UNIVERSIDAD NACIONAL "SANTIAGO ANTUNEZ DE MAYOLO"

ESCUELA DE POSTGRADO

CONTRATOS DE ADHESIÓN CELEBRADOS POR TELEFÓNICA DEL PERÚ Y LA LIMITACIÓN DEL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA PRIVADA DE LA VOLUNTAD DE LOS USUARIOS EN HUARAZ ENTRE LOS AÑOS 2015 - 2016

Tesis para optar el grado de Maestro

en Derecho

Mención: Derecho Civil y Comercial

ARMANDO CORAL ALEGRE

Asesor: **Dr. LUIS ROBLES TREJO**

Huaraz – Ancash – Perú

2022

N° de Registro: **T0828**

Repositorio Institucional - **UNASAM** - Perú

FORMATO DE AUTORIZACIÓN PARA LA PUBLICACIÓN DE TRABAJOS DE INVESTIGACIÓN, CONDUCENTES A OPTAR TÍTULOS PROFESIONALES Y GRADOS ACADÉMICOS EN EL REPOSITORIO INSTITUCIONAL

1. Datos del autor:

Apellidos y Nombres: CORAL ALEGRE ARMANDO

Código de alumno: 2002.0304.12.AB Teléfono: 943972820

E-mail: acorala@unasam.edu.pe D.N.I. n°: 31624792

(En caso haya más autores, llenar un formulario por autor)

2. Tipo de trabajo de Investigación:

- (●) Tesis
- ( ) Trabajo de Investigación
- ( ) Trabajo Académico

3. Trabajo de Investigación para optar el grado de:

MAESTRO

4. Título del trabajo de Investigación:

CONTRATOS DE ADHESION CELEBRADOS POR TELEFONICA DEL PERÚ Y LA LIMITACIÓN DEL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA PRIVADA DE LA VOLUNTAD DE LOS USUARIOS EN HUARAZ ENTRE LOS AÑOS 2015 - 2016.

5. Escuela: Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo. Escuela de Post Grado

6. Programas: Maestría en Derecho con Mención en Derecho Civil y Comercial

7. Asesor:

Apellidos y nombres ROBLES TREJO LUIS WILFREDO D.N.I n°: 31658645

E-mail: llrobles@hotmail.com ID ORCID: https://orcid.org/0000000248971709

8. Referencia bibliográfica: Tesis en formato APA

9. Tipo de acceso al Documento:

- (●) Acceso público* al contenido completo. Acceso
- ( ) restringido** al contenido completo

Si el autor eligió el tipo de acceso abierto o público, otorga a la Universidad Santiago Antúnez de Mayolo una licencia no exclusiva, para que se pueda hacer arreglos de forma en la obra y difundirlo en el Repositorio Institucional, respetando siempre los Derechos de Autor y Propiedad Intelectual de acuerdo y en el Marco de la Ley 822.

En caso de que el autor elija la segunda opción, es necesario y obligatorio que indique el sustento correspondiente:

10. Originalidad del archivo digital

Por el presente dejo constancia que el archivo digital que entrego a la Universidad, como parte del proceso conducente a obtener el título profesional o grado académico, es la versión final del trabajo de investigación sustentado y aprobado por el Jurado.

Firma del autor

11. Otorgamiento de una licencia *CREATIVE COMMONS*

Para las investigaciones que son de acceso abierto se les otorgó una licencia *Creative Commons,* con la finalidad de que cualquier usuario pueda acceder a la obra, bajo los términos que dicha licencia implica.

El autor, por medio de este documento, autoriza a la Universidad, publicar su trabajo de investigación en formato digital en el Repositorio Institucional, al cual se podrá acceder, preservar y difundir de forma libre y gratuita, de manera íntegra a todo el documento.

Según el inciso 12.2, del artículo 12º del Reglamento del Registro Nacional de Trabajos de Investigación para optar grados académicos y títulos profesionales - RENATI "Las universidades, instituciones y escuelas de educación superior tienen como obligación registrar todos los trabajos de investigación y proyectos, incluyendo los metadatos en sus repositorios institucionales precisando si son de acceso abierto o restringido, los cuales serán posteriormente recolectados por el Recolector Digital RENATI, a través del Repositorio ALICIA".

……

12. Para ser verificado por la Dirección del Repositorio Institucional

Fecha de Acto de sustentación:

Huaraz, 16/12/2021

Firma: _____

Varillas Wiliam Eduardo
Asistente en Informática y Sistemas
- UNASAM -

***Acceso abierto**: uso lícito que confiere un titular de derechos de propiedad intelectual a cualquier persona, para que pueda acceder de manera inmediata y gratuita a una obra, datos procesados o estadísticas de monitoreo, sin necesidad de registro, suscripción, ni pago, estando autorizada a leerla, descargarla, reproducirla, distribuirla, imprimirla, buscarla y enlazar textos completos (Reglamento de la Ley No 30035).

**** Acceso restringido:** el documento no se visualizará en el Repositorio.

UNIVERSIDAD NACIONAL
"SANTIAGO ANTUNEZ DE MAYOLO"
ESCUELA DE POSTGRADO

ACTA DE SUSTENTACIÓN PRESENCIAL DE TESIS

Los miembros del Jurado de Sustentación de Tesis, que suscriben, reunidos en acto público, en la Sala de Audiencias de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, de la Universidad Nacional "Santiago Antúnez de Mayolo" para calificar la Tesis presentada por el:

Bachiller : **ARMANDO CORAL ALEGRE**

Título : ***"CONTRATOS DE ADHESIÓN CELEBRADOS POR TELEFONICA DEL PERÚ Y LA LIMITACIÓN DEL PRINCIPIO DE AUTONOMIA PRIVADA DE LA VOLUNTAD DE LOS USUARIOS EN HUARAZ, ENTRE LOS AÑOS 2015 – 2016"***

Después de haber escuchado la sustentación, las respuestas a las preguntas y observaciones finales, la declaramos:

APROBADO con el calificativo de DIECISEIS (16).

De conformidad al Reglamento General a la Escuela de Postgrado y al Reglamento de Normas y Procedimientos para optar los Grados Académicos de Maestro y Doctor, queda en condición de ser aprobado por el Consejo de la Escuela de Postgrado y recibir el Grado Académico de Maestro en **DERECHO** con Mención en **DERECHO CIVIL Y COMERCIAL** a otorgarse por el Honorable Consejo Universitario de la UNASAM.

Huaraz, 16 de diciembre del 2021

Mag. Víctor Efraín Flores Leiva
PRESIDENTE

Dr. Ricardo Robinson Sánchez Espinoza
SECRETARIO

Dr. Luis Wilfredo Robles Trejo
VOCAL

MIEMBROS DEL JURADO

Magister Víctor Efraín Flores Leiva — Presidente

Doctor Ricardo Robinson Sánchez Espinoza — Secretario

Doctor Luis Wilfredo Robles Trejo — Vocal

Repositorio Institucional - **UNASAM** - Perú

ASESOR

***Doctor* Luis Wilfredo Robles Trejo**

Repositorio Institucional - **UNASAM** - Perú

AGRADECIMIENTO

- A la Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo, porque me da la oportunidad de alcanzar un peldaño más en mi formación profesional.
- A mi familia, que es el fundamento de mi existencia.

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

A mi mamá Guillicha,

quien fustigó el empeño académico

que ahora se pone a prueba.

Repositorio Institucional - **UNASAM** - Perú

ÍNDICE

RESUMEN..... ix

ABSTRACT.....x

INTRODUCCIÓN……...1-5

Capítulo I

PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN..... 6-10

1.1. Planteamiento y formulación del problema..... 6

1.2. Objetivos 8

1.3. Justificación..... 9

1.4. Delimitación 10

1.5. Ética de la investigación..... 10

Capítulo II

MARCO TEÓRICO..... 11-61

2.1. Antecedentes de investigación 11

2.2. Bases teóricas 200

2.2.1. Las masas y la contratación masiva..... 20

2.2.1.1. Aspectos Generales 20

2.2.1.2. Funciones de la contratación masiva..... 21

2.2.1.3. Costos y la función económica de la contratación en masa 22

2.2.2. Contrato de adhesión 25

2.2.2.1. Definición 25

2.2.2.2. Evolución histórica 26

2.2.2.3. Naturaleza jurídica..... 26

2.2.2.4. La adhesión como un acto unilateral 29

2.2.2.5. La adhesión como contrato..... 30

2.2.2.6. La tesis intermedia..... 311

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

2.2.2.7. Teoría abolicionista..... 32
2.2.2.8. Características del contrato de adhesión..... 333
2.2.2.9. Elementos del contrato de adhesión..... 35
2.2.2.10. Formación y configuración del contrato de adhesión..... 36
2.2.2.11. Ventajas y desventajas del contrato de adhesión..... 38
2.2.2.12. Formas de control en los contratos de adhesión 40

2.2.3. Principio de autonomía privada de la voluntad 42
2.2.3.1. Definición 42
2.2.3.2. Evolución histórica 43
2.2.3.3. Elementos de la autonomía privada 46
2.2.3.4. Función de la autonomía privada..... 49
2.2.3.5. Límites de la autonomía privada..... 50
2.2.3.6. Situación del principio de autonomía privada 51
2.2.3.7. Autonomía privada y contrato 52
2.2.3.8. Autonomía privada y contrato de adhesión 53
2.2.3.9. El servicio público de telefonía en el Perú 54
2.2.3.10. La regulación del servicio de telefonía y el rol de OSIPTEL..... 55
2.2.3.11. Derechos de los usuarios de telefonía..... 56
2.2.3.12. El derecho a la información en la contratación de servicios públicos de telefonía y el deber de información de las empresas. 57
2.2.3.13. Fundamento de la asimetría informativa 58
2.2.3.14. Los contratos por adhesión de telefonía 58

2.4. Hipótesis..... 60

2.5. Variables..... 61

Capítulo III

METODOLOGÍA 62-65

3.1. Tipo de investigación 62

3.2. Diseño de investigación..... 62

3.3. Población y muestra 63

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

3.4. Técnicas e instrumentos de recolección de datos 64

3.5. Plan de procesamiento y análisis estadístico de datos 64

Capítulo IV

RESULTADOS Y DISCUSIÓN 66

4.1. Presentación de resultados..... 66

4.1.1. Resultados descriptivos..... 677

4.2. Prueba de hipótesis 77

4.2.1. Prueba de la hipótesis general..... 77

4.2.2. Prueba de las hipótesis específicas 78

4.3. Discusión 81

4.3.1. Discusión de los resultados doctrinarios..... 81

4.3.2. Discusión de los resultados jurisprudenciales 90

CONCLUSIONES 95-96

RECOMENDACIONES 97

REFERENCIAS BILIOGRAFICAS 98-98

ANEXOS 101

MATRIZ DE CONSISTENCIA 127

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

RESUMEN

El presente trabajo de investigación tuvo por objetivo analizar la relación entre la celebración de contratos por adhesión por Telefónica del Perú y la autonomía privada, para ello se realizó una investigación mixta, transversal, correlacional, no experimental, para ello una delimitación temporal y espacial de acuerdo al problema de la investigación. La investigación dio resultados usando estadística descriptiva, además en el extremo de que se encontró doctrina y jurisprudencia que sustenta la importancia de la autonomía privada como elemento fundamental de las contrataciones por lo privados, motivo por el cual, las restricciones deben de obedecer a criterios legislativos y de mercado, restrictivamente. De igual manera, en la investigación se trabaja bajo el esquema de considerar a la persona humana como el fin supremo del Estado y la sociedad, para que con ello se determine la importancia del ser humano, sobre todo en las contrataciones privadas que tienen origen en la autonomía privada.

Palabras Clave: Contrato por adhesión, Telefónica del Perú, autonomía privada, restricciones legales.

Repositorio Institucional - **UNASAM** - Perú

ABSTRACT

The present research work aimed to analyze the relationship between the conclusion of contracts by telephone adhesion of Peru and private autonomy, for which a mixed, cross-sectional, correlational, non-experimental research was carried out, for this a temporal and spatial delimitation according to the problem of the research. The research gave results using descriptive statistics, also in the extreme that doctrine and jurisprudence were found that support the importance of private autonomy as a fundamental element of private contracting, which is why restrictions must obey legislative and market criteria, restrictively. In the same way, research works under the scheme of considering the human person as the supreme end of the State and society, so that this determines the importance of the human being, especially in private contracts that have their origin in private autonomy.

Key Words: Contract for accession, Telefónica del Peru, private autonomy, legal restrictions.

Repositorio Institucional - **UNASAM** - Perú

INTRODUCCIÓN

El Derecho evoluciona según evoluciona la sociedad. Dentro de las ciencias jurídicas, el Derecho de los Contratos juega un papel fundamental, debido a que el tráfico jurídico patrimonial siempre estará en la vida social. Todas las personas vivimos contratando a diario; desde el más pequeño hasta el más grande.

Siendo imprescindible el contrato en la vida en sociedad, este siempre ha sido concebido como el acuerdo de las voluntades entre dos o más partes, para que con ello creen, regulen, modifiquen o extingan una relación jurídica de carácter patrimonial. Esta definición dada por el Código Civil de 1984 es lo que se denomina la noción clásica del contrato, debido a que las partes que contratan están enfocado a escoger con quién contratar, para qué contratar y cómo contratar (lo que en la doctrina se conoce como la libertad para contratar), y de igual forma, establecer el contenido del contrato, a través de la estipulación de los términos y condiciones que contiene las cláusulas (lo que en doctrina se denomina libertad contractual).

Lo mencionado en el párrafo precedente, se manifiesta porque las personas cuentan con la autonomía privada; que se entiende como aquella facultad establecida legalmente para que las personas puedan normarse de acuerdo a sus intereses solo con las limitaciones establecidas legislativamente, que vienen a ser, las normas que interesan al orden público, las buenas costumbres y las normas imperativas.

Pero, con la evolución de la economía y la consecuencia adecuación del Derecho a la realidad social, surge la necesidad de regular la oferta y demanda en masa, por lo que en nuestra legislación se integra una nueva modalidad de contratación estandarizada.

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

La contratación clásica donde las partes manifestaban su voluntad y a consecuencia de ello estipulaban el contenido de los contratos, es modificado por el contrato por adhesión y por el de cláusulas generales de contratación. Siendo ello así, el contrato por adhesión es una modalidad contractual donde solo una de las partes está facultada para que pueda establecer las estipulaciones (cláusulas) del contrato y la otra parte contractual, solo se encuentra en la posibilidad de aceptar o rechazar el contrato en su integridad.

Siendo ello así, Telefónica del Perú al usar esta modalidad de contratación (contrato por adhesión) restringe la autonomía privada de los usuarios, debido a que solo la empresa es el encargado de la redacción de las cláusulas, y las personas que contratan con ellos solo están en la posibilidad de aceptar o rechazar en su integridad lo que ellos los ofrecen.

Bajo ese panorama, el presente trabajo de investigación está desarrollado en VI partes. En la primera parte se desarrolla lo relacionado al planteamiento de problema, en el cual se desarrolla la realidad problemática, el planteamiento de los problemas (general y específicos); adicionalmente se desarrolla la justificación del trabajo de investigación, importancia del problema, entre oros.

En la segunda parte se desarrolla lo relacionado al marco teórico se desarrolla las instituciones jurídicas de contrato por adhesión, la autonomía privada, telefónica del Perú, el derecho que tienen los usuarios, entre otros. Dentro de esta parte del proyecto, lo relacionado al contrato por adhesión se desarrolla con la doctrina más importante ya sea nacional como internacional; de igual manera, se desarrolla los

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

aspectos más importantes de la autonomía privada, sus restricciones y la relación entre el contrato por adhesión y la autonomía privada.

En la tercera parte, se ha desarrollado la hipótesis; en ese sentido, se detalla el planteamiento de la hipótesis general y específicos.

En la cuarta parte se desarrolla todo lo relacionado al aspecto metodológico de la investigación, dentro de ello, se señala que el presente trabajo de investigación es de tipo dogmático – teórico, de nivel correlacional, de diseño no experimental, entre otros, cada uno de ellos desarrollado con la respectiva doctrina metodológico.

En la quinta parte se desarrolla los recursos administrativos, en el cual se estableció el tiempo, los recursos la financiación entre otros. En esta parte, todos los recursos administrativos están desarrollados de manera sistemática y clara.

En la sexta parte se desarrolla los resultados y las discusiones; en esta parte se toma en cuenta la doctrina que sustenta que la contratación mediante contratos por adhesión restringe a la autonomía privada; de igual manera, se establece la doctrina que señala que esta forma de contratación es de carácter excepcional, y razón por el cual esta modalidad de contratación esta apta para las contrataciones en masa; de igual manera, se desarrolla jurisprudencia relaciona a la temática de investigación.

El cambio de la vida social, los efectos que genera la globalización, el avance de la tecnología, las nuevas necesidades con las cuales cuenta la población, la oferta y la demanda de manera generalizada, entre otros, han sido factores necesarios para que aparezcan nuevas formas de contratación, debido a que no existe una actividad económica sin que haya de por medio un contrato. Por lo que el contrato se constituye en el elemento fundamental para el tráfico patrimonial.

