, calculador y frío capaz de analizar cada detalle de las opciones que se le presentan, sino, de una persona que actúa con la diligencia ordinaria que se puede exigir a cualquier persona que realiza una operación de intercambio en el mercado. El fundamento de este criterio de interpretación radica en formar consumidores cuidadosos y responsables, que se informen y tomen las precauciones adecuadas antes de hacer una decisión de consumo. Lo contrario llevaría a formar consumidores irresponsables y poco diligentes a los que la Ley protegería aun en situaciones producidas por su propia irresponsabilidad. Para que el mercado funcione adecuadamente, es necesario que el consumidor actúe con diligencia ordinaria en sus decisiones de consumo, de acuerdo al principio de buena fe. De la misma manera como el derecho común sólo protege la actuación responsable, el derecho de los consumidores sólo debe proteger a los consumidores que actúen con responsabilidad en sus decisiones de consumo.”

De ello deriva que, de acuerdo con la doctrina citada, únicamente obtiene protección aquella persona que se conduce con responsabilidad en el mercado y no aquel que lo hace temerariamente, ya que pierde mérito al comportarse osadamente dentro de un complicadísimo engranaje de obligaciones, como lo es un tipo de mercado globalizado, en donde la

⁸⁷ RODRIGUEZ GARCÍA, Gustavo M. (2014). *Óp. Cit.*

⁸⁸ Cfr. Comisión de Protección al Consumidor. *“Lineamientos sobre Protección al Consumidor - Resolución N° 001-2001-LIN-CPC/INDECOPI”*. [ubicado el 28.V.2018]. Obtenido en: <http://www4.congreso.gob.pe/comisiones/2004/parlatinoDefensaconsumidor/consumidor/Lineamientos-proteccion-consumidor.pdf>

masividad de las operaciones agrava las brechas entre los partícipes de los contratos.

2.1.2. Definición

El término “cláusula” proviene del latín *claudere* que significa cerrar, que concuerda con la idea de culminar un acuerdo pactándolo entre las partes. La cláusula es aquella “disposición particular que forma parte de una convención, tratado, edicto, testamento y cualquiera otro acto o instrumento público o privado”⁸⁹. Por otro lado, *abusus* o *usus* es el origen de la palabra “abuso”, que es todo acto que está fuera de los límites legales impuesto por la razón, que perjudica el interés general, es decir el mal uso⁹⁰. La palabra abuso en el derecho puede tener distintas definiciones dependiendo del contexto de su uso. Ahora, en cuanto a su definición, se ha logrado cierto consenso en doctrina, ya que según el profesor MOISSET DE ESPANÉS⁹¹:

“Generalmente las cláusulas abusivas se presentan dentro de las condiciones generales que solemos encontrar en los contratos predispuestos, propios de la contratación masiva, donde una de las partes debe aceptar sin mayor discusión las estipulaciones incluidas por el predisponente, que se encuentra en una situación de privilegio, que suele aprovechar para obtener ventajas a su favor”.

En el mismo sentido, MESSINEO indica que las cláusulas abusivas están dirigidas a "mantener a la contraparte en condiciones de inferioridad jurídica o, peor, a agravar esta situación"⁹²; DE LA PUENTE Y LAVALLE las define como "aquellas cláusulas generales de contratación que alteran, en ventaja del predisponente, el equilibrio entre los derechos y obligaciones contractuales de las partes"⁹³. La esencia de estas cláusulas consiste,

⁸⁹ Cfr. CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. *“Diccionario Jurídico Elemental”*, Buenos Aires Heliasta, 2011. p. 87.

⁹⁰ CABENALLAS, *Ibidem*.

⁹¹ MOISSET DE ESPANÉS, Luis. *“Arbitraje y prescripción”*, en Ponencias del Congreso Internacional de Arbitraje 2007. Primera Parte. Mario Castillo Freyre – Director. [ubicado el 01.XII.2016]. Obtenido en: <http://www.castillofreyre.com/archivos/pdfs/vol5.pdf>

⁹² MESSINEO, Franceso. *“Doctrina General del Contrato”*, Tercera Edición. Lima: ARA Editores, 2007, p. 401.

⁹³ DE LA PUENTE Y LAVALLE. (2007). *Óp. Cit.* p. 440.

pues, en agravar la situación del adherente con respecto al régimen legal contractual, resultando en una ventaja excesiva e indiscriminada a favor del predisponente.

Luego, REZZONICO señala que es a través de las diversas cláusulas específicas como el estipulante lleva a la práctica, fundamentalmente, su situación de ventajoso predominio negocial: excluyendo la responsabilidad, imponiendo un régimen arbitrario para la carga de la prueba, fijando plazos excesivamente cortos para el ejercicio de las eventuales acciones⁹⁴. Al respecto, SOTO COAGUILA otorga una completísima definición, indicando que⁹⁵:

“Se considerarán abusivas todas las cláusulas o condiciones de los contratos predispuestos que atribuyan al predisponente derechos y facultades exorbitantes o introduzcan limitaciones o restricciones en los derechos y facultades de los adherentes. Igualmente, serán abusivas las cláusulas que supriman o reduzcan las obligaciones y responsabilidades del predisponente o cuando aumenten las obligaciones y cargas del adherente, trayendo como consecuencia una desnaturalización o desequilibrio en la relación jurídica creada por el contrato. En tales supuestos, no habrá, desde luego, un respeto al principio general de la buena fe, entendido éste, como un principio rector en la negociación, celebración y ejecución del contrato, así como fuente de integración del contrato.”

Ahora, sobre el asunto, el Código de Protección y Defensa del Consumidor, en su art. 49.1° define a las cláusulas abusivas de la siguiente manera:

“(…) Se consideran cláusulas abusivas (...) todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que, en contra de las exigencias de la buena fe, coloquen al consumidor, en su perjuicio, en una situación de desventaja o desigualdad o anulen sus derechos.”

Siendo así, podríamos señalar que dicho tipo de cláusulas, las cuales fueron redactadas por el predisponente (o en el caso de una relación de consumo, por el proveedor) buscarán lesionar de alguna forma (mediante el aminoramiento de la responsabilidad o de cargas de quien dispone la redacción del contrato vinculante, mediante el acrecentamiento de

⁹⁴ REZZÓNICO, Juan Carlos. (1987). *Óp. Cit.* p. 449.

⁹⁵ Cfr. SOTO COAGUILA, Carlos Alberto. (2005). *Óp. Cit.* p. 113.

responsabilidad o de cargas de quien acepta la oferta contenida en el contrato o cualquier forma de aprovechamiento de la situación innegable de inferioridad del adherente-consumidor) a la parte que se adhiere a aquellos, abusando del “poder previo de determinación de cláusulas” que mantienen, aprovechando para ello, el tipo de información especializada que los primeros gozan. Coincidentemente, TORRES CARRASCO indica que⁹⁶:

“Resulta claro que lo que la mayoría de tratadistas cuestionan es el hecho que caracterizándose la contratación masiva por no existir la etapa de la negociación y tampoco presentarse la colaboración de una parte contratante en el diseño del contenido del contrato, es altamente posible que la parte que ha elaborado el contrato por cláusulas generales de contratación abuse precisamente su posición jurídica de predisponer, integra o parcialmente, el esquema contractual e incorpore condiciones que exclusivamente lo beneficien en un modo excesivo y/o que perjudiquen al contratante que se adhiere(...).”

Asimismo, con el mismo carácter proteccionista de la norma especial para los consumidores, en el Reglamento de Transparencia de SBS⁹⁷, según ARANA⁹⁸ se pueden identificar ciertas características de las cláusulas abusivas:

- A. Son redactadas unilateralmente por una entidad, empresa o profesional.
- B. Vinculan el contrato de consumo a los intereses del empresario o proveedor en perjuicio del consumidor.
- C. Se dirigen a una pluralidad de personas (consumidores o usuarios).
- D. Se “pre-redactan” en abstracto con condiciones generales para ser incluidas en contratos futuros.

⁹⁶ Cfr. TORRES CARRASCO, Manuel Alberto. (2011). *Op Cit.* p. 31

⁹⁷ Resolución S.B.S. N° 1765-2005. “*Reglamento de Transparencia de Información y Disposiciones Aplicables a la Contratación con usuarios del Sistema Financiero*”.

Artículo 46°. - Criterios para la determinación de Cláusulas Abusivas en materia de tasas de interés, comisiones y gastos.

Las cláusulas abusivas son todas aquellas estipulaciones no negociadas que en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio de los usuarios, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. Se considera que una cláusula no se ha negociado cuando haya sido redactada previamente y el usuario no haya podido influir en su contenido.

⁹⁸ ARANA, María del Carmen. “*Contrato De Consumo: Cláusula Abusiva*”, [ubicado el 28.V.2018]. Obtenido en: revistas.indecopi.gob.pe/index.php/rcpi/article/download/115/111

- E. No son negociadas, pues el consumidor o usuario, suele plegarse o adherirse a las cláusulas pre-redactadas por la empresa.
- F. Van en contra de los principios de buena fe, transparencia y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes.

2.1.3. Del tipo de control de las cláusulas abusivas de contratación

2.1.3.1. Sobre las maneras de su legislación

Mediante este control el legislador establece en qué supuestos serán nulas determinadas cláusulas por considerarse abusivas o vejatorias, regulándose mediante dos tipos de legislación.

A. Mediante el sistema de una regla general

En la cual REZZONICO explica que la cláusula general o norma abierta configura un precepto amplio, una estructura de tipo que comprende, con gran generalidad, un determinado campo de hechos a los que alimenta; de tal manera que todas las cláusulas que se encuentran comprendidas dentro de esa estructura son abusivas o vejatorias, en otras palabras, que dicha norma sea de contenido abstracto que pueda comprender todas las posibles cláusulas que desnaturalicen la relación jurídica de los partícipes⁹⁹.

B. Mediante el sistema de una lista negra

En la cual SOTO COAGUILIA señala que existe una enumeración taxativa de una relación, cerrada o abierta, de supuestos en los que determinadas cláusulas o estipulaciones contractuales podrían declararse nulas por calificárselas de

⁹⁹ REZZÓNICO, Juan Carlos. (1987). *Óp. Cit.* p 459.

abusivas, mencionando que pueden obedecer a una lista de *numerus clausus* (cuando la lista es cerrada y solo comprende supuestos enunciados en la norma) o a una lista de *numerus apertus* (cuando además de los supuestos establecidos, se permiten otros no contemplados expresamente en la norma jurídica)¹⁰⁰.

Al respecto, como podemos observar en nuestro Código Civil, este regula la contratación privada desde una óptica tradicional, ya que solamente dedica 12 artículos (del 1390 al 1401) a la regulación de la moderna contratación masiva¹⁰¹, y al respecto DE LA PUENTE Y LAVALLE indica¹⁰²:

“Dado que el artículo 1398 del Código Civil Peruano sigue el mismo sistema que el segundo párrafo del artículo 1341 del Código Civil Italiano, o sea, hace una enumeración de casos sin precederlos por una regla general, es plausible entender que tal enumeración es limitativa”.

De lo regulado en dicho artículo hablaremos líneas abajo, lo que es preciso señalar es que nuestro sistema jurídico civil se ciñe a un sistema de lista negra cerrada.

2.1.3.2. Sobre su control administrativo

En principio, el Ordenamiento Jurídico ha regulado en el artículo 1393° del Código Civil que:

“Las cláusulas generales de contratación aprobadas por la autoridad administrativa se incorporan automáticamente a todas las ofertas que se formulan para contratar con arreglo a ellas, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1395°”.

¹⁰⁰ SOTO COAGUILA, Carlos Alberto. (2005). *Óp. Cit.* p. 119.

¹⁰¹ SOTO COAGUILA, Carlos Alberto. (2005). *Óp. Cit.* p. 119.

¹⁰² DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. (2007). *Óp. Cit.* p 871

En ese sentido, el profesor TORRES VÁSQUEZ¹⁰³ indica que las cláusulas generales de contratación se clasifican en las que han sido aprobadas y las que no han sido aprobadas administrativamente¹⁰⁴.

Es optativo para el predisponente el someterlas o no a la aprobación administrativa, salvo que el Poder Ejecutivo disponga que ciertos bienes o servicios deben ser contratados con arreglo a cláusulas generales obligatoriamente aprobadas por la autoridad administrativa, como dispone el artículo 1394° del Código Civil¹⁰⁵.

La autoridad administrativa competente es quien aprueba las cláusulas generales de contratación previa verificación de dos presupuestos: primero la verificación sobre la idoneidad para la regulación de contratos masivos y segundo la existencia de equilibrio entre los derechos y obligaciones del proveedor en el papel contractual del predisponente y de los consumidores, a cuyo efecto serán depuradas de las estipulaciones vejatorias para el consumidor y, en todo caso, que no contravengan normas imperativas, el orden público o las buenas costumbres. El procedimiento consiste en que una vez que las cláusulas generales de contratación han sido aprobadas por la autoridad administrativa se incorporan automáticamente a todas las ofertas que se formulen para contratar con arreglo a ellas¹⁰⁶.

¹⁰³ TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. "Acto Jurídico", Cuarta Edición, Lima, Editorial Moreno S.A., 2012. p.155.

¹⁰⁴ Al respecto, es necesario señalar lo dispuesto por la CAS. N° 1265-2001-Lima, en el cual, se aprecia que "Las cláusulas generales de contratación se clasifican en aquellas que son aprobadas por autoridad administrativa y aquellas que no son aprobadas administrativamente. Dependiendo de ello, su incorporación es automática o no a la oferta de un contrato. En el primer caso regulado por el art. 1396° del código sustantivo, las cláusulas se incorporan automáticamente a la oferta, sin que sea necesario que la otra parte haya tenido conocimiento de ellas, ello por cuanto se entiende que al haber sido aprobada administrativamente para su incorporación a la oferta no requieren ser conocida por la contraparte como si se exige en el segundo caso, regulado por el art. 1397° del mismo código, en que su incorporación se produce al ser de conocimiento de la contraparte".

¹⁰⁵ TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. (2012) *Ibidem*. p.156.

¹⁰⁶ CORDOVA CUTIPA, Yris. *Las cláusulas generales de contratación en el Perú y su relación con el estado de desprotección de los derechos del consumidor*. Tesis para optar el grado de Magíster, Lima, Universidad Mayor de San Marcos, 2012.

En el Código de Protección y Defensa del Consumidor se regula un modelo mixto de control de las cláusulas vejatorias o leoninas, pues se adoptan los tradicionales mecanismos de control administrativo, legislativo y judicial, corrigiendo las carencias del Código Civil y de la legislación de Protección al Consumidor existente. Al respecto, BARTURÉN señala¹⁰⁷:

“Este mecanismo de control se actúa generalmente cuando las cláusulas aún no se han incorporado a un contrato en particular, de allí su carácter preventivo; en consecuencia, las cláusulas generales de contratación son sometidas a una revisión por parte de la autoridad administrativa correspondiente, la que verificará su idoneidad para regular relaciones de consumo, y su equidad, esto es, el mantenimiento del equilibrio entre los derechos y deberes de las partes contratantes, específicamente para los consumidores.”

En el Código se consagra un control administrativo preventivo que tiene las siguientes características¹⁰⁸:

A. Autoridad administrativa competente:

Respecto de los servicios públicos sujetos a regulación económica, la aprobación administrativa de las cláusulas generales de contratación está a cargo del organismo regulador competente, es decir, SUNASS, OSINERGMIN, OSIPTEL, OSITRAN, respecto de los contratos de consumo celebrados por las empresas prestadoras de dichos servicios públicos, conforme a la ley de la materia y a las disposiciones que el organismo regulador emita al respecto (artículo 54.1). En el caso de los servicios financieros y de seguros, la aprobación administrativa de las cláusulas generales de contratación corresponde a la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones, respecto de

¹⁰⁷ Cfr. BARTURÉN LLANOS, Tony Daniel. *Óp. Cit.*

¹⁰⁸ BARTURÉN LLANOS, Tony Daniel. *Óp. Cit.*

los contratos celebrados por empresas sometidas a su supervisión (artículo 54.2).

B. Finalidad del control administrativo

El control previo administrativo a cargo de la autoridad administrativa correspondiente tendría por finalidad: garantizar en los contratos de consumo la observancia del principio de buena objetiva y el equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes (artículo 48), e identificar las cláusulas abusivas (artículo 54.5), las mismas que no serían aprobadas administrativamente.

C. Difusión de las cláusulas aprobadas y de las cláusulas abusivas

Se establece el deber de la autoridad sectorial de difundir adecuadamente, sea en su portal institucional o a través de otro medio de difusión, las cláusulas generales de contratación aprobadas administrativamente y las cláusulas abusivas identificadas como tal por la autoridad administrativa correspondiente (artículo 55), entendiéndose que la difusión alcanza también a las disposiciones o normas de carácter general que la autoridad administrativa hubiera emitido prohibiendo la inclusión de las cláusulas abusiva en los contratos de consumo que se celebren en el futuro (artículo 54.5).

2.1.3.3. Sobre su control judicial

Al respecto, CÁRDENAS QUIRÓS indica¹⁰⁹:

“Se puede ofrecer al juez la facultad de revisar cualquier cláusula y declarar su invalidez en la medida en que resulte atentatoria contra el principio general de la buena fe (...) es posible sostener la facultad de revisión de los contratos en el ordenamiento jurídico peruano sobre la

¹⁰⁹ CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. *Óp. Cit.*

base de lo señalado en el artículo 1362 del Código Civil que establece que: Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes.”

Sin embargo, como bien señala SOTO COAGUILA¹¹⁰, el Código Civil de 1984 recoge dos principios de interpretación contractual, los cuales son *contra stipulatorem* y *favor debitoris*.

A. *Contra stipulatorem*

Al respecto, ESTIGARRIBIA BIEBER indica que¹¹¹:

“Este principio deriva claramente de la particular situación de superioridad que tiene el productor en los contratos de consumo, que consiste en la posibilidad de predeterminar el contenido contractual. Constituye la contrapartida del principio de favor debitoris, puesto que la facultad de revisión del contenido del contrato, fundado en la interpretación de las cláusulas dudosas u oscuras a favor del débil, tiene su punto de partida en la predeterminación de las mismas por el empresario, y es él quien debe cargar con las consecuencias de su obrar contrario a la buena fe (...) Significa que aquel que tuvo la posición dominante que le otorga la facultad de establecer las cláusulas negociales tiene el deber de ser claro y de no incurrir en abusos. Si contraviene estos últimos mandatos, deberá hacerse cargo de las consecuencias, que importan que la interpretación sea hecha en su contra. Observamos en este principio, por una parte, la aplicación de la lógica, puesto que quien debió “hablar claro” y no lo hizo, debe responsabilizarse por ello, por su negligencia; y en otro sentido, cierto afán sancionatorio de la inclusión de cláusulas ambiguas, oscuras, que pudieran llevar a equívocos o hacer subrepticamente más gravosa la prestación de la otra parte.”

Y, en el ámbito nacional, el autorizado Osterling Parodi opina que¹¹²:

“La regla de la “interpretatio contra stipulatorem” ha sido prevista, a su vez, por el artículo 1401 del Código Civil, conforme al cual “las estipulaciones insertas en las cláusulas generales de contratación o

¹¹⁰ SOTO COAGUILA, Carlos Alberto. (2005) *Óp. Cit.* p. 124.

¹¹¹ Cfr. ESTIGARRIBIA BIEBER, María Laura. “Interpretación de los Contratos. Evolución de sus Principios”, [ubicado el 28.V.2018]. Obtenido en: <https://app.vlex.com/#WW/vid/334101450>

¹¹² Cfr. OSTERLING PARODI, Felipe. “Interpretación de la Ley y de los Contratos”, [ubicado el 28.V.2018]. Obtenido en: <http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/Art.%20Interpretaci%C3%B3n%20de%20la%20Ley.nov%2007.pdf>

en formularios redactados por una de las partes, se interpretan, en caso de duda, a favor de la otra”. De conformidad con la regla contra stipulatorem, quien redacta un contrato tiene una ventaja frente a quien lo suscribe con ausencia de negociación. Es por ello que, nuestro ordenamiento considera que el estipulante debe ser claro en la redacción del contrato y, consecuentemente, cualquier duda o ambigüedad se interpreta en su contra”.

Entonces, podemos concluir en que si el predisponente (proveedor en una relación de consumo) no cumple con lo que STIGLITZ¹¹³ indica como la imposición de la obligación de *clare loqui* o de “hablar claro” dentro del contrato, cualquier tipo de cláusula se le interpretará en detrimento del mismo como sanción a su acción presumiblemente premeditada de realizar daño mediante el empleo de jerga legal para impedir al adherente (o consumidor en una relación de consumo) que conozca bien dichas cláusulas.

B. Favor debitoris

Sobre el tema, ESTIGARRIBIA BIEBER indica que¹¹⁴:

“La última ratio de este principio está constituida por la necesidad de la existencia de una finalidad tuitiva, desde la legislación, con el objeto de intentar restablecer el equilibrio general del sinalagma, superando las diferencias de poder habidas en su génesis, y materializadas en cláusulas abusivas o desequilibrantes de los derechos y deberes de las partes”.

Por otro lado, OSTERLING PARODI y CASTILLO FREYRE, citando a MOISSET DE ESPANÉS indica que este último considera que en virtud del principio *favor debitoris* se entiende que «en los casos dudosos debe protegerse al deudor por ser la parte más

¹¹³ STIGLITZ, Rubén Raúl. “Contratos con Cláusulas Predispuestas en el Proyecto Argentino de unificación de la legislación civil y comercial”, [ubicado el 11.VI.2018]. Obtenido en: https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-1988-30073500762_ANUARIO_DE_DERECHO_CIVIL_Contratos_con_cl%C3%A9usulas_predispuestas_en_el_proyecto_argentino_de_unificacion_de_la_legislacion_civil_y_comercial

¹¹⁴ Cfr. ESTIGARRIBIA BIEBER, María Laura. Op Cit.

débil en la relación jurídica obligatoria»¹¹⁵. Y luego, el autor antes citado, MOISSET DE ESPANÉS con TINTI, indican que¹¹⁶:

“El favor debitoris será siempre una orientación clara para la interpretación de la ley, en cuanto persigue una finalidad de justicia, restableciendo el equilibrio entre las partes, al presumir que el deudor suele ser, en la mayoría de los casos, la parte más débil de la relación jurídica”.

Comprendiendo entonces este principio como aquel que busca la simetría contractual por medio de la compensación en la interpretación contractual para la protección del más débil, el que a todas voces es el adherente, de la relación jurídica potencialmente dañina.

2.1.4. La regulación peruana de las cláusulas abusivas de contratación

En este punto, desarrollaremos una corta interpretación de los artículos que regulan las cláusulas abusivas de contratación dentro de nuestro ordenamiento jurídico, siendo estas, en primer lugar, el artículo 1398° del Código Civil y, en segundo lugar, el artículo 50° de la Ley N° 29571 - Código de Protección y Defensa del Consumidor; lo que a la postre se configura una doble reglamentación sobre los mismos supuestos jurídicos, dotando a aquellos de distintas consecuencias jurídicas, lo cual fundamenta el estudio llevado a cabo en el presente trabajo.

2.1.4.1. Análisis del artículo 1398° del Código Civil

A opinión de TORRES VÁSQUEZ, la norma del bajo estudio recepciona en parte el sistema concebido en el art. 1341, segundo párrafo, del Código civil italiano en cuanto establece:

¹¹⁵ OSTERLING PARODI, Felipe & CASTILLO FREYRE, Mario. *“Tratado de las Obligaciones. Biblioteca para leer el Código Civil. Volumen XVI”*, Primera Edición, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2003. p. 2270.

¹¹⁶ Cfr. MOISSET DE ESPANÉS, Luis & TINTI, Guillermo P. *“Consideraciones sobre el consumo y el derecho del consumidor”*, [ubicado el 29.V.2018]. Obtenido en: revistas.bibdigital.uccor.edu.ar/index.php/ADC/article/download/223/126

"En todo caso no tendrá efecto, si no fuesen específicamente aprobadas por escrito, las condiciones que establezcan en favor del que las ha impuesto, limitaciones de responsabilidad, facultades de rescindir el contrato o suspender su ejecución, o bien establecer en perjuicio del otro contratante caducidades, limitaciones a la facultad de oponer excepciones, restricciones a la libertad contractual en la relación con terceros, prórroga o renovación tácita del contrato, cláusulas compromisorias o derogaciones de las normas sobre competencia judicial."

El tráfico jurídico sería imposible sin la contratación masiva, por lo que corresponde aceptar, en los contratos por adhesión y en los concluidos mediante cláusulas generales de contratación, las estipulaciones respecto al objeto por el cual se celebran aquellos y rechazar las que limitan o suprimen los derechos, deberes o alguna otra circunstancia que son propias del contrato en sí y ponen en peligro la obtención de su fin. Esos derechos, deberes y acciones esenciales, son los que, aun sin haber sido pactados expresamente, se sobreentienden en todo contrato para que se puedan realizar los objetivos prácticos que persiguen las partes, por lo que no pueden ser retirados por el predisponente del contrato por adhesión o de las cláusulas generales de contratación¹¹⁷.

Siendo así, es necesario citar en íntegro lo regulado por el dispositivo:

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

Así, será necesario segmentar el texto legal para entender, al final, el verdadero sentido de la norma.

¹¹⁷ TORRES VÁZQUES, Aníbal. "Teoría General del Contrato. Tomo I", Lima, Instituto Pacífico S.A.C, 2012. p 482.

A. Sobre el supuesto de hecho

El supuesto de hecho regulado mediante el artículo citado, es el siguiente:

“Los contratos celebrados por adhesión y en las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, no son válidas (...).”

En este sentido, el dispositivo elabora una distinción conceptual entre los contratos por adhesión y las cláusulas generales de contratación, es por ello, que, para CASTRO BRAVO, quien es citado por DE LA PUENTE Y LAVALLE¹¹⁸ no existiría una diferencia conceptual, pues la denominación francesa de contrato por adhesión ha pasado a segundo plano y se prefiere ahora, siguiendo la terminología alemana, hablar de condiciones generales de contratación. Sin embargo, se advierte como criterio diferenciador un distinto enfoque del problema, referido a la denominación de contrato por adhesión al momento de perfeccionarlo, a la expresión de condiciones generales de contratación, a la validez y a la eficacia de las cláusulas preparadas para regular su contenido.

Al respecto, la doctrina señala que de la redacción de este artículo se desprende que el mismo sea aplicable a los contratos celebrados por adhesión y a las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, lo que lleva a pensar que esta falta de aprobación sólo se refiere a las cláusulas generales de contratación y no a los contratos celebrados por adhesión. Para LÓPEZ DE ZAVALÍA la diferencia radicaría en que los contratos por adhesión atañen a las

¹¹⁸ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *“Estudios sobre el Contrato Privado”*, Lima, Cultural Cuzco S. A. Editores. p 305.

circunstancias en que se contrata y las condiciones generales al procedimiento de contratar¹¹⁹.

En este punto, se presenta necesario citar el trabajo de análisis elaborado por SONCCO MENDOZA¹²⁰, el cual, de forma didáctica, nos presenta las diferencias más importantes entre los contratos por adhesión y las cláusulas generales de contratación, la cual se podrá localizar en la Tabla N° 01.

Es así, que, el supuesto de hecho de este artículo es de aplicación a las personas que han contratado mediante contratos por adhesión y en las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, las cuales podrán recibir la mencionada protección judicial, pero, es relevante para entender el verdadero sentido normativo del dispositivo. Así, mediante la CAS. N.º 17241-2013-LIMA¹²¹, el cual es un caso en donde un banco comunicó a su cliente, que en 72 horas procedería al cierre de la cuenta corriente que él mantenía con la entidad, pues según en el contrato bancario suscrito cualesquiera de las partes pueden cerrar la cuenta mediante una comunicación por escrito a la otra. Sin embargo, el cliente denunció al banco ante INDECOPI por considerar el cierre de su cuenta un hecho arbitrario, catalogando como cláusula abusiva de contratación la referida al cierre de la cuenta. Así, el INDECOPI amparó su denuncia multando con 7 UIT a la entidad financiera ordenando, como medida correctiva, dejar sin efecto el cierre de las cuentas. Sin embargo, el Banco Continental decidió judicializar el fallo de sede administrativa; es entonces, que, en el considerando octavo, que se señala:

¹¹⁹ DE LA PUENTE Y LAVALLE (1983). Óp. Cit. p 305

¹²⁰ SONCCO MENDOZA, Percy. Óp. Cit.

¹²¹ STC. del 27 de Noviembre de 2014. {Casación N° 17241-2013-LIMA}.

“(…) “La aprobación de cláusulas generales de contratación así como la determinación de cláusulas abusivas no impide a los usuarios recurrir ante las instancias administrativas y judiciales que correspondan a fin de salvaguardar sus derechos respecto de cualquier aspecto que se hubiera pactado con las empresas, sea que se encuentre comprendido o no en las cláusulas generales de contratación previamente aprobadas por la Superintendencia”; por lo cual, el hecho de que la cláusula objeto de debate haya sido objeto de aprobación administrativa, no impide que INDECOPI pueda ejercer sus atribuciones respecto a ella”

Lo que a la postre significa, que, incluso habiéndose aprobado la cláusula general de contratación en cuestión, esto no es óbice para que quien las acepta mediante contrato por adhesión vean extinto de accionar contra ellas, ya sea en instancia administrativa o en instancia judicial, como obviamente se puede apreciar en dicho proceso contencioso-administrativo llevado ante el Noveno Juzgado Contencioso Administrativo Transitorio de la Corte Superior de Justicia de Lima. Es entonces, que el supuesto de hecho de este dispositivo se debe entender de forma más amplia de lo que textualmente indica, ya que, por medio del criterio de ambas, juzgado y sala, es ostensible la protección que se deriva del artículo bajo estudio.

B. Las cláusulas prohibidas en el Código Civil

El tipo de cláusulas prohibidas dentro del artículo son:

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.

Sobre lo indicado se debería entender que la enunciación realizada por el art. 1398° sobre las estipulaciones inválidas por abusivas es simplemente ejemplificativa, ya que no reviste carácter taxativo, extendiéndose la invalidez a cualquier tipo de cláusulas que puedan encajar en ella, pero redactándolo de una

forma abierta. Si en un mismo contrato existen cláusulas predispuestas unilateralmente por el proveedor del bien o servicio y cláusulas negociadas, las estipulaciones a que se refiere el art. 1398° existentes en las cláusulas predispuestas son nulas, en cambio las existentes en las cláusulas negociadas son válidas, salvo que concurra alguna causal de nulidad o anulabilidad prevista en la ley¹²², ya que lo que se busca con este artículo es la Protección del Consumidor que ha visto mermado sus derechos por aquel tipo de cláusulas.

Es por ello que en este apartado se realizarán las reflexiones pertinentes sobre el enlistado observado dentro del artículo bajo estudio mediante lo señalado por MANUEL DE LA PUENTE Y LAVALLE, ANÍBAL TORRES y lo referenciado en los Comentarios al Código Civil Peruano:

a. Exoneraciones o limitaciones de responsabilidad:

El maestro DE LA PUENTE Y LAVALLE, al respecto indica¹²³:

“(...) la norma contenida en el artículo 1398 relativa a la exoneración o limitación de responsabilidad se refiere, sin duda, a la derivada de culpa leve, pues de otra manera tal norma sería absolutamente innecesaria. Es la exoneración o limitación de esta responsabilidad, que sí se permite pactar en los contratos paritarios, la que está sancionada con invalidez por el artículo 1398”

En ese sentido, MURO ROJO y HUANCO PISCOCHE señalan¹²⁴:

“Este supuesto parecería innecesario, toda vez que existe una disposición similar en el artículo 1328 del C.C. que señala: “Es nula toda estipulación que excluya o limite la responsabilidad por dolo culpa inexcusable del deudor (...)”, sin embargo la diferencia radica en la inclusión de un elemento subjetivo adicional que no está

¹²² TORRES VÁZQUES, Aníbal. (2012) *Op Cit.* p 483.

¹²³ DE LA PUENTE, Manuel. (2007) *Op Cit.* p 785.

¹²⁴ MURO ROJO, Manuel & HUANCO PISCOCHE, Henry. *“Estipulaciones Inválidas en los Contratos por Adhesión y con Cláusulas Generales de Contratación no aprobadas Administrativamente - Artículo 1398”*. Código Civil Comentado – Contratos en General, Lima, Gaceta Jurídica S.A., 2003. p. 365.

prohibido en los contratos paritarios, pero que, por la existencia de este artículo, sí lo está en los contratos por adhesión y en los contratos celebrados con cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, nos referimos a la culpa leve. En efecto, la norma, al no hacer distinción alguna, como sí lo hace el artículo 1328, establece la prohibición de que el predisponente establezca una cláusula que limite su responsabilidad por dolo, culpa inexcusable e, inclusive, por culpa leve”

Entonces, al respecto, podríamos decir que este supuesto de hecho comprende la exención de responsabilidad por culpa leve expresada dentro del contrato a favor del predisponente del mismo, ya que, crearía una obvia disparidad entre los partícipes de la relación jurídica, es entonces necesario detallar breves apuntes sobre la culpa sobre la cual se trata, así ZEGARRA MULÁNOVICH nos indica que¹²⁵:

“La culpa admite diversos grados. Se llama dolo (distinto del engaño en la celebración de negocios jurídicos) cuando la inobservancia del cuidado debido es intencional (...). La culpa es inexcusable cuando implica negligencia grave: una actuación torpe o descuidada en extremo (...). La culpa es leve cuando implica descuido, pero sin que se den las circunstancias que la harían inexcusable.”

Entonces, aunque el daño no es tan potente como el causado por el dolo o por la culpa inexcusable, subsiste la existencia del detrimento que se causa, en consecuencia, aún se reconoce el comportamiento no ajustado a derecho, de allí que se regule en el presente artículo.

b. Suspensión de la ejecución del contrato, rescindirlo o resolverlo:

En principio, sobre la suspensión del contrato, la doctrina indica que la vejatoriedad de la cláusula debe encontrarse

¹²⁵ Cfr. Zegarra Mulánovich, Álvaro. *“Descubrir el derecho. Las nociones elementales del Derecho Privado y del Derecho Público explicadas en forma sistemática”*, Lima, Palestra Editores, 2009. p 149.

cuando el predisponente se atribuye una facultad de suspensión que por ley no le compete, por lo tanto, resultaría como vejatoria la cláusula general de contratación que el predisponente se atribuye la potestad de suspender la ejecución de un contrato de prestaciones autónomas si la otra parte no cumple la prestación a su cargo. Sería igualmente inválida la estipulación que autoriza al predisponente a suspender la ejecución de un contrato a su solo arbitrio o por una causal diferente al incumplimiento de la contraparte¹²⁶.

Con respecto a la rescisión del contrato, se indica que¹²⁷:

“Las causales de rescisión son establecidas por la ley. Así, en nuestro ordenamiento jurídico existen solo tres causales de rescisión, como son: la lesión (artículo 1447), la compraventa de bien ajeno cuando el comprador ignora la ajenidad del bien (artículo 1539) y la compraventa sobre medida cuando el exceso o falta en la extensión o cabida del bien vendido es mayor que un décimo de la indicada en el contrato (artículo 1575). Respecto de la rescisión opera un numerus clausus de causales, es decir, solo serán las señaladas por ley y no otras, ello en atención a que las causales de rescisión se refieren a la estructura del contrato, las cuales se presentarán en el momento de su celebración, conforme a la definición establecida en el artículo 1370 del C.C. Por ello, resulta impensable que las partes estipulen una causal que haga ineficaz el contrato y que se presente en el momento mismo de celebrarlo. Permitir a las partes pactar causales de rescisión sería como facultarles que pacten causales de nulidad o de anulabilidad (supuestos de invalidez), lo cual resulta desde todo punto de vista contrario a la razón”

Por lo que, al entender que las situaciones de rescisión se encuentran enumeradas en un listado de característica de *numerus clausus*, debe entenderse que no existe otra posibilidad de amparar el ejercicio de la misma en el ordenamiento jurídico peruano, incluso, mediante convenio de las partes, ya que, se entiende restringida en función a la manera de regulación en el Código Civil.

¹²⁶ DE LA PUENTE, Manuel. (2007) *Óp. Cit.* p 786.

¹²⁷ Cfr. MURO ROJO, Manuel & HUANCO PISCOCHE, Henry. (2003) *Óp. Cit.* p 367.

Ahora, con lo concerniente a la resolución, se debe indicar que¹²⁸:

“Especialmente en lo que respecta a la cláusula resolutoria expresa, un sector muy importante de la doctrina (Auletta, De Nova, Bianca) considera que es eficaz la cláusula general que permite convenir que el contrato se resuelva cuando la contraparte no cumple determinada prestación, establecida con toda precisión. (...), sería vejatoria la cláusula general que permitiera al predisponente resolver el contrato por incumplimiento cuando no se tratara de un contrato con prestaciones recíprocas o cuando la resolución no se deba a incumplimiento de la contraparte”

Entonces, como bien indica TORRES VÁSQUEZ la cláusula resolutoria expresa por incumplimiento cuando proviene de la voluntad unilateral del predisponente es vejatoria por estar fuera de la previsión legal, ya que conforme al art. 1430° solamente puede existir tal cláusula cuando ha sido convenida expresamente por ambos contratantes¹²⁹.

c. Facultad de prohibir a la otra parte el derecho de oponer excepciones o de prorrogar o renovar tácitamente el contrato:

Con lo que respecta a las excepciones, estas van dirigidas a un tema de jurisdiccionalidad procesal, ya que según DE LA PUENTE Y LAVALLE¹³⁰:

“Es particularmente interesante la problemática relacionada con la cláusula general de contratación que subordina el derecho de la contraparte a oponer excepciones al previo cumplimiento de la prestación a su cargo, conocida como cláusula solve et repete, o al cumplimiento de cualquier otro acto sustancial. La opinión más difundida es que tal cláusula general es considerada vejatoria. Auletta nos informa que la jurisprudencia italiana se encuentra definitivamente fijada en ese sentido”

¹²⁸ Cfr. DE LA PUENTE, Manuel. (2007) *Óp. Cit.* p 787.

¹²⁹ TORRES VÁSQUES, Anibal. (2012) *Óp. Cit.* p 484.

¹³⁰ DE LA PUENTE, Manuel. (2007) *Óp. Cit.* p 788

En sentido de complementariedad, TORRES VÁSQUEZ, aporta al debate que¹³¹:

“Las estipulaciones que prohíben al adherente el derecho de oponer excepciones son vejatorias, consiguientemente inválidas, por afectar el derecho fundamental del adherente a una tutela jurisdiccional efectiva (derecho de acceso a los órganos de justicia y a la eficacia de lo decidido en la sentencia) consagrado en el art. 139.3 de la Constitución, debilitando su posición en el proceso”

Por lo que, esto no obedece solo a un criterio de justicia civil, sino, a uno de protección constitucional, ya que, al restringir la legítima posibilidad de formular excepciones dentro de un proceso judicial es una evidente violación al legítimo derecho de defensa y el principio procesal de igualdad de armas.

Mientras tanto, por la expresión prórroga o renovación tácita del contrato debe comprenderse todos aquellos casos de estipulaciones que sancionan la prórroga o renovación automática del contrato sin denuncia expresa, así como las que amplían las previsiones legales de la prórroga o renovación tácita, imponiendo, por ejemplo, términos de preaviso más largos o solemnidades no previstas por ley¹³².

Como podemos observar, e insistiendo en el carácter no taxativo en la regulación del artículo bajo estudio, debemos indicar que hay similitudes entre el artículo 1398° del Código Civil y los artículos de la Ley de Protección al Consumidor, como apreciaremos a continuación.

¹³¹ TORRES VÁSQUES, Aníbal. (2012) *Óp. Cit.* p 484.

¹³² TORRES VÁSQUES, Aníbal. (2012) *Óp. Cit.* p 485

2.1.4.2. Análisis del artículo 50° de la Ley N° 29571 - Código de Protección y Defensa del Consumidor

Para iniciar el análisis de los dispositivos señalados, es necesario indicar lo que ESPINOZA ESPINOZA¹³³ opinó sobre la regulación de las Cláusulas Abusivas en el Código de Protección y Defensa del Consumidor, el cual fue publicado el dos de septiembre de dos mil diez:

“Siguiendo el modelo de la Directiva Comunitaria N° 93/13/CEE, el código se aliena dentro de los países que asimilan una tutela (que, a su vez, se inspira del modelo alemán) basada en una lista negra y en una lista gris. La lista negra (artículo 50°) contiene un elenco de cláusulas que están afectas de ineficacia absoluta, y la lista gris (artículo 51°) de ineficacia relativa. Esta última es un numerus apertus (son ejemplificativas, no taxativas). Evidentemente, solo la autoridad judicial puede declararlas nulas, mientras que la autoridad administrativa (según el artículo 52.1° puede inaplicarlas)”

En ese mismo sentido TORRES CARRASCO, indica que la lista enunciativa del artículo 50° del Código de Protección y Defensa del Consumidor se tratan de aquellas estipulaciones que, desde su origen, son nulas de pleno derecho, y por ello la sanción de nulidad es inmediata e irreversible para dichos casos; además, el enlistado elaborado en el mencionado artículo constituyen una lista taxativa¹³⁴. Al respecto, es necesario señalar lo indicado en el Noveno Considerando de la CAS. N.º 17241-2013-LIMA que en líneas arriba se hizo mención:

*“Por sentencia de vista (...), la Sala Superior ha confirmado la sentencia (...); sustentando su decisión, entre otros fundamentos que, **si bien el INDECOPI no se encuentra facultado para declarar la invalidez de las cláusulas contractuales, sí puede declarar su ineficacia al evaluar la protección de los derechos al consumidor (...)**”*

¹³³ Cfr. ESPINOZA ESPINOZA, Juan. “Primeras reflexiones a propósito del Código de Protección y Defensa del Consumidor”. *Actualidad Jurídica*, N° 202, Gaceta Jurídica, Lima, 2010. p. 16.

¹³⁴ TORRES CARRASCO, Manuel Alberto. Óp. Cit. p. 75.

En ello, debe reconocerse que la Sala Suprema advierte el carácter administrativo del INDECOPI, ya que en dicha sede no se puede declarar la nulidad de cláusulas en los contratos estudiados en los procesos llevados frente al mencionado ente, ya que simplemente no tiene la potestad para hacerlo; sin embargo, se puede advertir que en esta sentencia se encuentra una relación sustancial entre la declaración de nulidad y la ineficacia, lo cual, en el siguiente capítulo, nos asistirá a exponer argumentos que compondrán el aporte pretendido.

Entonces, de esto se puede apuntar una identidad en el ánimo del Código Civil y del Código de Protección y Defensa del Consumidor, en el artículo 1398° y en el 50° de los textos respectivos, los cuales buscan que las personas que contratan bajo estos términos encuentren justicia contractual, por ello, dotan a las siguientes cláusulas de “ineficacia absoluta”:

a. Las que excluyan o limiten la responsabilidad del proveedor o sus dependientes por dolo o culpa, o las que trasladen la responsabilidad al consumidor por los hechos u omisiones del proveedor.

Como es de verse en el texto del presente inciso, se deben entender dos supuestos distintos regulados dentro del mismo, así, el primer supuesto es cuando el proveedor excluya o limite su responsabilidad, mientras que el segundo supuesto detalla el traslado de la responsabilidad al consumidor.

Al respecto del primer supuesto, se debe indicar que con este tipo de cláusula contractual se procura que la responsabilidad del proveedor, por alguna acción del mismo, se aminore respecto al consumidor, en consecuencia, se busca con ello la imposibilidad de la acción por resarcimiento o

indemnización en contra del proveedor, cuando aquello se encuentra regulado en el artículo 1321° del Código Civil.

En cuanto al segundo supuesto, lo que se busca es el traslado la responsabilidad que le es plenamente imputable al proveedor hacia el consumidor, siendo otra forma de anular la responsabilidad. En ese sentido, SERRA RODRÍGUEZ¹³⁵ indica:

“Junto a estos pactos de exoneración de responsabilidad, en los que juegan principios de orden público, existen otros pactos que, si bien no eximen totalmente de responsabilidad al deudor frente al acreedor, si vienen a limitarla, a través de dos vías: una, restringiendo los supuestos en que conforme a la ley el deudor queda sujeto a responsabilidad; la otra, reduciendo el importe, la cuantía del resarcimiento, atemperando, por lo tanto, las consecuencias jurídicas de tal responsabilidad. Incluso cabría establecer mediante un pacto o una cláusula que la responsabilidad solo alcance a ciertos bienes, con carácter exclusivo, y que, agotados, no quepa perseguir otros distintos”

Explicando dicha idea Torres Carrasco¹³⁶ indica:

“Por lo tanto, las cláusulas limitativas de responsabilidad son aquellas que pretenden limitar las consecuencias patrimoniales derivadas de la inejecución o de las prestaciones ofrecidas por el proveedor. Esta cláusula importa en suma una renuncia, antes de verificarse el daño, de los derechos del consumidor de ejercer una pretensión resarcitoria; se entiende así, que la reprochabilidad a estas cláusulas radica en que el deudor se pretende beneficiar de la impunidad”

Es así que INDECOPI ya ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la inaplicabilidad de estas cláusulas en el caso de una lavandería que fue denunciada por un consumidor en base a los daños causados en una prenda de vestir que habían sido entregada para su limpieza. En su defensa, la empresa señaló que no debía imputársele responsabilidad en la medida que cumplía con informar debidamente a los consumidores que no se hacían responsables por los daños

¹³⁵ Cfr. SERRA RODRÍGUEZ, Adela. *“Cláusulas Abusivas en la contratación. En especial las cláusulas limitativas de responsabilidad”*. Editorial Aranzadi, Pamplona, España, 1996. p 92 – 94.

¹³⁶ Cfr. TORRES CARRASCO, Manuel Alberto. *Op Cit.* p. 78.

ocasionados en las prendas. La Comisión de Protección al Consumidor consideró que, en tanto dicha información contenida en las boletas de venta pretendían exonerar al proveedor de su responsabilidad, no debían ser tomadas en cuenta, en virtud de lo señalado en el artículo 1398° del Código Civil¹³⁷.

Entonces es plenamente verificable que el primer supuesto del artículo 1398° del Código Civil comparte su ánimo de regulación con el presente dispositivo, ya que, previa a la promulgación del presente Código de Defensa y Protección al Consumidor (ya que la Ley N° 29571 fue promulgada recién el día 2 de Septiembre de 2010), en el 2006, la Comisión de Protección al Consumidor aplicó a un caso, que en el presente sería resuelto por el artículo 50.1° la regla del citado artículo del Código Civil.

b. Las que faculden al proveedor a suspender o resolver unilateralmente un contrato, salvo disposición legal distinta o la aplicación de normas prudenciales debidamente sustentadas emitidas por la autoridad correspondiente.

Sobre la supuesta “facultad pactada para suspender o resolver unilateralmente el contrato” hemos ya hablado en extenso en la parte del análisis de lo regulado por el Código Civil líneas arriba, y con respecto a lo expresado en el presente inciso, en donde se señala como excepción la posibilidad de que el proveedor realice dicha suspensión o resolución contractual de acuerdo a un mandato legal, es obvio entonces, bajo el análisis en concreto del ánimo de la

¹³⁷ TORRES CARRASCO, Manuel Alberto. *Op Cit.* p. 78. Resolución Final N° 1323-2006/CPC de fecha 19 de julio de 2006 en el Expediente N° 793-2006/CPC seguido por Irene Silva Castro en contra de Lavandería Caminos del Inca.

norma, que las leyes deben ser de observancia; sin embargo, es necesario realizar unos pequeños aportes al tema de las normas prudenciales.

Así, las normas prudenciales deben entenderse como el conjunto de leyes y reglamentos que regulan la actividad financiera y que tienen como objetivo proteger al consumidor de servicios financieros y velar por la estabilidad del sistema financiero. En ese sentido, a nivel internacional existen organismos como el Comité de Basilea, IOSCO¹³⁸ o IAIS¹³⁹ que, en el campo de banca, valores y seguros, respectivamente, trabajan estándares internacionales para ser adoptados por los países. A pesar de ello no hay una homogeneidad total, pues no sólo las realidades nacionales introducen inevitables variaciones, sino que en la transformación de los principios o recomendaciones internacionales a normativa nacional y en la aplicación misma de esta última (esquemas de supervisión) se generan grandes diferencias¹⁴⁰.

En Perú, mediante el Circular N° B-2197-2011 – *“Establecen disposiciones en aplicación de normas prudenciales conforme al artículo 85° del Código de Protección y Defensa del Consumidor”*¹⁴¹, del tres de junio de dos mil once, se realizó una precisión en la aplicación del mismo, así:

“Las empresas podrán elegir no contratar o modificar los contratos celebrados con los usuarios en aspectos distintos a las tasas de

¹³⁸ Siglas en inglés de la OICV – Organización Internacional de Comisiones de Valores.

¹³⁹ Siglas en inglés de la Asociación Internacional de Supervisores de Seguros

¹⁴⁰ COMUNIDAD ANDINA. *La armonización de normas prudenciales en la comunidad andina*. 2001. [ubicado el 29.V.2018]. Obtenido en: intranet.comunidadandina.org/Documentos/DInformativos/SGdi328.doc

¹⁴¹ Aplicación de normas prudenciales conforme al artículo 85° de del Código de Protección y Defensa del Consumidor. CIRCULAR N° B-2197-2011, Lima, 03 de junio de 2011. https://intranet2.sbs.gob.pe/intranet/INT_CN/DV_INT_CN/306/v1.0/Adjuntos/b-2197-2011.c.pdf

interés, comisiones o gastos, e incluso resolverlos, sin el aviso previo a que se refiere el artículo 23° del Reglamento de Transparencia, como consecuencia de la aplicación de las normas prudenciales emitidas por la Superintendencia, tales como las referidas a la administración del riesgo de sobreendeudamiento de deudores minoristas, por consideraciones del perfil del cliente vinculadas al sistema de prevención del lavado de activos o del financiamiento del terrorismo o por falta de transparencia de los usuarios. Dicha falta de transparencia de los usuarios se presenta cuando en la evaluación realizada a la información señalada o presentada por los usuarios antes de la contratación o durante la relación contractual, se desprende que dicha información es inexacta, incompleta, falsa o inconsistente con la información previamente declarada o entregada por el usuario y repercute negativamente en el riesgo de reputación o legal que enfrenta la empresa. Las empresas aplicarán lo dispuesto en el primer párrafo siempre que previamente se ponga en conocimiento de los usuarios, a través de los formularios contractuales, sobre las situaciones que pueden afectar la contratación o la relación contractual. Asimismo, el personal de las empresas deberá informar al respecto a los usuarios antes de la suscripción del formulario contractual”

Describiendo un procedimiento para realizar la resolución del contrato celebrado:

“En caso las empresas decidan resolver el contrato (...), deberán remitir una comunicación al domicilio de los clientes o a través de los mecanismos que para tal efecto se establezca en los contratos, dentro de los siete (07) días posteriores a dicha modificación o resolución. Esta comunicación deberá señalar que la resolución o modificación del contrato se realiza sobre la base de lo dispuesto en el artículo 85° del Código, en aquellos casos en los que ésta se produzca como consecuencia de la detección de actividades que atentan contra el sistema de prevención del lavado de activos o por la falta de transparencia a que se refiere el segundo párrafo del numeral 3”

Es por ello entonces, y solo en dicho caso, que el artículo 85° del Código de Defensa y Protección al consumidor¹⁴² se

¹⁴² Contratación de servicios financieros y modificaciones contractuales

Artículo 85.- Sin perjuicio de la observancia de los derechos reconocidos al consumidor en el presente Código, las entidades del sistema financiero pueden decidir la contratación con los usuarios del servicio en función a las condiciones particulares de riesgo, el comportamiento crediticio, las características de los productos que se diseñen para los mercados y la falta de transparencia debidamente reglamentada por la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones.

Cuando las modificaciones o la resolución del contrato tengan por sustento la aplicación de normas prudenciales emitidas por la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones, las empresas no se encuentran obligadas a cursar a sus clientes la comunicación previa que se

ve afectado, ya que por el mencionado circular se faculta a única y excepcionalmente a las entidades financieras para que, resuelvan e incluso puedan variar cláusulas, esto sí, atendiendo a causas justificables.

c. Las que faculden al proveedor a resolver un contrato sin comunicación previa o a poner fin a un contrato de duración indeterminada sin un plazo de antelación razonable, salvo disposición legal distinta o la aplicación de normas prudenciales debidamente sustentadas emitidas por la autoridad correspondiente.

Sobre el presente, se pueden identificar dos supuestos de hecho, siendo el primero el que el proveedor pueda resolver un contrato sin comunicación previa, en consecuencia, debemos hacer obligatoria referencia al artículo 1430° del Código Civil¹⁴³, por medio de la cual se regula la celebración de cláusulas contractuales con condición resolutoria, sin embargo, para que esta esté revestida de eficacia, debe expresarse justificación por incumplimiento de alguna prestación mediante comunicación a la otra parte, así, en el supuesto de hecho estudiado, es clara la verificación de la contradicción a lo ordenado en aquel artículo del Código Civil.

exige en el artículo 5 de la Ley núm. 28587, Ley Complementaria a la Ley de Protección al Consumidor en Materia de Servicios Financieros. Las normas prudenciales emitidas por la citada autoridad son aquellas tales como las referidas a la administración del riesgo de sobreendeudamiento de deudores minoristas o por consideraciones del perfil del cliente vinculadas al sistema de prevención del lavado de activos o del financiamiento del terrorismo.