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

Siendo ello así, para satisfacer las necesidades de las masas, surge la contratación en masa, que se alberga en nuestra legislación civil al contrato de adhesión y de las cláusulas generales de contratación; estas formas de contratación traen como consecuencia, que los términos y las condiciones que integran las cláusulas del contrato, solo sean establecidas por una de las partes del negocio contractual, por lo que la otra parte solo decide si se adhiere o no en su integridad.

Partiendo de esas premisas, en el presente trabajo de investigación nos vamos a centrar en el contrato por adhesión celebrado por la empresa Transnacional Telefónica del Perú; y, a partir de allí, vamos a analizar qué tanta influencia genera esta forma de contratación en la disminución del principio de autonomía privada, que viene a ser el elemento fundamental de la contratación que permite establecer términos y condiciones en las cláusulas que norman el contrato que se celebran.

El principio de la autonomía privada de la voluntad, también denominada autonomía de los particulares, consagra la libertad para contratar y la libertad contractual, que a través de ellos, los particulares eligen con quién, para qué, y cómo contratar; de igual manera, estipular las cláusulas que contiene los términos y las condiciones; pero, con el contrato por adhesión, no podemos hacer referencia a esas posibilidades, debido a que, este tipo de contratación en masa, ya contiene las cláusulas redactadas donde se ha establecido las condiciones y los términos, a lo que el usuario solo puede decidir si se adhiere o no; pero, por satisfacer sus necesidades termina firmando el contrato, aun estando en desacuerdo; adicionalmente, muchas veces bajo este tipo de contratación existen cláusulas abusivas, y la parte débil del contrato se encuentra en desequilibrio contractual, y

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

sobre todo cuando las empresas tienden a ser monopólicas; pero, la necesidad de contar con un servicio obliga a que se celebre ese tipo de contrato.

Es así que, el contrato de adhesión limita la autonomía privada de la voluntad, y el Estado ha impuesto esa limitación dejando de lado que la autonomía privada de la voluntad solo se encuentra limitado por las normas que interesan el orden público y las buenas costumbres, con lo que permite que exista el abuso del más fuerte contra el más débil en la relación contractual.

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

Capítulo I

PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1.1. Planteamiento y formulación del problema

Planteamiento del problema

El presente problema de investigación radica en que como consecuencia del análisis de las instituciones como el principio de autonomía privada que se constituye en el elemento central y fundamental del Derecho de Contratos y el denominado contrato por adhesión, se ha evidenciado que dichas instituciones jurídicas no son aplicadas en los contratos celebrados por Telefónica del Perú entre los años 2015 – 2016. Ello porque a través de los denominados contratos por adhesión se vulnera el principio de autonomía privada, debido a que los contratos por adhesión (el estipulante) le presenta a los usuarios los contratos con las cláusulas preestablecidas, con la sola posibilidad de que este contrato sea aceptado o rechazado de manera íntegra, sin que exista la posibilidad de poder discutir el contenido del contrato.

La problemática se acrecienta cuando vemos que la mayoría de personas que aceptan celebrar contratos sujetos bajo esta modalidad contractual, desconocen en principio sus derechos, entre ellos el derecho a la información, y de éste, el de la información relevante que, en la mayoría de los casos llevaría al consumidor a una etapa de análisis de las opciones que se le presentan en el

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

mercado y que contribuirían a una mejor toma de decisiones y a reclamar y denunciar si fuera el caso arbitrariedades contractuales.

Los contratos por adhesión en sí traen muchas desventajas y ventajas para los usuarios; pero, para el ciudadano promedio no es entendible y al final terminan firmando clausulas que no entendieron; pero, las empresas que presentan este tipo de contratos siempre son asesorados por profesionales de primera calidad; por lo que entre las partes contratantes no existe igualdad al momento de celebrar el contrato; debido a que una de las partes hace firmar el contrato, sin que entienda el otro.

Es partiendo de esas premisas, que el presente trabajo de investigación adquiere importancia y justificación, porque estos temas no son de mucha importancia en la comunidad jurídica, aun teniéndose en cuenta que esta modalidad de contratos es de mayor celebración por parte de la comunidad.

PROBLEMA GENERAL

- ¿De qué manera la celebración de los contratos por adhesión por telefónica del Perú limita el principio de autonomía privada de la voluntad de los usuarios?

PROBLEMAS ESPECIFICOS:

- ¿En qué medida la celebración de los contratos por adhesión se convierte en necesario para el tráfico jurídico patrimonial en masa?

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

- ¿Existen suficientes argumentos para que a través de la celebración de los contratos por adhesión se restrinja a la autonomía privada?
- ¿El Estado peruano contempla suficiente normatividad para proteger a los usuarios de manera eficaz cuando estos celebran los contratos por adhesión?

1.2. Objetivos

Objetivo General:

Identificar la relación entre la celebración de los contratos por adhesión por telefónica del Perú y la limitación del principio de la autonomía privada de la voluntad de los usuarios.

Objetivos Específicos:

- Estudiar si la celebración de los contratos por adhesión se convierte en necesarios para el tráfico jurídico patrimonial en masa;
- Demostrar si existen suficientes argumentos para que a través de la celebración de los contratos por adhesión se restrinja a la autonomía privada;
- Determinar si en el Perú existe suficiente normatividad para proteger a los usuarios de manera eficaz cuando estos celebran los contratos por adhesión.

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

1.3. Justificación

Justificación Teórica: El presente trabajo de investigación encuentra su justificación teórica en el extremo de ser desarrollado con doctrina especializado en el tratamiento del contrato por adhesión y el principio de autonomía privada, con los cuales se desarrollará lo concerniente al marco teórico.

Por otro lado, la presente investigación se constituirá en un trabajo que contempla los desarrollos temáticos del contrato por adhesión y la autonomía privada, constituyéndose en un material de consulta para abogados, estudiantes de Derecho, Jueces y para la comunidad civil en sentido general.

En ese sentido, su valor teórico radica en ser parte de la bibliografía que desarrolla lo relacionado al contrato por adhesión y el principio de autonomía privada.

Justificación Práctica: La justificación práctica de la presente investigación tiene importancia, porque la problemática que da origen a la investigación surge de la realidad social; y, en ese sentido, los resultados que surgen serán susceptibles de aplicación práctica en las empresas que celebran este tipo de contratos, porque se tratará de que a través de los contratos por adhesión se restringe al principio de autonomía privada.

En consecuencia, esta investigación será de importancia de la comunidad porque trata de una problemática de la sociedad, cuando

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

deciden contratar algún servicio con empresas que celebran contratos por adhesión.

Justificación Legal: la presente investigación tiene su justificación legal o marco legal en lo siguiente:

a. Constitución Política del Perú;

b. Código Civil peruano de 1984;

c. Ley Universitaria, (Ley N ° 30220);

d. Estatuto de UNASAM;

e. Reglamento General de UNASAM;

f. Reglamento de Grados y Títulos de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la UNASAM

1.4. Delimitación

- **A nivel geográfico:** conformado por el ámbito nacional.
- **A nivel temporal:** pertenece al periodo 2015 – 2016.
- **A nivel social:** las personas que participaron en la investigación son ciudadanos vecinos de la ciudad de Huaraz que celebraron contratos con Telefónica del Perú.

1.5. Ética de la investigación

En la presente investigación se respetaron los valores de probidad y ética científica, así mismo se respetaron los derechos de autor y se plasmaron datos conforme a la realidad social.

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

Capítulo II

MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes de investigación

Antecedentes internacionales

Haciendo una exhaustiva búsqueda sobre nuestro tema a tratar en los repositorios académicos de las diferentes universidades con más renombre a nivel internacional, señalaremos aquellas tesis que más cercanía tienen con nuestro tema, para de esa manera considerarlas como antecedentes a la investigación que venimos siguiendo. Siendo de esta manera encontramos:

Tesis realizada por Claudio Antonio Donato López, que lleva como título "*El contrato de adhesión de telefonía móvil analizado desde la perspectiva de los derechos del usuario final de los servicios de telecomunicaciones*", tesis para optar el grado de Licenciatura en Derecho, presentado a la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, las conclusiones más importantes a las que llega son las siguientes:

> (…) 2. La prestación de los servicios de telecomunicaciones por parte de los proveedores se rige por medio de contratos de adhesión, en los cuales las cláusulas y condiciones son predispuestas por una de las partes de forma unilateral, por lo cual la participación de la parte adherente en la elaboración del contenido del contrato es prácticamente nula, y su rol se limita únicamente a aceptar o rechazar las condiciones propuestas por la parte predisponente. Esto genera una situación de desigualdad en la cual el consumidor o usuario queda en una posición desventajosa en relación con

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

la parte predisponente. Esta desigualdad de las partes exige, también, la intervención del Estado, el cual por medio de los controles de incorporación, interpretación y contenido procura garantizar la inexistencia de abusos de la parte predisponente, en razón de su posición dominante.

(…)5. El abonado cuenta con una gama de derechos, específicamente, reconocidos para el campo de los servicios de telecomunicaciones; dentro de los cuales encontramos el derecho a que los servicios contratados se apeguen a los estándares y parámetros mínimos de calidad, y en caso de violación de estos parámetros el derecho a recibir una indemnización o compensación, los derechos derivados de los principios de los servicios de interés general, el derecho a la información, derecho a celebrar contratos de adhesión, derecho a rescindir los contratos celebrados y a cambiar de proveedor, portabilidad numérica, derechos relacionados a la suspensión o desconexión de los servicios tanto solicitada por el usuario como solicitada por el proveedor, derecho a recibir una atención adecuada y a presentar reclamaciones, derechos relacionados a la facturación de los servicios y la elección del medio de pago de los mismos, derecho a la elección del terminal a utilizar, derechos derivados de la intimidad y la privacidad como lo son la inviolabilidad y secreto de las comunicaciones o el tratamiento confidencial de los datos, derecho a contar con un directorio telefónico y un servicio de información de voz, y el acceso a los servicios de emergencia. Sin embargo, dado que el abonado es ante todo un consumidor, éste, de igual manera, es titular de los derechos reconocidos por la normativa general de protección al consumidor, dentro de los cuales

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

se puede mencionar el derecho de asociación, derecho a la información, derechos relacionados a la garantía de los terminales y del servicio y el derecho de acceso a la justicia.

6. Es importante no solo el reconocimiento de los derechos de los usuarios por parte de la regulación, sino también, la fiscalización por parte de la SUTEL a efectos de que los mismos sean respetados en las diversas relaciones contractuales. Uno de los derechos reconocidos por la regulación que aún encuentra una serie de problemas que imposibilitan su aplicación actual, es la portabilidad numérica. Esta situación es alarmante debido a que representa no solo un perjuicio considerable para los abonados, sino también, dado que atenta contra la libre competencia en el mercado de las telecomunicaciones. Si bien, recientemente se han llevado a cabo algunos esfuerzos en aras de agilizar la implementación práctica de este derecho en nuestro país, de momento los usuarios no tienen la posibilidad de cambiar de proveedor y mantener su número telefónico. En virtud de ello, la SUTEL debe asumir un rol más activo y tajante en el cumplimiento de su función de velar por el respeto de los derechos de los usuarios finales y la satisfacción del derecho a la portabilidad numérica. (…). (Donato, 2012, pp. 257-259)

Tesis realizada por José Antonio Burneo Burneo, que lleva como título "*Contratos de adhesión y mecanismos de protección al consumidor*", tesis para optar el grado de Magister en Derecho, presentado a la Facultad de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar – Sede Ecuador, las conclusiones más importantes a las que llega son las siguientes:

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

(…) 4.- En mayor o menor grado en los diferentes Estados de la región Andina, se han dictado políticas de consumo y se aplican normativas jurídicas especializadas, que buscan la protección de los derechos ciudadanos en materia de consumo, situación que permite apreciar el alto desarrollo que esta consiguiendo la normatividad interna en esa materia, lo que se demuestra con el avance legislativo dado en las dos últimas décadas, como consta de las disposiciones constitucionales y legales vigentes que buscan proteger al consumidor.

(…) 6.- A lo largo de la investigación hemos apreciado que los mecanismos de control administrativo y jurisdiccional en relación a violación de los derechos del consumidor, y en general el acceso a la justicia en esta materia no esta suficientemente desarrollado en la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, por lo que amerita algunas reformas legales expresas.

7.- Por la disparidad de políticas públicas y la amplitud del universo de control se requiere de un ente encargado de la regulación y supervisión en materia de consumo, función que podría confiarse al Instituto Ecuatoriano de Normalización INEN, que de acuerdo a la legislación vigente tiene el encargo de emitir normas de regulación técnica para el expendio de productos, por lo que otras atribuciones que se sumarían a las ya establecidas en la ley, que podrían ejercerse a través de una Dirección Nacional de Consumo, otorgándole de esa forma al INEN capacidad sancionatoria para casos de incumplimiento o abuso, que obviamente pueden ser impugnadas por el afectado. Las atribuciones que cumpliría el

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

> INEN se complementarían con aquellas concedidas a organismos especializados por sectores de la economía; por lo que se hace necesaria una reforma legal. (…). (Burneo, 2008, pp.119-120)

Tesis realizada por Florencia Gobbi Aixa Triay, que lleva como título "*El principio de la autonomía de la voluntad en las contrataciones",* tesis para optar el grado de Licenciado en Ciencias Económicas, presentado a la Facultad Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de Cuyo - Mendoza, las conclusiones más importantes a las que llega son las siguientes:

> El principio de la autonomía de la voluntad en las contrataciones es sumamente importante, ya que los particulares lo utilizan al momento de optar por el medio más idóneo para satisfacer sus necesidades económicas o de cualquier otra índole. Se manifiesta de dos formas: la libertad contractual y la libertad de contratación. En el primero nos referimos a la libertad para constituir o no relaciones contractuales, mientras que en el segundo es la facultad de determinar libremente los términos y condiciones de un contrato. Mientras que la libertad de contratación opera de manera anterior a la formación del contrato, la libertad contractual actúa durante el inicio, la vida y el fin de la relación contractual. Por ello puede decirse que este principio justifica la existencia del contrato.
>
> Como se vio a lo largo del trabajo, la autonomía de la voluntad es un principio básico y fundamental que surge en los contratos como formadora de los mismos. Afecta también a las sociedades y su desenvolvimiento en la actualidad. Tenemos casos como lo es el derecho de familia que se destaca

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

por su carácter imperativo, y actualmente el Estado limita en él la autonomía de la voluntad de las personas cada vez con mayor intensidad, pero no quiere decir se haya anulado por completo. También algunos contratos en particular como la contratación en moneda extranjera, los contratos asociativos y lo de adhesión, donde podemos comparar y observar claramente el principio y sus modificaciones en el nuevo Código Civil y Comercial. (Aixa, 2015, pp. 48-49)

Antecedentes nacionales

Haciendo una exhaustiva búsqueda sobre nuestro tema a tratar en los repositorios académicos de las diferentes universidades con más renombre a nivel nacional, señalaremos aquellas tesis que más cercanía tienen con nuestro tema, para de esa manera considerarlas como antecedentes a la investigación que venimos siguiendo. Siendo de esta manera encontramos:

Tesis realizada por Florinda Amarilis Roldán Pereda, que lleva como título "*Protección del consumidor en el código civil y código de protección y defensa del consumidor frente a las cláusulas abusivas en los contratos por adhesión de telefonía fija*", tesis para optar el grado de Magister en Derecho, presentado a la Escuela de Postgrado de la Universidad Nacional de Trujillo, las conclusiones más importantes a las que llega son las siguientes:

(…) 5.- En cuanto a los contratos tipo de prestación de servicios de telecomunicaciones, por tratarse de un servicio masivo no se puede negociar ni eludir las cláusulas de contratación, por ser de adhesión; sin embargo contamos con un organismo estatal llamado OSIPTEL que regula y fiscaliza

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

la labor de las empresas de telefonía fija y móvil, para adecuarlos a la normatividad vigente y de este modo proteger a los consumidores del servicio. (Roldán, 2016, p. 104)

Tesis realizada por Renzo Raúl Ramos Crisostomo, que lleva como título "*Los contratos de adhesión de telefonía móvil post-pago y su afectación al derecho a la información de los usuarios de Huancayo en el año 2017*", tesis para optar el Título Profesional de Abogado, presentado a la Facultad de Derecho de la Universidad Continental – Huancayo, las conclusiones más importantes a las que llega son las siguientes:

1.- Al existir servicios públicos que son prestados por particulares sea crearon los Organismos Reguladores a quienes les fue otorgado una facultad normativa para elaborar reglas que permitan un adecuado desenvolvimiento en el mercado a los participantes del sector. Uno de ellos es OSIPTEL ente encargado del servicio de telecomunicaciones quien al ejercer esta atribución elaboró el TUO de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones donde fue reconocido el derecho a la información a los usuarios del servicio de telecomunicaciones. Todo usuario y consumidor en general posee tal derecho, el Estado debe promover su protección gracias al artículo 65 de la Constitución Política del Perú.

Entonces el organismo regulador debe exigir a las empresas operadoras brindar información necesaria sobre el servicio adquirido a los usuarios debiendo cumplir con las características de ser clara, detallada, veraz, precisa y oportuna en el mecanismo de contratación (contrato de adhesión).