¹⁴³ Condición resolutoria

Artículo 1430°.- Puede convenirse expresamente que el contrato se resuelva cuando una de las partes no cumple determinada prestación a su cargo, establecida con toda precisión.

La resolución se produce de pleno derecho cuando la parte interesada comunica a la otra que quiere valerse de la cláusula resolutoria.

Con respecto al segundo supuesto, el cual es “el poner fin a un contrato de duración indeterminada sin un plazo de antelación razonable”, se debe explicar lo indicado en el artículo 1365° del Código Civil¹⁴⁴, en donde se permite ponerle fin a los contratos continuados, sin embargo, se puede apreciar una flagrante contradicción, ya que el artículo anteriormente referenciado del Código Civil impone como plazo de anticipación para entender finiquitado el contrato treinta días, mientras que este tipo de cláusulas busca la extinción del contrato sin un plazo razonable, sin embargo, tampoco hemos podido hallar normativa o criterios que indiquen luego de cuánto tiempo se entiende por prudente un plazo para el presente caso, por lo que podemos entender que esta forma de legislación deja la ventana abierta para quien tenga que decidir al respecto, pueda determinarlo prudencialmente dentro de cada contrato en concreto.

d. Las que establezcan a favor del proveedor la facultad unilateral de prorrogar o renovar el contrato

Al respecto TORRES VÁZQUEZ¹⁴⁵ indica:

“La estipulación por la cual el predisponente se reserva la facultad de prorrogar o renovar el contrato o establece la renovación tácita del mismo es vejatoria por ser restrictiva de la libertad de contratar del adherente, por cuanto, mediante estos mecanismos, se le puede estar obligando a contratar cuando ya no lo desea”

Es en ese sentido que TORRES CARRASCO¹⁴⁶ señala que:

¹⁴⁴ Fin de contratos continuados

Artículo 1365°.- En los contratos de ejecución continuada que no tengan plazo convencional o legal determinado, cualquiera de las partes puede ponerle fin mediante aviso previo remitido por la vía notarial con una anticipación no menor de treinta días. Transcurrido el plazo correspondiente el contrato queda resuelto de pleno derecho.

¹⁴⁵ Cfr. TORRES VÁZQUES, Aníbal. (2012) *Op Cit.* p 485

¹⁴⁶ Cfr. TORRES CARRASCO, Manuel Alberto. (2011) *Op Cit.* p. 83.

“La actitud o circunstancias de comportamiento del consumidor que opta por renovar el contrato de tarjeta de crédito o de servicio telefónico (por ejemplo) se puede dar, además de forma expresa, mediante el uso del servicio luego del plazo inicial del contrato o sin denunciar la extinción del mismo en el plazo fijado en el contrato, en consecuencia, no podrá ser considerada como cláusula abusiva aquella contenida en un contrato en la que se estipule que el contrato se renovará por un periodo igual o similar al originalmente pactado si el consumidor continua usando el servicio o producto ofrecido por el proveedor, o si no expresa su decisión de que este no se renueve o prorrogue en el plazo señalado en el contrato para tales efectos. En estos casos debe entenderse que, a la firma del contrato, el consumidor ha prestado su consentimiento a que se produzcan las renovaciones y prórrogas tácitas, dejando obviamente la posibilidad de que pueda terminarse el contrato con su manifestación de voluntad”

Entonces, se puede entender como lícita aquella facultad que no obedezca al simple y puro deseo del proveedor, sino, aquella cláusula que tipifique como causal de renovación el uso ininterrumpido del bien o servicio y la falta de manifestación para la no renovación, pero atendible solo al consumidor y no al proveedor, que es lo que procura este supuesto de hecho.

e. Las que excluyan o limiten los derechos legales reconocidos a los consumidores, como el derecho a efectuar pagos anticipados o prepagos, o a oponer la excepción de incumplimiento o a ejercer el derecho de retención, consignación, entre otros.

En principio, al respecto, de los pagos anticipados y prepagos es necesario señalar lo dispuesto por el artículo 86° del Código de Defensa y Protección del Consumidor:

Los consumidores tienen derecho, en toda operación de crédito a plazos bajo el sistema de cuotas o similares, a efectuar el pago anticipado o prepago de los saldos, en forma total o parcial, con la consiguiente reducción de los intereses compensatorios generados al día de pago y liquidación de comisiones y gastos derivados de las cláusulas contractuales pactadas entre las partes, sin que les sean aplicables penalidades de algún tipo o cobros de naturaleza o efecto similar.

El artículo en comentario establece que los consumidores tienen derecho, el cual es reconocido por ley, a efectuar el pago anticipado o pre-pago de los saldos, por lo que, la entidad financiera no puede negarse a recibir el pago en partes, ya que esto afectaría al consumidor por consolidar el supuesto “derecho” que posee la entidad financiera a percibir los intereses, sin considerar que estos obedecen únicamente al pago fraccionado que realizará el usuario del servicio financiero.

Es por ello que se debe considerar lo regulado mediante la Resolución S.B.S. N° 8181-2012 – “Reglamento de Transparencia de Información y Contratación con usuarios del Sistema Financiero” en el artículo 22° que lleva por sumilla “Pago anticipado y adelanto de cuotas”, el cual fue modificado a partir del 31 de diciembre de 2014 por la Resolución SBS N° 1801-2014¹⁴⁷.

f. Las que establezcan respecto del consumidor limitaciones a la facultad de oponer excepciones procesales, limitaciones a la presentación de pruebas, inversión a la carga de la prueba, entre otros derechos concernientes al debido proceso.

Este supuesto de cláusula regula lo mismo que hemos ya comentado en lo regulado mediante el artículo 1398 del Código Civil.

¹⁴⁷ Reglamento de Transparencia de Información y Contratación con usuarios del Sistema Financiero. Resolución SBS N° 1801-2014, Lima, 25 de octubre de 2012. https://intranet2.sbs.gob.pe/dv_int_cn/763/v4.0/Adjuntos/8181-2012.R.pdf

g. Las que establezcan la renuncia del consumidor a formular denuncia por infracción a las normas del presente Código.

Sobre este tipo de cláusulas, TORRES CARRASCO¹⁴⁸ opina:

“No puede recortarse o eliminarse el derecho del consumidor de acudir a la autoridad de consumo o a la judicial para que esta sancione al proveedor por una infracción a sus derechos, de permitirse esta cláusula se vaciaría de contenido toda la legislación de consumo; por eso hace bien el código en establecer la absoluta ineficacia de aquellas cláusulas que pretenden que el consumidor renuncie a formular denuncia por infracción a las normas tuitivas de consumo”

Es por ello que se nos presenta altamente necesario acudir a lo regulado en el artículo 1.1° del Código de Defensa y Protección al Consumidor, ya que se indica que los consumidores tienen derecho a:

“h. A la protección de sus derechos mediante procedimientos eficaces, céleres o ágiles, con formalidades mínimas, gratuitos o no costosos, según sea el caso, para la atención de sus reclamos o denuncias ante las autoridades competentes.

g. Derecho a ser escuchados de manera individual o colectiva a fin de defender sus intereses por intermedio de entidades públicas o privadas de defensa del consumidor, empleando los medios que el ordenamiento jurídico permita”

Por lo que, al no solo atentar contra lo regulado en los literales reseñados, sino que también violenta el derecho a necesidad de tutela jurisdiccional, en este caso administrativa, es plenamente necesario la presente regulación y la subsecuente consecuencia jurídica.

¹⁴⁸ TORRES CARRASCO, Manuel Alberto. *Op Cit.* p. 83

h. Las que sean contrarias o violatorias a normas de orden público o de carácter imperativo.

Sobre el particular, debe recordarse que la libertad de contratar permite a las partes obligarse y establecer acuerdos conforme a su voluntad, se encuentra limitada a que dichos acuerdos no trasgredan las normas legales de carácter imperativo o las de orden público, por ello, es necesario referenciar lo regulado mediante el artículo 1352° del Código Civil, en donde se indica que:

“Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo”

Por lo que, incluso si las partes, en ejercicio de su capacidad para obligarse en una relación jurídica, pactaran dentro de su contrato algún tipo de cláusula de esta naturaleza, la misma se entendería sin efectos, es obvio entonces que corra la misma suerte si aquella ni siquiera es pactada por ambas partes, ya que la capacidad de la cual hablamos se encuentra limitada, moldeada y conducida por las leyes y preceptos legales de cualquier ordenamiento jurídico, de ahí, que las manifestaciones de la voluntad de las partes no pueden contravenir lo ordenado por los dispositivos legales. Así, para el caso de una relación de consumo, el proveedor se encuentra totalmente impedido de convenir la celebración de contratos, que, redactados por aquel, violenten los dispositivos legales.

2.2. Sobre la invalidez

2.2.1. Conceptualización

Para entender el concepto de la categoría jurídica de invalidez, será necesario acotar las definiciones de los autores que más autoridad tienen en la doctrina nacional e internacional, así, NINAMANCCO CÓRDOVA señala¹⁴⁹:

“La validez importa establecer que el negocio no tenga defectos o vicios en alguno de sus componentes, puesto que, si los tuviera, el negocio devendría en inválido. Es muy gráfica la doctrina que indica que la validez significa que los componentes del negocio cumplen con las “directrices” que establece el sistema jurídico. El negocio válido es, pues, un negocio jurídicamente “regular”. Es fácil entender a la invalidez, entonces, como “irregularidad jurídica””.

En el mismo sentido, LACRUZ BERDEJO, Sancho Rebullida & otros opinan que¹⁵⁰:

“Llamamos invalidez a la negación de la fuerza jurídica vinculante de un contrato por defectos en sus elementos constitutivos o ilicitud de su contenido, en los casos previstos por ley (...). A la negación de la fuerza jurídica vinculante de un contrato (de su significado, entidad o “relevancia” como contrato) llamamos invalidez”

Entonces, podemos indicar que la validez del negocio estará sujeta a lo que cada sistema jurídico requiera obligatoriamente dentro del mismo, así, como bien señala NIETO BLANC, quien es citado por IDROGO DELGADO¹⁵¹:

“El concepto de invalidez es el reverso del de validez. Ser válido significa etimológicamente “tener valor, valer” y la noción de valor -a la que se extiende la de valoración- presupone un elemento de confrontación, es decir un metro o un modelo o tipo como término de la misma. Decir pues que el acto es válido significa sostener que corresponde a un determinado modelo normativo, o sea que es un acto perfecto.”

¹⁴⁹ Cfr. NINAMANCCO CÓRDOVA, Fort. *“La Invalidez y la Ineficacia del Negocio Jurídico en la Jurisprudencia de la Corte Suprema”*, Primera Edición, Lima, Editorial Gaceta Jurídica S.A., 2014. p 33.

¹⁵⁰ Cfr. LACRUZ BERDEJO, José Luis; SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís; LUNA SERRANO, Agustín & otros. *“Elementos de Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones. Parte General. Teoría General del Contrato”*, Primer Tomo, Cuarta Edición, Madrid, Edutiruak Dykinson S.L., 2007. p 531.

¹⁵¹ Cfr. IDROGO DELGADO, Teófilo. *“Teoría del Acto Jurídico”*, Segunda Edición, Lima, Editorial Moreno S.A, 2004

En consecuencia y siguiendo la línea expositiva de LOHMANN LUCA DE TENA¹⁵² se deben entender como elementos esenciales del negocio jurídico: el sujeto, la declaración de voluntad, la causa y el objeto, los cuales son típicos a todos los negocios jurídicos, o deberían serlo, sino se incurriría en invalidez del mismo; mientras que para, LEÓN BARANDIARÁN¹⁵³, estos se constituirían como el consentimiento, el objeto, la capacidad y la forma. Sin embargo, no podemos olvidar de mencionar lo que TORRES VÁSQUEZ¹⁵⁴ opina al respecto:

“Acto jurídico válido es el que reúne todos los requisitos exigidos por la ley (tanto los comunes a todo acto jurídico como los específicos para cada acto en particular), además de los voluntariamente añadidos por las partes, y siempre que tales requisitos carezcan de vicios que los afecten; caso contrario, deviene en inválido (...). En definitiva, la invalidez constituye la hipótesis principal y característica de la ineficacia del acto jurídico. Es inválido un acto jurídico cuando la ley lo priva de sus efectos normales, por falta de uno de sus elementos esenciales”

Asimismo, de una forma más específica y haciendo referencia directa a lo regulado en el Código Civil Peruano de 1984, MORALES HERVÍAS indica que¹⁵⁵:

“El artículo 140 del CC establece las normas de producción que son reglas del ordenamiento jurídico, es decir, que prevén y norman un particular modo de incluir reglas de derecho, al acto de autonomía privada. Cuando un acto de autonomía privada presenta todos los requisitos, que la ley prevé como necesarios, porque tal tipo de acto puede valer como fuente de auto-normatividad, nosotros decimos que aquel acto es válido: o, que es en sí idóneo para producir sus específicos efectos jurídicos. El acto debe corresponder al modelo establecido por la norma legal”

¹⁵² LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. *“El Negocio Jurídico”*, Segunda Edición, Lima, Editorial Jurídica Grijley, 1994. p 57.

¹⁵³ TANTALEÁN ODAR, Reynaldo Mario. *“La Nulidad del Acto Jurídico y las incoherencias en su tratamiento”*, Lima, Ediciones Caballero Bustamante S.A.C., 2010. p. 53

¹⁵⁴ Cfr. TORRES VÁSQUEZ, Anibal. *Op Cit*, p. 825

¹⁵⁵ Cfr. MORALES HERVÍAS, Rómulo. *“Las Patologías y los Remedios del Contrato”* [Tesis doctoral], Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Derecho, 2010.

Según la doctrina, la validez de un acto jurídico requiere de la presencia de todos los requisitos exigidos por ley y ante la falta de uno, nos encontraremos ante un acto nulo o anulable, según sea el caso¹⁵⁶.

Así, en base a lo reseñado anteriormente, podemos entonces, ensayar un concepto sobre la validez, siendo aquella la capacidad de un acto con relevancia jurídica en donde concurren indudablemente los cinco elementos que se encuentran regulados en el artículo 140° de nuestro Código Civil, en consecuencia, hace que el acto tenga plena vigencia y poderío para obligar a las partes participantes de cumplir con lo acordado, ya que se han presentado todas las condiciones imperiosas para ello; sin embargo, en el siguiente capítulo ahondaremos en una teoría de otros tratadistas más modernos, los cuales estudian el estado de validez del acto desde la perspectiva de la eficacia, ya que, somos de la opinión que aquella será de gran ayuda en el resultado de la presente investigación, ya que propugna que la invalidez es solo otro *status* de ineficacia, la cual es designada como ineficacia estructural del negocio jurídico.

En ello, es un tanto interesante que el legislador del Código Civil de 1984 haya sentenciado como “inválida” a la cláusula abusiva, cuando este concepto jurídico, como hemos observado en este apartado, obedece a un estado, a una situación no idónea, del negocio jurídico; así, hubiera tenido más sentido y rigor jurídico si el artículo hubiera sancionado con nulidad, con anulabilidad o con ineficacia el supuesto de hecho, coincidiendo ello que mediante la CAS. N.º 17241-2013-LIMA, inmediatamente se estudia la nulidad de la cláusula bajo examen, como consecuencia inmediata de la “sanción” de invalidez del artículo del Código Civil; más aún, y como ya se observará, aquellos conceptos si son consecuencia directa de una situación no permitida por el ordenamiento jurídico; como lo refiere TANTALEAN¹⁵⁷, si

¹⁵⁶ NORTHCOTE SANDOVAL, Cristhian. “La invalidez del acto jurídico”, [ubicado el 01.XII.2016]. Obtenido en: http://aempresarial.com/servicios/revista/326_41_LFAOKDNFXXOWYQMYVNOEIIIBZCJPLXMXJRXXCALIYIXUGNHFJUU.pdf

¹⁵⁷ TANTALEAN ODAR, Reynaldo. *Op Cit.* pp. 68 - 69.

la nulidad, como se apreciará más adelante, cuenta con una naturaleza dual, el asunto se complica cuando aquella es equiparada con la invalidez propiamente dicha, como lo hace la totalidad de la doctrina; es decir, que para gran parte de nuestros estudiosos invalidez y nulidad son lo mismo, o, cuanto menos, aquella subsume a esta, y ambas refieren al estado del acto mal conformado como la sanción que les corresponde; sin embargo, pese a ello, es de notar que en nuestra codificación existen artículos que refieren el tema de la invalidez sin tocar directamente la nulidad, como lo es el caso del art. 1398, el cual hemos estudiado líneas arriba, en donde se refiere que las estipulaciones calificadas como abusivas no son válidas. Es por ello que nosotros indicamos que advirtiendo el ánimo del legislador del Código Civil, lo que se busca con aquel tipo de regulación es eliminar dicha cláusula del contrato, en consecuencia, somos de la opinión de que el que se haya empleado el concepto de invalidez dentro del supuesto de hecho, va directamente orientado a la regulación de un tipo de nulidad del mismo, advirtiendo que estamos frente a un tipo de nulidad de pleno derecho “especial”, ya que este tipo de nulidad no atiende a la no verificación de los elementos esenciales dentro del negocio jurídico, sino, que se intenta remediar el mismo mediante la insubsistencia de este tipo de cláusulas.

2.2.2. Nulidad

En principio, el ilustre maestro italiano VICENZO ROPPO, asevera sobre la nulidad que la idea de su definición general y unitaria de aquella tiende a ser abandonada por la doctrina, así¹⁵⁸:

“Prevalece un planteamiento relativista y pluralista. Se toma nota de que el legislador, en el arbitrio de sus elecciones, por un lado, vincula la nulidad a supuestos de hecho muy distintos entre sí; y por el otro regula los diversos supuestos de hecho algo distintos entre sí. Consecuentemente, se tiende a renunciar a una teoría general de las causas de nulidad; y -si no se renuncia a una teoría general de las consecuencias de la nulidad- se reconoce que esta encuentra excepciones siempre más numerosas y relevantes”

¹⁵⁸ Cfr. ROPPO, Vincenzo. “El Contrato”, Primera Edición Peruana, Lima, Gaceta Jurídica S.A., 2009. p 681.

Es por ello que, como lo hicimos con la invalidez, debemos dar atisbos conceptuales para luego poder entender dicha categoría jurídica del negocio, siendo así, se asevera que¹⁵⁹:

“La nulidad es la forma más grave de invalidez negocial e importa la falta de idoneidad del acto para producir efectos, la misma que puede ser total o parcial. El acto nulo, conforme a la doctrina contemporánea en la estructuración de los negocios jurídicos, es aquél que carece de algún elemento, presupuesto o requisito o cuyo contenido es ilícito por atentar contra los principios de orden público, buenas costumbres o una o varias normas imperativas”.

En aquel sentido, NINAMANCCO CÓRDOVA señala¹⁶⁰:

“El negocio nulo no produce efectos desde su celebración, lo cual no presupone en modo alguno un pronunciamiento judicial. En sede de nulidad, el juez simplemente declara una realidad preexistente: la ausencia de efectos del negocio. Jurídicamente hablando, una sentencia que declara la nulidad no modifica la realidad preexistente”.

Entonces, podríamos indicar que la nulidad, o nulidad total como usualmente también se le suele llamar, es el estado originario (ex-ante) del cual sufre un negocio jurídico que se configuró con un defecto que atañe a los requisitos esenciales del mismo, o sea, al que le hace falta alguno de ellos, los cuales no generan ningún tipo de efectos, o como usualmente se indica, el único efecto será entenderlos como nulos. Es en esa línea expositiva que BETTI¹⁶¹ señala:

“Es nulo el negocio que, por falta de algún elemento esencial, es inapto para dar vida a aquella nueva situación jurídica que el Derecho apareja al tipo legal respectivo, en conformidad con la función económico-social que le es característica; nulo, aunque acaso pueda producir alguno de los efectos correspondientes, u otros distintos, de carácter negativo o contradictorio”.

Es preciso señalar que se realiza una declaración de nulidad, o sea, se hace mención a una realidad pre-existente al acto, no generándose una fase sobreviniente al *status* originario del acto en sí, sino que se reconoce

¹⁵⁹ PAZ GUILLÉN, Andrés Gabriel. *“La Acción de Nulidad y la Impugnación de los Acuerdos Societarios, Legitimación, Procesos y Caducidad en la Ley General de Sociedades”* [Tesis para optar el grado de magíster], Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Derecho, 2014.

¹⁶⁰ NINAMANCCO CÓRDOVA, Fort. *Op Cit.* p 60

¹⁶¹ BETTI, Emilio. *Op Cit.* p 410.

como tal y se comunica a los participantes de dicho acto que aquel no es válido y que tampoco producirá los efectos deseados por aquellos, ya que la contravención a la presencia obligatoria de los requisitos primigenios del negocio hace que no quepa otra posibilidad.

Siendo entonces ello así, TANTALEÁN ODAR, hace un estudio de la naturaleza jurídica de la nulidad conforme al Código Civil Peruano de 1984¹⁶²:

2.2.2.1. La nulidad entendida como estado situacional del negocio jurídico

En nuestra actual codificación, se entiende a la nulidad como un estado situacional producto de una incorrecta estructuración negocial. El código asume, mayormente, esta posición, es decir, la de asimilar a la nulidad con el estado institucional del negocio.

Los ejemplos son diversos, pero limitándonos al campo del libro del acto jurídico tenemos al Artículo 172¹⁶³, ya que como se puede observar allí, ya se reputa al acto como nulo, por lo que ingresamos a un plano real estadual, es decir, referido específicamente a la situación del acto mal celebrado. Similar es la situación del encabezado del Artículo 219¹⁶⁴ donde se consagra que el acto jurídico es nulo bajo tales circunstancias, allí, de inicio se reputa al negocio como nulo, por lo que es fácil inferir que se alude a un mandato legal que opera calificando a la situación del acto; y aunque el matrimonio (Artículo 274°) y los testamentos (Artículos 808°, 811°, 813° y 814°) gozan de un tratamiento especial, también en su regulación es factible encontrar diversos

¹⁶² TANTALEÁN ODAR, Reynaldo Mario. *“La Nulidad del Acto Jurídico y las incoherencias en su tratamiento”*, Lima, Ediciones Caballero Bustamante S.A.C., 2010. pp 66 – 67.

¹⁶³ Nulidad del acto jurídico sujeto a voluntad del deudor

Artículo 172.- Es nulo el acto jurídico cuyos efectos están subordinados a condición suspensiva que dependa de la exclusiva voluntad del deudor.

¹⁶⁴ Causales de nulidad

Artículo 219.- El acto jurídico es nulo: (...)

dispositivos que refieren la nulidad como un estado del acto jurídico; sin embargo, ello es la consecuencia de la valoración del negocio jurídico bajo estudio, estableciéndose así entonces como resultado de la evaluación realizada si aquel acto se ajusta a lo permitido por el ordenamiento jurídico.

2.2.2.2. La nulidad entendida como sanción

La nulidad concebida como sanción fluye de diversos artículos del Código Civil, básicamente los referidos a las formalidades. Nuestro código civil, verbigracia, al estipular los requisitos del acto jurídico, exige la observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad. Algo similar acontece con el Artículo N° 144¹⁶⁵ e igualmente en el libro de contratos, cuando en el Artículo N° 1352¹⁶⁶ se le confiere la inobservancia de lo exigido como causal de nulidad.

2.2.2.3. De la diferencia conceptual entre la invalidez y nulidad

Siendo así, se presenta preciso indicar lo que la doctrina indica al respecto, en ello, se suele reconocer que la invalidez es un juicio valorativo abstracto, mientras que la nulidad es el resultado de un juicio imputativo concreto¹⁶⁷.

Sobre la invalidez, debemos indicar que se configura como un juicio valorativo abstracto, ya que tal como lo sugiere LOHMANN¹⁶⁸, la invalidez constituye, en estricto, una apreciación de valor jurídico,

¹⁶⁵ Forma ad probationem y ad solemnitatem

Artículo 144.- Cuando la ley impone una forma y no sanciona con nulidad su inobservancia, constituye sólo un medio de prueba de la existencia del acto.

¹⁶⁶ Perfección de contratos

Artículo 1352.- Los contratos se perfeccionan por el consentimiento de las partes, excepto aquellos que, además, deben observar la forma señalada por la ley bajo sanción de nulidad.

¹⁶⁷ TANTALEÁN ODAR, Reynaldo Mario. *Op. Cit.* pp 106 – 111.

¹⁶⁸ LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. *Op. Cit.* p 519.

así, él mismo sostiene que la invalidez aparece desde el momento en que falta alguno de los elementos del negocio jurídico, pero debe aclararse que tal aparición requiere ser apreciada, es decir, valorada (de allí el nombre de validez); esto querría decir que cuando hablamos de invalidez, hay que valorar caso por caso, y, luego de un razonamiento correcto, valorar si el negocio debe o no permanecer dentro del conjunto del ordenamiento jurídico.

Por ello, es que se considera acertada la afirmación de que se considera a la invalidez como una noción abstracta, pues se habla de ausencia de valor jurídico, abstracción que no se puede concretar sino gracias a una sanción específica, como lo es la nulidad. Dicho de mejor modo, la invalidez no tiene por sí misma consecuencias como no sea a través de la nulidad; así, la invalidez surge desde el instante en que se incurre en la causal, mientras que la nulidad requiere ser declarada.

Ahora, con respecto a la nulidad, debemos indicar que la sanción no es sino la consecuencia que viene aparejada al supuesto del hecho, los cuales unidos por un enlace de deber dan origen a un juicio imputativo; en ello, en este caso, hay que entender que la consecuencia o efecto jurídico no sobreviene de una relación de causa a efecto, sino que su conexión obedece a un nexo de imputabilidad¹⁶⁹.

La nulidad, al ser una sanción, es obvio que no emerge de un juicio causal, sino que se desprende de un juicio imputativo, de deber ser; por lo que deberá ser ejercida judicialmente; entendiéndose entonces que la nulidad es el medio de que el derecho se vale para atenuar los efectos de los negocios inválidos, o en mejores términos, la nulidad es la concreción en virtud de la cual se materializa la invalidez de los negocios jurídicos que no

¹⁶⁹ LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. *Op. Cit.* p 521

se encuentran arreglados a lo dispuesto por el ordenamiento jurídico.

Entonces, se nos presenta necesario hacer un breve repaso por las causales de nulidad que nuestro ordenamiento jurídico reconoce, tomando como base la postura de TABOADA CÓRDOVA¹⁷⁰ para el presente apartado:

A. Falta de manifestación de voluntad del agente

Como es sabido, la doctrina moderna acepta, en forma casi unánime, que los elementos del acto jurídico, entendidos éstos como los componentes que conforman el supuesto de hecho, son la declaración de voluntad o conjunto de declaraciones de voluntad y la causa, entendida ésta, según un sector cada vez más amplio, como la finalidad o función que justifica el reconocimiento de determinado acto de voluntad como acto jurídico, es decir, como capaz de producir efectos jurídicos.