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

> Esto permite generar una correcta relación jurídica contractual, el usuario podrá manifestar su voluntad al estar correctamente informado además se elimina una situación de desequilibrio porque la empresa operadora no empleará datos técnicos sobre el servicio de telefonía móvil post-pago. No realizarlo bajo estos alcances contraviene al ordenamiento jurídico, además es afectado tal derecho al no existir una adecuada compresión por el contratante. (…). (Ramos, 2019, 152)

Antecedentes locales

Haciendo una exhaustiva búsqueda sobre nuestro tema a tratar en los repositorios académicos de las diferentes universidades con más renombre a nivel local, señalaremos aquellas tesis que más cercanía tienen con nuestro tema, para de esa manera considerarlas como antecedentes a la investigación que venimos siguiendo. Siendo de esta manera encontramos:

Tesis realizada por Ronald Edilberto Huamán Canicoba, que lleva como título "*Los contratos por adhesión de empresas con rasgos monopólicos y su relación con el principio de autonomía privada, dentro del Ordenamiento Jurídico peruano*", tesis para optar el Título Profesional de Abogado, presentado a la Escuela Profesional de Derecho de la Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo, las conclusiones más importantes a las que llega son las siguientes:

> 1. Frente a la autonomía de contratar existente entre las partes, es fundamental el libre consentimiento de las dos partes para crear el negocio jurídico, y aquel existe en virtud de que voluntariamente el adherente ha convenido en aceptar las condiciones propuestas.

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

2. En este tipo de contratos la libertad de negociación está restringida ya que no existe posibilidad de que una de las partes discuta y obtenga de la otra la modificación de los alcances y condiciones del contrato, contenidos en las cláusulas impuestas unilateralmente por una de ellas; en ese sentido, es necesaria la intervención del Estado regulando estos contratos a favor de la parte más débil.

3. Se debe de priorizar la protección al consumidor, mediante la prohibición de las cláusulas abusivas, que son nulas de pleno Derecho, y a través de la vigilancia por las instituciones públicas de la actuación de las empresas. (Huamán, 2017, p. 55)

Tesis realizada por Anita Jimena Villarreal Camones, que lleva como título "*Los contratos por adhesión en los servicios de energía eléctrica y el rol del Estado ante la protección de los derechos del consumidor, dentro de la provincia de Huaraz*", tesis para optar el Título Profesional de Abogado, presentado a la Escuela Profesional de Derecho de la Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo, las conclusiones más importantes a las que llega son las siguientes:

(…) 3. Las circunstancias por la que los Contratos por Adhesión en Servicios de Energía Eléctrica, resultan lesivas y perjudiciales a los derechos de información y seguridad del consumidor, se da a causa de la ausencia de medios de control eficaz por parte del Estado, así como muchas veces por la inacción de los consumidores de la Provincia de Huaraz, que obedece a variadas razones: temor, desconocimiento de sus derechos, falta de asesoramiento, barreras económicas, desinformación. Todos esos

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

obstáculos deberán ser reversibles mediante la implementación de políticas públicas.

(…) 5. Hemos podido apreciar que nuestra norma sustantiva vigente, no otorga una protección efectiva de los derechos que es solicitada por los consumidores, siendo que, sólo se encarga de regular en cuestiones de cláusulas vejatorias, que está claro que sólo son de manera enunciativa en consecuencia, no son taxativas, ni limitativas, además que, independientemente de tratarse de cláusulas aprobadas o no administrativamente por la autoridad administrativa competente, éstas deberían considerarse vejatorias o abusivas cuando se presente un desequilibrio entre derechos y obligaciones de las partes contratantes. (…). (Villarreal, 2017, pp. 171-172)

2.2. Bases teóricas

2.2.1. Las masas y la contratación masiva

2.2.1.1. Aspectos Generales

Nuestro punto de vista apunta a la realidad económica en donde las personas, por la necesidad de sustentar su economía social de alcanzar posibilidades de consumo público, se subyugan prácticamente al poder económico de empresas oligopólicas.

Aníbal Torres (2016) indica que "la contratación masiva es posible mediante los contratos por adhesión y los contratos excluidos mediante cláusulas generales de contratación, denominadas, también, condiciones generales de contratación" (p. 419), este autor nos abre paso a un nuevo tema que se tratará en esta tesis, que es el de los contratos por adhesión.

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

En la práctica vemos que se ha generalizado la necesidad en masa y a la vez la posibilidad de brindar atención en masa; siendo así los principios de la libertad de contratar así como el principio de la autonomía de la voluntad quedan al margen, generándose un desequilibrio absurdo de parte del poder económico, el empresario aprovecha ello en su favor y apunta a prestar atención masiva generándose entonces una nefasta y perniciosa desigualdad social que resulta típico y contraviene a la esencia del principio de bilateralidad que resulta ser columna vertebral de todo contrato.

> Ante el posible ejercicio arbitrario del poder reglamentario del empresario, mediante la inclusión de estipulaciones perjudiciales al consumidor o usuario, existe la necesidad de controlar el contenido contractual a través de la ley, el juez, la autoridad administrativa y las asociaciones de consumidores. (Torres, 2016, p.419).

Lamentablemente, y teniendo en cuenta lo dicho por Aníbal Torres, podemos advertir el caso de Telefónica del Perú en Huaraz, que teniendo un arma bastante poderosa como la contratación masiva, atiende al consumidor con absoluta desatención a la autonomía de la voluntad y ejerciendo derechos del poder económico.

2.2.1.2. Funciones de la contratación masiva

Ahora bien, debemos expresar que, en estos tiempos de gran movimiento económico, no debemos dejar de advertir que la contratación masiva cumple una función, seguramente para la época de la Revolución Francesa no era visible la función económica porque tampoco existía el comercio y la industria gigantesca de

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

estos tiempos. Si nos ponemos a prestar atención a este asunto es fácil advertir que la contratación masiva cumple, facilita, atiende al gran movimiento económico comercial e industrial, por eso mismo cumple una función económica, porque no es coherente pensar que un representante de Telefónica en este caso, atienda uno por uno, todos los días a todos sus clientes, más cuando las necesidades de los recurrentes tienen pues la misma naturaleza, el mismo precio, etc., entonces como decimos, ya no vuelven a celebrar contratos miles de veces con miles de usuarios todos los días, ya se evidencia que el contrato masivo cumple una función económica.

De otro lado también encontramos que cumplen una función social en el entendido de que todos los recurrentes que conformamos la sociedad en su conjunto, finalmente somos atendidos en nuestras necesidades sociales en masa, logrando alcanzar la prestación de bienes y servicios, como se ve gracias a esta relación bilateral y al movimiento económico necesario.

Finalmente alcanzamos también a visualizar una función jurídica, puesto que determinantemente este intercambio de bienes masivo a cambio de una contraprestación ha creado pues una relación jurídica.

2.2.1.3. Costos y la función económica de la contratación en masa

Por medio de un contrato se efectúa el intercambio de bienes y servicios, los sujetos intervinientes dentro de esta relación jurídica contractual asumen los costos de transacción con la finalidad de lograr una reciprocidad, gracias a ellos se puede establecer cuando se podría considerar a un contrato viable y eficiente.

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

Los costos de transacción determinan si un contrato será viable o no, porque si es muy oneroso las partes verán por conveniente no celebrar el contrato. No obstante, las partes están en la facultad de decidir cómo asumir el costo generado, se debe tener en cuenta que en la contratación masiva la empresa es quien conoce con mayor amplitud su generación, pero no el adherente. Pero en ningún caso se debe trasladar en forma absoluta su cubrimiento a la parte que está adquiriendo un producto o servicio y esta vea los medios a utilizar para obtener la información que debía ser brindada por la empresa.

Uno de los medios por el cual se reducen los costos de transacción es por medio de las cláusulas generales de contratación y los contratos de adhesión, porque facilitan el intercambio de bienes y servicios, al ser rápidos como eficientes para cubrir las necesidades masivas.

En el derecho contractual existirá eficiencia si los costos que se requieren para celebrar un contrato –costos de transacción–, no sobrepasan el beneficio o la utilidad que buscan los contratantes dentro de los límites máximos de gastos en tiempo, dinero y esfuerzo que éstos hayan previsto para afrontar una situación contractual determinada.

Dentro de la contratación masiva la eficiencia está orientada a la mejora notablemente las relaciones contractuales para ambas partes, para el empresario y para el consumidor o usuario, al evitarles enormes costos de negociación de un contrato.

El contrato tradicional no confluye con rapidez para vincular jurídicamente las diversas transacciones económicas que presenta una sociedad masiva, por ello se

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

necesitó un mecanismo jurídico que permita la concreción de relaciones jurídicas contractuales en forma veloz. En cambio, como ya se dijo anteriormente, el contrato masivo permite que el intercambio patrimonial sea más efectivo y más fluido, reduciendo así los costos de transacción para las partes contractuales.

Este tipo contratos poseen como pilar el principio de rapidez contractual: la contratación masiva a través de los contratos por adhesión y de las cláusulas generales de contratación, tiene como función económica la de permitir no solo el intercambio o la asignación de bienes y servicios entre empresarios o proveedores hacia los consumidores a escala masiva, sino principalmente que tal intercambio se realice de la manera más rápida y con la mayor brevedad posible.

Para muchos autores, la contratación masiva tiene una parte positiva y otra negativa, dentro de esta última tenemos que:

> (…) la existencia de una asimetría de poder contractual evidenciada por la ausencia de tratativas sobre la regulación interna del contrato, regulación que una parte tiene el poder de imponerla unilateralmente a la otra, rompiendo así con el régimen clásico de contratación que parte de la igualdad formal de los contratantes, cuyos principios y mecanismos de protección resultan insuficientes, lo que nos afecta a todos en nuestra calidad de consumidores de bienes y servicios, ha determinado la necesidad de contar con un Derecho protector de los consumidores. (Torres, 2016, p.421).

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

2.2.2. Contrato de adhesión

2.2.2.1. Definición

Aquellos que son de naturaleza bilateral con la presencia de los contratos por adhesión se diferencian estrictamente en la inexistencia de la libre negociación, tenemos entendido pues que en el contrato por adhesión una de las partes, en este caso, el dueño de la economía y de los instrumentos de producción impone sus intereses, pero también impone el marco normativo, y la otra parte, en este caso el consumidor, no hace otra cosa sino someterse, adherirse; es cierto que se adhiere libremente, pero se constriñe a suplir su necesidad olvidando o desconociendo que le corresponde igual derecho de discusión y firma un contrato reconociendo su contenido.

Esta idea la compartimos de Aníbal Torres (2016) quien reflexiona que "el contrato es por adhesión cuando una de las partes, llamada predisponente o estipulante, redacta todas las (…) cláusulas contractuales en formularios dirigidos a adquirientes anónimos (…), quienes desean contratar". (p. 530)

Esta alternativa de adherirse al esquema predeterminado unilateralmente, soluciona un problema del consumidor pero internamente también soluciona los intereses mega-económicos de los oligopolios.

La uniformidad y la estandarización de reducción también tiene su análoga postura en la distribución y comercialización masiva de bienes y servicios, la masificación y la estandarización en el hombre moderno alcanza a la costumbre de vivir, de trabajar, de estudiar y hasta de morir en forma adhesiva y en masa. Pero sí es cierto que esta forma soluciona los problemas del hombre moderno.

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

2.2.2.2. Evolución histórica

El contrato juega un papel fundamental dentro de la sociedad; porque, se encuentra presente en todas las actividades económicas que se realizan; pero, la concepción clásica de la contratación donde intervienen dos sujetos investidos de la autonomía privada de la voluntad, la libertad para contratar y la libertad contractual, no puede adecuarse en las nuevas formas de contratación donde los contratos se celebran en masa (ya sea materializándose mediante el contrato de adhesión, por clausulas generales de contratación, contratos normativos, contratación en ventanilla, entre otros).

En el siglo XIX aún era posible admitir la posibilidad de contratar mediante, únicamente, dos voluntades, en los cuales, ambos sujetos contratantes se encontraban en igual de condiciones para que puedan contratar y normar el contrato.

Siendo ello así, el contrato de adhesión, surge en atención al avance de la economía, debido a que con el surgimiento de nuevas empresas que empezaron a brindar servicios de manera masificado por los finales del siglo XIX y a comienzos del siglo XX, por la influencia del capitalismo en Francia.

2.2.2.3. Naturaleza jurídica

Con el transcurso de la producción manual pormenorizada, computarizada, de la solución masiva, de contrato individual, se ha pasado a una relación jurídica contractual masiva, en donde los denominados clientes tienen necesidades masivas pero también tiene aversión masiva con la única salvedad de abstenerse en contratar, en ese caso implica segregación económica, marginación y un sufrimiento por carecer de ciertos servicios para cuyo hecho la fuerza oligopólica

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

ha generado en sus clientes una forma de necesidad ineludible de tal forma que estandarizadamente también se ha aceptado la contratación masiva, siendo esta uniforme, rígida, inalterable, propuesta por los medios de producción y aceptadas inmutablemente por la parte débil de la relación. Pero como decimos, la alternativa de no contratar implica cierto grado de sufrimiento.

Es evidente que la contratación masiva ya está presente en el derecho positivo vigente aunque en las facultades de derecho, en los cursos de derecho contractual se sustente peligrosamente al principio de la autonomía de la voluntades, a la declaración de la voluntad y a la libertad contractual, y es cierto que las prestaciones económicas masivas están protegidas por la ley civil, y por ende por el Estado habiéndose introducido modernamente reglas pendientes a la protección del acuerdo del contrato.

Es cierta la existencia de la oferta económica de una de las partes, y también es cierto que sin la presencia de esta moderna forma de contratar, no habría manera de un movimiento económico eficaz. Al respecto debemos incidir en algo concreto, existe una clara desinformación responsabilizando directamente al Estado. Esta denominada asimetría de la información, genera pues el desconocimiento de sus elementales fundamentos al momento de contratar, pensamos que antes de contratar y antes de disponer nuestro patrimonio debemos de conocer y estar bien informados del que simplemente vamos a contratar, porque como está bien claro, el contrato genera obligaciones a las partes; hemos visto en el curso de nuestra investigación que este fenómeno denominado como asimetría contractual debe ser arrancado de raíz y encargar a los órganos del estado competentes, vale decir facultades de Derecho, gobiernos locales, poder ejecutivo y poder colegial ejerciten primero labor

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

de docencia y entonces sí los particulares con conocimiento de causa podemos comprometernos al cumplimiento del contrato.

Está bien claro que la globalización en todos los aspectos de la vida moderna, es decir en el plano económico, en lo político, social y económico, ha generado pues una economía social de mercado, que si bien permite la intervención estatal para dejar que se desarrolle la competencia, hemos visto que ha atropellado a la autonomía de la voluntad, a la libertad contractual permitiendo el dominio del más fuerte, el de las normas jurídicas insipientes a la fecha y el de las autoridades del orden ejecutivo y judicial lamentablemente corruptas.

Para Aníbal Torres (2016) la naturaleza jurídica del contrato por adhesión se explica de la siguiente manera:

> En la contratación masiva, el adquiriente de los bienes y servicios se encuentra vinculado a un reglamento contractual del cual podría aun no conocer su contenido.
>
> (…) El debate se centra en establecer si el efecto vinculante del contrato por adhesión (…) es de naturaleza normativa o de naturaleza contractual, o sea, si la eficacia desciende de un acto externo al contrato o del acuerdo de las partes. (p. 538)

En suma de las ideas ya presentadas, tenemos a la propuesta por Ricardo Uribe (1970, como se citó en Treviño, 2008), donde se explica que "contrato hay, porque hay consentimiento, y el consentimiento no supone necesariamente el derecho de discutir. Mientras la oferta pueda aceptarse o rechazarse, la voluntad actúa regularmente (…)". (p. 26)

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

2.2.2.4. La adhesión como un acto unilateral

En la doctrina se encuentran argumentos suficientes para justificar la naturaleza unilateral de la adhesión. Por ejemplo, se hace mención de que existen 5 características principales del contrato por adhesión, de las cuales la primera expresa que: "el contenido contractual es unilateralmente prerredactado por el predisponente en un modelo o formulario dirigido a un número indeterminado de destinatarios". (Torres, 2016, p. 531)

Manuel De La Puente y Lavalle (2003) indica:

> Se han dado como razones para justificar la naturaleza unilateral de la adhesión la falta de discusión y la desigualdad de las partes, argumentándose que el contrato es, en su esencia, un acuerdo de dos voluntades que libremente desean modelar el contrato para establecer entre ellas una relación jurídica que responda a sus respectivos intereses. Cuando está ausente uno de estos elementos –la discusión de los términos del contrato y la igualdad de los contratantes- el acto jurídico es obra de una de las partes, la que por su posición de poderío no admite la discusión e impone su voluntad unilateral, y carece de la bilateralidad tanto en la configuración como en a conclusión que es propia del contrato. (p. 664)

En esa línea, la teoría que concibe al contrato de adhesión como un acto unilateral, se sostuvo con criterios categóricos, debido a que una de las partes no participa de la libertad contractual por lo que se puede observar la ausencia de estipulaciones y de las condiciones o términos que integran la cláusula.