“(...) Ahora bien, esta primera causal de nulidad está referida a la circunstancia de que en un determinado supuesto no exista realmente manifestación de voluntad del declarante. En otras palabras, se trata de un verdadero supuesto de nulidad del acto jurídico por ausencia de uno de sus elementos, en este caso, la declaración de voluntad. Los autores concuerdan en que la declaración de voluntad, que es una sola unidad entre la voluntad y la declaración, requiere para su configuración de dos voluntades: la voluntad declarada, que es lo que aparece expresado en la conducta en que consiste la misma declaración, es decir, el contenido del negocio; y la voluntad de declarar. Esta última importa a su vez dos tipos de voluntades: la voluntad del acto externo, esto es, de la conducta en que consiste la propia declaración, y el conocimiento del valor declaratorio de dicha conducta (...)”¹⁷¹.

Siendo esto así, resulta simple de entender que faltará la manifestación de voluntad del agente, en cualquier supuesto en

¹⁷⁰ TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. *“Acto Jurídico, Negocio Jurídico y Contrato”*, Primera Edición, Lima, Editora Jurídica Grijley E.I.R.L, 2002.

¹⁷¹ TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. *Ibidem*. p. 329.

que falte tanto la voluntad declarada como la voluntad de declarar.

B. Incapacidad absoluta

La segunda causal de nulidad está referida al supuesto que el sujeto sea incapaz absoluto. Tratándose obviamente de la incapacidad de ejercicio.

Este supuesto de nulidad, dado su simplicidad, no requiere de mayor comentario ni siquiera en lo relacionado con la excepción contemplada en el artículo 1358 del Código Civil. No obstante, se trata de un supuesto de nulidad por ausencia de un requisito y no de un elemento del acto jurídico, como es la capacidad de ejercicio, que, si bien no constituye un elemento, debe concurrir con los elementos para que el acto jurídico sea válido, ya que este tipo de capacidad es un requisito que debe reunir el sujeto, entendido como presupuesto o antecedente del acto jurídico.

C. Objeto física o jurídicamente imposible o indeterminable

El objeto del acto jurídico es su contenido, es decir, la relación jurídica que se crea, regula o extingue a través del acto. Siendo así, el acto jurídico será nulo si su objeto no puede ser realizado jurídica o físicamente.

La posibilidad jurídica de realizar un acto implica que, de acuerdo a las disposiciones de nuestro ordenamiento jurídico, el acto debe ser susceptible de realizarse sin contravenir tales disposiciones. Por ejemplo, dado que en nuestro ordenamiento jurídico está prohibida la comercialización de cocaína, no será jurídicamente posible el objeto de un contrato de compraventa de cocaína.

En cuanto a la posibilidad física, el acto debe tener por contenido prestaciones que puedan ser realizadas efectivamente, es decir, que sean acordes con la realidad. No sería admisible, por ejemplo, la celebración de un contrato por el cual una persona se obliga a revivir a una persona fallecida, pues se trata de una situación que no es posible en la práctica¹⁷².

D. Fin lícito

En el caso de la nulidad por el fin ilícito del acto nos encontramos ante situaciones en las cuales el acto jurídico tiene un objeto que sí es posible jurídicamente, pero que a través de su realización se persigue un fin reñido con la legalidad. Así, por ejemplo, habíamos señalado que no era jurídicamente posible la venta de cocaína, por ser un bien cuyo comercio está prohibido. Pero, en líneas generales no existe impedimento para la venta de un bien inmueble.

Ahora bien, supongamos que a través de la venta de este bien inmueble el vendedor está tratando de evitar que el bien sea incluido como parte de la masa concursal del procedimiento concursal al que se someterá cuatro meses después. La venta es jurídicamente posible, pero su fin es ilícito, pues con dicha venta se busca vulnerar los derechos de los acreedores del vendedor y se incumple con las disposiciones de la Ley N° 27809 – Ley General del Sistema Concursal¹⁷³.

¹⁷² NORTHCOTE SANDOVAL, Cristhian. “¿Cuándo se produce la nulidad de un acto jurídico?”, [ubicado el 24.IX.2018]. Obtenido en: http://www.aempresarial.com/servicios/revista/295_41_ODASYKWWTNKDMVUXVXRQRQDIWISTBTVPWVIVFFRYTCCGYWDTUU.pdf

¹⁷³ NORTHCOTE SANDOVAL, Cristhian. *Ibidem*.

E. Simulación absoluta

Según el inciso 5 del artículo 219 el acto jurídico será nulo cuando adolezca de simulación absoluta. Como es sabido, para la casi totalidad de los civilistas la simulación no consiste sino en un caso de discrepancia entre la voluntad declarada y la voluntad interna, realizada de común acuerdo entre las partes contratantes, a través del acuerdo simulatorio, con el fin de engañar a los terceros.

“(...) En forma unánime la doctrina distingue dos clases de simulación: La simulación absoluta en que existe un solo acto jurídico denominado “simulado”, y la a simulación relativa que detrás del acto simulado permanece oculto un verdadero acto jurídico que se denomina “disimulado”. Tanto en el supuesto de la simulación absoluta como en el de la relativa, el acto jurídico simulado es siempre nulo por cuanto no contiene la verdadera voluntad de las partes contratantes, mientras que en la simulación relativa el acto disimulado, en la medida en que contenga todos sus requisitos de sustancia y forma será siempre válido por ser un acto jurídico verdadero y real que contiene la auténtica voluntad de las partes contratantes (...)”¹⁷⁴.

Siendo esto así, resulta incongruente que el inciso 5 del artículo 219 sancione con nulidad únicamente al acto jurídico simulado en la simulación absoluta, por cuanto como ya lo hemos expresado el acto jurídico simulado es nulo tanto en la simulación absoluta como en la relativa. El Código Civil ha debido señalar únicamente que el acto jurídico será nulo cuando sea simulado, pues de esta forma hubiera quedado perfectamente establecida la nulidad del acto simulado o aparente en cualquier supuesto de simulación.

F. Ausencia de formalidad prescrita bajo sanción de nulidad

La causal de nulidad contemplada en el inciso g del artículo 219 está referida al supuesto de que en un acto

¹⁷⁴ TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. *Óp. Cit.* p. 341.

jurídico solemne o con formalidad *ad solemnitatem*, no concurra la forma dispuesta por la ley bajo sanción de nulidad, en cuyo caso el acto jurídico será nulo por ausencia de uno de sus elementos o componentes.

“(...) Como lo hemos afirmado anteriormente, los dos únicos elementos comunes a todo acto jurídico son la declaración de voluntad y la causa. Sin embargo, existen determinados actos jurídicos, que además de dichos elementos, requieren para su formación del cumplimiento de una determinada formalidad, que la ley impone bajo sanción de nulidad, de tal manera que en ausencia de dicha formalidad el acto jurídico será nulo y no producirá ningún efecto jurídico de los que en abstracto debía producir. Estos actos jurídicos formales denominados también solemnes o con formalidad ad solemnitatem, generalmente son actos jurídicos de derecho familiar o actos jurídico patrimoniales a título gratuito (...)”¹⁷⁵

Así, por ejemplo, en nuestro Código Civil son actos formales el matrimonio, la adopción, el reconocimiento de los hijos extramatrimoniales, el testamento, la donación de bienes muebles en algunos casos, la donación de bienes inmuebles, el mutuo entre cónyuges, el suministro a título gratuito, el secuestro, la fianza, la renta vitalicia, entre otros.

G. Nulidad expresa

Según el inciso 7 del artículo 219 el acto jurídico será nulo cuando la ley lo declare nulo. Este inciso hace referencia a los supuestos de nulidades textuales o expresas. La doctrina, según es conocido, distingue dos tipos de nulidad: nulidades expresas y nulidades tácitas o virtuales. Las expresas son aquellas que vienen dispuestas manifiestamente por un texto legal, mientras que las nulidades virtuales son aquellas que se producen cuando un determinado acto jurídico contraviene una norma imperativa, el orden público o las buenas costumbres. Así, por ejemplo,

¹⁷⁵ TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. *Óp. Cit.* p. 341.

el matrimonio entre dos personas del mismo sexo es nulo tácitamente por contravenir lo dispuesto en el artículo 234 del Código Civil.

Otros casos de nulidades expresas en nuestro Código Civil son, por ejemplo: el artículo 274 para el matrimonio; el artículo 865 para la partición hecha con preterición de algún heredero; el artículo 1543 que dispone que la compraventa es nula cuando la determinación del precio se deja al arbitrio de unas de las partes; el artículo 1972 que establece que es nula la renta vitalicia cuya duración se fijó en cabeza de una persona que hubiera muerto a la fecha de la escritura pública, entre otros.

2.2.3. Anulabilidad

Sobre el tema de anulabilidad, nos ha parecido fundamental revisar la opinión de MORALES HERVÍAS al respecto¹⁷⁶:

“La invalidez más grave -la nulidad- hace que el acto originariamente sea ineficaz; la invalidez menos grave -la anulabilidad- afecta la regla contractual, pero no le impide generar provisionalmente efectos, aunque sean precarios e inestables, los cuales están destinados a dejar de producirlos retroactivamente con el eventual pronunciamiento judicial o arbitral de la anulabilidad del contrato (...). Las dos figuras (y su normativa) difieren, además, por el fundamento de la invalidez y, por eso, por el tipo de exigencias protegidas. La nulidad defiende intereses generales, intereses de terceros o intereses indisponibles (...) la normativa de los contratos nulos y viciados se basa en determinar que la nulidad es un «vicio más grave» y que la anulabilidad es un «vicio menos grave».

Es por ello que podemos indicar que la nulidad implica la improductividad automática y general de los efectos del negocio jurídico. Por el contrario, del acto anulable se suele decir que produce precariamente sus efectos típicos, pero puede ser reducido en nulidad por un hecho sucesivo (que normalmente será el pronunciamiento judicial precedida de la demanda del legitimado).

¹⁷⁶ Cfr. MORALES HERVÍAS, Rómulo. *Op. Cit.*

La violación del interés colectivo se presentará como un desorden inaudito, un vicio gravísimo, mientras la lesión del interés individuales figurará como un vicio más leve, una imperfección. El vicio gravísimo implicará, además de la estimación de oficio, la no convalidabilidad, como se podría observar en un negocio anulable; en consecuencia, merecedor de una respuesta apropiada, o sea, la respuesta más gravosa entre aquellas que figuran en el repertorio de los instrumentos legales: la nulidad absoluta. El vicio leve implicará la sanción ligera: la provisionalidad y la removibilidad de los efectos jurídicos del acto.

Sin embargo, también comparten similitudes, ya que se observa que las causales tanto de nulidad como las de anulabilidad se configuran al momento de la formación o nacimiento del acto o negocio jurídico, por eso es por lo que, doctrinariamente, se le califica como ineficacia estructural, ya que las mismas suponen un defecto en la estructura negocial, en la formación del acto. Tanto las causales de nulidad como las de anulabilidad se acogen al principio de Legalidad, es decir son de carácter legal, pues están establecidas e impuestas por la ley, no pudiendo ser creadas o pactadas por los particulares¹⁷⁷.

Siendo así, entonces podemos conceptualizar la anulabilidad como lo realiza ZEGARRA MULÁNOVICH al indicar que¹⁷⁸:

“Para los casos en que los elementos esenciales del acto se dan, pero imperfectamente, de modo que la sanción de nulidad podría resultar excesiva, el ordenamiento positivo ha creado la sanción de anulabilidad. Ésta permite que el acto exista y produzca efectos, pero sujeto al riesgo de que se obtenga su anulación, cuyo efecto es eliminar el acto retroactivamente de raíz (como si nunca hubiera existido). El negocio anulable está como en situación de pendencia o incertidumbre, que se extiende, mientras el negocio no sea anulado ni confirmado, durante todo el plazo de prescripción de la pretensión de anulación, que es de dos años”.

Entonces, a partir de ello podemos indicar que el acto anulable es uno en donde se verifican la existencia de los elementos esenciales, pero existe

¹⁷⁷ PAZ GUILLÉN, Andrés Gabriel. *Op. Cit.*

¹⁷⁸ Cfr. ZEGARRA MULÁNOVICH, Álvaro. *Op Cit.*

un problema con ellos, ya que se observan imperfectos; así, el daño es potente pero no lo suficiente como para declarar la nulidad absoluta del mismo, sino que se encuentra en un “limbo”, ya que no es del todo inválido y no es del todo válido.

Es entonces, y a modo de conclusión, opinamos que ha sucedido uno de los dos escenarios propuestos a continuación con respecto al artículo 1398° del Código Civil, siendo el primero que el legislador ha tomado por equivalente el concepto de invalidez y el de nulidad, o se ha confundido al legislar con invalidez lo que en realidad es un supuesto de nulidad de las cláusulas, el mismo que se compondría como un tipo de nulidad expresa, si es que cabe la interpretación que anotaba TANTALEÁN en líneas anteriores¹⁷⁹; lo que en cualquier caso, invita a pensar que el legislador poseía el ánimo de la conservación del contrato y la eliminación de la cláusula que agravaba la situación de la parte débil de la relación, para que por medio de ese ejercicio se pueda obtener justicia contractual.

2.3. Sobre la ineficacia

2.3.1. Conceptualización

Uno de los momentos del aspecto funcional del acto jurídico es la eficacia, aquella que se refiere a la producción de los efectos del acto jurídico¹⁸⁰. Es decir que, la eficacia es aquel fin último pretendido por los sujetos que celebran un determinado acto, en razón a que dicho acto busca lograr las expectativas específicas que impulsaron su realización. Se observa entonces que la norma general de todo acto jurídico válido es la producción de efectos jurídicos (eficacia). Al respecto, debemos indicar que la idea de ineficacia del contrato represente la contrapartida de la idea de ineficacia; así, cuando hablamos de la ineficacia aludimos a la falta de producción de consecuencias o, cuando menos, de aquellas

¹⁷⁹ Cfr. Referencia Bibliográfica N° 151.

¹⁸⁰ ESPINOZA ESPINOZA, Juan. “*La Invalidez e ineficacia del acto jurídico en la jurisprudencia*”, Lima, Gaceta Jurídica S.A, 2008, p. 7.

consecuencias que normalmente debería haberse producido y que pueden ser razonablemente esperadas en virtud de la celebración del contrato¹⁸¹.

Que, debemos recoger luego de lo indicado, que la doctrina moderna ha encontrado una extensa acogida la postura que distingue por una parte la invalidez del contrato y por otra parte la ineficacia en sentido estricto; siendo inválido un contrato o un negocio jurídico en el cual alguno de los elementos esenciales falta, de esta manera ello se determina por el carácter defectuoso del supuesto de hecho contractual; por el contrario, se llama ineficaz en sentido estricto a un contrato en el cual están en regla los elementos esenciales y los presupuestos exigidos por el ordenamiento jurídico, pero el cual impide la eficacia una circunstancia extrínseca a él y normalmente sobrevenida, es a este tipo de ineficacia en la cual nos explayaremos por el momento.

Se califica como ineficaz propiamente dicho, el negocio en el que están en regla los elementos esenciales y los presupuestos de validez cuando, sin embargo, impida su eficacia una circunstancia de hecho extrínseca a él¹⁸². Por su parte, BARBERO señala que la ineficacia es concebida como la situación en que, dada la manifestación de una intención comercial, o no se dan sus efectos perseguidos, o pueden hacerse cesar, o no se los puede hacer valer frente a ciertos sujetos¹⁸³.

Entonces, entendemos por ineficacia propiamente dicha aquella que, si bien cumple con todos los requisitos para que se configure el acto jurídico, por causas sobrevinientes a él - entiéndase solo las circunstancias extrínsecas, por cuanto las intrínsecas hacen referencia a la categoría de invalidez ya que en ella se advierte el impedimento de producción de los efectos del acto jurídico. Por consiguiente, en concordancia con lo antes mencionado sobre la ineficacia en líneas precedentes, coincidimos con el

¹⁸¹ DÍEZ-PICAZO, Luis. (2007). *Op. Cit.* p. 563.

¹⁸² COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén. “*El Negocio Jurídico*”, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1992, p. 495.

¹⁸³ TANTALEAN ODAR, Reynaldo. *Op Cit.* p 75.

razonamiento de LIZARDO TABOADA, al señalar que la ineficacia funcional supone¹⁸⁴:

“Un negocio jurídico perfectamente estructurado, en el cual han concurrido todos sus elementos, presupuestos y requisitos de orden legal, sólo que dicho negocio jurídico por un evento ajeno a su estructura debe dejar de producir efectos jurídicos (...) los negocios jurídicos tienen también un defecto, pero totalmente ajeno a su estructura, no intrínseco, sino extrínseco”.

Entendiendo en palabras de MOREYRA como causa extrínseca¹⁸⁵:

“Aquella circunstancia o situación ya coetánea al nacimiento del acto, ya sobreviniente, pero que no afecta a su proceso de formación ni a sus elementos constitutivos- que determina que un acto que nació válido sea privado momentáneamente de surtir efectos o sea privado posteriormente de continuar produciéndolos”.

Recapitulando, entendemos que bajo este supuesto funcional de ineficacia propiamente dicha concurren todos los elementos, presupuestos y requisitos que vuelven válido un acto, sólo que, por un evento extrínseco -entiéndase este como un evento ajeno o extraño al acto- deja de estar dotado de efectos jurídicos. Siendo así, al referirnos que la ineficacia propiamente dicha es tal por encontrarse afectada por un evento extrínseco, es propio del presente trabajo hacer referencia a algunos de los remedios contractuales que se realizan para reparar la relación contractual afectada, siendo ellas la resolución y la rescisión del contrato.¹⁸⁶

2.3.2. La resolución

Según el Art. 1371 del Código Civil. – “La resolución deja sin efecto un contrato válido por causal sobreviniente a su celebración”. La resolución es un modo de dejar sin efectos un contrato válido, ya sea de manera judicial o extrajudicialmente, por causal sobreviniente a su celebración que

¹⁸⁴ TABOADA CÓRDOVA, Lizandro. *“Nulidad del Acto Jurídico”*, Segunda Edición, Primera Reimpresión, Editora Jurídica Grijley E.I.R.L, 2002. p 283.

¹⁸⁵ MOREYRA, Francisco. *“El acto jurídico según el Código Civil peruano”*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú Fondo Editorial, 2005. p. 320.

¹⁸⁶ TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Op Cit*, p 684.

impide que cumpla su finalidad¹⁸⁷. Entonces, podemos señalar que la resolución, se presenta como un mecanismo de oposición de la continuidad del vínculo contractual, por la manifestación de causas sobrevinientes que afectan el cumplimiento de la finalidad de contrato.

Siendo las causas sobrevinientes a la celebración aquellas generadas por el incumplimiento de una de las partes, imposibilidad sobreviniente, por excesiva onerosidad de las prestaciones debido a eventos extraordinarios e imprevisibles o por mutuo disenso de las partes¹⁸⁸.

Asimismo, se establece que solo los acreedores de la prestación no ejecutada o sus herederos pueden invocar, judicial o extrajudicialmente, la resolución del contrato. El deudor de la prestación no ejecutada no tiene la facultad de resolver el contrato, no puede valerse de la injerencia de su propia prestación para escapar de su palabra empeñada resolviendo el contrato¹⁸⁹.

Con esta identificación de las personas habilitadas para ejercer este derecho, se observa que si bien este mecanismo resolutorio, se presenta como remedio para ambas partes frente al incumplimiento, también se presenta como prohibitivo para el deudor en cuanto este es negligente frente al cumplimiento de sus obligaciones. Tras el incumplimiento de alguna de las partes o de ambas, o de la presencia de alguno de las causales que generan la resolución del contrato, este vuelve inexistente el cumplimiento de las obligaciones del contrato, por cuando su aplicación es retroactiva. Así, lo señala el Art. 1372 del Código Civil, el cual refiere que:

“(...) La resolución se invoca judicial o extrajudicialmente. En ambos casos, los efectos de la sentencia se retrotraen al momento en que se produce la causal que la motiva. (...)”

¹⁸⁷ BORDA, Guillermo. “Manual de Contratos”, Buenos Aires, Perrot, 1976, p. 136.

¹⁸⁸ TORRES VASQUEZ, Aníbal. *Rescisión y Resolución del contrato*. 2007 [ubicado el 4.XII. 2016]. Obtenido en <http://www.etorresvasquez.com.pe/pdf/RESCISION-Y-RESOLUCION.pdf>. p. 12.

¹⁸⁹ TORRES VASQUEZ, Aníbal. *Rescisión y Resolución del contrato*. Ibidem.

A su vez, el mismo artículo resalta el efecto restitutorio del mecanismo de la resolución al señalar que:

“(...) Por razón de la resolución, las partes deben restituirse las prestaciones en el estado en que se encontraran al momento indicado en el párrafo anterior, y si ello no fuera posible deben rembolsarse en dinero el valor que tenían en dicho momento (...)”

El efecto restitutorio es aquel por cuya virtud las prestaciones ya ejecutadas se reincorporan nuevamente al patrimonio de quien las efectuó en mérito del contrato resuelto. La retroactividad del efecto resolutorio determina que las partes se reintegren o restituyan aquello que han recibido por razón de la extinción del contrato¹⁹⁰.

2.3.3. La rescisión

A través de la rescisión se puede dejar sin efecto un contrato por causal existente a su celebración. El acto jurídico está perfectamente constituido, pero puede ser declarado ineficaz ya que puede generar algún perjuicio a una de las partes o a un tercero. Esta busca balancear un hecho contractual que se convirtió injusto para alguna de las partes o para algún tercero. El artículo 1370 del Código Civil recoge la rescisión disponiendo que:

“La rescisión deja sin efecto un contrato por causal existente al momento de celebrarlo”

Si seguimos al pie de la letra dicha definición, un contrato nulo (por la circunstancia que adolece de una patología originaria) es rescindible, al igual que lo sería un contrato anulable (dado que también soporta una patología originaria, pero de dimensión distinta a la anterior). De la misma manera, una compraventa sujeta a retractación (artículo 1533 del Código Civil) también sería rescindible, dado que la imposibilidad de entregar todo

¹⁹⁰ FORNO FLÓREZ, Hugo. *“Resolución por incumplimiento”*, Lima, Cultural Cuzco Editores, 1987, pág. 76.

el bien comprometido existía al momento mismo de contratar. Como lo precisa DE LA PUENTE Y LVALLE¹⁹¹:

“Entre las teorías de la invalidez y de la ineficacia, el Código se pronuncia por esta últimas, o sea que se considera que el contrato se celebró válidamente, pero por razón de la rescisión queda sin efecto, o sea es ineficaz”

Si bien la rescisión comparte con la anulabilidad que ambas tienen su origen en una causa existente al momento de la celebración del contrato, lo cierto es que se trata de dos figuras distintas. El acto rescindible está válidamente celebrado y no tiene problemas en su estructura, no es un negocio jurídico inválido, pero por previsión legal, puede tornarse en ineficaz por producir un perjuicio a alguna de las partes o a algún tercero. En cambio, en la anulabilidad, existen problemas estructurales en el negocio jurídico, deficiencias o defectos de los elementos esenciales del acto que pueden ser alegados por la parte afectada quien puede obtener la invalidez del negocio a través de la acción de anulabilidad.

Que, entonces, podremos advertir que los efectos de la rescisión de un contrato afectan al mismo desde el momento de su celebración. Esto significa que el contrato rescindido, si bien es válido, carece de eficacia, o sea que se considera que no ha producido los efectos que le son propios, esto es, la creación, regulación, modificación o extinción de la relación jurídica patrimonial.¹⁹²

Como dice CASTÁN, el efecto principal de la acción rescisoria es destruir las consecuencias del contrato, restituyendo las cosas al ser y estado que tenían cuando él se celebró. Dado que la rescisión del contrato no afecta su validez, sino únicamente su eficacia, la retroactividad de la rescisión tiene, como dice CASTRO, efecto obligacional, lo que determina que, ejercitada la acción rescisoria, nazca la obligación de tornar las cosas a su estado anterior, en su aspecto económico, pero no tiene efecto

¹⁹¹ DE LA PUENTE Y LVALLE, Manuel. *Op. Cit.*

¹⁹² DE LA PUENTE Y LVALLE, Manuel. *Op. Cit.*

retroactivo real, precisamente por no perder el contrato su primitiva condición de válido. Los actos jurídicos derivados del contrato conservan su validez y los derechos para terceros emanados de dichos actos no se ven afectados por la rescisión. El efecto retroactivo obligacional de la rescisión da lugar a que las partes deban restituirse las respectivas prestaciones o, si ello no fuera posible, reembolsar el valor que tenían al tiempo de celebrarse el contrato.¹⁹³

Esta acción es constitutiva, en el sentido que en tanto no se pronuncie la correspondiente decisión judicial el contrato surte todos sus efectos; así, el contrato es válido desde el principio y sólo se producirá la pérdida de su eficacia a partir del momento en que la rescisión sea declarada, pero con efecto retroactivo al tiempo de celebración del contrato.

¹⁹³ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *Op. Cit.*

CAPÍTULO 3

SOBRE EL ABUSO DEL DERECHO Y LA INEFICACIA DEVENIDA DE LA

NULIDAD

3.1. Derecho comparado

Al respecto, es pertinente señalar sucintamente las peculiaridades de la regulación en los ordenamientos jurídicos de mayor tradición jurídica, así, prevalece en el Derecho Comparado el criterio de implementar por ley especial una cláusula abierta y definitoria de lo que debe entenderse por cláusula abusiva y, a continuación, un enunciado de cláusulas nulas de pleno derecho o “no escritas” o “no convenidas” (Luxemburgo, arts. 1º y 2º, *Loi du 25 aout 1983, relative [...] la Protection juridique du consommateur*; España, art. 10 bis de la Ley 7ª/1998 del 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación; Brasil, art. 51, Ley 8078/1990; Argentina, art. 37, Ley 24.240; Costa Rica, art. 39, Ley 7.472 del año 1995)¹⁹⁴.

Otro criterio es aquel por el que se efectúa un enunciado de cláusulas que, sólo en el marco de los contratos por adhesión, “no producirán efecto alguno” (nulas) incluidas en una ley especial, sin incorporar cláusula abierta alguna (Inglaterra, art. 2º de la *Unfair Contract Terms Act*, de 1977 y arts. 12 a 14 de la *Sale o Goods Act*, de 1979 modificada en 1983; México, art. 90 de la “Ley Federal de Protección al Consumidor” del año 1992; Venezuela, art. 21 de la “Ley de

¹⁹⁴ Stiglitz, Rubén S. “*Contrato de Consumo y Cláusulas Abusivas*” [ubicado el 6.V.2018]. Obtenido en: revistas.uexternado.edu.co/index.php/contexto/article/download/1712/1539

protección al consumidor y al usuario”, del 17/5/995; Chile, art. 16 de la Ley 19496 del año 1997, sobre “Protección de los derechos de los consumidores”).

A su vez, en ocasiones, para supuestos puntuales, la enumeración de las referidas cláusulas, en principio, es presuncional y admite prueba en contrario o, dicho de otro modo, tolera una apreciación judicial (Italia, art. 1469 bis, Cód. Civil; Alemania, parág. 10, AGB Gesetz; Portugal, art. 22 Dec. Ley 446/85; Israel, art. 4º, “Ley de contratos standard” del año 5743/1982). Así, el artículo 1469 bis, Código Civil italiano contiene una lista de veinte presuntas hipótesis de cláusulas vejatorias, presunción no irrefragable pues admite prueba en contrario por parte del empresario. Un supuesto particular lo hallamos en el art. 132-1 del *Code de la consommation* vigente en Francia, por el que se hace referencia a un anexo que incluye una lista indicativa de cláusulas que pueden ser consideradas como abusivas siempre que se trate de cláusulas que provoquen un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes. La decisión que declare abusiva una cláusula se halla subordinada a la prueba de dicho carácter por quien así lo invoque (art. 132-1 ap. 3), o sea por el consumidor.

En otras legislaciones y para supuestos especiales, se las declara anticipadamente ineficaces o absolutamente prohibidas, lo que suprime toda apreciación judicial (Italia, art. 1469 quinquies, Cód. Civil; Alemania, parág. 11, AGB-Gesetz; Portugal, art. 21, dec. ley 446/85). Y, finalmente, la Directiva 93/13 del 05/04/93 de la Comunidad Económica Europea incluye un anexo que contiene una lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas “que pueden ser declaradas abusivas” (art. 3 ap. 3)¹⁹⁵.

3.1.1. Regulación alemana

En lo que se refiere a las cláusulas abusivas, en Alemania se aplica la *Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB-Gesetz)* (Ley AGB) del seis de diciembre de mil novecientos setenta y seis, la ley alemana contenía normas de control

¹⁹⁵ Stiglitz, Rubén S. *Ibidem*.

de fondo y procesales. Las primeras determinaban las cláusulas que debían ser consideradas abusivas y los efectos de su ineficacia; por su parte, las reglas procesales establecían la forma de hacer valer la ineficacia de las cláusulas abusivas ante la judicatura. El § 9 establecía una cláusula general de control y los §§ 10 y 11 señalaban un listado de cláusulas prohibidas y sujetas a revisión, respectivamente¹⁹⁶. Al respecto, REZZÓNICO explica sobre el funcionamiento de aquellas tres cláusulas en mención lo siguiente¹⁹⁷:

“Se puede estudiar el sistema básico de contención de la AGB-Gesetz en sus tres aspectos fundamentales: a. La norma abierta sobre buena fe del § 9; b. La enumeración en un total de ocho incisos del § 10 sobre cláusulas prohibidas con posibilidad de valoración (por el juez); y, c. El catálogo de dieciséis cláusulas prohibidas, sin posibilidad de valoración, contenidas en el extenso § 11”

Es en ese sentido que STOLL, siendo citado por SERRA RODRÍGUEZ, nos indica de la § 9 que¹⁹⁸:

“La cláusula general del § 9 podrá y deberá ser tenida en cuenta cada vez que una cláusula contractual no haya sido incluida en el elenco de las específicamente ineficaces de los párrafos §§ 10 y 11 y, sin embargo, se sospeche de su carácter abusivo. De este modo, la disposición general además de cumplir la función de contener los parámetros de abusividad de una cláusula, de contener el propio concepto, se aplicará directamente, si bien por vía subsidiaria, para declarar ineficaces las cláusulas si reúnen cualquiera de los elementos que se describen en el párrafo § 9”

Ahora, sobre la regulación realizada en §§ 10 y 11, PIZARRO WILSON indica¹⁹⁹:

“El § 10 enumeraba una serie de cláusulas cuya validez dependía de la apreciación del juez que evaluaba las circunstancias y determinaba si dichas cláusulas eran inapropiadas, irracionales o no justificadas. Estos términos no poseían una definición precisa, por lo que correspondía a la jurisprudencia verificar

¹⁹⁶ PIZARRO WILSON, Carlos. “Las Cláusulas Abusivas. Una crítica al control represivo”. En: *Revista de Derecho*, Semestre II, Año XXVI, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, 2005. pp. 391-404.

¹⁹⁷ Cfr. REZZÓNICO, Juan Carlos. “*Contratos con cláusulas predispuestas*”, Primera edición, Buenos Aires, Editorial ASTREA, 1987. p. 458.

¹⁹⁸ Cfr. SERRA RODRÍGUEZ, Adela. “*Cláusulas Abusivas en la contratación. En especial las cláusulas limitativas de responsabilidad*”. Editorial Aranzadi, Pamplona, España, 1996. p 44.

¹⁹⁹ Cfr. PIZARRO WILSON, Carlos. *Ibidem*. pp. 391-404.

si las cláusulas debían ser privadas de eficacia. Por su parte, el § 11 de la ley contemplaba una larga lista de cláusulas no sujetas a revisión, e ineficaces en todo caso. La denominada “lista negra”. Sin embargo, esto no significaba que los tribunales carecieran de toda posibilidad de apreciación, porque el mismo § 11 contenía fórmulas vagas o imprecisas cuya significación debía ser fijada por los tribunales. Lo que sí ocurrió fue que la facultad de apreciación de los tribunales se limitó a determinar si las características de una específica cláusula prohibida se cumplían y, en dicho caso, la sanción automática era la nulidad. Como se observa, se trataba de un control sustantivo o de fondo”

Así, el tipo de control que ha elegido el legislador alemán es el judicial, en vez del control administrativo de tipo preventivo. El ámbito de dicho control se refiere solo a los contratos predispuestos con condiciones generales no negociadas por las partes; pero predeterminadas por una de éstas. La ley dispone además que forman parte integrante del contrato por adhesión las cláusulas que el predisponente ha sometido a la contraparte. Los acuerdos individuales prevalecen sobre las cláusulas impresas ya predispuestas y las cláusulas oscuras son interpretadas *contra-proferentem*, es decir, en contra del estipulante²⁰⁰.

En cuanto a los efectos de la ineficacia de una cláusula abusiva, sólo la cláusula reputada tal era nula o ineficaz. En otros términos, el contrato pervivía sin la cláusula nula y ésta era reemplazada por las reglas legales dispositivas correspondiendo al juez realizar una labor de reconstrucción del contrato. La regla general de mantener el contrato amputando la cláusula ineficaz posee un carácter imperativo que no está sujeto a la autonomía de las partes. Todavía puede ocurrir que no exista ninguna regla supletoria que pueda llenar la laguna contractual dejada al momento de acoger la nulidad parcial. En este caso surge la interrogante de si es posible realizar una interpretación de conjunto o global del contrato. La ley no dejaba entrever una respuesta, pero los trabajos preparatorios se inclinaban por una respuesta afirmativa. La excepción al principio de la ineficacia parcial del contrato con contenido abusivo —la nulidad total del contrato— se aplica en situaciones que, de pervivir el contrato, amputada

²⁰⁰ ESPINOZA ESPINOZA, Juan. “Las cláusulas vejatorias en los contratos estipulados unilateralmente” en *Estudios sobre el contrato en general*, 2da Edición, Lima, ARA Editores E.I.R.L., 2004. pp. 583 – 631.

la cláusula abusiva, impondría a una de las partes contratantes sacrificios financieros que llevarían a una situación reñida con la equidad²⁰¹.

Al respecto, REZZONICO²⁰², realiza la sistematización de las cláusulas con margen valorativo (aquellas recogidas en el parágrafo § 10):

- a. Término abusivo que se reserva el estipulante para la aceptación o prestación.
- b. Ampliación de plazo para cumplir, posterior a la mora.
- c. Reserva de rescisión.
- d. Reserva del estipulante para modificar o apartarse de la prestación prometida.
- e. Declaración presumida.
- f. Recepción presumida.
- g. Derechos del estipulante en caso de rescisión o denuncia del vínculo.
- h. Injustificada validez del derecho extranjero.

Luego, realiza la enumeración del parágrafo § 11 o aquellas cláusulas sin posibilidad de valoración o de “ineficacia total”:

- a. Aumento de precios a corto plazo.
- b. Supresión de la excepción de contrato no cumplido y derecho de retención.
- c. Prohibición de compensación.
- d. Supresión del deber de intimar y fijación de plazo.
- e. Globalización (tarifación) del derecho a resarcimiento de daños.
- f. Cláusula de establecimiento de pena o multa contractual.
- g. La no-responsabilidad por culpa grave o dolo.
- h. Injustificada validez del derecho extranjero.

²⁰¹ RAMÍREZ GARCÍA, Álvaro José. *El control de las Cláusulas Abusivas en contratos por adhesión en el Derecho Nicaragüense*, Tesis para optar el grado de licenciado en Derecho. León, Universidad Autónoma de Nicaragua, 2010.

²⁰² REZZÓNICO, Juan Carlos. *“Contratos con Cláusulas Predispuestas. Condiciones Negociales Generales”*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1987. pp. 462 – 479.

Al respecto, y como un dato importante, debemos señalar que la mencionada ley alemana fue la primera en su especie, ya que aquella fue la norma que cronológicamente fue promulgada primera en ordenamientos jurídicos con el sistema del *civil law*, por lo que, en el primer aproximamiento sobre el tema, se pensó un sistema judicialmente controlado siendo la categoría de ineficacia la sanción conferida a los mismos.

3.1.2. Regulación francesa

Sobre el tema, ESPINOZA ESPINOZA²⁰³ realiza una sistemática investigación e inspirándose en la investigación de GHESTIN y MARCHESSAUX, es por ello, que referenciaremos dicho estudio de forma sucinta, así, en Francia regía la Ley N° 78-23 del diez de enero de mil novecientos setenta y ocho y posteriormente a la Directiva Comunitaria 93/13/CEE del cinco de abril de mil novecientos noventa y tres, a efectos de adecuarse a ésta se promulga la Ley N° 95-96 del uno de febrero de mil novecientos noventa y cinco; y que, a diferencia del legislador alemán, el legislador francés en ambos cuerpos normativos ha optado por diseñar modelos jurídicos basados en la protección al consumidor *stricto sensu*.

La Ley N° 78-23 establecía que una cláusula es abusiva cuando es impuesta a los no profesionales o consumidores con un abuso de poder económico de la otra parte y confiere a esta última una ventaja excesiva; en cambio la Ley N° 95-96 define como abusivas las cláusulas que tienen por objeto o por efecto aquel de crear, con daño al no profesional o al consumidor, un significativo desequilibrio entre derechos y obligaciones de las partes del contrato. La Ley N° 78-23 limitaba la propia aplicación de la cláusula general a algunas condiciones que enumeraba de manera restringida. Se trataba de las cláusulas relativas al carácter determinado o determinable del precio, así como de su pago, a la consistencia del objeto o de su entrega, a la asunción de riesgos, a la extensión de responsabilidad y de las garantías, a las condiciones de ejecución, rescisión resolución o

²⁰³ ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Op Cit.* p. 599 – 602

reconducción a equidad de los acuerdos, Sin embargo, Ley N° 95-96, establece que la valorización del carácter abusivo de las cláusulas no se refiere ni a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación del precio o de la remuneración al bien vendido o al servicio ofrecido.

La ley francesa vigente es de carácter extensivo. En efecto, contiene en anexo “un elenco indicativo y no exhaustivo de las cláusulas que pueden considerarse como abusivas”, basado exactamente en el elenco que figura en anexo a la directiva europea. Asimismo, se reafirma que “las cláusulas abusivas son consideradas como no puestas” y que “el contrato seguirá siendo aplicable en todas las disposiciones distintas de aquellas juzgadas abusivas si puede subsistir sin dichas cláusulas”. Por último, el derecho francés se dirige hacia un sistema de eliminación de las cláusulas abusivas que asocia estrechamente la acción de los jueces con la de la comisión para las cláusulas abusivas. Con el Decreto N° 93-314, del diez de marzo de mil novecientos noventa y tres, se establece que “cuando, con ocasión de una instancia, se eleva la cuestión acerca del carácter abusivo de una cláusula contractual, el juez puede solicitar a la Comisión para las cláusulas abusivas, con una decisión no susceptible de recurso, su dictamen sobre el carácter abusivo de esta cláusula. El dictamen no vincula al juez. La Comisión da a conocer su propio dictamen dentro de un plazo máximo de tres meses. Sin embargo, pueden ser adoptadas las medidas urgentes o cautelares necesarias. La referida Comisión es un órgano de carácter consultivo.

3.1.3. Regulación italiana

En esta sección, haremos referencia a lo indicado por Correa Valenzuela²⁰⁴, el cual propugna que el artículo 1341° segundo párrafo del Código Civil Italiano, con respecto a las condiciones generales, establece:

²⁰⁴ CORREA VALENZUELA, Gustavo Andrés. “Anulabilidad de las Cláusulas Abusivas”, Bogotá, Editorial Universidad de Rosario, 2015. pp. 14 – 15.

“En todo caso no tendrá efecto, si no fuesen específicamente aprobadas por escrito, las condiciones que establezcan en favor del que las ha impuesto, limitaciones de responsabilidad, facultades de rescindir el contrato o suspender su ejecución, o bien establecer en perjuicio del otro contratante caducidades, limitaciones a la facultad de oponer excepciones, restricciones a la libertad contractual en la relación con terceros, prórroga o renovación tácita del contrato, cláusulas compromisorias o derogaciones de las normas sobre competencia judicial”.

Luego, la Directiva 13/93/CEE fue adaptada en Italia mediante la inclusión del artículo 1469 bis en el Código Civil. Encontramos en dicho artículo que se estipula la posibilidad al consumidor de invocar una acción de cesación en contra del vendedor o grupo de profesionales que utilice condiciones generales en el contrato, para solicitar al tribunal competente que prohíba el uso de las condiciones que resulten desleales. Es de gran importancia resaltar que dicha acción se tiene como medida cautelar. Al referirse a la deslealtad, consideramos que el artículo 1469 del Código Civil italiano hace una clara remisión a la buena fe, a las sanas costumbres y a la lealtad contractual. Por tanto, siendo la deslealtad lo que se castiga, se da un amplio margen de aplicación a la autonomía de la voluntad, entendiendo que no se proscribire una lista de cláusulas prohibidas por su contenido, sino que se prohíbe la inclusión desleal de dichas cláusulas: las que sean incluidas de forma engañosa, desinformada o confusa de parte del predisponente.

A diferencia del Derecho peruano que sólo invalida las estipulaciones vejatorias contenidas en cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, el Derecho italiano priva de eficacia a las estipulaciones vejatorias contenidas en condiciones generales aprobadas o no aprobadas por la autoridad administrativa. Para el Código Civil Italiano, las condiciones generales son eficaces si han sido "específicamente aprobadas por escrito" por el adherente, puesto que éste al suscribirlas las ha conocido plenamente, valorado y aceptado²⁰⁵.

²⁰⁵ CORDOVA CUTIPA, Yris. (2012) *Op. Cit.*

3.1.4. Regulación española

En España Ley N° 7/1998, manifiesta en su artículo 7 la “no incorporación”, y el artículo 8 establece la “nulidad de pleno derecho”. Por otra parte, el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias de 2007, modificado por la Ley N° 3/2014, dispone en su artículo 83: “Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas”. Así, el criterio seguido por el derecho español no solo lo consagra como una nulidad de pleno derecho, sino que, además, la consagra como relativa, en virtud de su establecimiento en favor del consumidor, por cuanto es solo él quien está legitimado para solicitar la declaración de nulidad de una de estas cláusulas. Así, se evita que el propio proveedor solicite la declaración de nulidad; aunque, por otro lado, también puede ser solicitada la declaración de nulidad por el juez²⁰⁶.

Entonces, siendo ello así, podemos advertir que, en los primeros sistemas europeos, la categoría jurídica que sancionaba las cláusulas abusivas de contratación es la ineficacia, como regla general, excepto por el ordenamiento jurídico español, que dota de nulidades de pleno derecho a las cláusulas transgresoras, teniendo como último fin, el de desechar lo dañino del contrato y conservarlo, para así poder mantener la relación jurídica cumpliendo el principio de conservación del contrato.

²⁰⁶ ARÉVALO AYALA, Juan Pablo. “El Régimen de Ineficacia de las Cláusulas Abusivas en la ley chilena sobre Protección de los Derechos de los Consumidores”, *Ars Boni et Aequi*, Volumen 12, Número 2, diciembre del 2016. pp. 181 – 204.

3.2. Entonces: ¿Invalidez o ineficacia?

En principio, debemos citar lo expuesto por el doctor VICENZO ROPPO, el cual indica²⁰⁷:

“El sentido de la nueva disciplina es atribuir un remedio contra las cláusulas vejatorias, para permitir al consumidor liberarse del correspondiente vínculo contractual. Curiosamente, el remedio es denominado por el legislador “ineficacia”: “Las cláusulas (...) vejatorias (...) son ineficaces”. Esta elección terminológica es singular, porque el supuesto de hecho presenta todas las características que normalmente dan lugar a la calificación de nulidad: precisamente, todas las características de las “nulidades especiales”, dispuestas para la protección de particulares categorías de contratantes. El intérprete puede formular conjeturas sobre las razones de una elección tan extraña. Luego, debe tomar nota de que la denominada “ineficacia” de las cláusulas vejatorias no corresponde para nada a la categoría de ineficacia, tal como es normalmente concebida, sino más bien debe ser sustancialmente considerada y tratada como una nulidad.”

En ello, es preciso realizar una argumentación adecuada respecto al tema, la cual definirá el presente trabajo; así, el tratamiento de las cláusulas abusivas, como refiere el citado autor, va dirigida siempre hacia la nulidad, que es el *status* de la cláusula abusiva en específico, ello simplemente no es debatible, ya que lo que se busca con este tipo de sanción es la no exigencia del cumplimiento de aquellas dentro del contrato, lo que nos invitaría a pensar que, en realidad, las categorías jurídicas que le corresponderían serían la invalidez o la ineficacia, tal como está legislada actualmente en nuestro ordenamiento jurídico, sin embargo, lo que objetivamente se busca con la reglamentación de su prohibición es que este tipo de cláusulas no puedan vincular, desde el inicio, a la parte que se ve damnificada con la misma.

Entonces, es preciso señalar, que la categoría jurídica correspondiente a este tipo de cláusulas es la nulidad, tomando por ejemplo en las consecuencias del mismo la legislación española, la cual confiere a las cláusulas abusivas de contratación un tipo de nulidad de pleno derecho, lo que a la postre significaría la completa irrelevancia de las mismas.

²⁰⁷ Cfr. ROPPO, Vincenzo. *“El Contrato”*, Primera Edición Peruana, Lima, Gaceta Jurídica S.A., 2009. p 840. Sobre las “nulidades especiales”, es necesario leer las páginas 691 y 692 del referido libro, ya que en ellas explica detalladamente que estos se refieren al contexto de circunstancias que hace de marco a la celebración del contrato: la calidad del “consumidor” y “profesional” de las partes, la ausencia de tratativa sobre la cláusula vejatoria, la negociación realizada fuera de los locales comerciales, etc.

Es entonces necesario realizar el apunte que hace el doctor TABOADA CÓRDOVA, el cual indica:

“(...) la ineficacia estructural, llamada también ineficacia originaria, o ineficacia sobreviniente, o ineficacia por causa intrínseca, o invalidez; supone siempre una causal coetánea a la celebración del acto jurídico, referida a un defecto en la estructura del acto jurídico por ausencia de alguno o varios de sus elementos, presupuestos y/o requisitos y que en ningún caso puede ser producto de la voluntad de las partes pues se fundamenta en el principio de legalidad, la cual comprende dos categorías: La nulidad y la anulabilidad (...)”

Es entonces que el autor mira desde una manera distinta a la invalidez del negocio jurídico, identificándola como una sub-especie de ineficacia, ya que, lógicamente, un acto inválido no ocasiona ningún tipo de efecto jurídico aparte de su misma inoperancia en el mundo jurídico, sin embargo, también repara en indicar que la inobservancia del cumplimiento atañe a los elementos esenciales del negocio jurídico, lo que hace que el daño sea tan potente que no despliegue ninguno de los efectos deseados.

Habiendo comentado lo anterior, debemos indicar que cuando hablamos en estricto de cláusulas abusivas de contratación, hablamos de un acto plenamente válido, porque no se estudia en sí la concurrencia de los elementos esenciales del negocio jurídico, ya que, en realidad, este tipo de cláusulas no violentan ningún elemento del negocio jurídico *per se*, o sea, que en realidad no se afectan los requisitos que exige el legislador del Código Civil en el artículo 140; sino, que crea un desbalance en la misma relación; en ese sentido, si alguna cláusula incidiera sobre la manifestación de la voluntad, sobre la capacidad del consumidor, sobre el objeto, sobre su licitud o sobre su forma prescrita para el acto, podríamos evaluar la validez o invalidez del mismo, el cual se compondría en totalmente ineficaz (como hemos hecho referencia líneas arriba), ya que no generará efectos jurídicos vinculantes entre las partes, sin embargo, lo que intentamos dilucidar en este estudio es la correcta categoría jurídica que le corresponde a las cláusulas que afectan el acto, y no al acto en sí.

Sobre lo argumentado, debemos señalar el razonamiento empleado por RENGIFO GARCÍA, el mismo que indica sobre el efecto de la cláusula abusiva²⁰⁸:

“Aunque la solución frente a una cláusula abusiva es la de nulidad, conviene distinguir entre la sanción resultante de una cláusula abusiva y la sanción proveniente de que el negocio no cumpla los requisitos de validez. Obsérvese que cuando el Juez va a analizar la justicia del contrato, su análisis, en principio, va dirigido a examinar si el contrato es equilibrado o proporcionado, y el resultado de tal análisis debe terminar con el restablecimiento del equilibrio si éste ha sido desconocido o vulnerado; en tanto que cuando el análisis es sobre la validez del negocio, el juez debe observar si los presupuestos de validez del contrato se cumplieron.”

Al respecto, con fines de graficar la argumentación expuesta, sugerimos al lector pensar en un lápiz de grafito nuevo, el cual usualmente se nos es entregado con una pequeña punta para iniciar la tarea para la cual la hemos obtenido; no obstante, luego del uso, notamos que dicha punta se desgastó o simplemente se rompió y empezamos a encontrar dificultades para continuar con el objetivo por el cual adquirimos el lápiz, es entonces que identificamos que los bordes de madera que rodean el grafito que aún nos es necesario obstaculiza el acceso al mismo, es entonces que para obtener lo que en realidad necesitamos, que es el grafito, debemos tajar la madera que lo contiene; es entonces, mediante este ejemplo, que podemos ilustrar el cómo funciona la conservación del contrato y la ineficacia de las cláusulas abusivas, ya que, el consumidor pacta con su proveedor un bien o servicio que necesita para satisfacer alguna necesidad, es en virtud a ello que el primero contrata, en el ejemplo, la mina de grafito, y; lo que va a hacer dificultoso (por no decir perjudicial) que lo deseado siga “funcionando” como originalmente se pensó, son las cláusulas abusivas, las cuales se deben desechar del contrato para que pueda tener plena vigencia y eficacia; así, el que la madera rodee al grafito no significa que no deseemos el lápiz, es por ello, que incluso con cláusulas abusivas afectando el contrato, el consumidor ha manifestado su voluntad para contratar con el proveedor sobre el objeto materia del contrato, es por ello que se debe atender a la conservación del mismo.

En ello, debemos argumentar que este tipo de cláusulas, a nuestro criterio, serán entendidas como cláusulas nulas en mérito a una nulidad expresa, tal como

²⁰⁸ RENGIFO GARCÍA, Ernesto. (2004). *Ibidem*. p. 202

se puede entender haciendo una correcta interpretación del artículo 1398 del Código Civil, el cual, en realidad intenta regular un tipo de nulidad, coincidiendo con el Código de Defensa y Protección al Consumidor, el cual, utilizando la forma de “ineficacia absoluta” hace referencia directa a la categoría jurídica de nulidad, aunque por sí misma, no pueda declarar por ser un ente administrativo que no detenta el poder de realizar dicha declaración.

Ahora, con respecto a esta nulidad expresa, debemos indicar que nosotros postulamos que obedece a dicha regulación debido a representar un abuso del derecho, sobre ello, debemos indicar que:

3.2.1. Del abuso del derecho:

Sobre la disciplina del abuso del derecho, GONZÁLES BARRÓN menciona²⁰⁹:

“El abuso del derecho es una figura jurídica de clara inspiración social, pero nace en el siglo XIX, en pleno auge de los Códigos liberales, por lo que surge como una lógica reacción frente al individualismo. En efecto, el Código francés de 1804 es el paradigma de tutela del propietario absolutista, exclusivo y prácticamente incondicional, cuyo derecho se encuentra configurado por la ley, y fuera de ello no hay nada más que buscar o cuestionar, sin embargo, esta visión exagerada y extremista no podía mantenerse”

En ese sentido, RENGIFO GARCÍA señala que²¹⁰:

“La figura del abuso del derecho surgió en la jurisprudencia francesa para corregir dos rasgos jurídico-culturales del Código de Napoleón, el formalismo legal y el absolutismo de los derechos, y de manera particular el de propiedad.”

²⁰⁹ Cfr. GONZÁLES BARRÓN, Gunther. *“El Abuso del Derecho: Entre la Modernidad y la Posmodernidad”* [ubicado el 5.VI.2018]. Obtenido en: <http://repositorio.ual.es/bitstream/handle/10835/4813/EL%20ABUSO%20DEL%20DERECHO%20ENTRE%20LA%20MODERNIDAD%20Y%20LA%20POSMODERNIDAD-1.pdf>

²¹⁰ Cfr. RENGIFO GARCÍA, Ernesto. *“Del Abuso del Derecho al Abuso de la Posición Dominante”*, Segunda Edición, Bogotá, Editorial de la Universidad Externado de Colombia, 2004. p. 45.

Es entonces, que FERNÁNDEZ SESSAREGO, citando a MOUNIER indica que²¹¹:

“El individualismo es un sistema de costumbres, de sentimientos, de ideas y de instituciones que organiza el individuo sobre esas actitudes de aislamiento y defensa (...). Fue la ideología y la estructura dominante de la sociedad burguesa occidental entre los siglos XVIII y XIX; produciendo una imagen de un hombre abstracto, sin ataduras ni comunidades naturales, un Dios soberano en el corazón de una libertad sin dirección ni medida, que desde el primer momento vuelve hacia los otros la desconfianza, el cálculo y la reivindicación”

Lo que a la postre significa la maximización de un derecho subjetivo reconocido o atribuible a un sujeto de derecho, que en “uso legalmente permitido” concretiza el ejercicio del mencionado derecho de forma irregular, buscando el aprovechamiento máximo del mismo, desembocándose en un detrimento respecto a un interés o derecho de otra persona, de esa forma, HERNÁNDEZ VELASCO y PARDO MARTÍNEZ indican que²¹²:

“En torno al principio del abuso del derecho, (...) fue reconocido como una norma tendiente a restringir el ejercicio absolutista de los derechos subjetivos, si se tiene en cuenta que, a la luz del liberalismo individualista imperante (...) no había restricción al uso arbitrario de los propios derechos. A la luz de los nuevos postulados, de la mano de la doctrina francesa y de pensadores como León Duguit y Josserand, se pudo dejar sentado que los derechos subjetivos son relativos y no absolutos, esto es, que no se pueden ejercer ilimitadamente, y quienes abusen de ellos en detrimento de los intereses de los demás deben responder por su conducta.”