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

2.2.2.5. La adhesión como contrato

Albaladrejo (como se citó en Torres, 2016) afirma lo siguiente:

> La aceptación de la oferta de contrato (de cualquier contrato, de adhesión o no) supone la admisión total de esta, sin quitarle ni ponerle; pues si la persona a quien la misma se dirigía, la modifica, y, a su vez, la propone modificada al antiguo oferente, aquella persona se convierte en oferente actual, y el antiguo en aceptante, si admite la oferta modificada. Así, pues, queda claro que cada nueva modificación que, sobre lo que le propusieron, proponga el futuro contratante, lo convierte en oferente. Con lo que se ve palpablemente que, al final, el aceptante será quien sin introducir innovación alguna en la oferta (bien primera, bien contraoferta) que reciba, la admite adhiriéndose a ella pura y simplemente. En ese sentido todos los contratos son de adhesión, porque siempre una de las partes –el aceptante- se adhiere totalmente a la oferta de la otra. (pp. 541-542)

Esta teoría indica que la adhesión es solo una modalidad entre otras, señala que los contratos necesariamente tienen que existir ciertas restricciones, ciertas limitaciones a la libertad contractual; en esta modalidad de contrato, una de las partes que se adhiere asume alguna restricción. Eso no ocurre con los contratos paritarios, pues en el extremo de los paritarios se pone de relieve el principio de bilateralidad, la participación de dos sujetos, solo así el contrato genera obligaciones bilaterales. En esa óptica la protección de la parte más débil surge del contenido de la ley.

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

El argumento central de esta postura está en que la teoría de la oferta constituye elemento determinante, pues la oferta ha de ser clara, pública y transparente, en esa relación la adhesión también es libre.

Asimismo, es importante destacar dentro de esta teoría que:

> No se puede negar la existencia de una relación entre dos partes y de un encuentro de voluntades. De una parte está el sujeto que predispone el reglamento contractual; de la otra el sujeto que se adhiere; la adhesión es una manifestación de voluntad, una forma de prestar su consentimiento para perfeccionar el contrato. (Torres, 2016, p. 541)

2.2.2.6. La tesis intermedia

Existe la postura intermedia que explica la presencia de dos clases de cláusula: las cláusulas esenciales y las cláusulas accesorias. Las cláusulas esenciales son aquellas que objetivamente contienen la voluntad de las partes contratantes; mientras que las cláusulas accesorias sostienen la presencia importante de actos pre redactados de condiciones ya estipuladas, estas cláusulas accesorias son las que van a determinar finalmente la adhesión.

Es precisamente este extremo el que es objeto de rechazo por parte de los doctrinarios que detractan a la adhesión, puesto que las cláusulas principales y las accesorias no son de conocimiento del consumidor, como se tiene dicho este no conoce y su opción es solamente aceptarla o rechazarla.

También se refiere a los momentos de la contratación, conociéndolo en dos aspectos, señalan que un primer momento está referido a la negociación como consecuencia de la oferta, pero todavía no hay obligación bilateral.

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

En el segundo extremo o segundo momento está referido a la aceptación, elemento que sí genera compromiso obligacional y ahora sí se puede determinar la presencia de un contrato.

Es así que con la finalidad de entender mejor esta teoría, traemos a memoria a Aníbal Torres (2016), quien resalta que "el contrato por adhesión es un acto de base contractual y contenido reglamentario. (…) uno de los contratantes impone su voluntad al otro, obligando la intervención del legislador para proteger a la parte débil". (p. 542)

2.2.2.7. Teoría abolicionista

Finalmente vamos a encontrar una tercera propuesta que explica a la llamada teoría abolicionista; el abanderado de este extremo es Rezzónico, quien sostiene que si bien el contrato de adhesión existe, este se debe usar solo para ciertas actividades comerciales en razón a que generan movimiento económico. Bajo este criterio explica que el Estado debe tener una participación activa en su regulación puesto que las normas preconcebidas no deben quedar al libre albedrío de una parte, en ese sentido si el Estado fiscaliza activamente toda situación de superioridad quedaría diluida en la práctica

Es el caso que Rezzónico, al sustentar su propuesta, y refiriéndose exclusivamente a los contratos de adhesión y a las condiciones generales de estos, establece con precisión que deben ser objeto de un tratamiento único, no es aceptable que esta especie de contrato, sea objeto de tratamiento bajo una sola óptica genérica; los actos de movimiento económico en masa obedecen a categorías y géneros distintos,

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

por lo tanto resulta claro que necesitan un tratamiento especial como queda dicho, con plena participación del Estado

2.2.2.8. Características del contrato de adhesión

Los contratos de adhesión tienen las siguientes características:

- UNILATERAL

Como es evidente, en los contratos de adhesión solo una de las partes genera estipulaciones y condiciones que previamente los fabrica; la oferta para el consumo de bienes o servicios ya viene condicionada. Eso no sucede en los contratos bilaterales como por ejemplo en el contrato de compra venta, en donde prima la autonomía de la voluntad, las partes manifiestan su decisión voluntariamente asumiendo la libertad contractual las partes forjan sus cláusulas con características bilaterales de tal forma que surge un compromiso trazado por ellos mismos.

Es así como se puede entender que "el contenido contractual es unilateralmente prerredactado por el predisponente en un modelo o formulario dirigido a un número indeterminado de destinatarios" (Torres, 2016, p. 531)

- CLÁUSULAS IMPUESTAS

Como queda dicho, los formatos, las estipulaciones no se han llegado a negociar ni a discutir por parte de los sujetos de la relación contractual, han sido redactados en distintos formularios, sin la presencia del consumidor, se entiende que ha corrido por cuenta del oferente o estipulante.

Así también es considerado por Aníbal Torres (2016), quien señala que "el contenido contractual es impuesto al consumidor que pretende adquirir bienes y

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

servicios (…). En el contrato por adhesión no existe la posibilidad de discutir el clausurado que va a conformar el contenido del contrato. (p. 531)

Se determina con claridad la actitud monopólica del quien para ofertar bienes o servicios, para distribuirlos con eficacia y a grandes masas ha tenido la facilidad de generar cláusulas abusivas. Debemos expresar pues nuestra conformidad de que no habría otra forma de distribución a grandes masas infinidad de servicios. Sin embargo puede darse el caso que sin tener el control de la producción, los bienes o servicios que ofrezca sean de una calidad muy superior a los de la competencia, lo que llevará al consumidor a verse realmente comprometido.

- FALTA DE NEGOCIACIÓN POR LOS CONSUMIDORES

En el curso de nuestra investigación hemos podido determinar que los ofertados no tienen la mínima posibilidad de participar en las negociaciones de un contrato por adhesión. Los consumidores que van a contratar no ejercen la libertad para contratar, las restricciones la crean las diferencias económicas, su participación se diluye en el acto de decir sí o no, pero no tiene personería para discriminar las cláusulas del contrato de adhesión.

- SUPEDITADO A ACTOS DE ACEPTACIÓN O RECHAZO:

Los ofertados que en este caso con los consumidores de bienes o servicios solo van a tener la posibilidad de aceptar o rechazar las cláusulas del contrato por adhesión; la negociación es totalmente desconocida. El Código Civil Peruano lo determina claramente expresando que el contrato es por adhesión cuando una de las partes, colocada en la alternativa de aceptar o rechazar las estipulaciones fijadas por la otra parte declara su voluntad de aceptar.

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

Es así como lo señala Aníbal Torres (2016) en la cuarta característica del contrato por adhesión: “El acuerdo de dos o más partes para crear obligaciones, o modificarlas o extinguirlas, que caracteriza al contrato tradicional paritario, es sustituido por el acto de aceptación o adhesión del consumidor al esquema predeterminado unilateralmente”. (p. 532)

- DE CARÁCTER RECEPTICIA:

Se refiere a que el contrato por adhesión tiene un destinatario receptor, es decir se va a un sector en que los consumidores serán los destinatarios de este contrato. Es así pues que el contrato por adhesión no es concebido para ser dirigido a una sola persona, sino a un indeterminado número de personas.

2.2.2.9. Elementos del contrato de adhesión

El contrato por adhesión al ser una modalidad de contrato, también tiene sus elementos configuradores; dentro de ello, tenemos a los sujetos que interviene, al objeto, la causa y la fuente; los cuales pasamos a desarrollar:

- SUJETOS

Los sujetos que intervienen en el contrato por adhesión, vienen a ser el ofertante o proveedor y el consumidor o usuario. El ofertante o proveedor, es el sujeto activo de la contratación, mientras que el consumidor o usuario es el sujeto pasivo del contrato. De ambos sujetos, el proveedor es el facultado para poder estipular las cláusulas del contrato; mientras que el usuario solo se adhiere al contrato pre-redactado.

- OBJETO

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

En este tipo de contratos, las partes tienen como objeto la transferencia (proveedor) y la adquisición u obtención (usuario) de los servicios o productos, por lo que el usuario paga un precio y el proveedor recibe un monto de dinero por concepto de contraprestación.

- CAUSA

"Es la finalidad de 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 discrecionales" (Lorenzetti, 2007, p. 147)

- FUENTE

La fuente del contrato por adhesión en la mayoría de los casos o por antonomasia es de carácter contractual; de los cuales, puede ser oneroso o gratuito; será oneroso cuando la transferencia y adquisición de los productos se da como consecuencia de una contraprestación (bilateralidad); y será gratuita cuando solo una de las partes del contrato realiza ciertas acciones con el cual beneficia a la otra parte.

2.2.2.10. Formación y configuración del contrato de adhesión

Para comenzar a explicar lo referente este punto, mencionaremos las palabras del distinguido jurista Aníbal Torres (2016), quien expresa que el contrato por adhesión "es el acto por el cual el adherente expresa su voluntad sometiéndose a los términos y condiciones contenidos en el formulario prerredactado (...), es en bloque, sin previa discusión, de todas las estipulaciones que forman el contenido del contrato".

Como venimos sosteniendo, los sujetos que intervienen en los contratos por adhesión solo el ofertante tiene la posibilidad para redactar las cláusulas del contrato

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

por adhesión; en ese orden una vez redactados los términos y condiciones, el ofertante lo presenta al usuario o consumidor, no para que lo discuta sino para que se adhiera o alternativamente rechazarla, pero con la desventaja de no gozar el servicio. Entonces clarificamos que no es posible discutir, modificar o alterar ninguno de sus aspectos.

Hemos también verificado que esta naturaleza de contratos en su mayoría ni siquiera son leídos por sus consumidores, son redactados en términos imprecisos, con letra pequeña como invitando a su desconocimiento de tal forma que los usuarios no tienen clara la posibilidad de hacer un análisis a este contenido de letras pequeñas, por la necesidad de contar con el servicio son firmados inclusive en diferentes juegos de documentos. De esa forma encontramos el abuso y vejamen de las empresas oligopólicas al consumidor.

El oferente o dueño de los medios de producción a la postre cuenta con profesionales de alto nivel académico y de experiencia que determinadamente conocen con amplitud del derecho, pero tapándose los ojos para estar acorde con su centro de trabajo generan de forma fácil para la distribución de bienes y servicios, siendo profesionales brillantes pero no es su tarea la negociación sino vender en masa y obtener más ganancia; la única alternativa de rechazo no se presenta, tal vez de modo excepcional porque nadie desea ser relegado ni eludir la prestación de un servicio de moda.

Es importante también tener en cuenta la propuesta de León Barandiarán (1992), quien señala:

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

La oferta, en principio, tratándose de los contratos de adhesión es obligatoria para el proponente con respecto a cualquier proponente con respecto a cualquier adherente. Decimos en principio, porque por la naturaleza de las cosas o por exigencia del propio servicio, en ciertos casos las adhesiones pueden ser rehusadas. La oferta no puede extenderse sino concernientemente a un *genus limitatum*, a un número limitado de aceptaciones útiles. En caso de rehusamiento legítimo de una adhesión, el proponente debe notificar al adherente; de otro modo podría ser responsable de daños y perjuicios, por incurrir en una responsabilidad por culpa de *in contrahendo.* (pp. 31-32)

2.2.2.11. Ventajas y desventajas del contrato de adhesión

Está claramente determinado que los contratos de adhesión son de vital importancia, ubicados como contratos modernos en una sociedad moderna posibilitan la ágil distribución de productos y es evidente que no podría ser de otra forma, la alternativa es aceptar o rechazar pero también la otra alternativa es la presencia activa del Estado.

Al final de cuentas debemos dejar establecido que es evidente la existencia de ventajas y desventajas, vamos a determinar esos aspectos:

- Los contratos en masa que hacen que los particulares se adhieran masifican los servicios, hacen llegar la producción a gran escala y a gran magnitud, llegan concurrentemente oferta y demanda en grandes escalas, el movimiento económico comercial adquiere características masivas. En palabras de Torres (2016), “la

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

contratación masiva mediante el contrato de por adhesión es la única forma mediante la cual se puede llevar a cabo la producción y comercialización masiva de bienes y servicios". (p. 545)

- Los contratos de libre adhesión supuestamente ya tienen una información o propalación por medios periodísticos en la que han indicado sus nombres, sus características, etc., de tal forma que, bajo el aspecto de la información de las características del objeto lo que han hecho es generar una necesidad apremiante en el consumidor, no siempre una información sobre el contenido de la mercadería.
- Por su parte los adherentes se encuentran en igualdad de condiciones: todos han sido objetos de una seudoinformación, en todos se ha generado la necesidad de servicio y todos tienen la opción de aceptar o rechazar, pero esta actitud como alternativa ya ha sido subyugada por la necesidad de servicio. Así lo confirma Torres (2016), cuando señala que "se establece un trato igualitario para todos los eventuales adherentes". (p. 546)
- La amplia demanda y oferta obliga ya no una contratación, sino simplemente atención porque al final de cuentas se puede observar que son las mismas necesidades con sus propias peculiaridades y los servicios o bienes también tienen características peculiares solo variando de color y precio de manera que las empresas, acortando distancia, ya no contratan sino atienden.

Como aspectos desventajosos que inciden en la naturaleza de la adhesión, podemos adherirnos a lo siguiente:

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

- El aspecto final de rechazar o aceptar, no le otorga personería, puesto que aceptar o rechazar no implica negociar los términos del contrato, con ellos solo se manifiesta la libertad para contratar, mas no su libertad contractual
- Al no existir discusión sobre las cláusulas contenidas en el contrato, el oferente puede utilizar cláusulas técnicas poco entendibles para la ciudadanía, ambiguas, oscuras; o, se tienen cláusulas con letra demasiada pequeña, invitando al consumidor a no leer por falta de tiempo o predisposición.
- Las cláusulas de los contratos por adhesión son redactados por las empresas que brindan servicios a gran escala, evidentemente gozan de asesorías de gran nivel, acorde a sus posibilidades y necesidades; en tanto que los consumidores aunque estén acompañados por letrados, por la necesidad del momento lo que requieren es dar trámite a los diferentes documentos que se presentan sin opción a leer el contenido propio de las cláusulas o en todo caso ejercitar la única oportunidad de rechazarlo. Muchas de esas cláusulas general desventajas para los consumidores como en el caso de la retención de bienes ante la omisión de pago puntal, generando desventaja al consumidor.

2.2.2.12. Formas de control en los contratos de adhesión

Para el control de los contratos de adhesión, con la finalidad de evitar que la parte económica más fuerte abuse de su condición se tienen tres márgenes de control, estos márgenes evidentemente van a estar a cargo del Estado en donde las partes

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

intervinientes del contrato, es decir, la empresa o persona que ofrece el producto o servicio y el aceptante, la persona natural o jurídica que requiere el servicio deben estar adecuadamente protegidos para evitar las ventajas; siendo así se evidencian:

- **EL CONTROL ADMINISTRATIVO:**

Teniendo en cuenta que el ámbito administrativo es previo y subalterno al control pericial y legislativo, a nivel administrativo debe afrontar el desequilibrio existente en las futuras relaciones contractuales.

Es así que el Gobierno Local y los Gobiernos Regionales deben asumir competencia estatal, generando tamices previos y preventivos con la finalidad de verificar, depurar y aprobar oficialmente toda relación contractual previa.

Aquellas cláusulas que formarán parte de los contratos de servicio y consumo, deben ser fiscalizados inclusive generados por las autoridades administrativas acorde a su realidad local y regional. Siendo así, antes de celebrarse cualquier relación contractual, ya la intervención de la autoridad administrativa habría surtido sus efectos no siendo posible que el económicamente ventajoso imponga sus condiciones de forma unilateral.

- **CONTROL LEGISLATIVO**

El control legislativo lo encontramos establecido en el artículo 1398 del Código Civil, el mismo que tipifica las condiciones y las formas y cuando se configura la invalidez de algunas relaciones contractuales; el mencionado artículo limita la responsabilidad de las partes, apertura la posibilidad de suspender la ejecución del contrato, expone al respecto de la rescisión y resolución, y finalmente prohíbe a las

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

partes oponer excepciones o renovar tácitamente el contrato si no hay negociación previa. Es un hecho que el artículo acotado no es de conocimiento de las partes

- **PROTECCIÓN JUDICIAL:**

El orden jurisdiccional, por su naturaleza está para solucionar los conflictos y las diferencias que eventualmente podrá surgir en el ámbito contractual, como ya queda dicho, las controversias o incertidumbres de toda índole, son susceptibles de que el poder judicial la conozca retornando la igualdad entre las partes; eso mismo sucede en el ámbito del Derecho de los contratos que tiene abierta la posibilidad de que quien se considere agraviado con los efectos de una o varias cláusulas abusivas puede demandar ante el poder judicial para que sean declaradas nulas o ineficaces, ordenando la reparación del eventual daño económico y restableciéndose el equilibrio perdido en la relación contractual; el poder judicial como orden competente puede generar derecho inclusive cuando las cláusulas abusivas generen vacíos, oscuridades o ineficiencia en su conjunto, es decir, aun cuando la relación jurídica resulta anómala el Poder Judicial perfectamente puede recomponerla jurídicamente.