Siguiendo dicha línea expositiva de ideas, es necesario definir entonces qué es un derecho subjetivo, así, ESCOBAR ROZAS a manera de conclusión explica que²¹³:

“El derecho subjetivo es la facultad de obrar que se tiene para satisfacer un interés propio. En este sentido, constituye un medio para eliminar las necesidades que experimenta el hombre y no un fin en sí mismo. Dicha facultad puede traducirse en un “poder” (entendido este término en un sentido muy lato) o en una pretensión.

²¹¹ Cfr. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *“El Abuso del Derecho”*, Buenos Aires, Editorial Aestra, 1992. p.3.

²¹² Cfr. HERNÁNDEZ VELASCO, Héctor Elías & PARDO MARTÍNEZ, Orlando. *“La aplicación de la teoría del Abuso del Derecho en la jurisprudencia colombiana”*. [ubicado el 5.VI.2018]. Obtenido en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5015046.pdf>

²¹³ Cfr. ESCOBAR ROZAS, Freddy. “El derecho subjetivo. Consideraciones en torno a su esencia y estructura”, *Ius et Veritas*, N° 16, 1998. p. 298.

Lo primero ocurre cuando el titular del derecho subjetivo tiene la posibilidad de realizar su interés mediante un comportamiento propio. Lo segundo ocurre cuando tal titular tiene que recurrir a un tercero para lograr dicha realización.”

Entonces, partiendo del razonamiento citado, podemos indicar que un derecho subjetivo es una prerrogativa, un atributo que posee fundamento legal, lo que hace su regular ejercicio un comportamiento acorde a derecho, sin embargo, el que el sujeto dotado del mismo busque el ejercicio tergiversado, maximizado o temerario del mismo, comporta un enfrentamiento con uno o varios legítimos intereses de otras personas, lo que provoca que ese comportamiento irregular no pueda estar amparado por el ordenamiento jurídico, tal como lo indica el art. 2º del Título Preliminar del Código Civil:

“La ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos de un derecho (...)”

Al respecto, debemos indicar que ello se verifica dentro las Cláusulas Abusivas de Contratación en cuanto aquellas son la concretización del Principio de Libertad Contractual ejercido de manera maximizada, ello es, sobrepasado el límite legalmente aceptado, ya que con las mencionadas cláusulas lo que se busca es el quebrantar la Justicia Contractual dentro del contrato, en consecuencia, ese tipo de actos se deben tomar por ineficaces, ya que no deben producir ningún tipo de efecto para las partes, en otras palabras, afectos de nulidad.

Es por ello que la variedad del contenido y de la normativa de los derechos subjetivos hace imposible construir una regla general, que valga para todos los casos y que se establezcan sanciones de igual modo al ejercicio del poder “desviado” del propósito. Por esta razón, el abuso del derecho no es un instituto, ni un principio general del ordenamiento. El abuso del derecho es un problema, que presenta tantas caras y tantas soluciones como derechos hay; finalmente, la valoración del abuso del derecho no está ligada a la identificación en abstracto del contenido del derecho en su esquema legal, sino a las modalidades de ejercicio del derecho en las circunstancias del caso concreto. La prohibición del abuso

del derecho es un límite al derecho subjetivo, un límite no de contenido, sino de ejercicio²¹⁴.

Por último, debemos tener en cuenta la opinión de MOSSET ITURRASPE al respecto, el cual considera que se verifica un efectivo ejercicio abusivo de la facultad de predisponer el contrato, el cual adquiere visos de legitimidad a través de la autonomía de la voluntad y de la libertad de configuración del contenido contractual, quedando desnaturalizado el sistema cuando el predisponente aprovecha su situación para desequilibrar la contratación mediante cláusulas “leoninas” o “vejatorias”²¹⁵.

3.2.1.1. El abuso del derecho en los contratos por adhesión

En principio, debemos señalar lo expuesto por RENGIFO GARCÍA, quien citando a una sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia indica²¹⁶:

“En el año de 1994 la Corte Suprema de Justicia definió la posibilidad de aplicar la teoría del abuso del derecho a asuntos de naturaleza contractual: “En este orden de ideas, tratándose de la autonomía de la voluntad privada y el conjunto de facultades que se condensan en la de celebrar un determinado negocio jurídico o dejar de hacerlo, en la de elegir con quién realizarlo y en la de estipular las cláusulas llamadas a regular la relación así creada, pueden darse conductas abusivas que en cuanto ocasionen agravio a intereses legítimos no amparados por una prerrogativa específica distinta, dan lugar a que el damnificado, aun encontrándose vinculado por el negocio y por la fuerza precisamente de las consecuencias que para él acarrea la eficacia que de este último es propia, pueda exigir la correspondiente indemnización”. Basta agregar que el abuso puede ser cometido al momento de celebrar el contrato con la imposición de cláusulas abusivas, al ejecutarlo e incluso al extinguirlo unilateralmente una de las partes.”

Pocos temas muestran con tanta evidencia la distinción entre un ejercicio regular y uno abusivo como el del poder de

²¹⁴ MORALES HERVÍAS, Rómulo. [Tesis doctoral] (2010). *Ibídem*.

²¹⁵ Referenciado por REZZÓNICO, Juan Carlos. (1987). *Ibídem*. p. 59.

²¹⁶ Cfr. RENGIFO GARCÍA, Ernesto. “El Abuso del Derecho”. [ubicado el 5.VI.2018]. Obtenido en: http://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/34384292/El_Abuso_del_Derecho.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A&Expires=1499037307&Signature=A%2F%2FQPF%2FKEQ2%2Fv8PqUpDeUtGWu4%3D&response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DEl_Abuso_del_Derecho.pdf

negociación, el cual se debe entender por aquella prerrogativa de predisponer o redactar las cláusulas de un contrato; así, como hacíamos referencia en el apartado de la Unilateralidad de configuración contractual de esta investigación, siendo así, MOSSET ITURRASPE conserva la siguiente opinión al respecto²¹⁷:

“Las innegables ventajas que se desprenden de este particular modo de llegar al consentimiento hacen que tanto la figura del “contrato por adhesión” como la de las “condiciones generales” se ajusten a los fines económicos-sociales tenidos en cuenta para la celebración del mismo: eliminar trámites y etapas pre-contractuales, simplificación de procesos de formación y conclusión de contratos singulares, el favorecimiento de la rapidez de los negocios permite la contratación masiva a gran escala; ahora bien, esos fines se desnaturalizan cuando el que impone las cláusulas o condiciones generales aprovecha su situación o rol para desequilibrar la contratación. Ello acontece cuando se incluyen las denominadas cláusulas “leoninas” o “vejatorias””.

Es en este sentido que TINTI indica que²¹⁸:

“El método utilizado por el legislador para prevenir el abuso en los contratos, principalmente en contratos de consumo, se basa en la limitación a la autonomía de la voluntad de las partes. Sabido es que la teoría clásica de la autonomía de la voluntad, que confiere a la palabra empeñada en los contratos fuerza obligatoria semejante a la de la ley, ha sido debilitada durante el siglo XX, no solo para compensar los desequilibrios generados en la contratación por las exigencias de la modernidad, sino también, para satisfacer exigencias de la justicia conmutativa”.

Entonces, de las normas prohibitivas de las cláusulas abusivas de contratación debemos entender su carácter tuitivo en la “vida mercantil” de las personas, transformadas en ese ámbito en consumidores; así, al fraccionar la potestad natural de obligarse para la celebración y ejecución de un contrato, se le protege; esto, como lo habíamos detallado en la sección del Presupuesto de Protección: El Consumidor Razonable, la cual es ubicable en la primera parte del segundo capítulo de la presente investigación,

²¹⁷ MOSSET ITURRASPE, Jorge. *“Interpretación Económica de los Contratos”*, Santa Fe, Rubinal-Culzoni Editores, 1994. pp. 135 – 136.

²¹⁸ TINTI, Guillermo P. “El Abuso en el Derecho del Consumidor” en *El Abuso en los Contratos*, Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma S.R.L., 2002. pp. 135 – 142.

solo será concedido al consumidor razonable, ello en función a la idea base de la responsabilidad en el tránsito jurídico de las personas.

3.2.1.2. El abuso como factor de ilicitud de las cláusulas abusivas de contratación

Luego de brindar los alcances pertinentes sobre la primigenia composición de las cláusulas abusivas de contratación como una especie de comportamiento atribuible a un abuso del derecho, debemos citar a las fuentes que sentarán las bases para entender por qué dichas cláusulas deben ser entendidas como inválidas, esto es, nulas absolutamente. Al respecto, Mosset Iturraspe propugna que²¹⁹:

“Pensamos que semejante ejercicio irregular de la potestad de predisponer (cláusulas que se considerarían abusivas dentro de un contrato de consumo), acarrea la nulidad de tales cláusulas (...).”

Es de la misma opinión TINTI al mencionar que²²⁰:

“Si se considera que un acto abusivo resulta una clase de acto ilícito, ha de producir las mismas consecuencias que ellos: por ende, la regla general sería que se debe sancionar el acto abusivo con nulidad.”

En ese mismo sentido, BALLUGUERA GÓMEZ nos indica²²¹:

“La consecuencia jurídica es la eficacia de la condición general como estipulación equilibrada o su nulidad como abusiva con su expulsión del contrato y, cuando sea necesaria, la integración de la laguna contractual con conservación del resto, lo que, a su vez, implica la admisión de la nulidad parcial coactiva en beneficio del adherente”

²¹⁹ MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Op Cit.* pp. 135 – 136.

²²⁰ TINTI, Guillermo P. “Ineficacia de las Cláusulas Contractuales Abusivas y Nulidad parcial de contrato” en *El Abuso en los Contratos*, Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma S.R.L., 2002. pp. 77 – 84.

²²¹ BALLUGUERA GÓMEZ, Carlos. *“El Contrato No-Contrato. Enigma desvelado de las condiciones generales de la contratación”*, Fundación Registral, Madrid, 2006. p 190.

De la misma manera lo establece Díez-Picazo, el cual también señala que²²²:

“Como en su momento lo dijo Clavería, el legislador ha sancionado las cláusulas abusivas con una nulidad parcial del contrato. Se declara la nulidad de una o varias cláusulas y se mantiene, en principio, la eficacia de las restantes. El autor citado señala que se trata de una “nulidad parcial coactiva”, pues se mantiene la parcial eficacia del contrato, aunque el predisponente no hubiera querido contratar solo con las cláusulas que quedan en pie, de manera que, en cierta medida, se rompe lo que es la regla general en los casos de nulidad parcial del contrato”

Sin embargo, los autores citados confieren cierto status al contrato, mas no a las cláusulas abusivas de contratación, ya que, hace directa referencia a “nulidad parcial del contrato”; así, debemos indicar que dicha categoría, según la explica Lasarte²²³:

“Se habla de nulidad parcial cuando el contrato contiene una o varias cláusulas ilegales, pese a la validez y adecuación al ordenamiento jurídico del conjunto esencial del mismo, esto es, el consentimiento, el objeto, la causa y, en su caso, la forma, son intachables, pero algunos aspectos del contrato son contrarios a una norma imperativa. (...) La coexistencia de cláusulas nulas -por ilegales- con los restantes pactos válidos del contrato plantea el problema de determinar si la ineficacia de la cláusula nula debe afectar al conjunto contractual”

Entonces, si bien algunos autores hacen referencia directa a la categoría jurídica propia de las cláusulas abusivas de contratación otros hacen referencia a la situación genérica del contrato, sin embargo, la realidad es que la mayoría de la doctrina internacional, en especial la española y argentina, reconocen que el tratamiento coherente para las cláusulas abusivas de contratación es la de nulidad, ello en base a la ilicitud que implica predisponer cláusulas de esta especie.

Siendo ello así, son plenamente identificables las razones por las cuales dichas actuaciones se entienden por ilícitas, ya que, en

²²² DÍEZ-PICAZO, Luis. (2007). *Op. Cit.* p 483.

²²³ LASARTE ÁLVARES, Carlos. *“Contratos. Principios de Derecho Civil”*, Tercer Tomo, Décima Tercera Edición, Madrid, Editorial Marcial Pons, 2010. p. 139.

primer lugar, comportan una consecuencia lógica de daño, porque al ejercitar un derecho buscando maximizar los beneficios del mismo mediante la ejecución irregular o excesivo del mismo, se terminará por impactar negativamente a un interés jurídico; y también, por el carácter proteccionista que debe adoptar cualquier ordenamiento jurídico para el resguardo de derechos y seguridad jurídica, prohibirá dichos comportamientos, en base a que las referidas actuaciones irregulares denotan la transgresión de la juridicidad del Estado; estas ideas son mejor conceptualizadas por FERNÁNDEZ SESSAREGO el cual especifica²²⁴:

“Consideramos que, en sustancia, el criterio fundamental para caracterizar el acto abusivo es aquel que recurre a la moral social que, jurídicamente, se traduce en el valor solidaridad. Lo antisocial, lo anormal, lo irregular es lo contrario a la vigencia de la solidaridad, cuya raíz es moral, y se refleja en los principios de la buena fe y de las buenas costumbres. Y, lo antisocial o irregular es, en este caso, lo ilícito. Lo ilícito es, finalmente, lo prohibido, lo no permitido de conformidad con el ordenamiento jurídico vigente”

3.2.2. De la justicia contractual:

Tradicionalmente, la idea de justicia contractual suele vincularse a la idea aristotélica de la justicia conmutativa. Esta noción de conmutatividad en el tráfico jurídico nos lleva al principio de equivalencia de las prestaciones, según el cual debe procurarse un intercambio que tienda a ser igualitario para ambas partes²²⁵.

Los redactores de los diferentes códigos modernos no fueron indiferentes a las exigencias de la justicia contractual. La inclusión de instituciones jurídicas como las buenas costumbres, el orden público o la buena fe como requisitos de eficacia estructural o deberes de conducta contractual así lo demuestran; incluso la institución de la lesión enorme responde a un imperativo mínimo de equilibrio contractual. A pesar de ello,

²²⁴ FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Op Cit.* p. 134.

²²⁵ BARCELÓ COMPTE, Rosa. *“Hacia un derecho más justo”* [ubicado el 14.VI.2018]. Obtenido en: http://diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/104556/6/WP_2016_1.pdf

es necesario reconocer que tales codificaciones apenas se preocupaban de la justicia conmutativa. Ello, debido a que tenían una concepción formal de la equivalencia de las prestaciones. En consecuencia, la consideraban adquirida una vez que las partes estuvieran de acuerdo en los beneficios recíprocos a intercambiar. Adicionalmente hicieron caso omiso de las desigualdades sociales, las diferencias económicas, las situaciones de miseria, necesidad o crisis²²⁶.

En ello, nosotros opinamos que este principio contractual debe entenderse con vigencia incluso antes de la celebración efectiva del contrato, ya que debe puede interpretarse como el interés posiblemente lesionado en con la conducta abusiva en la dañina predisposición de las cláusulas abusivas, porque todo tipo de contrato debe observar algún tipo de justicia entre las partes dentro de ella, haciendo de los contratos, instrumentos de verdadero vínculo social que buscan el provecho económico sin perseguir el desmedro de las personas en el proceso, así, el derecho como materia no puede desprenderse de consideraciones filosóficas y analizarse desde un punto de vista meramente formalista; si el contrato es considerado como un instrumento jurídico, llevará consigo, de manera inmanente, valores asignados por la ley o por el mismo juez. Por tanto, como vehículo de valores del ordenamiento jurídico que persiguen la realización de justicia, el contrato se enmarca en una operación más ambiciosa (en la que debe dialogar con principios constitucionales) que persigue la realización de lo justo²²⁷.

3.3. Últimas consideraciones

Que, en este punto de la investigación, debemos formular un par de puntos de análisis para la mejor comprensión y delimitación de por qué la ineficacia es la categoría que corresponde a las cláusulas abusivas:

²²⁶ ACOSTA RODRIGUEZ, Joaquín Emilio. “*El Necesario reconocimiento del Principio de Justicia Contractual*” [Ubicado el 24.VI.2018]. Obtenido en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3819176.pdf>

²²⁷ BARCELÓ COMPTE, Rosa. *Op. Cit.*

3.3.1. La ilicitud del negocio y el vicio del consentimiento por dolo o error

Siendo así, nos sentimos en la necesidad de argumentar por qué exponemos que el comportamiento abusivo devenido en ilícito del proveedor predisponente y no por los vicios de la voluntad que ocasionarían que el negocio padeciera de ineficacia funcional.

Así, en primer lugar, debemos indicar que por dolo se debe entender el producto de la astucia de una de las partes que se dirige irremediablemente a engañar a la contraparte para que se celebre un contrato, del cual, si hubiera conocido en integridad las disposiciones normativas inter-partes no hubiera celebrado el mismo; es así entonces, que somos de la opinión que ello no se puede observar en los contratos por adhesión a cláusulas generales de contratación, ya que, como se ha indicado en el primer capítulo, estos contratos son evaluados previamente por la autoridad administrativa competente, en Perú, siendo esta el INDECOPI; y si ello no fuera suficiente, el dolo se puede contrarrestar con el deber de información, indelegable para los proveedores, para que así los consumidores tengan alcances del producto y bajo el tipo de modalidades en la que está contratando; por último, a opinión de Díez-Picazo, el dolo tiene por raíz un engaño, pero un engaño nacido de un acto ilícito e injusto²²⁸, o sea, el hacer utilizar ardides o insidias para que un contratante celebre el mencionado contrato, así, quien incurre en dolo lo hace para que una persona en específico “caiga en la trampa” que le ha tendido la mencionada parte, siendo este mencionado ardid parte inherente e inseparable del objeto por el cual el consumidor contrata, y no algún tipo de accesoriedad, como se puede advertir en las cláusulas abusivas de contratación.

Ahora, con respecto al error, debemos indicar que tampoco se verifica ello, ya que, por error se debe entender aquella equivocada o inexacta creencia o representación mental que sirve de presupuesto para la

²²⁸ DÍEZ-PICAZO, Luis. *Op Cit.* p. 201.

realización de un acto jurídico. En ese sentido, en atención al derecho de información de los consumidores, los proveedores se encuentran en la obligación legal de proporcionar la información necesaria de forma precisa para que los consumidores se formen un “grafico mental” de lo que involucraría el celebrar el contrato en referencia, así, la contraparte deberá tomar una decisión informada (característica natural al Consumidor Razonable) sobre la contratación con aquel otro en cuanto que incorporaría un vínculo jurídico sobre el bien o servicio que desea adquirir.

3.3.2. Consideraciones del Código Civil y el Código de Defensa y Protección al Consumidor (temporalidad y especialidad de las normas en supuesto conflicto)

Si bien el Código de Defensa y Protección al Consumidor es, en primer lugar, más actual con respecto al Código Civil²²⁹, y, en segundo lugar, más específico sobre el tema que desarrolla, a simple vista se podría decir que nos encontramos frente a un aparente conflicto de normas, lo cual implicaría, la derogación de las disposiciones contenidas en el Código Civil por las que se establecen en el Código de Defensa y Protección al Consumidor, sin embargo, nosotros somos del pensamiento que lo regulado por el Código del Protección al Consumidor no deroga las disposiciones del Código Civil, ya que la primera de estas solo se trata de una norma que desarrolla lo ya regulado por la segunda, esto es así como lo refiere Stiglitz, quien indica que²³⁰:

“Razones de política jurídica han considerado más propio que sea el Código Civil el que enuncie la ineficacia de cláusulas puntualmente enunciadas como contenido, en este caso de los contratos por adhesión (Perú, art. 1398, Cód. Civil), silenciando el tema en su ley específica de “Protección al consumidor” (Perú, Decreto Legislativo 716/1991)”

²²⁹ Mientras que Decreto Legislativo N° 295 (el Código Civil) fue promulgado el 24 de julio de 1984 y con efectiva vigencia desde el 14 de noviembre de 1984, la Ley N° 29571 (el Código de Defensa y Protección al Consumidor) fue promulgado el 14 de agosto de 2010 con efectiva vigencia desde el 2 de setiembre de 2010.

²³⁰ Stiglitz, Rubén S. “*Contrato de Consumo y Cláusulas Abusivas*” [ubicado el 5.VII.2017]. Obtenido en: revistas.uexternado.edu.co/index.php/contexto/article/download/1712/1539

Aquí, el referido autor indica acertadamente la “ineficacia” de las cláusulas abusivas, aunque de esa manera no esté redactado en el artículo referenciado de nuestro Código Civil (ya que el artículo 1398° utilizan la “invalidez de las cláusulas” para regular las mismas), sin embargo, adopta una perspectiva que nosotros compartimos, ya que, al utilizar la palabra “silenciando”, entendemos que el Código de Defensa y Protección al Consumidor desarrolla, mediante la detallada regulación sobre el tema, las disposiciones del Código Civil, sin derogarla tácitamente; sin embargo, el autor reconoce el verdadero razonamiento detrás del modo de legislación de las cláusulas abusivas en el Código, ya que, al indicar la “invalidez” de las cláusulas, se dirige a la no vinculación de las mismas para la parte deteriorada por aquella.

3.3.3. Consideraciones de la declaración de nulidad por parte del Poder Judicial y la ineficacia declarada por INDECOPI

Ahora, como último punto, debemos explicar la aparente superposición de titularidad de evaluación de este tipo de cláusulas, ya que, con la simple lectura de los dos dispositivos legales que hemos venido estudiando, esto es, el Código Civil y el Código de Defensa y Protección al Consumidor, aparentemente se estaría entregando la revisión de las cláusulas abusivas a un órgano administrativo, como lo es el INDECOPI y también al Poder Judicial. En ello, es importante traer de nuevo a colación el Noveno Considerando de la CAS. N.º 17241-2013-LIMA:

*“Por sentencia de vista (...), la Sala Superior ha confirmado la sentencia (...); sustentando su decisión, entre otros fundamentos que, **si bien el INDECOPI no se encuentra facultado para declarar la invalidez de las cláusulas contractuales, sí puede declarar su ineficacia al evaluar la protección de los derechos al consumidor (...)**”*

Así, debemos señalar que las resoluciones emitidas por INDECOPI, en principio, tienen efectos únicamente para las partes comprometidas dentro del proceso iniciado por el consumidor que alega la trasgresión de sus derechos, marcando una clara diferencia con la declaración de nulidad mediante autoridad judicial, el cual, encierra un ineludible carácter de

oponibilidad a cualquier otro, como bien la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República en la Cas. 1843-1998-ICA²³¹, mediante la cual se indica que:

*“(...) Los actos jurídicos nulos ipso iure, esto es, que no requiere de una sentencia judicial para que así lo declaren, puesto que, la sanción de nulidad sobre el acto jurídico opera de pleno derecho; sin embargo, en el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas existen muchos actos jurídicos nulos que se les da la apariencia de válidos porque las partes contratantes o una de ellas actúan como si tales así lo fueran y de ello persuaden a terceras personas; empero ello sólo es una apariencia se encuentra precisamente éste poder del Estado de quien, en el ejercicio del derecho de acción, el justiciable obtiene una sentencia que reconoce dicha invalidez declarando judicialmente su nulidad del acto jurídico, es decir, no está recién condenado con la nulidad un acto jurídico sino está declarando una situación ya existente. (...) el error (...) en que el Superior Colegiado ha considerado nulo el contrato (...) por incumplimiento de una formalidad expresamente establecida (...) como causal de dicha sanción, concluye indicando que como ya era nulo de pleno derecho, resulta un imposible jurídico declarar la nulidad de un instrumento nulo; soslayando mayúsculamente la naturaleza de la declaración judicial de nulidad, **que como ya se indicó no es sancionadora, sino reconocedora de una situación ya existente, eliminando la referida apariencia de validez y obteniendo el efecto erga omnes (...)**”*

Siendo así, que lo que en realidad se busca con el control administrativo es la eliminación de la exigibilidad de la cláusula abusiva por parte del proveedor, otorgándole titularidad para la revisión de la misma a un organismo que se debería caracterizar por la eficiencia en la atención del recurso de queja presentado ante aquel ente, tal como se puede comprobar en el artículo 52 del Código de Defensa y Protección al Consumidor, el cual decreta:

Artículo 52.- Inaplicación de las cláusulas abusivas

52.1 Las cláusulas abusivas ineficaces a que se refiere el presente Código son inaplicadas por la autoridad administrativa.

52.2 El ejercicio de esta facultad por la autoridad administrativa se hace efectivo sin perjuicio de las decisiones que sobre el particular pueden ser adoptadas en el ámbito jurisdiccional o arbitral, según fuese el caso.

Lo cual a la postre indica que, en realidad, el ejercicio que realiza el INDECOPI, como ente administrativo, es la evaluación de la razonabilidad

²³¹ ARDILES, Grecia. “Nulidad del Acto Jurídico” [ubicado el 24.IX.2018]. Obtenido en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6171187.pdf>

de la cláusula alegada como abusiva y si aquella trasgrede la justicia contractual, ello, buscando su inaplicación, esto es, su inexigibilidad, sin pronunciarse sobre la nulidad *per se* de la cláusula estudiada, ya que ello no puede ser tarea de un ente administrativo, sino, única y exclusivamente, aquella tarea recae en una autoridad jurisdiccional, tal como se puede leer en el numeral 52.2 del artículo citado.

3.4. Integración contractual

La idea determinante en materia de contratación en general y de las relaciones de consumo contractuales en particular, es la continuidad y permanencia del negocio económico atendiendo no solo a la motivación perseguida por las partes, sino también el papel primordial que cumple el contrato como herramienta del sistema económico.

La interpretación sirve para fijar el sentido de lo querido y manifestado por las partes, para establecer qué se ha querido efectivamente decir con las palabras empleadas por las ellas y qué efectos jurídicos se derivan de dicha voluntad. Si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas (*in claris non fit interpretatio*). La interpretación, en consecuencia, sólo es necesaria cuando para resolver dudas o ambigüedades no basten los términos que se trata de interpretar. Si las palabras parecieran contrarias a la intención evidente de las partes, prevalecerá ésta sobre aquéllas. Tal intención ha de ser común a los contratantes y evidente o manifiesta, para lo cual ha de atenderse a los actos de éstos, anteriores, coetáneos y posteriores al contrato²³².