2.2.3. Principio de autonomía privada de la voluntad

2.2.3.1. Definición

Como queda dicho en el sustento de nuestra tesis, a los particulares el Derecho desde sus albores les ha otorgado autonomía para tomar decisiones en sus quehaceres privados y particulares, en esos términos es lícito es correcto que cuando celebran contratos hablen sobre la autonomía privada.

Borja Soriano (1984, como se citó en Treviño, 2008), menciona que:

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

> De acuerdo con el principio de la autonomía de la voluntad, las partes son libres para celebrar o no contratos, al celebrarlos obran libremente y sobre su pie de igualdad, poniéndose de acuerdo unos contratantes con otros, fijando los términos del contrato, determinando su objeto, sin más limitación que el orden público. (p. 7)

En esos términos, el principio de la autonomía privada de la libertad es ejercida solo cuando el hombre es íntegramente libre, en ese orden solo él puede elegir con quién contratar, igualmente para que vea las condiciones para contratar, y asimismo se encuentra facultado para autodeterminarse contractualmente; hablamos de la libertad para contratar y de la libertad contractual, siendo el primero el aspecto genérico y el segundo lo vemos como un aspecto de especie.

Informamos que los tópicos anunciados aparecen con la doctrina moderna después del hecho histórico de la Revolución Francesa, en donde los revolucionarios demandaron libertad e igualdad como elementos básicos de la visa humana, y ello mismo trasciende hasta nuestros días en el ámbito del derecho de los contratos.

2.2.3.2. Evolución histórica

El derecho privado peruano tiene pues influencias directas del derecho romano y germánico, teniendo en cuenta que sus instituciones y su naturaleza no han variado de tal forma que el sistema jurídico peruano tiene sus antecedentes jurídicos remotos en el derecho romano de Justiniano.

Ahora bien, siguiendo el camino histórico nuestros conceptos de autonomía privada no fueron todavía de conocimiento de los jurisconsultos romanos, debemos informar que sí ya tenían la noción de contratos, los republicanos la eludían en los

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

asuntos negociables; como queda dicho, la libertad e igualdad tienen luz después de la Revolución Francesa.

Los jurisconsultos romanos ligaban las responsabilidades a las consecuencias del delito, es decir, cuando el actor debía cumplir ciertas obligaciones de resarcimiento al daño causado, en donde se evidencia claramente la presencia de un acreedor y un deudor.

Esta figura obligacional evidentemente recibía un revertimiento de trámite solemne en tanto se presentaba la mora, dificultad y posibilidad de cumplimiento del derecho romano generaba las formas del cumplimiento obligacional.

Como se puede ver, este derecho obligacional surgido en Roma no provenía de ninguna manera de las partes contratantes, sino para el cumplimiento de ciertos eventos de naturaleza penal. En esos términos las formalidades que generó el derecho Romano no son las que han pasado a la historia, sino hemos encontrado que manejaban instituciones jurídicas como la Sponsio, la Stipulatio, la Mancipatio, la in iure cesio, la nexum y otros con los que generaban los trámites solemnes del derecho de los contratos de este tiempo.

Siendo el derecho romano la cuna del derecho nacional, diremos que no tuvieron, no conocieron un tratamiento de lo que hoy es la autonomía de la voluntad, dado el avance de la ciencia jurídica, algunos temas de libertad e igualdad tampoco eran abordados. Ha sido el transcurso del tiempo el que con la condena de la estricta libertad e igualdad de las personas, los criterios jurídicos y normativos han cambiado de postura y de tal forma muchas instituciones jurídicas han aparecido a partir de ese punto.

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

En el transcurso del tiempo, se evidencia un elemento innegable, la obligatoriedad de los compromisos asumidos, este aspecto ha venido caminando junto con la historia, la religión y la ética habiendo sido apoyado por líderes religiosos, líderes históricos y apareciendo la postura de que el incumplimiento de las obligaciones generaba desequilibrio y debería desaparecer.

Cuando preguntamos respecto de la época medieval de igual forma no se aceptaba a plenitud la igualdad y la libertad, es evidente que manejaban restricciones, el desarrollo científico de las ciencias jurídicas no hubiese sido posible si no contaban con la libertad y la igualdad. Es cierto pues que en la época medieval no se asumía la libertad y la igualdad como derechos humanos, el derecho civil no era para todas las personas, así lentamente se ha ido desarrollando el derecho en la historia.

De lo que en síntesis se puede ver respecto del camino de la autonomía privada, es que aparece con la escuela racionalista que surgió tan luego estalló la revolución Francesa cuando se estableció los principios de igualdad, libertad y otros, evidentemente se generaron grandes corrientes ideológicas con el que se concibió de modo diferente al hombre, ya no como un medio de trabajo y explotación, sino como la finalidad concreta del derecho.

El derecho de los contratos ubica a todos los hombres en igualdad de condiciones y los faculta a que puedan autodeterminarse de modo autónomo; estos aspectos ahora vienen avanzando irremediablemente solo con el aspecto de que aquella igualdad sea plena evitando las ventajas eventuales de una parte.

La autonomía privada, por el principio de la autonomía de la libertad ahora es considerada como principio fundamental de todo el derecho de los contratos, se

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

reconoce al ordenamiento jurídico como marco normativo de las condiciones a contratar, el derecho civil debe conciliar un ámbito igualitario en donde la creación, modificación y extinción de las relaciones jurídicas sea un éxito en donde los hombres autodeterminen sus relaciones contractuales.

Desde el siglo XIX aparece el fantasma de la industrialización y comercialización en macro, este hecho incide directamente en el derecho de los contratos puesto que no podemos perder de vista de que se trata del derecho de obligaciones, de igual forma hay oferta, ofertante, mercado y existe la necesidad de satisfacer las necesidades bajo la distribución de bienes y servicios. Las formas tradicionales del tratamiento comercial colisionan, hay otras formas de comercialización masiva y adhesiva como estamos viendo, dando paso a la necesidad de cambiar lo que hay que cambiar, encontrando la necesidad de modificar criterios de distribución masiva y adhesiva sin perder de vista ni excluirnos de la libertad y de la igualdad, entonces el derecho civil y comercial deberá apuntar a ese cambio, debiendo ser la doctrina y la jurisprudencia los vehículos que lo harán caminar.

2.2.3.3. Elementos de la autonomía privada

Tenemos a la libertad para contratar y a la libertad contractual los dos elementos centrales que tanto la doctrina como la jurisprudencia han señalado como elementos fundamentales de la autonomía privada en el ámbito de los derechos de los contratos:

- **LIBERTAD PARA CONTRATAR:**

Que también lo podemos conocer como libertad de contratación, es la constitución política del Estado Peruano que en su artículo 2.14 se reconoce el derecho a toda

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

persona a contratar con fines lícitos, siempre que no se contravenga a las leyes ni al orden público. De manera complementaria encontramos el artículo 62 del mismo cuerpo constitucional que establece respecto de la libertad de contratar cuando las partes pactan válidamente un contrato a la par de las normas vigentes y que los términos contractuales se configuran como leyes para las partes.

Las normas citadas también establecen que los eventuales conflictos derivados de la relación contractual se solucionan acogiéndose a los mecanismos contemplados en las otras leyes.

Para Aníbal Torres (2016), una de las dos manifestaciones más importantes del principio de la libertad contractual es la libertad de contratar, refiriéndose a ella de la siguiente manera:

> Por la libertad de contratar las partes son libres para celebrar o no un contrato y si optan por llevarlo a cabo son libres para elegir la persona con quien desean contratar, esto es, deciden libremente a quien ofrecer sus bienes y servicios. Nadie puede ser privado de sus propios bienes o ser constreñido a ejecutar prestaciones a favor de otros, en contra de su voluntad, salvo disposición expresa de la ley dictada en protección de intereses superiores de la comunidad. Cada individuo obedece, en principio, a su propia voluntad; no puede ser vinculado, si la ley no lo permite, por la voluntad de otro. (p. 67)

Así pues la libertad para contratar se fundamenta en la llamada autonomía de la voluntad o autonomía privada. Ello implica la autodeterminación de las personas

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

en forma más amplia posible, deciden cómo y cuándo vincularse y ya en la figura de personas naturales o personas jurídicas.

La libertad de contratación viene a constituirse como un derecho subjetivo que ampara la autodeterminación de su titular pues este tiene la facultad de contratar o no y a su vez también determinar con quien contratar así como para regular y establecer al propio contrato.

Desde un panorama institucional, la libertad de contratación es un principio, que alumbra a todos los derechos de los contratos al igual que el derecho de propiedad encontramos como pilar básico la economía social de mercado establecido en el artículo 58 del cuerpo constitucional.

- **LIBERTAD CONTRACTUAL:**

Para Aníbal Torres (2016), "la libertad contractual significa que las partes determinan libremente entre sí, la forma y el contenido del contrato, según las normas vigentes al tiempo de su celebración". Ahora bien, definido el aspecto genérico podemos abordar el aspecto de la especie y es el propio código civil artículo 1351 que define al contrato como el acuerdo de dos o más partes para crear, regular y modificar o es inhibir una relación jurídico patrimonial. Lo que encontramos es que la doctrina fija la libertad contractual en el ámbito de la categoría de negocio jurídico pues no es otra cosa que el contrato sino u negocio jurídico bilateral.

Encontrando así su definición también podemos diferenciar su ánimo patrimonialista, pues tiene como objeto relacionar a las personas susceptibles de

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

intereses económicos pues son ellos los que van a constituir o regular o extinguir una relación jurídica patrimonial.

En definitiva, y determinantemente por decisión del Código Civil vamos a encontrar pues a que el contrato es el ejercicio de la autonomía privada en la que dos o más personas deciden vincularse, y establecen a futuro derechos y obligaciones que como quedó dicho son susceptibles de valoración económica patrimonial. He aquí ambas facetas, la libertad de contratar y la libertad contractual.

2.2.3.4. Función de la autonomía privada

La teoría de los contratos no va a ser otra cosa sino enseñarnos el valor de la prevalencia de la autonomía privada, que habiendo surgido de la consciencia del hombre ha sido tamizada por la inteligencia del mismo y consecuencia de ello ejerce la autonomía privada.

En ese sentido encontramos el valor doctrinario de la autonomía privada, no se trata de una norma escrita, se trata del ejercicio de la libertad y de la igualdad siendo así su función resulta prevalente para el contrato.

Los sujetos contractuales generarán mutuas obligaciones comprometiendo incluso su patrimonio y uno para el otro tendrán obligaciones bilaterales y sujetos a aplicárseles requerimientos de carácter legal.

Entonces encontramos a la autonomía privada que tiene una eficacia jurígena propia. Esa eficacia jurígena consiste en la función de creador de relaciones jurídicas, ningún otro campo en donde se ejercita el derecho la autonomía de la voluntad tiene una presencia fundamental, por eso la voluntad es la que determina

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

la existencia o no de un contrato, la voluntad del hombre generará o no relaciones jurídicas eh ahí la función de la autonomía privada.

2.2.3.5. Límites de la autonomía privada

Como todo elemento existente la autonomía privada también comporta dos vertientes: Una de las vertientes desde el punto de vista legal y la segunda vertiente desde el punto de vista económico del mercado. Queremos decir pues que la autonomía privada no es una actividad sin límites sino por el contrario es ejercida dentro de ámbitos determinados. Como venimos sosteniendo en el curso de nuestra tesis la autonomía privada de la libertad es manejado conforme a las normas jurídicas, se concibe dentro de un marco jurídico normativo, es cierto que la misma constitución política la define en su artículo 2 inciso 14, marco normativo que dispone la contratación con fines lícitos pero que no contravengan a las leyes ni al orden público. La otra limitación legal la encontramos en el código civil que en su artículo V del título preliminar formula el principio de que es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público y las buenas costumbres. En ese mismo orden y en el propio código civil en su artículo 1354 determina un cuadro normativo propio expresando que las partes puedan determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sean contrarios a la norma legal.

De lo esgrimido líneas arriba se puede encontrar pues una sistematización de las normas jurídicas puesto que ese orden parte del orden constitucional y aterriza en el propio código civil, la contratación existente resulta evidente.

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

Pero los límites de la autonomía privada no solo la ejercen las normas también la limitan las instituciones del estado, los gobiernos locales y regionales, el poder ejecutivo y finalmente el poder judicial.

Ahora bien, la autonomía privada al convertirse el contrato no hace otra cosa sino manejar asuntos de interés económico, lo encontramos en el tráfico patrimonial, todas las formas de contratación a esos aspectos de generar relaciones son precisamente relaciones patrimoniales. Entonces la contratación masiva y los contratos de aceptación exactamente tienen un contenido económico y están sujetas a los fenómenos propios del mercado.

Como vemos ya no es el estado quien pone las limitaciones sino los fenómenos propios de la economía, es decir la oferta y la demanda son factores que discurren en el mercado.

Este sistema de contratación, como queda advertido, de moviliza pues en dos grandes campos, en el campo o marco normativo y en el ámbito de la oferta y la demanda; solo así hemos podido observar la fluidez del intercambio de bienes y servicios a través de los mecanismos de contratación masiva y sometiéndose a contratos abusivos, entonces

2.2.3.6. Situación del principio de autonomía privada

Conviene ahora precisar sobre la situación y ubicación del principio de la autonomía privada en nuestra investigación hemos encontrado que hay sectores que están a favor de que la autonomía privada debe tener restricciones solo en el ámbito legal y no debe relacionarse por lo tanto con adjuntos de la economía del mercado; sin embargo es innegable que la autonomía privada ejerce doble careta.

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

En el sistema que combate a la autonomía privada, deja del lado aspectos principistas iniciales, es decir a la libertad y a la igualdad, no se puede hablar de autonomía si olvidamos a la libertad y a la igualdad.

De otro lado si nos separamos del aspecto económico le quitamos la esencia o naturaleza del contrato pues este se encuentra íntimamente ligado a la tarea de generar relaciones jurídicas patrimoniales.

Siendo así la autonomía privada siempre estará acompañada de su objetivo esencial la creación de obligaciones bilaterales generales ya sea entre personas naturales o jurídicas. Estos aspectos últimos no suceden por ejemplo en el Derecho de las Personas, tampoco en el derecho de familia ni en el derecho de sucesiones.

2.2.3.7. Autonomía privada y contrato

En este aspecto nosotros encontramos una clara relación entre la autonomía y el contrato, si bien es cierto estamos autorizados para normarnos autónomamente pero esta normativa es dentro del marco de la bilateralidad y claramente se conciben dos personas con intereses a futuro, entonces ellas se manifiestan libremente y en forma espontánea empiezan a generar tratativas.

Este aspecto sumamente relevante para el derecho no siempre ha existido así como queda dicho, ni tampoco ha recibido esa nomenclatura, es el avance de la ciencia jurídica que le ha acicalado tareas propias objetivos concretos y se convierte en su naturaleza en asuntos propios. Los hombres libres no dejan de contratar en toda su vida.

Posteriormente, se reclama la voluntad o aceptación de los otorgantes es decir, no hay obligación si no hay aceptación, no hay contrato si no hay la buena voluntad de

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

hacerlo entonces lo real de los protagonistas contractuales se basa en que ambos forjan las relaciones jurídicas patrimoniales, la voluntad autónoma deberá ser coincidente, esa coincidencia como queda dicho es el contrato. Finalmente también quepa la discusión si cuál debería ser la expresión más apropiada autonomía privada o autonomía de la voluntad; últimos entendimientos doctrinarios están fijando como que la forma más idónea es la de la autonomía privada con la que se elimina inclusive sinonimia con la autonomía de la voluntad entonces sí determinadamente es bueno hablar de la autonomía privada para referirse a las relaciones creadas por las personas e incidir también que este es un elemento central solo del mundo del derecho de los contratos.

2.2.3.8. Autonomía privada y contrato de adhesión

Es nuestra posición haber evidenciado en el curso de la presente investigación que los contratos por adhesión realmente se restringe la autonomía de la voluntad, esta restricción se materializa en el aspecto de la manifestación de la voluntad, es decir el consumidor no tiene opción a manifestar lo que él piensa respecto del contrato, le queda solo la escapatoria de rehusar al compromiso propuesto.

Entonces sostenemos que no se ejerce autonomía cuando se contrata pese a la poca legislación favorable.

Entonces queda en pie que el contrato por adhesión resulta ser unilateral, las condiciones, los términos, las cláusulas no son negociables.

De otro lado, en el ámbito de la negociación la necesidad de servicio resulta mayor que la autonomía privada; el poco esfuerzo de la normatividad vigente resulta concibiendo espacios jurídicos al abuso del poder económico y el imperio de las

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

cláusulas abusivas; es cierto que el perjudicado puede recurrir al orden jurisdiccional pero el tiempo, la utilidad, la inversión resultan adversas.

El recuento normativo al final de cuentas está de favor al gran capital y escasamente favorable al consumidor.

2.2.3.9. El servicio público de telefonía en el Perú

Llegados los años de la década 90, en el Perú se vivió la era de las privatizaciones, según los gobernantes de ese tiempo se trataba de alcanzar un óptimo servicio con empresas subsidiarias asistidas por el estado peruano. Uno de los factores que entró a este ruedo fue el aspecto de la información, como consecuencia esta actitud estatal trajo como consecuencia el aumento de líneas telefónicas, eliminación de barreras burocráticas para su confección, y la presencia innumerable de empresas comerciales entre otras Telefónica del Perú, Bitel, Claro, Nextel, todas tendientes al negocio de la comunicación, según el estado Peruano de ese entonces, las referidas empresas estaban fiscalizadas por una instancia estatal denominada OSIPTEL, órgano del Estado que tenía como competencia fundamental encargarse de la regulación de los servicios de telecomunicaciones.

La sociedad peruana y otras símiles hemos sido testigos de la masificación del servicio de telecomunicaciones.

Evidentemente la comunicación es un elemento importante para el avance del conocimiento.

Ahí no está nuestra crítica, nuestra crítica apunta a que Telefónica y otros similares por todo lo argumentado en la presente administración han saltado con garrocha lo que en el derecho de los contratos se tiene como marco fundamental y se denomina

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

autonomía privada, fácilmente se ve que las empresas citadas atienden servicios masivamente y sus contratos son de simpre adhesión.

2.2.3.10. La regulación del servicio de telefonía y el rol de OSIPTEL

Los gobiernos entreguistas de la década 90 y 2000 crearon pues organismos supuestamente reguladores destinados a proteger los intereses del Estado, regular los servicios públicos y prestar atención a los particulares: hablamos de OSINERMING, SUNAT, OSITRAN e incluso OSIPTEL que fue creada después del proceso de privatización pero de la misma naturaleza.

A partir de esos tiempos nuestras sociedades se vieron involucradas en un mar de necesidades de telecomunicación, altas demandas, requerimientos masivos y servicios fáciles no hicieron otra cosa sino hacernos parte de un mercado y una necesidad innegable.

Las oficinas de telefonía surgieron en todas partes, por su cuenta osiptel era totalmente desconocido, centralizado en la ciudad de Lima, se convirtió en un mal peor, en la práctica conformaba el capricho del Estado y de las empresas interesadas, no se conoció jamás que hayan reivindicado los intereses de los consumidores.

Pero, resulta beneficioso para la investigación expresar pues la naturaleza de OSIPTEL; organismo del Estado, con facultades reglamentarias, fiscalizadora de las empresas operadoras y de los usuarios, fue creada a través del decreto supremo 020-98-MTC, norma administrativa suprema que le concedía facultades estatales, que a nuestro juicio nunca se entregó, nunca llegó a los destinatarios.

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

Nuestra postura es contundente, OSIPTEL nunca se preocupó en deslindar la naturaleza de los contratos que ellos debían fiscalizar, cumplía obligaciones legales subalternas, sus decisiones resultaron demagógicas y rimbombantes, la actitud supervisora fue unilateral, es decir en la práctica castigaba o fiscalizaba a los usuarios, pero nunca a las empresas prestadoras, salvo pocas excepciones.

2.2.3.11. Derechos de los usuarios de telefonía

Administrativamente del contenido y reglamentación administrativa generado por OSIPTEL encontramos pues lo que ellos denominaron derecho de los usuarios y que podemos enumerarlo de la siguiente manera:

- A recibir una información detallada sobre el servicio, explicación sobre la opción de planes tarifarios, requisitos administrativos para acceso del servicio, características de los servicios, limitaciones de los servicios, plazo, causales de resolución, penalidades que alcanzaba a implicancias ideológicas, el uso de equipos, el procedimiento de baja, restricciones para la modalidad de servicios, velocidad, y las formas de acceso al internet.
- La suscripción de un contrato en original.
- La instalación del servicio en un plazo establecido en el contrato. La operadora tiene la obligación de cumplir dicho extremo o solicitar la terminación de dicho contrato.
- La empresa se compromete a prestar un servicio continuo e ininterrumpido quedando a salvo devoluciones o concertaciones cuando corresponda

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

2.2.3.12. El derecho a la información en la contratación de servicios públicos de telefonía y el deber de información de las empresas.

Resulta obligación fundamental y derecho de los consumidores una información precisa respecto de los servicios de telefonía con la finalidad de que estos servicios no deben afectar a los particulares.

La información resulta prevalente porque el consumidor si bien no conoce extensamente a los contratos, pero por lo menos debe ser informado de elementos básicos del contrato por eso uno de los requisitos para la formación del contrato es la información concreta al usuario. Resulta que tal información no abarca a la naturaleza del contrato.

Podemos informar que la información en todo caso debería apuntar a la esencia del contrato, al precio y duración del servicio; eso no funciona puesto que el precio y la duración está a voluntad de la empresa prestadora. El servicio se convierte a criterio de la empresa.

El derecho a la información del usuario queda reducido a letra muerta, más todavía cuando para la procedencia de todo reclamo los usuarios deberán estar al día de los servicios evidentemente cuestionados.

La información a la cual nos referimos está básicamente referida a las obligaciones del usuario, inclusive apercibimientos o amenazas en caso de incumplimiento al contrato. En resumen, el derecho de información, empresa del día de la contratación y termina ese mismo día, a partir de ello existe una política de disciplina contra el consumidor, para cuyo efecto el referido decreto supremo 020-98-MTC, el que

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

nunca fue discutido por los representantes de los consumidores, fue impuesto por el Estado en contubernio con Telefónica.

2.2.3.13. Fundamento de la asimetría informativa

En el entendido que la información resulta un elemento insustituible, pues las empresas adhesivas al estar en ventaja su tarea informativa es de primer orden.

Es así que en las relaciones de consumo, para referirse a la calidad, a la funcionalidad y a los diversos alcances que deben tener los bienes o servicios, deberían brindar una información asimétrica acorde, la información resulta de plano necesaria pues el movimiento económico en crecimiento industrial no debe caminar en silencio.

La oferta y la demanda deben de caminar juntos pero esta figura se produce cuando los consumidores cuentan con la suficiente información de lo que necesitan comprar o consumir, lo que podemos decir contra con conocimiento de causa.

La legislación que protege al consumidor desde ya apunta al cumplimiento de ese servicio, incidiendo figurativamente como derechos y obligaciones de los consumidores.

La norma aludida incluso sanciona a los servicios engañosos a los servicios que inducen a error, a la información distorsionada de los hechos; es el hecho que por la falta de información los consumidores no atinan a iniciar acción.

En la posición del proveedor encontramos el peso pues resulta de su obligación la información correcta, estando el consumidor debidamente informado de las características de bien o servicio entonces debemos de concluir que ha obrado con pleno conocimiento de causa y de tal forma que no existe prejuicio en su contra.

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

Estimamos también que el productor no solamente debe ofrecer las características de su producto sino también los alcances de la norma pertinente, incidiendo en la distorsión de la información en la calificación de los servicios y las sanciones que eventualmente se produzcan cuando se produzca una falta en el ámbito del mercado. Entonces la asimetría informativa generará un balance de fuerzas de los ofertantes y los consumidores, entendemos entonces que ya no hay imposición del productor sino lo máximo que puede hacer sería persuadir a sus clientes.

Entonces hay que definir que el aspecto de desconocimiento resulta nocivo para el mercado; la clara información, la transparencia en sus actitudes, la sana invitación al consumo, la persuasión hará sucumbir a los engaños confusiones y errores.

Entonces finalmente debemos de aseverar que una transacción comercial deberá ser producto de una sana persuasión legalista, el hecho de que se asuman obligaciones bilaterales, debe ser producto de una sana convicción del consumidor; la asimetría informativa debe ser entonces columna vertebral en la práctica común de los servicios de tal forma que adquirir un producto o servicio, incluso en la forma de adhesión, será consecuencia de un adecuado tratamiento.

2.2.3.14. Los contratos por adhesión de telefonía

En nuestros tiempos observamos que los particulares pueden vivir holgadamente con la carencia de otros bienes, vale decir transporte, alimentación, salud, pero no pueden vivir si no cuentan con el servicio telefónico, el sujeto se intranquiliza si no está comunicado constantemente. Este elemento natural de nuestros tiempos empuja a los particulares a adquirir un servicio de telefonía no interesando las condiciones. Rechazar la oferta es una excepción o eventualidad.

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

Fácilmente entonces se configura la adhesión a las condiciones impuestas por telefónica para cuyo hecho la empresa prestadora del servicio móvil tiene instalaciones adhesivas, es decir, locales con puertas grandes, personal preparado para captar masivamente y adhesivamente y la información que se puede percibir no es otra sino de carácter comercial y adhesiva. El ciudadano a partir de ese momento es conocido como abonado sin darse cuenta ya forma parte de la gran familia de telefónica en su condición de abonado. Inmediatamente aparecen formatos para ser firmados aceptando el servicio.

En este orden el consumidor puede satisfacer su necesidad de información, no habiendo sido su interés intercambiar ideas respecto del contenido del contrato; no ha sido otro su objetivo sino lograr de cualquier forma el servicio telefónico habiendo adquirido el servicio móvil, en el sujeto ha cambiado su estatus, su imagen y muy relajado y contento ha comprometido su patrimonio.

Por consiguiente, el servicio móvil y otros que anteladamente ya han sido objeto no de información asimétrica, sino de propaganda comercial, la misma que habiendo horadado los sentimientos del consumidor, le ha generado anteladamente una necesidad de servicio insoslayable, de tal forma que formando una gran masa de necesitados, van a adherirse también en masa.

2.4. Hipótesis

Hipótesis General

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

Con la celebración de los contratos de adhesión por parte de Telefónica del Perú, sí se limita el principio de la autonomía privada de los usuarios.

Hipótesis Específicas

- La celebración de los contratos por adhesión sí se convierte en necesario para el tráfico jurídico patrimonial en masa.
- No existen suficientes argumentos para que a través de la celebración de los contratos por adhesión para que se restrinja a la autonomía privada.
- El Estado peruano no contempla suficiente normatividad para proteger a los usuarios de manera eficaz cuando estos celebran los contratos por adhesión.

2.5. Variables

Variable (x)

Contratos de adhesión de Telefónica del Perú

Variable (y)

Principio de la autonomía privada

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

Capítulo III

METODOLOGÍA

3.1. Tipo de investigación

La presente investigación jurídica es de enfoque mixto, de tipo dogmático – teórico, y tiene por finalidad estudiar y dar a conocer cómo se viene desarrollando los contratos por adhesión y si estas restringen al principio de autonomía privada, entendiéndose a la facultad reconocida legalmente a los sujetos de derecho para que puedan normarse si crean relaciones jurídicas de carácter obligacional.

3.2. Diseño de investigación

La presente investigación es de diseño no experimental de corte transversal o transeccional. Es de diseño no experimental, porque en la investigación se realiza sin manipular deliberadamente las variables; es decir, se trata de estudios en los que no hacemos variar en forma intencional las variables independientes para ver su efecto sobre otras variables. (Hernández, et al, 2014, p. 152). Y es de corte transversal o transeccional, porque, se recolectan datos en un solo momento, en un tiempo único. Su propósito es describir variables y analizar su incidencia e interrelación en un momento dado. Es como “tomar una fotografía” de algo que sucede. (Hernández, et al, 2014, p.154)

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

3.3. Población y muestra

3.3.1. Determinación de población

- **Universo Físico:** Estuvo constituida por el ámbito nacional, específicamente la Provincia de Huaraz; en ese sentido, desde la ciudad mencionada, se realizó todas las actividades concernientes para la elaboración y ejecución del proyecto de tesis.
- **Universo Social:** La población materia de estudio se circunscribe a la dogmática dentro del Derecho Civil y la jurisprudencia y la dogmática de esta rama del Derecho Privado.
- **Universo temporal:** La delimitación temporal de la presente investigación es al año 2021.
- **Universo poblacional:** Usuarios del círculo de clientes de Telefónica del Perú.

3.3.2. Muestra

3.3.2.1. Tipo de muestra

El tipo de muestra es no probabilístico, debido a que la elección de los elementos no depende de la probabilidad, sino del investigador. Aquí el procedimiento no es mecánico ni se basa en fórmulas de probabilidad, sino que depende del proceso de toma de decisiones de un investigador o de un grupo de investigador y, desde luego, las muestras seleccionadas obedecen a otros criterios de investigación. (Hernández, et al, 2014, 176). Además, se encuestó a 100 usuarios del círculo de clientes de Telefónica del Perú.

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

3.3.2.2. Marco muestral

El marco muestral estuvo constituido por la doctrina y jurisprudencia sobre el contrato por adhesión y el principio de autonomía privada; además se encuestó a 100 usuarios del círculo de clientes de Telefónica del Perú, aplicando un muestreo cesal.

3.3.2.3. Unidad de análisis

La unidad de análisis ha sido referida al análisis de documentos (Doctrina y jurisprudencia), usuarios.

3.4. Técnicas e instrumentos de recolección de datos

3.4.1. Técnicas

- Análisis documental.
- Encuesta.

3.4.2. Instrumentos

- Documentos
- Cuestionario

3.5. Plan de procesamiento y análisis estadístico de datos

Como técnica de recolección se utilizó la encuesta, que es considerada como una técnica de recoger datos a través de la interrogación de los sujetos cuya finalidad es la de obtener de manera sistemática medidas sobre los conceptos que se derivan de una problemática de investigación

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

previamente construida (Arias F., 2012). En este sentido, la presente investigación utilizó como técnica a la encuesta.

El plan de recojo de la información comprendió en segundo lugar la selección de los instrumentos de recolección de datos, en ese sentido se empleó lo siguiente: Para las fuentes bibliográficas, hemerográficas y virtuales se realizó a través de las fichas bibliografías, literales, resumen y comentario.

Para la jurisprudencia se empleó la ficha de análisis de contenido, los que nos permitirán recoger datos para la construcción del marco teórico y la discusión, y de esa forma validar la hipótesis planteada. Para el estudio de la normatividad, se realizó a través de los métodos exegético y hermenéutico, para tener una visión sistemática sobre nuestro problema de estudio.

Respecto al análisis de la información, se empleó la técnica del análisis mixto, ya que se hizo uso del enfoque cualitativo y cuantitativo; el análisis de datos debe concretarse a la descomposición de la información en sus partes o elementos, tratando de encontrar la repetición de lo idéntico y las relaciones de causalidad, a fin de describir y explicar las características esenciales del hecho o fenómeno; además de que los datos obtenidos en los cuestionarios se recolectarán en una base de datos y se procesarán mediante el software Microsoft Excel 2019, así mismo para la construcción de tablas y figuras; y finalmente se realizarán las interpretaciones.

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

Capítulo IV

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

4.1. Presentación de resultados

Para poder otorgarle solidez a los resultados de nuestra investigación, y validar convenientemente las hipótesis planteadas, se emplearon datos estadísticos de manera organizada y sistemática.

Se han empleado diversas preguntas, y cada una tiene un cuadro estadístico debidamente interpretado.

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

4.1.1. Resultados descriptivos

Pregunta 01. ¿Usted ha celebrado contrato con Telefónica del Perú?

Tabla 1

Frecuencia de haber celebrado contrato con Telefónica del Perú

Alternativas	***Frecuencia***	***Porcentaje***
Si	*48*	*48%*
No	*52*	*52%*
TOTAL	***100***	***100%***

Fuente: Base de datos.

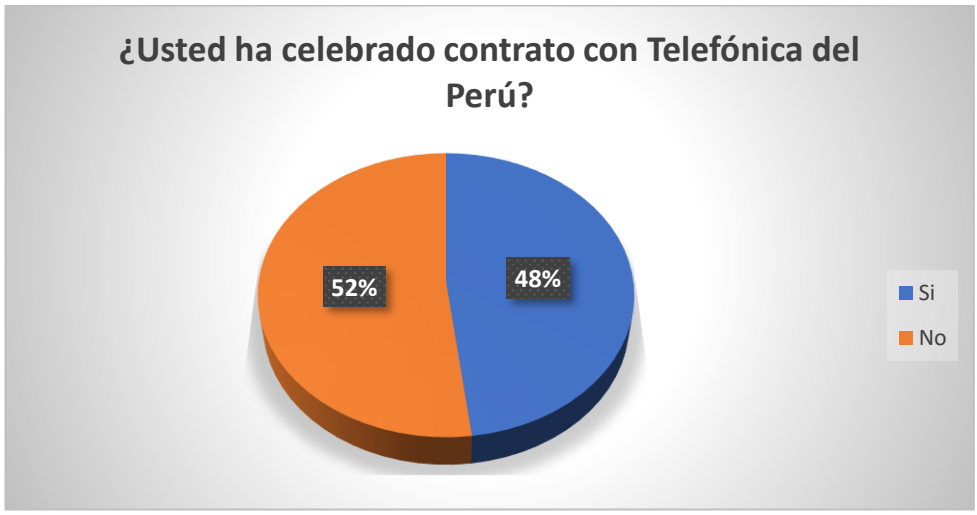

Figura 1. Regularidad de haber celebrado contrato con Telefónica del Perú.