Siendo ello así, desarrollaremos las reglas que se deben observar para la correcta interpretación a la luz de la investigación de BENÍTEZ CAORCI²³³:

²³² CRIADO-CASTILLA, Juan Felipe. *Cláusulas Abusivas en los Contratos de Consumo (Artículos 42 y 43 de la Ley 1480 de 2011 o Estatuto del Consumidor)*, Tesis para optar el grado de Magíster, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2014.

²³³ BENÍTEZ CAORCI, Juan J. *“La interpretación en los contratos con cláusulas predispuestas”*, Bogotá, Editorial Themis S.A., 2002. p. 51.

3.4.1. Interpretación “*contra proferentem*” o pro-consumidor

Es un principio universalmente aceptado prescribe que en caso de duda debe elegirse la interpretación más favorable para el consumidor. Así lo han establecido el Código del Consumidor francés (art. 133-2), el Código brasileiro (art. 47) la Directiva 93/13/CEE (art. 5), la Ley Argentina 24.240 (art. 37), el CC italiano (art. 1469-quater, ahora incorporado al artículo 35 del Codice del Consumo) y el Real Decreto Legislativo 1/2007 de España (art. 80, apartado 2).²³⁴

Se entiende por interpretación más favorable al consumidor las consecuencias jurídicas verdaderamente más favorables, en el entendido de que la elección del significado más ventajoso establezca realmente más derechos y menos obligaciones desde un punto de vista cualitativo y no cuantitativo. De suerte que la operación lógica que debe realizarse a fin de saber cuáles serán las repercusiones más favorables al consumidor, no debe limitarse a ser un ejercicio aritmético, sino que, por el contrario, hay que atenerse a la intensidad y magnitud de las obligaciones impuestas al contratante más débil y así saber cuál tiene mayor gravitación y peso en el sinalagma de la relación de consumo²³⁵, por eso, si alguna cláusula que regulaba algún plazo y procedimiento fuera declarada nula, se tendrá que adecuar otro tipo de mecanismo para solventar dicha carencia, siendo esta más favorable al consumidor que en un inicio se vio afectada por aquella.

3.4.2. Regla de prevalencia de las cláusulas negociadas sobre las cláusulas predispuestas

La precitada regla consiste en que ante el supuesto de contradicción entre una cláusula predispuesta y un acuerdo individual celebrado entre el consumidor y el predisponente, predominará este último, por ser el que recoge en su totalidad la autonomía privada de ambas partes. La

²³⁴ RODRIGUEZ RUSSO, Jorge. “*La interpretación de los contratos de consumo celebrados por adhesión en el Derecho Civil uruguayo*” [ubicado el 5.VII.2017]. Obtenido en: http://www.indret.com/pdf/1011_es.pdf

²³⁵ BENÍTEZ CAORCI. *Op Cit.* p. 52.

legitimidad que anima a las cláusulas negociadas está dada por el espíritu de los codificadores y el respeto a la autonomía privada, mientras que las cláusulas predispuestas, en cambio, responde a la supremacía negocial del predisponente, le desigualdad acuñada por la fuerza de los hechos, siendo en definitiva antítesis de la autonomía contractual²³⁶, siendo claro entonces cómo funcionaría este principio para solventar las contradicciones dentro del contrato, dotando a las cláusulas negociadas de supremacía frente a las predispuestas.

²³⁶ BENÍTEZ CAORCI. *Op Cit.* p. 52.

CONCLUSIONES

1. Los contratos por adhesión son aquellos tipos de contratos que se caracterizan por ser redactados por una sola de las partes partícipes de la relación que se pretende establecer, siendo obligatorio para la otra aceptar en su totalidad las cláusulas que componen dicho contrato, obedeciendo así a las circunstancias imperantes del mercado actual, ello es, la eficiencia en concretar el trato, procurando así el ahorro en el costo de tiempo en tratativas del mencionado acuerdo; en consecuencia, luego de establecido el vínculo, se podrá apreciar una relación de consumo, en la cual se podrá observar dos tipos de asimetrías entre proveedor y consumidor, siendo aquellas la asimetría en la información y la asimetría contractual; teniendo el Estado el deber de crear procedimientos para la atenuación de estas desventajas.

2. Las cláusulas abusivas de contratación son aquellas estipulaciones dentro de un contrato de consumo que buscan acentuar o crear un desequilibrio contractual siempre en perjuicio del consumidor, las cuales pueden obedecer a distintos supuestos de deslinde de responsabilidad o limitación a la exigencia de la misma, esto debido a la superioridad contractual e informativa del proveedor en el papel de predisponente contractual en la relación de consumo.

3. El artículo 1398° del Código Civil Peruano, siguiendo la línea legal del Código Civil Italiano reconoce la invalidez, sin embargo, lo que en realidad se quiso regular con aquel tipo de elección de redacción legislativa es un tipo de nulidad expresa de las cláusulas abusivas de contratación, esto se debe a que aquellas son innegablemente atentatorias de derechos de los adherentes; esto es, en particular, de los consumidores, ya que agravan la situación de desventaja contractual fomentando un notable desequilibrio de obligaciones devenidas del contrato celebrado.

4. El Código de Defensa y Protección al Consumidor confiere la ineficacia a las cláusulas abusivas de contratación en razón de conservar el contrato celebrado, ello también, porque en la legislación internacional, los ordenamientos jurídicos con la más importante tradición legislativa, utilizan dicha categoría para sancionar el

mencionado comportamiento de los proveedores en el papel de predisponentes contractuales, y por último, porque el INDECOPI, la entidad encargada en vía administrativa de evaluar ex – ante y ex – post el control de la suscripción de estas cláusulas, no tiene la prerrogativa de declarar nulidades contractuales.

5. Tomando en cuenta que la aparición de cláusulas abusivas de contratación se debe a un abuso en el derecho del proveedor sobre la facultad de predisponer el contrato, este tipo de cláusulas, por configurarse como una conducta no amparable por el derecho, deben ser entendidas por nulas, en cuanto transgreden el límite legal del ejercicio regular de la facultad de predisposición contractual, ello, también obedeciendo a un sentido de justicia contractual, en cuanto exige un equilibrado papel de prestaciones y responsabilidad subsistente entre los partícipes del contrato; posteriormente, se deberá realizar una tarea integradora del remanente de las cláusulas del contrato, el cual se realizará en aras de la supervivencia del vínculo contractual legalmente concretado, bajo la observancia de ciertas reglas para restaurar la justicia contractual.

BIBLIOGRAFÍA

A. LIBROS

1. BALLUGUERA GÓMEZ, Carlos. “El Contrato No-Contrato. Enigma desvelado de las condiciones generales de la contratación”, Fundación Registral, Madrid, 2006.
2. BENÍTEZ CAORCI, Juan J. “La interpretación en los contratos con cláusulas predispuestas”, Bogotá, Editorial Themis S.A., 2002.
3. BETTI, Emilio. “Teoría general del negocio jurídico”, traducido por A. Martín Pérez, Granada, Editorial Comares S.L, 2000.
4. BORDA, Guillermo. “Manual de Contratos”, Buenos Aires, Perrot, 1976.
5. BULLARD GONZÁLES, Alfredo. “Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales”. Segunda Edición, Lima, Palestra Editores, 2006.
6. CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. “Diccionario Jurídico Elemental”, Buenos Aires Heliasta, 2011.
7. Cfr. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. “El contrato en general, comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil”. Lima, Palestra Editores S.R.L, 2003.
8. COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén. “El Negocio Jurídico”, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1992.
9. CORREA VALENZUELA, Gustavo Andrés. “Anulabilidad de las Cláusulas Abusivas”, Bogotá, Editorial Universidad de Rosario, 2015.
10. D’ORS, Alvaro. “Derecho Privado Romano”, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra S.A., 1968.
11. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. “Estudios sobre el Contrato Privado”, Lima, Cultural Cuzco S. A. Editores.
12. DE LA PUENTE, Manuel. “El Contrato en general. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil”. Segunda edición. Tomo I. Lima: Palestra, 2007.
13. DÍEZ-PICAZO, Luis. “Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Tomo I: Introducción. Teoría del Contrato”, Sexta Edición, Navarra, Editorial Aranzadi S.A, 2007.

14. DURAND CARRIÓN, Julio. "El derecho del consumidor como disciplina jurídica autónoma". Lima, Asamblea Nacional de Rectores. 2008.
15. ESPINOZA ESPINOZA, Juan. "Derecho de Consumidores". Editorial Rhodas, Lima, 2006.
16. ESPINOZA ESPINOZA, Juan. "La Invalidez e ineficacia del acto jurídico en la jurisprudencia", Lima, Gaceta Jurídica S.A, 2008.
17. ESPINOZA ESPINOZA, Juan. "Ley de Protección al Consumidor. Comentarios Jurisprudenciales. Normas Complementarias". Editorial Rodhas, Lima, 2004.
18. FARINA, Juan M. "Defensa del Consumidor y del Usuario", 3era Edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2004.
19. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. "El Abuso del Derecho", Buenos Aires, Editorial Aestra, 1992.
20. FORNO FLÓREZ, Hugo. "Resolución por incumplimiento", Lima, Cultural Cuzco Editores, 1987.
21. GIMÉNEZ-CANDELA, TERESA. "Derecho Privado Romano", Primera Edición, Valencia, Editorial TIRANT LO BLANCH, 1999.
22. GUTIÉRREZ CAMACHO, Walter. "Contrato y Mercado". Lima, Gaceta Jurídica. 2000.
23. IDROGO DELGADO, Teófilo. "Teoría del Acto Jurídico", Segunda Edición, Lima, Editorial Moreno S.A, 2004
24. LA CRUZ BERDEJO, José Luis; SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís Agustín Luna Serrano [y otros]. "Elementos del Derecho Civil II Derechos de Obligaciones", Madrid, Dykinson, 2007.
25. LACRUZ BERDEJO, José Luis; SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís; LUNA SERRANO, Agustín & otros. "Elementos de Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones. Parte General. Teoría General del Contrato", Primer Tomo, Cuarta Edición, Madrid, Edutiruak Dykinson S.L., 2007.
26. LASARTE ÁLVARES, Carlos. "Contratos. Principios de Derecho Civil", Tercer Tomo, Décima Tercera Edición, Madrid, Editorial Marcial Pons, 2010.
27. LASARTE ÁLVARES, Carlos. "Manual sobre protección de consumidores y Usuarios", Tercera Edición, Madrid, Editorial DYKINSON S.L, 2007.
28. LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. "El Negocio Jurídico", Segunda Edición, Lima, Editorial Jurídica Grijley, 1994.

29. LORENZETTI, Ricardo Luis. "Consumidores", Primera Edición, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2003.
30. LORENZETTI, Ricardo Luis. "Tratado de los Contratos", Tomo I, Segunda Edición, Buenos Aires, Rubinal-Culzoni Editores, 2004.
31. MEDELLÍN ALDANA, Carlos; MEDELLÍN FORERO, Carlos & MEDELLÍN BECERRA, Carlos. "Lecciones de Derecho Romano", Decimocuarta edición, Santa Fe, Editorial Temis S.A., 2000.
32. MESSINEO, Franceso. "Doctrina General del Contrato", Tercera Edición. Lima: ARA Editores, 2007.
33. MEZA MAURICIO, Gonzalo. "El Negocio Jurídico – Manual Teórico-Práctico". Lima, Editorial Alegre SAC, 2003. p. 440
34. MOREYRA, Francisco. "El acto jurídico según el Código Civil peruano", Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú Fondo Editorial, 2005.
35. MOSSET ITURRASPE, Jorge. "Contratos", Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 1995.
36. MOSSET ITURRASPE, Jorge. "Interpretación Económica de los Contratos", Santa Fe, Rubinal-Culzoni Editores, 1994.
37. MOSSET ITURRASPE, Jorge. "Justicia Contractual". Editorial Ediar, Buenos Aires, 1977.
38. NINAMANCCO CÓDOVA, Fort. "La Invalidez y la Ineficacia del Negocio Jurídico en la Jurisprudencia de la Corte Suprema", Primera Edición, Lima, Editorial Gaceta Jurídica S.A., 2014.
39. OSTERLING PARODI, Felipe & CASTILLO FREYRE, Mario. "Tratado de las Obligaciones. Biblioteca para leer el Código Civil. Volumen XVI", Primera Edición, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2003.
40. PAGADOR LÓPEZ, JAVIER. "Condiciones Generales y Cláusulas Contractuales Predispuestas: La Ley de Condiciones Generales de la Contratación", Primera Edición, Madrid, Editorial Marcial Pons, 1999.
41. PERALTA ANDÍA, Javier y PERALTA ZECENARRO, Nilda. "Fuentes de las Obligaciones en el Código Civil", Lima, Editorial Moreno S.A, 2005.
42. PETIT, Eugéne. "Tratado elemental de Derecho Romano", Primera Edición, Florida, Valleta Ediciones S.R.L., 2005.

43. REZZÓNICO, Juan Carlos. "Contratos con Cláusulas Predispuestas", Primera edición, Buenos Aires, Editorial ASTREA, 1987.
44. ROPPO, Vincenzo. "El Contrato", Primera Edición Peruana, Lima, Gaceta Jurídica S.A., 2009.
45. RUBIO CORREA, Marcial. "El Título Preliminar del Código Civil", décima edición, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2008.
46. SANTOS BRIZ, Jaime. "La contratación privada". Editorial Montecorvo, Madrid, 1966.
47. SERRA RODRÍGUEZ, Adela. "Cláusulas Abusivas en la contratación. En especial las cláusulas limitativas de responsabilidad". Editorial Aranzadi, Pamplona, España, 1996.
48. SOTO COAGUILA, CARLOS ALBERTO. "Transformación del Derecho de Contratos", Primera Edición, Lima, Editora Jurídica GRIJLEY E.I.R.L, 2005.
49. STIGLITZ, Rubén. "Contratos civiles y mercantiles. Parte general Tomo I". Primera Edición, Editorial Abeledo- Perrot, Buenos Aires, 1998.
50. TABOADA CÓRDOVA, Lizandro. "Nulidad del Acto Jurídico", Segunda Edición, Primera Reimpresión, Editora Jurídica Grijley E.I.R.L, 2002.
51. TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. "Negocio jurídico, contrato y responsabilidad civil", Primera Edición, Lima, Editora Jurídica Grijley E.I.R.L, 2006.
52. TANTALEÁN ODAR, Reynaldo Mario. "La Nulidad del Acto Jurídico y las incoherencias en su tratamiento", Lima, Ediciones Caballero Bustamante S.A.C., 2010.
53. TORRES CARRASCO, Manuel Alberto. "Cláusulas abusivas en el Nuevo Código de Defensa y Protección al Consumidor", Lima, Gaceta Jurídica S.A, 2011.
54. TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. "Acto Jurídico", Cuarta Edición, Lima, Editorial Moreno S.A., 2012.
55. TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. "Código Civil – Tomo II", Editorial Inkari-1993, Lima, 2011.
56. TORRES VÁZQUES, Aníbal. "Teoría General del Contrato. Tomo I", Lima, Instituto Pacífico S.A.C, 2012.
57. WAYAR, Ernesto C. "Compraventa y Permuta". Editorial Astrea, Buenos Aires, 1986.

58. ZEGARRA MULÁNOVICH, Álvaro. “Descubrir el derecho. Las nociones elementales del Derecho Privado y del Derecho Público explicadas en forma sistemática”, Lima, Palestra Editores, 2009.

B. ARTÍCULOS PUBLICADOS EN OBRAS COLECTIVAS

59. ESPINOZA ESPINOZA, Juan. “Las cláusulas vejatorias en los contratos estipulados unilateralmente” en Estudios sobre el contrato en general, 2da Edición, Lima, ARA Editores E.I.R.L., 2004.
60. SOTO COAGUILA, Carlos Alberto. “La contratación masiva y la crisis de la teoría clásica del contrato”, en El Contrato en una Economía de Mercado, Primera Edición, Trujillo, Editora Normas Legales SAC, 2004.
61. SOTO COAGUILA, Carlos Alberto. “La Transformación del Contrato: Del Contrato Negociado al Contrato Predispuesto”, en Contratación Contemporánea. Teoría General y Principios, Primera Edición, Santa Fe de Bogotá, Palestra Editores S.R.L. y Editorial Temis S.A, 2000.
62. TINTI, Guillermo P. “El Abuso en el Derecho del Consumidor” en El Abuso en los Contratos, Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma S.R.L., 2002.
63. TINTI, Guillermo P. “Ineficacia de las Cláusulas Contractuales Abusivas y Nulidad parcial de contrato” en El Abuso en los Contratos, Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma S.R.L., 2002.

C. TESIS

64. ARÉVALO AYALA, Juan Pablo. “El Régimen de Ineficacia de las Cláusulas Abusivas en la ley chilena sobre Protección de los Derechos de los Consumidores”, Ars Boni et Aequi, Volumen 12, Número 2, diciembre del 2016.
65. CORDOVA CUTIPA, Yris. Las cláusulas generales de contratación en el Perú y su relación con el estado de desprotección de los derechos del consumidor. Tesis para optar el grado de Magíster, Lima, Universidad Mayor de San Marcos, 2012.

66. CRIADO-CASTILLA, Juan Felipe. "Cláusulas Abusivas en los Contratos de Consumo (Artículos 42 y 43 de la Ley 1480 de 2011 o Estatuto del Consumidor)", Tesis para optar el grado de Magíster, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2014.
67. MORALES HERVÍAS, Rómulo. "Las Patologías y los Remedios del Contrato" Tesis para optar el grado de Doctor, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Derecho, 2010.
68. PAZ GUILLÉN, Andrés Gabriel. "La Acción de Nulidad y la Impugnación de los Acuerdos Societarios, Legitimación, Procesos y Caducidad en la Ley General de Sociedades". Tesis para optar el grado de magíster, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Derecho, 2014.
69. RAMÍREZ GARCÍA. Álvaro José. El control de las Cláusulas Abusivas en contratos por adhesión en el Derecho Nicaragüense, Tesis para optar el grado de licenciado en Derecho. León, Universidad Autónoma de Nicaragua, 2010.

D. ARTÍCULOS DE REVISTAS

70. BULLARD GONZÁLES, Alfredo. "Contrato e intercambio económico", en: Derecho y Economía. El Análisis Económico de las Instituciones Legales. Primera edición. Lima: Palestra Editores, 2003.
71. ESCOBAR ROZAS, Freddy. "El derecho subjetivo. Consideraciones en torno a su esencia y estructura", *Ius et Veritas*, N° 16, 1998.
72. ESPINOZA ESPINOZA, Juan. "Primeras reflexiones a propósito del Código de Protección y Defensa del Consumidor". *Actualidad Jurídica*, N° 202, *Gaceta Jurídica*, Lima, 2010.
73. GONZÁLES BARRÓN, Gunther. "El mito del consumidor razonable". En: *Actualidad Jurídica* 202. Septiembre del 2010.
74. PIZARRO WILSON, Carlos. "Las Cláusulas Abusivas. Una crítica al control represivo". En: *Revista de Derecho*, Semestre II, Año XXVI, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, 2005.
75. RENGIFO GARCÍA, Ernesto. "Del Abuso del Derecho al Abuso de la Posición Dominante", Segunda Edición, Bogotá, Editorial de la Universidad Externado de Colombia, 2004.

76. RODRIGUEZ GARCÍA, Gustavo M. “El apogeo y decadencia del deber de Idoneidad en la Jurisprudencia Peruana de Protección al Consumidor”, Themis - Revista de Derecho, Volumen 65, Enero 2014.
77. RUBIO CORREA, Marcial. “El Abuso del Derecho en el Perú” en Revista de Derecho Privado y Comunitario. Abuso del derecho. Tomo 16, Primera Edición, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 1997.

E. RECURSOS ELECTRÓNICOS

78. ACOSTA RODRIGUEZ, Joaquín Emilio. “El Necesario reconocimiento del Principio de Justicia Contractual” [Ubicado el 24.VI.2018]. Obtenido en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3819176.pdf>
79. ARAGONESES, Alfons. “Au-delà du code civil mais par le code civil. Raymond Saleilles (1885 – 1912) y la lucha por el Derecho Comparado”. [ubicado el 15.X.2016]. Obtenido en: <http://dugidoc.udg.edu/bitstream/handle/10256/4773/taa.pdf>
80. ARANA, María del Carmen. “Contrato De Consumo: Cláusula Abusiva”, [ubicado el 01.XII.2016]. Obtenido en: revistas.indecopi.gob.pe/index.php/rcpi/article/download/115/111
81. BARCELÓ COMPTE, Rosa. “Hacia un derecho más justo” [ubicado el 14.VI.2018]. Obtenido en: http://diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/104556/6/WP_2016_1.pdf
82. BARTURÉN LLANOS, Tony Daniel. “El control de las cláusulas abusivas en el código de protección y defensa del consumidor”, [ubicado el 27.VI.2016]. Obtenido en: <http://app.vlex.com/#/vid/425588642>
83. BULLARD GONZÁLES, Alfredo. “¿Es el Consumidor un Idiota? El Falso Dilema entre el Consumidor Razonable y el Consumidor Ordinario”, [ubicado el 01.XII.2016]. Obtenido en: <http://servicio.indecopi.gob.pe/revistaCompetencia/castellano/articulos/otonio2010/AlfredoBullard.pdf>
84. CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. “Las cláusulas generales de contratación y el control de las cláusulas abusivas” [ubicado el 19.XI.2016]. Obtenido en: www.revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/download/15555/160

85. COCH ROURA, Núria. “La forma Estipulatoria. Una Aproximación al estudio del lenguaje directo en El Digesto”, [ubicado el 15.X.2016]. Obtenido en: <http://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/7674/tncr.pdf>
86. Comisión de Protección al Consumidor. “Lineamientos sobre Protección al Consumidor - Resolución N° 001-2001-LIN-CPC/INDECOPI”. [ubicado el 17.III.2017]. Obtenido en: <http://www4.congreso.gob.pe/comisiones/2004/parlatinoDefensaconsumidor/consumidor/Lineamientos-proteccion-consumidor.pdf>
87. COMUNIDAD ANDINA. La armonización de normas prudenciales en la comunidad andina. 2001. [ubicado el 06.VI.2017]. Obtenido en: intranet.comunidadandina.org/Documentos/DInformativos/SGdi328.doc
88. CRIADO-CASTILLA, Juan Felipe. “Juicio de abusividad en los contratos de consumo”, [ubicado el 27.VI.2016]. Obtenido en: <http://app.vlex.com/#!/vid/582768246>
89. ECHEVERRI SALAZAR, VERÓNICA MARÍA. “Del contrato de libre discusión al contrato de adhesión”, [ubicado el 15.X.2016]. Obtenido en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3294164.pdf>
90. ESTIGARRIBIA BIEBER, María Laura. “Interpretación de los Contratos. Evolución de sus Principios”, [ubicado el 01.XII.2016]. Obtenido en: <https://app.vlex.com/#WW/vid/334101450>
91. FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara Lidia; RODRÍGUEZ, Mónica S., SCOTTI, Luciana B. “Contratación Electrónica Internacional” [ubicado el 19.XI.2016]. Obtenido en: <https://app.vlex.com/#WW/vid/425369114>
92. GONZÁLES BARRÓN, Gunther. “El Abuso del Derecho: Entre la Modernidad y la Posmodernidad” [ubicado el 25.VI.2017]. Obtenido en: <http://repositorio.ual.es/bitstream/handle/10835/4813/EL%20ABUSO%20DE%20DERECHO%20ENTRE%20LA%20MODERNIDAD%20Y%20LA%20POSMODERNIDAD-1.pdf>
93. GUTIERREZ CAMACHO, Walter. “El contrato de consumo y la crisis de la contratación clásica”, [ubicado el 27.VI.2016]. Obtenido en: <http://app.vlex.com/#!/vid/50065602>
94. HERNÁNDEZ VELASCO, Héctor Elías & PARDO MARTÍNEZ, Orlando. “La aplicación de la teoría del Abuso del Derecho en la jurisprudencia

- colombiana”. [ubicado el 2.VII.2017]. Obtenido en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5015046.pdf>
95. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Carlos. “Trascendencia del Principio de Protección a los Consumidores en el Derecho de Obligaciones” [ubicado el 27.VI.2016]. Obtenido en: https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-1994-10003100090_ANUARIO_DE_DERECHO_CIVIL_Trascendencia_del_principio_de_protecci%F3n_a_los_consumidores_en_el_Derecho_de_obligaciones
96. MOISSET DE ESPANÉS, Luis & TINTI, Guillermo P. “Consideraciones sobre el consumo y el derecho del consumidor”, [ubicado el 01.XII.2016]. Obtenido en: revistas.bibdigital.uccor.edu.ar/index.php/ADC/article/download/223/126
97. MOISSET DE ESPANÉS, Luis. “Arbitraje y prescripción”, en Ponencias del Congreso Internacional de Arbitraje 2007. Primera Parte. Mario Castillo Freyre – Director. [ubicado el 01.XII.2016]. Obtenido en: <http://www.castillofreyre.com/archivos/pdfs/vol5.pdf>
98. MUÑOZ CORTINA, Silvia Elena. “El derecho a la información en la esfera de protección de consumidor” [ubicado el 27.VI.2016]. Obtenido en: <http://www.administracion.usmp.edu.pe/institutoconsumo/wpcontent/uploads/2013/08/Derecho-a-la-Informacion-Proteccion-del-consumidor.pdf>
99. NORTHCOTE SANDOVAL, Crithian. “La invalidez del acto jurídico”, [ubicado el 01.XII.2016]. Obtenido en: http://aempresarial.com/servicios/revista/326_41_LFAOKDNFXXOWYQMYVNOEIIBZCJPLXMXJRXXCALIYIXUGNHFJUJ.pdf
100. OSTERLING PARODI, Felipe. “Interpretación de la Ley y de los Contratos”, [ubicado el 01.XII.2016]. Obtenido en: <http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/Art.%20Interpretaci%C3%B3n%20de%20la%20Ley.nov%2007.pdf>
101. PÉREZ BRAVO, Carlos. “La Stipulatio. Características Generales”, [ubicado el 15.X.2016]. Obtenido en: www.ubo.cl/icsyc/wp-content/uploads/2011/09/6-Pérez.pdf