Interpretación: De la tabla 1 y figura 1 se puede afirmar, que del total de encuestados el 52% niega haber celebrado contrato con Telefónica del Perú, y el 48% afirma haber celebrado contrato con Telefónica del Perú. Con lo que se deduce que casi la mitad celebró contrato con Telefónica del Perú.

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

Pregunta 02. ¿Cuántas veces ha contratado con Telefónica del Perú?

Tabla 2

Frecuencia de haber contratado con Telefónica del Perú

Alternativas	***Frecuencia***	***Porcentaje***
1 a 5 veces	*59*	*59%*
5 a 10 veces	*37*	*37%*
10 veces a más	*4*	*4%*
TOTAL	***100***	***100%***

Fuente: Base de datos.

Figura 2. Regularidad de haber contrato con Telefónica del Perú.

Interpretación: De la tabla 2 y figura 2 se puede afirmar, que del total de encuestados el 59% afirmó tener contrato con una frecuencia de 1 a 5 veces, el 37% de los encuestados con una frecuencia de 5 a 10 veces y una minoría del 4% con una frecuencia de 10 a más veces. Debido a las posibles falencias de su servicio.

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

Pregunta 03. ¿Las veces que usted ha contratado servicios telefónicos, ha discutido cada una de las cláusulas de contratación?

Tabla 3

Frecuencia de haber discutido cada una de las cláusulas de contratación.

Alternativas	***Frecuencia***	***Porcentaje***
Si	*63*	*63%*
No	*27*	*27%*
No era necesario	*10*	*10%*
TOTAL	***100***	***100%***

Fuente: Base de datos.

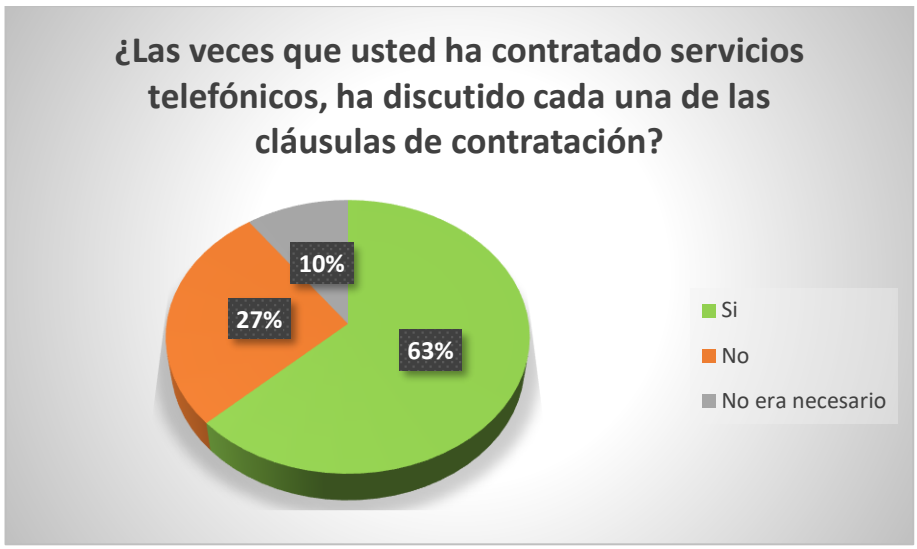

Figura 3. Regularidad *de haber discutido cada una de las cláusulas de contratación.*

Interpretación: De la tabla 3 y figura 3 se puede afirmar, que del total de encuestados el 63% afirmó haber discutido cada una de las cláusulas de contratación al haber contratado los servicios telefónicos, el 27% de los encuestados no discutió cada cláusula del contrato y una minoría del 10% con consideró que no era necesario. Debido a que hay cláusulas que no quedan claras y que son ambiguas para los clientes.

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

Pregunta 04. ¿Los contratos de servicios telefónicos que suscribió han tenido contenido económico?

Tabla 4

Contenido económico de los servicios telefónicos suscritos

Alternativas	***Frecuencia***	***Porcentaje***
Algunos de ellos	*42*	*42%*
Ningunos	*32*	*32%*
Si	*26*	*26%*
TOTAL	***100***	***100%***

Fuente: Base de datos.

Figura 4. Regularidad de contenido económico de los servicios telefónicos suscritos.

Interpretación: De la tabla 4 y figura 4 se puede afirmar, que del total de encuestados el 42% afirmó que los contratos telefónicos a los que se suscribieron algunos de ellos tuvieron contenido económico, el 32% de los encuestados muestran que ninguno de los contratos tuvo contenido económico y una minoría del 26% que sí tuvieron contenido económico. Debido a las complejas cláusulas de los contratos.

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

Pregunta 05. ¿A la firma del contrato de servicio telefónico a la que se refiere la presente, estuvo junto como parte de contrato el representante legal de Telefónica del Perú?

Tabla 5

Presencia del representante legal de Telefónica a la firma del contrato.

Alternativas	***Frecuencia***	***Porcentaje***
Si	*5*	*5%*
No	*58*	*58%*
Desconozco	*37*	*37%*
TOTAL	***100***	***100%***

Fuente: Base de datos.

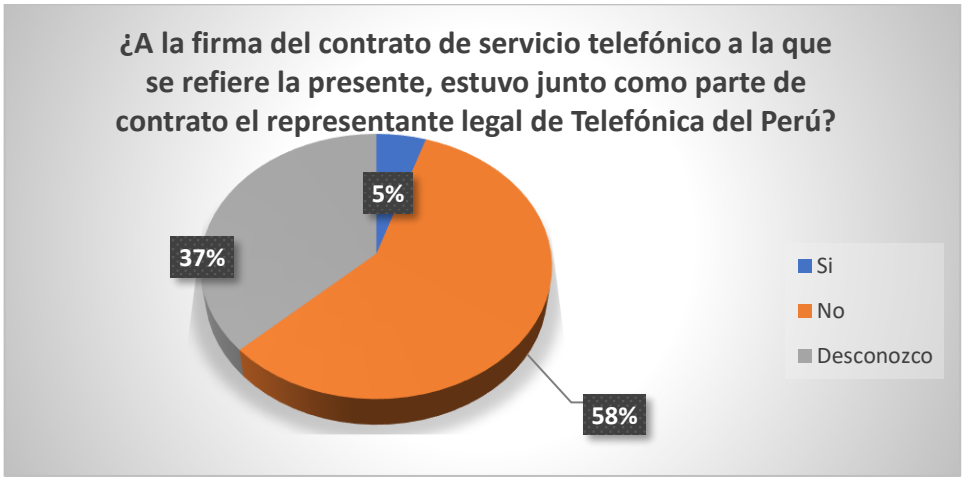

Figura 5. Regularidad de la presencia del representante legal de Telefónica a la firma del contrato.

Interpretación: De la tabla 5 y figura 5 se puede afirmar, que del total de encuestados el 58% menciona que al momento del contrato no se contó con la presencia del representante legal, y el 37% desconoce que haya estado presente, y finalmente el 5% menciona que el representante legal sí estuvo presente. Debido a que los contratos se realizan de manera rápida y sin planificación.

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

Pregunta 06. ¿Usted tiene conocimiento del denominando principio de la autonomía de la voluntad?

Tabla 6

Conocimiento del principio de la autonomía de la voluntad.

Alternativas	***Frecuencia***	***Porcentaje***
Si lo tengo	*39*	*39%*
No lo tengo	*16*	*16%*
Solo conozco algo	*45*	*45%*
TOTAL	***100***	***100%***

Fuente: Base de datos.

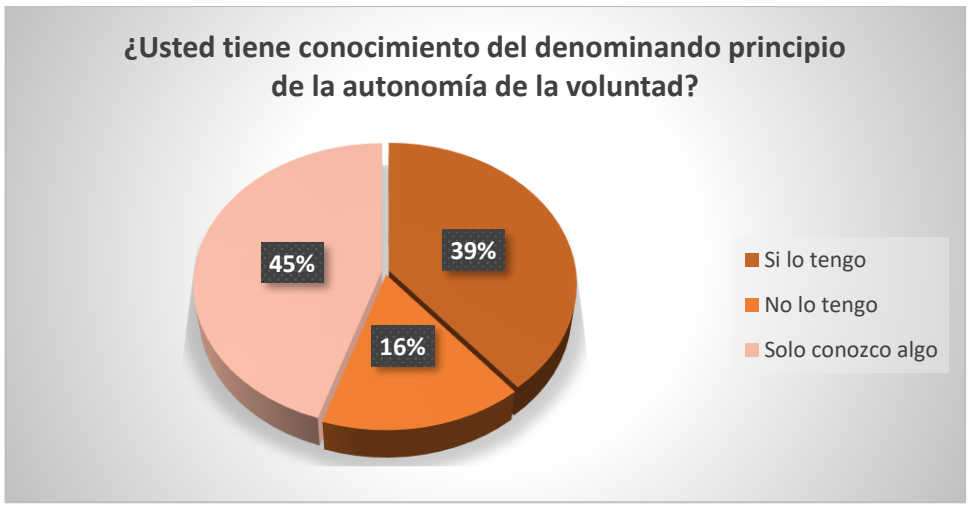

Figura 6. Regularidad Conocimiento del principio de la autonomía de la voluntad.

Interpretación: De la tabla 6 y figura 6 se puede afirmar, que del total de encuestados el 45% afirmó solo conocer algo del principio de la autonomía de la voluntad, el 39% afirmó que, si tiene conocimiento sobre el principio de la autonomía de la voluntad, y que una minoría con el 16% menciona que no tiene conocimientos sobre el principio de la autonomía de la voluntad. Debido a que no se instruyen y hay varios temas donde hay mucha desinformación.

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

Pregunta 07. ¿Usted tiene interpuestos reclamos por incumplimiento de contrato por el servicio telefónico aludido en esta encuesta?

Tabla 7

Frecuencia de reclamos interpuestos por incumplimiento del contrato.

Alternativas	***Frecuencia***	***Porcentaje***
Si	*74*	*74%*
No	*26*	*26%*
TOTAL	***100***	***100%***

Fuente: Base de datos.

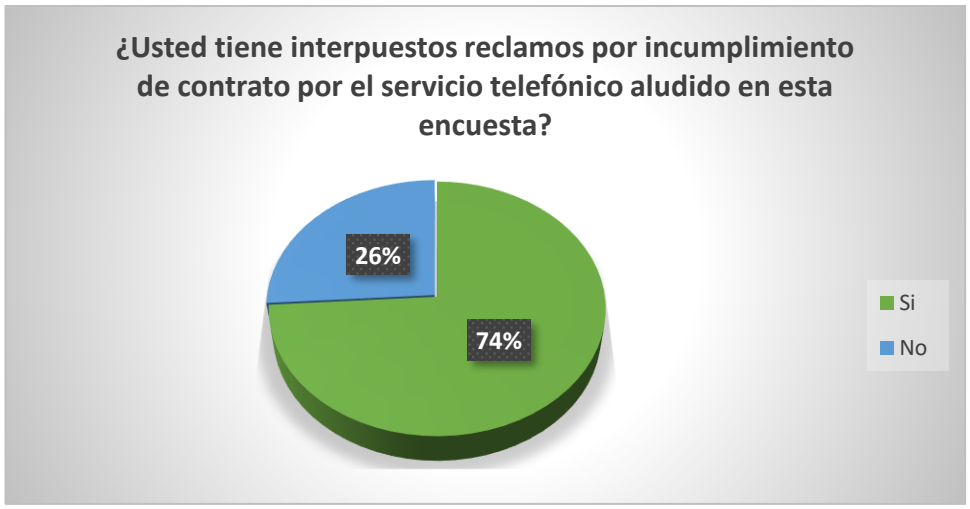

Figura 7. Regularidad de reclamos interpuestos por incumplimiento del contrato.

Interpretación: De la tabla 7 y figura 7 se puede afirmar, que del total de encuestados el 74% afirmó haber interpuesto reclamos por incumplimiento de contrato por el servicio telefónico, y el 26% no interpuso reclamos por los servicios brindados. Con esto se refleja que la gran mayoría esta disconforme con el servicio brindado por la compañía.

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

Pregunta 08. ¿Usted conoce la estructura y contenido de un contrato de prestación de servicios telefónicos?

Tabla 8

Conocimiento sobre la estructura y contenido de un contrato de prestación de servicios telefónicos.

Alternativas	***Frecuencia***	***Porcentaje***
Si	*10*	*10%*
No conozco	*63*	*63%*
Solo conozco algo	*27*	*27%*
TOTAL	***100***	***100%***

Fuente: Base de datos.

Figura 8. Gráfico de conocimiento sobre la estructura y contenido de un contrato de prestación de servicios telefónicos.

Interpretación: De la tabla 8 y figura 8 se puede afirmar, que del total de encuestados el 63% no conoce la estructura ni el contenido de un contrato de prestación de servicios telefónicos, el 27% considera que conoce algo y el 10% que si conoce. Debito a la falta de información por parte de la empresa con sus clientes.

Pregunta 09. ¿En la actualidad viene haciendo uso del servicio telefónico?

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

Tabla 9

Uso actual del servicio telefónico.

Alternativas	***Frecuencia***	***Porcentaje***
Si	*69*	*69%*
No	*31*	*31%*
TOTAL	***100***	***100%***

Fuente: Base de datos.

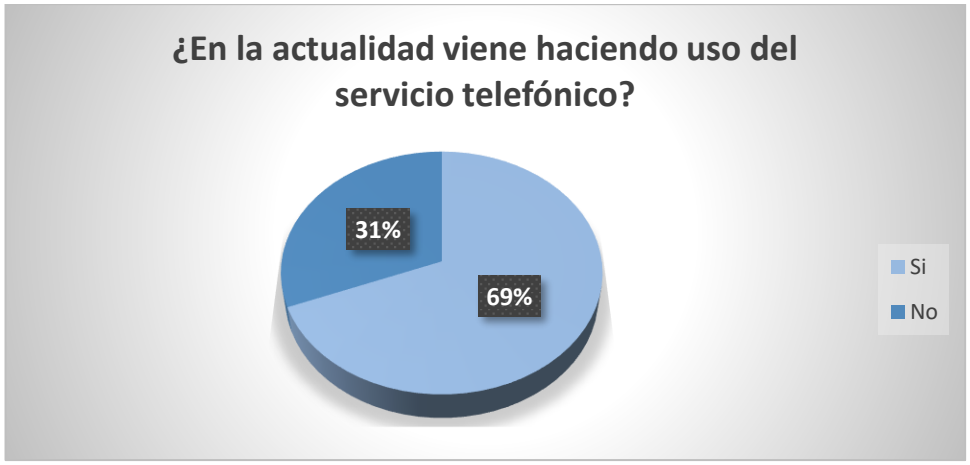

Figura 9. Gráfico del uso actual del servicio telefónico.

Interpretación: De la tabla 9 y figura 9 se puede afirmar que del total de encuestados el 69% sigue haciendo uso del servicio telefónico, mientras que el 31% ya no hace uso de ese servicio. Debito a las experiencias con el servicio brindado.

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

Pregunta 10. ¿Usted se encuentra satisfecho del servicio telefónico asistido por Telefónica del Perú?

Tabla 10

Satisfacción del servicio telefónico asistido por Telefónica del Perú.

Alternativas	***Frecuencia***	***Porcentaje***
Si plenamente	*4*	*4%*
Regularmente	*28*	*28%*
No definitivamente	*68*	*68%*
TOTAL	***100***	***100%***

Fuente: Base de datos.

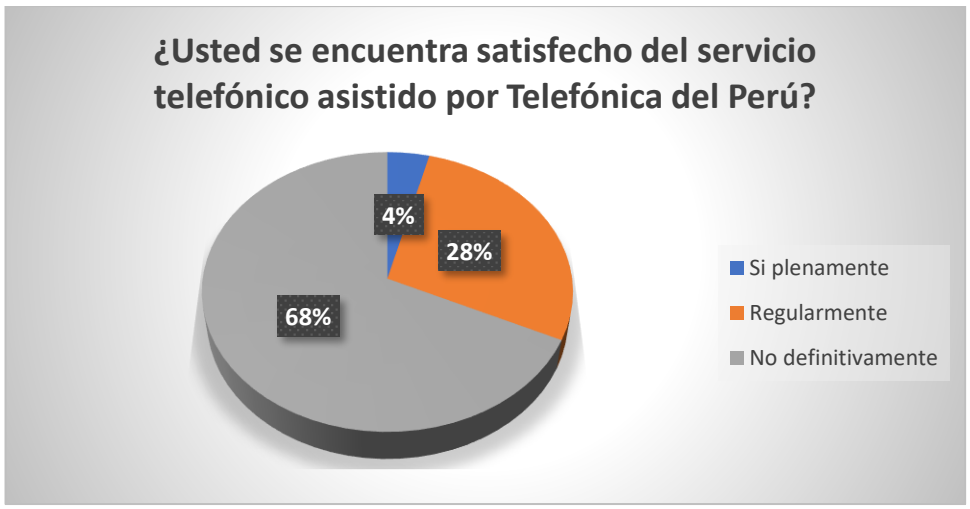

Figura 10. Gráfico de satisfacción del servicio telefónico asistido por Telefónica del Perú.