102. POSADA TORRES, Camilo. “Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión en el derecho colombiano”, [ubicado el 27.VI.2016]. Obtenido en: <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/4328/5081>
103. RENGIFO GARCÍA, Ernesto. “El Abuso del Derecho”. [ubicado el 2.VII.2017]. Obtenido en: http://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/34384292/EI_Abuso_del_Derecho.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A&Expires=1499037307&Signature=A%2F%2FQPF%2FKQ2%2Fv8PqUpDeUtGWu4%3D&response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DEI_Abuso_del_Derecho.pdf
104. RODRIGUEZ RUSSO, Jorge. “La interpretación de los contratos de consumo celebrados por adhesión en el Derecho Civil uruguayo” [ubicado el 5.VII.2017]. Obtenido en: http://www.indret.com/pdf/1011_es.pdf
105. SONCCO MENDOZA, Percy. “Los Contratos por Adhesión y las Cláusulas Generales de Contratación”. [ubicado el 27.VI.2016]. Obtenido en: luciolatrajtmán.wikispaces.com/file/view/clausulas+generales+contrata.pdf
106. STIGLITZ, Rubén Raúl. “Contratos con Cláusulas Predispuestas en el Proyecto Argentino de unificación de la legislación civil y comercial”, [ubicado el 01.XII.2016]. Obtenido en: https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-1988-30073500762_ANUARIO_DE_DERECHO_CIVIL_Contratos_con_cl%1usulas_predispuestas_en_el_proyecto_argentino_de_unificacion_de_la_legislacion_civil_y_comercial
107. Stiglitz, Rubén S. “Contrato de Consumo y Cláusulas Abusivas” [ubicado el 5.VII.2017]. Obtenido en: revistas.uexternado.edu.co/index.php/contexto/article/download/1712/1539
108. TORRES VASQUEZ, Aníbal. Rescisión y Resolución del contrato. 2007 [ubicado el 4.XII. 2016]. Obtenido en <http://www.otorresvasquez.com.pe/pdf/RESCISION-Y-RESOLUCION.pdf>
109. VILLOTA CENA, Marco Antonio. “Contrato de Consumo, Protección Mínima del Contrato de Consumo y Cláusulas Abusivas” [ubicado el 27.VI.2016]. Obtenido en:

http://www.administracion.usmp.edu.pe/institutoconsumo/wpcontent/uploads/2015/12/EL_CONTRATO_DE_CONSUMO.pdf

F. NORMATIVA

110. Perú. Decreto Legislativo N° 295 – Código Civil Peruano de 1984.
111. Perú. Ley N° 29571 - Código de Defensa y Protección al Consumidor (Perú)
112. Perú. Resolución S.B.S. N° 1765-2005. – “Reglamento de Transparencia de Información y Disposiciones Aplicables a la Contratación con usuarios del Sistema Financiero”.
113. Perú. Resolución S.B.S. N° 8181-2012 – “Reglamento de Transparencia de Información y Contratación con usuarios del Sistema Financiero”
114. Alemania. Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB-Gesetz)
115. Europa. Directiva Comunitaria 93/13/CEE (Europa)
116. Francia. Ley N° 78-23, la Ley N° 95-96 y el Decreto N° 93-314
117. Italia. Código Civil Italiano
118. España. Ley N° 7/1998 y Ley N° 3/2014

G. JURISPRUDENCIA

119. CAS. N.º 17241-2013-LIMA
120. CAS. N° 1265-2001-LIMA
121. STC del 18 de Diciembre de 1996. {Expediente N° 102-95-C.P.C}. Obtenido en: https://www.indecopi.gob.pe/documents/20182/165388/pres_Res_0101-1996-TDC.pdf
122. Resolución Final N° 1323-2006/CPC

ANEXOS

Tabla N° 01

	Contratos por Adhesión	Cláusulas Generales de Contratación
	Son contratos.	No son contratos.
El Consentimiento		
	La parte sólo presta su consentimiento al contenido del contrato rígidamente predispuesto, tomándolo o rechazándolo sin posibilidad de negociación.	Existe mayor flexibilidad. En el momento de celebrar cada contrato cabe la posibilidad de suprimir algunas de dichas cláusulas, o que se estipulen condiciones particulares. Las condiciones particulares prevalecen sobre las pre-redactadas.
La Oferta		
<u>Naturaleza</u>	Si constituyen una oferta. Se trata por lo general de formularios ya impresos que sólo necesitan de la firma de la otra parte para constituirse.	No constituye una oferta, pues no tienen fuerza obligatoria por sí misma. Al incorporarse a un contrato individual es cuando adquieren fuerza obligatoria.
<u>Flexibilidad</u>	La oferta es inmodificable, sólo cabe en el aceptante la posibilidad de aceptarla o rechazarla en su totalidad. El contratante ve seriamente disminuida su libertad contractual.	La oferta está conformada por dos partes: una constituida por las cláusulas generales de contratación y la otra constituida por los elementos propios de cada contrato. Esta configuración permitiría la negociación de determinados aspectos del contrato.
<u>Uniformidad</u>	Son redactados para regular cada contrato en particular. En consecuencia, pueden ser determinados en función de la situación de cada contratante.	Son redactados previamente de manera general y abstracta. Los contratantes saben de antemano que las cláusulas son uniformes para todos.
Aceptación		
<u>Sumisión</u>	Implica la sumisión de una parte a la voluntad de otra. Se distinguen dos tipos: el contrato libre de adhesión en el que esta sumisión se refiere a la posibilidad de aceptar o rechazar íntegramente y el contrato necesario por adhesión en el que la sumisión es total y el destinatario de la oferta se ve compelido a aceptarla.	Lo peculiar no es la adhesión, sino la aptitud de conjugar la celeridad del tráfico masivo con la voluntad particular de cada contratante. En alguna medida conserva su libertad contractual y su libertad de contratar.
<u>El conocimiento de las cláusulas</u>	Todas las cláusulas son puestas en conocimiento de la otra parte contratante al momento en que estas se adhieren al contrato.	No forman parte del contrato individual, porque son estipulaciones abstractas, y sólo serán parte de un contrato individual cuando este se celebre a futuro.

*Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente
Corte Suprema de Justicia de la Republica*

**SENTENCIA
CASACION N° 17241-2013
LIMA**

Sumilla: Los jueces no han valorado el contrato de operaciones y servicios bancarios- cuenta sueldo, de fecha veintitrés de setiembre del dos mil seis, suscrita por Manuel Andrés Sánchez Alayo con el Banco Continental, que corre a fojas cuarenta y cinco del tomo I del expediente administrativo; considerándosele en ese sentido importante para el esclarecimiento de la presente litis; ello, teniendo en cuenta la fuerza vinculante que tienen los contratos suscritos entre las partes.

Lima, veintisiete de noviembre
de dos mil catorce.-

**LA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL PERMANENTE
DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA:**

VISTA la causa; con el acompañado; en Audiencia Pública llevada a cabo en la fecha, integrada por los Jueces Supremos Sivina Hurtado – Presidente, Walde Jáuregui, Acevedo Mena, Vinatea Medina y Rueda Fernández; de conformidad con el Dictamen Fiscal Supremo en lo Contencioso Administrativo; producida la votación con arreglo a ley, se ha emitido la siguiente sentencia:

1.- MATERIA DEL RECURSO DE CASACION:

Se trata del recurso de casación obrante a fojas quinientos dieciocho, interpuesto por el Banco Continental contra la sentencia de vista dictada el uno de octubre del dos mil trece; obrante a fojas cuatrocientos noventa y ocho, que confirma la sentencia apelada de fecha veinticinco de junio del dos mil doce, obrante a fojas cuatrocientos tres que declaró infundada la demanda; en los seguidos por el Banco Continental contra el Instituto

*Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente
Corte Suprema de Justicia de la Republica*

**SENTENCIA
CASACION N° 17241-2013
LIMA**

Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual – INDECOPI y otro sobre Acción Contencioso Administrativa.

II.- FUNDAMENTOS POR LOS CUALES SE HA DECLARADO PROCEDENTE EL RECURSO:

Esta Sala Suprema por resolución de fecha ocho de julio del dos mil catorce, obrante a fojas ochenta y siete del cuaderno de casación ha declarado procedente el recurso de casación interpuesto por el Banco Continental, por las siguientes causales: i) Infracción normativa del artículo 139, inciso 5, de la Constitución Política del Estado; el artículo 122, incisos 3 y 4 del Código Procesal Civil y el artículo 12 del Texto Unico Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, señala que la sentencia de vista objeto de impugnación vulnera el derecho a la motivación que estas disposiciones consagran, debido a que sustenta su decisión en base al reconocimiento de una atribución al INDECOPI que nunca fue objeto de debate en el proceso y que incluso no ha sido invocada siquiera por esta entidad; además del hecho que ha omitido pronunciarse sobre uno de los agravios que sustentó esencialmente en su recurso de apelación. ii) Infracción normativa del artículo 42 del Reglamento de Transparencia de Información y Disposiciones Aplicables a la Contratación de Usuarios del Sistema Financiero, aprobado por Resolución N° 1765-2005-SBS, sostiene que esta disposición ha sido objeto de una errada interpretación por parte de la Sala Superior, al pretender desprender indebidamente de ella que INDECOPI se encuentra facultada a declarar la ineficacia de las cláusulas contractuales, lo cual es una facultad exclusivamente jurisdiccional; y ello a pesar de que la Cuarta Disposición Complementaria de este Reglamento establece que las actividades de investigación sobre las cláusulas aprobadas

Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente
Corte Suprema de Justicia de la Republica

SENTENCIA
CASACION N° 17241-2013
LIMA

administrativamente debe ejercerse de acuerdo a sus facultades. iii) Infracción normativa del artículo 1398 del Código Civil, sostiene que la Sala Superior ha interpretado indebidamente esta disposición, dado que ha considerado erradamente que ésta regula un supuesto de resolución, cuando lo correcto es que ésta prevé la figura de receso, la cual constituye un supuesto de finalización de contratos a plazo indeterminado por decisión unilateral y sin causa de una de las partes.

III.- CONSIDERANDO:

Primero: A través del proceso contencioso administrativo, este Supremo Tribunal controla jurídicamente las actuaciones de la administración pública, entre ellas, los actos administrativos, el silencio administrativo y las actuaciones materiales administrativas, siendo que la finalidad de dicho proceso es que el Juez declare la nulidad de tales actos, en resguardo de los derechos fundamentales a un debido procedimiento administrativo y a un debido proceso, y de los principios de integración, de igualdad procesal, de favorecimiento del proceso y de suplencia de oficio, entre otros.

Segundo: Este Supremo Tribunal aprecia que se ha declarado procedente la causal normativa procesal por **afectación al derecho a un debido proceso**, por carecer la sentencia de vista de motivación insuficiente y de un análisis conjunto y razonado de las pruebas, por lo que, corresponde examinar la causal procesal, desde el marco jurídico de las garantías contenidas en dichos derechos fundamentales, a fin de que en *sede casatoria* se ejercite adecuadamente la finalidad esencial del recurso de casación, y se resguarde la tutela de los derechos procesales con valor constitucional, con la clara observancia de las normas

Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente
Corte Suprema de Justicia de la Republica

SENTENCIA
CASACION N° 17241-2013
LIMA

sustantivas y procesales que garantiza al justiciable el derecho de obtener de los órganos jurisdiccionales una respuesta razonada y fundamentada, respetando los principios de jerarquía de las normas, el de congruencia procesal, la valoración de los medios probatorios; constituyendo un deber del Juez emitir fallos de acuerdo a lo establecido en el inciso 5 del artículo 139 de la Constitución Política del Estado, en el inciso 4 del artículo 122, así como el artículo 50 inciso 6 del Código Procesal Civil, en resguardo de los derechos fundamentales citados en todas sus acepciones.

Tercero: En cuanto al derecho fundamental a un debido proceso, no sólo es un principio de quienes ejercen la función jurisdiccional y que está contemplado como tal en el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución Política del Estado, sino que también es concebido como aquel derecho fundamental que posee toda persona peruana o extranjera, natural o jurídica- y que, en tal medida, es exigible por éstas (dimensión subjetiva); a su vez, es un derecho que debe ser respetado por todos, debido a que lleva implícito los fines sociales y colectivos de justicia (dimensión objetiva)¹. En ese sentido, existe contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso cuando, en el desarrollo del mismo, el órgano jurisdiccional no ha respetado los derechos procesales de las partes; se han obviado o alterado actos de procedimiento; la tutela jurisdiccional no ha sido efectiva y/o el órgano jurisdiccional deja de motivar sus resoluciones, en clara transgresión de la normatividad vigente y de los principios procesales.

¹ Comisión Andina de Juristas. Luis Huerta con la colaboración de Enrique Aguilar, "El debido proceso en las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (análisis del artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)", en www.cajpe.org.pe.

Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente
Corte Suprema de Justicia de la Republica

SENTENCIA
CASACION N° 17241-2013
LIMA

Cuarto: Ahora bien, conforme a la jurisprudencia sentada por esta Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente²: *“El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva se encuentra reconocido en el artículo 139, inciso 3, de la Carta Magna, y en el artículo I del Título Preliminar del Código Procesal Civil, el cual encuentra dentro de su contenido constitucional protegido que, cuando una persona requiera la protección de su derecho o de sus intereses legítimos, aquello sea atendido por los órganos jurisdiccionales mediante un proceso adecuado donde se respeten las garantías mínimas de los litigantes, esto es, de ambas partes en el proceso. Ello es así, toda vez que no sólo se busca la defensa de los intereses de la parte accionante sino también los del sujeto requerido, estando sus derechos también abarcados en la tutela jurisdiccional efectiva. Tal derecho se trata, por tanto, de un derecho continente, esto es que abarca una serie de otros derechos expresamente señalados o implícitamente deducidos de aquel. En la doctrina, se ha señalado que este derecho abarca principalmente tres etapas: El acceso a los órganos jurisdiccionales, el cumplimiento de las normas y derechos que regula el debido proceso, y el de la ejecución de la resolución obtenida. En ese sentido, estableció la Sala Suprema que uno de los derechos que abarca la tutela jurisdiccional efectiva es el derecho al acceso a la justicia, el cual se encuentra implícitamente contenido en aquel, y comprende el derecho de la persona de promover la acción*

² CASACIÓN N° 405-2010, LIMA-NORTE, considerando octavo, de fecha quince de marzo de dos mil once. En esta oportunidad la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente declaró infundado el recurso de casación interpuesto por la Asociación de Propietarios de la Urbanización Sol de Lima; en los seguidos contra la Municipalidad Distrital de San Martín de Porres y otro; sobre proceso contencioso administrativo. (negrita y subrayado nuestro).

Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente
Corte Suprema de Justicia de la Republica

SENTENCIA
CASACION N° 17241-2013
LIMA

jurisdiccional de los órganos estatales correspondientes, a través de los mecanismos que la Ley le franquea para solicitar que se resuelva una situación jurídica o conflicto de derechos en un proceso judicial conforme a derecho. Asimismo, se precisó que este derecho se concretiza a través del ejercicio de otro derecho también de relevancia constitucional como parte integrante del derecho a la tutela procesal efectiva, refiriéndose al derecho de acción definido como "(...) *el poder jurídico que tiene todo sujeto de derecho, de acudir a los órganos jurisdiccionales para reclamarles la satisfacción de una pretensión*"³.

Quinto: Sobre la motivación de las sentencias, el Tribunal Constitucional⁴ ha establecido: *"debe tenerse presente que en todo Estado constitucional y democrático de derecho, la motivación debida de las decisiones de las entidades públicas -sean o no de carácter jurisdiccional- es un derecho fundamental que forma parte del contenido esencial del derecho a la tutela procesal efectiva. El derecho a la motivación debida constituye una garantía fundamental en los supuestos en que con la decisión emitida se afecta de manera negativa la esfera o situación jurídica de las personas. Así, toda decisión que carezca de una motivación adecuada, suficiente y congruente constituirá una decisión arbitraria y, en consecuencia, será inconstitucional"*.

Sexto: A través del presente proceso, el demandante en su demanda pretende la nulidad de la Resolución N°818-2010/SC2-INDECOPI de fecha veintiséis de abril del dos mil diez, que confirma la Resolución N° 515-2009/CPC, por la cual se le sancionó con una multa de 7 UIT y se le ordena, como medida correctiva, dejar sin efecto el cierre de las cuentas

³ Couture Eduardo J (1985) *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires, Depalma, p57.

⁴ STC. N° 01807-2011-PA/TC, del veintisiete de junio de dos mil once, fundamento 10.

*Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente
Corte Suprema de Justicia de la Republica*

**SENTENCIA
CASACION N° 17241-2013
LIMA**

del señor Manuel Andrés Sánchez Alayo. Como pretensión accesoria se declare la nulidad de la Resolución N° 515-2009/CPC; y se declare que el demandante no infringió el Decreto Legislativo N°716 (Ley de Protección al Consumidor) al decidir el cierre de las cuentas bancarias y tarjetas de crédito que el señor Manuel Andrés Sánchez Alayo tenía contratados con el demandante.

Sétimo: Como sustento de la demanda señala el actor que, el dieciocho de diciembre del dos mil siete, remitió una comunicación al señor Manuel Andrés Sánchez Alayo, quien en ese momento era su cliente, informándole con setenta y dos horas de anticipación el cierre de la cuenta que él mantenía, ejerciendo para ello la facultad prevista en el propio contrato de cuenta corriente, por la cual se posibilitaba que cualquiera de las partes cierre la cuenta mediante una comunicación por escrito a la otra. Ante ello, el señor Manuel Andrés Sánchez Alayo el seis de junio del dos mil ocho, formuló denuncia ante el INDECOPÍ por la presunta infracción del artículo 8 del Decreto Legislativo N°716- Ley de Protección al Consumidor, solicitando como medida correctiva la reapertura de sus cuentas, procedimiento administrativo en el cual se ha dictado indebidamente sanción, desconociendo la facultad prevista en el propio contrato de cuenta corriente que permitía dejar sin efecto el contrato, a pesar que la invalidez de las cláusulas contractuales solo puede ser declarada por un juez.

Octavo: En sede de instancia, el Juez de primera instancia, mediante sentencia de fecha veinticinco de junio del dos mil doce, obrante de fojas cuatrocientos tres, ha declarado infundada la demanda, señalando que en virtud del artículo 1398 del Código Civil, el Banco Continental se encontraba impedido de introducir en el contrato con el demandante

*Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente
Corte Suprema de Justicia de la Republica*

**SENTENCIA
CASACION N° 17241-2013
LIMA**

cláusulas que lo facultaran para resolver el contrato; por lo que la resolución operada por el Banco, resulta indebida. De otro lado, de acuerdo al artículo 42 del Reglamento de Transparencia de Información y Disposiciones Aplicables a la Contratación de Usuarios del Sistema Financiero, aprobado por Resolución N° 1765-2005-SBS que señala, *“La aprobación de cláusulas generales de contratación así como la determinación de cláusulas abusivas no impide a los usuarios recurrir ante las instancias administrativas y judiciales que correspondan a fin de salvaguardar sus derechos respecto de cualquier aspecto que se hubiera pactado con las empresas, sea que se encuentre comprendido o no en las cláusulas generales de contratación previamente aprobadas por la Superintendencia”*; por lo cual, el hecho de que la cláusula objeto de debate haya sido objeto de aprobación administrativa, no impide que INDECOPI pueda ejercer sus atribuciones respecto a ella.

Noveno: Por sentencia de vista de fecha uno de octubre del dos mil trece, la Sala Superior ha confirmado la sentencia de primera instancia que declaró infundada la demanda; sustentando su decisión, entre otros fundamentos que, si bien el INDECOPI no se encuentra facultado para declarar la invalidez de las cláusulas contractuales, sí puede declarar su ineficacia al evaluar la protección de los derechos al consumidor. En cuanto a la aprobación de las cláusulas generales en debate (en específico la facultad de resolución unilateral sin expresión de causa), ésta se produjo recién el cinco de agosto del dos mil ocho, a través de la Resolución SBS N°4369-2008, esto es, con posterioridad al cierre de la cuenta del actor y por ende, con posterioridad a la suscripción del mismo; por lo cual, no resulta aplicable al caso. Señala que la cláusula general empleada por el Banco Continental, mediante la cual ampara la resolución

*Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente
Corte Suprema de Justicia de la Republica*

**SENTENCIA
CASACION N° 17241-2013
LIMA**

unilateral del contrato resulta ser una cláusula abusiva, puesto que establece en su favor la facultad de resolver el contrato en cualquier momento y sin expresar razón alguna, lo cual ocasiona un perjuicio a los consumidores. Finalmente, invoca el artículo 42 del Reglamento de Transparencia de Información y Disposiciones Aplicables a la Contratación de Usuarios del Sistema Financiero, aprobado por Resolución N° 1765-2005-SBS, sosteniendo que esta disposición faculta a INDECOPI a someter a evaluación las cláusulas del Banco Continental a pesar de haber sido aprobadas administrativamente.

Décimo: Previamente al análisis de las causales, es necesario precisar en cuanto a la libertad de contratar que “la Constitución prescribe que las personas son libres de contratar con fines lícitos, siempre que no contravengan leyes de orden público (artículo 2 inciso 14). 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 solo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley (...). Por su parte el Código Civil en su artículo 1354 dispone que las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a la norma legal de carácter imperativo. Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos (artículo 1361)”⁵. Por otro lado, “las cláusulas generales de contratación constituyen una respuesta a la necesidad de desarrollar mecanismos de contratación que

⁵ TORRES Vásquez, Aníbal. Teoría General del Contrato, Tomo I. Pacifico Editores, Lima, Primera Edición, 2012. Pág. 393.

*Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente
Corte Suprema de Justicia de la Republica*

**SENTENCIA
CASACION N° 17241-2013
LIMA**

permitan reducir los costos de transacción, a fin de hacer menos onerosa la contratación masiva. Con la pre redacción de las cláusulas generales, con elementos comunes a todos los contratos a celebrarse, se reducen costos y se acelera la celebración de los contratos. Las cláusulas generales son disposiciones generales y abstractas que integraran la oferta de una serie indeterminada de contratos individuales y adquieren fuerza vinculante una vez celebrados los correspondientes contratos”⁶.

Décimo primero: Entrando al análisis del recurso de casación, este Supremo Tribunal advierte que efectivamente la sentencia de vista vulnera los derechos fundamentales a un debido proceso y tutela jurisdiccional efectiva, por motivación aparente y ausencia de valoración conjunta y razonada de las pruebas, por cuanto las instancias de mérito han declarado infundada la demanda, no teniendo en consideración que a fojas cuarenta y cinco del tomo I del expediente administrativo, obra el contrato de operaciones y servicios bancarios - cuenta sueldo, de fecha veintitrés de setiembre del dos mil seis, suscrita por Manuel Andrés Sánchez Alayo, anexándose a dicho contrato, el documento denominado Cláusulas Generales Aplicables a las Operaciones Pasivas y Prestación de Servicios Bancarios, el cual señala en su cláusula décimo novena “cierre de la cuenta y resolución de condiciones generales (...) 19.1 El cliente y el Banco podrá en cualquier momento disponer el cierre de la(s) cuenta(s) mediante envío de una comunicación por escrito, salvo que la(s) cuenta(s) tuviese(n) saldo(s) deudor(es) y/o tuviese productos y/o servicios vinculados; supuesto en que el Banco podrá denegar la solicitud de cierre de la(s) cuenta(s) formuladas por el cliente, sin responsabilidad

⁶ IDEM, Pág. 452.

Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente
Corte Suprema de Justicia de la Republica

SENTENCIA
CASACION Nº 17241-2013
LIMA

alguna de su cargo. 19.2 La cuenta podrá ser cerrada en cualquiera de los siguientes casos: (i) si presentara en cualquier momento saldo cero o deudor; (ii) si no tuviese movimientos a cargo del cliente por más de tres (3) meses, plazo que podrá ser modificado por el Banco y comunicado conforme lo establecido en el numeral 7.3 de la Cláusula séptima de las presentes condiciones; (iii) si a criterio del Banco la situación económica financiera del cliente así lo amerita; (iv) si a criterio del Banco, existan dudas o conflictos respecto a la legitimidad, legalidad, vigencia o alcances de las facultades de los representantes del Cliente o legalidad de la procedencia de los fondos depositados en la cuenta; (...) (vi) cuando el cliente o el Banco, indistintamente, consideren que no resulta conveniente para sus intereses mantener relaciones comerciales; (...) (viii) cualquier otra causal que será de conocimiento del cliente mediante mecanismo establecido en el numeral 7.3 de la Cláusula séptima de las presentes condiciones". Siendo ello así, este Colegiado Supremo advierte de la revisión de los actuados, que los jueces no han valorado el contrato de operaciones y servicios bancarios- cuenta sueldo, de fecha veintitrés de setiembre del dos mil seis, suscrita por Manuel Andrés Sánchez Alayo con el Banco Continental, que corre a fojas cuarenta y cinco del tomo I del expediente administrativo; considerándosele en ese sentido importante para el esclarecimiento de la presente litis; ello, teniendo en cuenta la fuerza vinculante que tienen los contratos suscritos entre las partes, ello en base a lo establecido en el artículo 1361 del Código Civil, que dispone que "Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos. Se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla"; dispositivo legal que obliga a las partes suscribientes del

Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente
Corte Suprema de Justicia de la Republica

SENTENCIA
CASACION N° 17241-2013
LIMA

contrato a satisfacer las obligaciones asumidas, en aplicación del principio del "*pacta sunt servanda*", principio que dispone que los pactos se han celebrado para cumplirse.

Décimo segundo: En este sentido, se advierte que las instancias de mérito al rehuir el cumplimiento del poder-deber que les atribuye la ley para dilucidar la pretensión formulada por el actor, eximiéndose de valorar conjuntamente íntegramente los medios probatorios corrientes a fin de emitir pronunciamiento que dilucide los hechos involucrados en la controversia, han vulnerado injustificadamente el derecho a la motivación, infringiendo con ello el artículo 139 inciso 3 de la Constitución Política del Estado; por lo cual, deberán renovarse los actos procesales a fin de llevar a cabo las actuaciones necesarias para atender la pretensión planteada en la demanda, de conformidad con las consideraciones anteriores; resultando innecesario, en esta medida, expresar mayor fundamento en relación a las otras posibles infracciones denunciadas.

IV. RESOLUCION

Declararon: **FUNDADO** el recurso de casación obrante a fojas quinientos dieciocho, interpuesto por el Banco Continental; en consecuencia **NULA** la sentencia de vista de fojas cuatrocientos noventa y ocho, su fecha uno de octubre del dos mil trece; e **INSUBSISTENTE** la sentencia apelada de fecha veinticinco de junio del dos mil doce, obrante de fojas cuatrocientos tres; **ORDENARON** al Juez del Noveno Juzgado Contencioso Administrativo Transitorio de la Corte Superior de Justicia de Lima expida

*Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente
Corte Suprema de Justicia de la Republica*

**SENTENCIA
CASACION Nº 17241-2013
LIMA**

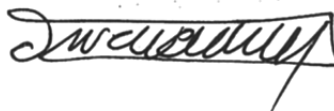
nuevo fallo con arreglo a las consideraciones expuestas precedentemente; en los seguidos por el Banco Continental contra el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual - INDECOPI y otro, sobre acción contencioso administrativo; **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial "El Peruano" conforme a ley; y los devolvieron.- **Juez Supremo Ponente: Vinatea Medina.**

SS.

SIVINA HURTADO



WALDE JAUREGUI



ACEVEDO MENA



VINATEA MEDINA



RUEDA FERNANDEZ



Se Publico Conforme a Ley

*Carmen Rosa Díaz Acevedo
Secretaria
De la Sala de Derecho Constitucional y Social
Permanente de la Corte Suprema*