Interpretación: De la tabla 10 y figura 10 se puede afirmar, que del total de encuestados el 68% no se encuentra satisfecho definitivamente con el servicio brindado, el 28% de los encuestados regularmente se encuentran satisfechos y el 4% si se siente satisfecho plenamente con el servicio brindado por Telefónica del Perú.

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

4.2. Prueba de hipótesis

4.2.1. Prueba de la hipótesis general

La hipótesis planteada fue la siguiente: “Con la celebración de los contratos de adhesión por parte de Telefónica del Perú, sí se limita el principio de la autonomía privada de los usuarios”.

Esta hipótesis queda probada en los argumentos teóricos y doctrinarios establecidos en los puntos 2.2.1.2, 2.2.2.8., 2.2.2.10, 2.2.2.11., 2.2.3.3., 2.2.3.8., 2.2.3.14 y en el análisis de los resultados fácticos de las preguntas 06, 08 y 10 contenidas en el punto 4.1., en donde se puntualiza que:

Telefónica del Perú celebra contratos por adhesión con sus usuarios, siendo este un tipo de contrato masivo. En los contratos por adhesión solo el ofertante es el que está facultado para poder redactar el contenido del contrato, el que se presentará a los usuarios para que puedan adherirse o rechazarlo, no pudiendo discutirse una posible modificación.

Es cierto que este tipo de contratos cuenta con una variedad de ventajas, pero también encontramos desventajas, tales como: el adherente solo está supeditado a aceptar o rechazar el contenido en su integridad, solo manifiesta su libertad para contratar, mas no su libertad contractual y, en el peor de los casos, estaríamos frente a una asimetría informativa, generando que el usuario se encuentre en desventaja, pues no va a entender las cláusulas que se le están imponiendo, y hasta puede llegar a desconocer el tipo de contrato al que se está adhiriendo, hecho que queda demostrado en la encuesta realizada.

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

En cuanto a la autonomía privada de la liberta frente al contrato por adhesión, queda clara la posición privilegiada del proponente en relación del adherente, encontrándose este último en el polo más débil de la relación económica existente entre las partes.

La limitación a la autonomía privada de la libertad al adherente es mucho mayor, pues su voluntad no se expresa igual que en un contrato de mutuo acuerdo, complicando el hecho de proteger al adherente del abuso de poder o de cláusulas abusivas, más aun si este desconoce del principio que lo ampara.

4.2.2. Prueba de las hipótesis específicas

1. La primera hipótesis específica fue planteada de la siguiente manera: "La celebración de los contratos por adhesión sí se convierte en necesario para el tráfico jurídico patrimonial en masa".

   Esta hipótesis específica queda probada principalmente en base a los argumentos teóricos expuestos en el punto 2.2.3.5. y en el análisis de los resultados fácticos de la pregunta 08, en donde se puntualiza que:

   Existen limitaciones para la autonomía privada: a) limitaciones legales; y b) limitaciones del mercado. Para examinar este punto solo ampliaremos sobre las limitaciones del mercado, teniendo en cuenta que la libertad contractual se ha visto restringida por la estandarización del tráfico patrimonial. Dentro de la contratación masiva las partes no negocian el contenido del contrato, una de ellas elabora el contenido del contrato, mientras que la otra se limita a aceptarlo o rechazarlo incluso sin conocer la estructura y las cláusulas que componen este contrato (hecho evidenciado en la pregunta 08). Aquí el Estado no pone limitaciones a través de normas legales, siendo el tráfico jurídico patrimonial que imposibilita a que las personas negocien el

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

contenido del contrato con la finalidad de que el intercambio de bienes y servicios goce de fluidez.

2. La segunda hipótesis específica fue: “No existen suficientes argumentos para que a través de la celebración de los contratos por adhesión se restrinja a la autonomía privada”.

   Esta hipótesis específica queda probada principalmente en base a los argumentos teóricos expuestos en los puntos 2.2.2.1., 2.2.3.1. y 2.2.3.8. y en el análisis de los resultados fácticos de las preguntas 03, 04, 05, 06 y 08, en donde se puntualiza que:

   La autonomía privada consta de la facultad de las personas para que se puedan normar cuando celebren contratos en tanto obedezcan al orden público y las buenas costumbres.

   En los contratos por adhesión, una de las partes estipula los términos y condiciones contenidas en las cláusulas para así ofertarlo a la otra parte, quien puede escoger entre adherirse al contrato o rechazarlo.

   En los contratos por adhesión existe una restricción a la autonomía de la voluntad, quedando en evidencia la posición privilegiada del estipulante frente al adherente, la limitación para este último es mayor, pues su voluntad no se expresa tal y como se haría en un contrato de mutuo acuerdo. Sin embargo, no hay motivos para que se restrinja la autonomía privada, pues el ofertante puede dar a conocer las cláusulas, informar al adherente sobre el tipo de contrato y repasar cláusula por cláusula, de esa manera, se reduciría la posición privilegiada y la asimetría informativa

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

existente entre la empresa y el usuario, pudiendo este aceptar o rechazar la oferta con toda libertad.

3. Por último, la tercera hipótesis específica fue: “El Estado peruano no contempla suficiente normatividad para proteger a los usuarios de manera eficaz cuando estos celebran los contratos por adhesión”.

   Esta hipótesis específica queda probada principalmente en base a los argumentos teóricos expuestos en el punto 2.2.2.12. y en el análisis de los resultados fácticos de las preguntas 05, 07, 08, y 10, en donde se puntualiza que:

   Para que no exista desprotección a la parte en desventaja (el adherente), se han implementado mecanismos de protección en 3 ámbitos: control administrativo, control legislativo y protección judicial.

   El control administrativo es previo y preventivo, es ejercido por la administración estatal, con la finalidad de verificar, depurar y aprobar el contenido de las cláusulas que integrarán los futuros contratos por adhesión. El objetivo de este mecanismo es la protección del consumidor antes de que pueda verificarse cualquier tipo de abuso o situación desventajosa que pretenda consolidar el proveedor a través del contenido contractual.

   El control legislativo se encuentra en el artículo 1398 del Código, el que alude a la invalidez de algunas estipulaciones cuando se establecen a favor de quien las redactó exoneraciones o limitaciones de responsabilidad, facultades de suspender la ejecución del contrato, de rescindirlo o de

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

resolverlo, y de prohibir a la otra parte el derecho de oponer excepciones o de prorrogar o renovar tácitamente el contrato.

La protección judicial es un mecanismo de protección posterior, en donde el juez tiene la potestad de resolver una controversia o incertidumbre jurídica, en torno a un contrato celebrado por adhesión a petición de quien se considere agraviado con una o varias cláusulas abusivas, con la finalidad de que sean declaradas nulas o ineficaces.

Aun teniendo estos mecanismos de protección, se observa en las encuestas que existe disconformidad por parte de los contratantes, muchos de ellos tiene reclamos interpuestos a la empresa por incumplimiento de contrato; así mismo, la mayoría admitió no conocer la estructura y contenido del contrato que firmaron; y por último, que al momento de firmar el contrato de servicio, no estuvo presente el representante legal de Telefónica del Perú; evidenciando todo ello la falta de normativa eficaz para celebrar contratos de adhesión,

4.3. Discusión

4.3.1. Discusión de los resultados doctrinarios

Saleilles en su obra “la dèclaration de volantè”, publicado en 1901, observó que los contratos de trabajo, de seguro y de transporte no descansaban en el consentimiento libre de los contratantes, sino que el esquema bilateral del código se había sustituido por lo que denominó por primera vez contratos de adhesión. Para Saleilles constituían actos unilaterales a través de los cuales un contratante dicta su ley no solo a un

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

individuo sino a una colectividad indeterminada; no los considera contratos, pues se presenta el predominio exclusivo de una voluntad sobre otra. (Bernal y Villegas, 2008, p. 156)

Desde que Saleilles introdujo el término de contrato de adhesión a las contrataciones donde se apreciaba que no existía el acuerdo de voluntades de los contratantes para determinar el contenido del contrato, se dejó de concebir al contrato clásico como un acuerdo de voluntades, debido a que por el contrato de adhesión se restringe a una de las partes la posibilidad de participar en la redacción de los términos y condiciones de las cláusulas que contiene.

Aunque la dogmática civilista considera la libertad contractual como un componente basilar de la autonomía a fin de que se constituyan entre los sujetos relacionados fundadas sobre el acuerdo. En virtud de la autonomía si, cuándo y cómo constituir cualquier relación que tenga por objeto una prestación y qué contenido darle, así como modificar o extinguir las relaciones. (Díez-Picazo, 2004, p. 9)

Ahora bien, bajo el planteamiento de Saleilles que concebía al contrato de adhesión como un acto de carácter unilateral, esta concepción aún sigue siendo tomado en cuenta dentro de nuestra legislación; ya que, nuestra normatividad civil al regular a esta forma de contratación en masa ha establecido que, "*el contrato es por adhesión cuando una de las partes, colocada en la alternativa de aceptar o rechazar íntegramente*

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

las estipulaciones fijadas por la otra parte, declara su voluntad de aceptar".

Como se puede apreciar, el Código Civil regula al contrato por adhesión como un contrato unilateral, porque solo una de las partes es el encargado de la redacción del contrato en su integridad y el otro sujeto del contrato simplemente se adhiere o rechaza en su integridad; con el cual, la libertad contractual es transgredido o restringido. Es por esta razón que, para muchos juristas el contrato por adhesión no tiene la categoría de contrato porque su estructura y su contenido es fijado solo por la voluntad de uno de los sujetos de la relación contractual; mientras que el otro solo se somete a los preestablecidos.

Cuando se reguló la contratación moderna mediante el contrato por adhesión Arias (2011) señaló, lo siguiente:

> Esta es otra de las novedades del Código Civil de 1984 y constituye una evidencia de la transformación que se ha producido en el modelo contractual. En efecto, al lado del sistema clásico de la negociación paritaria o de trato preliminar, ha surgido una formula distinta, según la cual el sistema queda preestablecido y la contraparte no puede regatear y solo tiene la opción de aceptarlo en su totalidad o rechazarlo, se trata en suma del contrato celebrado por adhesión, cuya característica fundamental consiste en la desaparición de la capacidad de negociar. Esta modalidad tiene excepcional importancia, por su simplicidad y constante desarrollo y cada vez se

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

> le encuentra con mayor frecuencia en el tráfico contractual, dada la economía en el tiempo y gasto y claridad y unidad del sistema (p. 133)

En el contrato de adhesión, no hay discusión alguna sobre las estipulaciones. Todas las admite el aceptante, inclusive aquellas que revelan de la obligación por los riesgos la desapropiación en que en este tipo de actos jurídicos están las partes, hizo pensar gran parte de doctrinarios, que no había contrato. Califican el acto unilateral por lo que una de las partes impone su voluntad a la otra. Mientras que para un grupo minoritario es un perfecto contrato, puesto que la ley no exige, ni el intercambio de ideas ni la discusión, sino la coincidencia de las voluntades, y cuando el contrato de adhesión es aceptado, se produce esa coincidencia de voluntades. (Cárdenas, 2000, p. 67)

Los contratos por adhesión no son contratos paritarios entre sujetos que se encuentran en la misma posición de igualdad; por lo que, solo uno de los sujetos del contrato se constituye en predisponente de las cláusulas y siempre suele ser una empresa monopólica encargado de prestar servicios; y, en tal medida esas empresas cuentan con un staff de profesionales encargados de la redacción de los contratos; mientras que los usuarios, muchas veces, no tienen ningún conocimiento de este tipo de contratos e incluso terminan aceptando sin haber leído el contenido del mismo; y a consecuencia de ello, en la mayoría de las veces se encuentran sometidas a cláusulas abusivas.

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

En tal medida, dentro de la doctrina se ha señalado, que:

> Precisamente las cláusulas abusivas son una manifestación del abuso, lo cual exige que se implementen medidas de control por el sistema jurídico, bien sea mediante intervenciones legislativas, administrativas o judiciales. De ese modo, el control que se haga de las cláusulas abusivas constituye una forma de limitación a la autonomía privada, puesto que, aunque hagan parte integral de un contrato, pueden ser descartadas mediante diferentes sanciones; y, en consecuencia, ser desconocidas por el operador jurídico. (Echeverri, 2011, p. 126)

Por otro lado, "en aquellos contratos celebrados en un contexto de oferta al público, hablar de adhesión es prácticamente imposible. En los términos del artículo 1390, la adhesión es del aceptante. No existe adhesión del ofertante" (Bullard, 1989, p. 54)

Esa interpretación de que en los contratos por oferta al público no se aplica los contratos por adhesión, es como resultado de lo establecido en el artículo 1388° del Código Civil de 1984, que señala "la oferta al público vale como invitación a ofrecer, considerándose oferentes a quienes acceden a la invitación y destinatario al proponente. Si el proponente indica claramente que su propuesta tiene el carácter obligatorio de una oferta, valdrá como tal". En esta norma se invierten las situaciones, porque la normatividad civil ha establecido en los supuestos de oferta al público, en realidad no posee la categoría de oferta;

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

sino, solo se reduce a la posibilidad de invitar para que ofrezcan los usuarios. En ese sentido, los que aceptan la invitación del oferente adquieren la calidad de ofertantes porque están aceptando a la invitación formulada de los ofertantes.

El segundo párrafo de esta norma contempla la posibilidad de que la oferta al público pueda tener valor jurídico de oferta y no de invitación a ofrecer. Esta posibilidad obedece simplemente al ejercicio de la autonomía privada. Esto es, por autonomía privada (potestad normativa que otorga el Estado a los particulares para autorregular sus intereses privados), el oferente al público puede establecer que su oferta al público tenga valor jurídico de oferta y no valor jurídico de invitación a ofrecer. (Torres, 2007, p.289)

Por otro lado, la autonomía privada de los particulares, implica que las partes de la relación contractual tienen la posibilidad de decidir si contratan o no, con quién y para qué, como también cuentan con la posibilidad de normar el contenido del contrato, ambas partes en igualdad.

La autonomía privada es un poder derivado de la constitución, ya sea que esté positivizado o se desprenda de sus principios. Por otro lado, la libertad de contratación es una manifestación de la autonomía privada y, como tal, un derecho fundamental, la cual consiste en el derecho que poseen los privados para decidir con quién contratan (libertad de contratar) y cómo contratan (libertad contractual). (Sevilla, 2018 p. 105)

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

La autonomía privada no es un derecho natural de los sujetos, porque es una atribución legal, lo que equivale a decir que tiene origen en la ley; por lo que es factible que se imponga limitaciones legales y por las necesidades del mercado; es por esa razón que en los contratos por adhesión (denominado por otros autores contratos necesarios por adhesión, porque una persona contrato mediante esta modalidad de contratación por la necesidad urgente con la que cuenta), se limita, porque solo el estipulante está facultado para

Se evidencia enfáticamente la crisis por la que atraviesa la autonomía privada dado que, las cláusulas contractuales son impuestas por las empresas, lo que afecta a la libertad contractual puesto que los consumidores no intervienen en la confección del contrato. Siendo la libertad de contratar elementos fundamentales de la autonomía privada, se comprueba que ésta atraviesa por una grave crisis que afecta al contrato clásico o paritorio regulado por el actual código civil. (Cruz, 2009, p. 06)

La autonomía privada es una manifestación de la libertad de la persona, así como de la autodeterminación personal, consagrado constitucionalmente; razón por el cual las personas tienen la posibilidad de crear sus propias normatividades al redactar sus contratos, es de allí que los contratos privados tienen la denominación, "ley entre las partes"; porque al momento de la realización del contrato, las partes estipulan las condiciones y los términos del contrato; y al hacer esa acción actúan como legisladores privados.

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

En ese sentido, sí a través de la autonomía privada, las partes pueden normarse, lo más conveniente, socialmente, es que esta posibilidad reconocido legalmente no se restrinja de manera ilimitada por parte del Estado, o por cuestiones del mercado; porque se estaría transgrediendo la manifestación más importante del querer de la persona en torno de la celebración del contrato.

En los contratos paritarios o bilaterales, las partes de la relación contractual sí se encuentran en la posibilidad de elegir con quién, para qué y cómo contratar, (libertad de conclusión), como así también la posibilidad de autorregularse y a través de ello, determinar las condiciones y los términos que integran las cláusulas.

Pero, dentro de los contratos por adhesión, las partes no se encuentran en igual de condiciones, la normatividad civil solo posibilita a que una de las partes estipule todas las cláusulas de esta modalidad de contratos, por lo que la otra parte solo se encuentra en la posibilidad de aceptar o rechazar íntegramente lo establecido.

Como se puede apreciar, con los contratos por adhesión, las partes contractuales no pueden tener tratativas mucho menos discutir el contenido del contrato, toda vez que solo una de las partes está facultada para que fije las estipulaciones del contrato a lo que la otra parte de la relación contractual, solo se adhiere; con el cual, la libertad contractual como manifestación de la autonomía privada se encuentra restringido.

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

Si bien es cierto que, las contrataciones mediante los contratos por adhesión están encaminados a que el trafico jurídico sea más rápida, las fiscalizaciones por los órganos encargados debería de estar más enfocado a la protección de los usuarios; porque la mayoría de los contratos por adhesión es usado por empresas grandes o monopólicas que muchas veces subyugan a los usuarios debido a que estas son las únicas que brindan los servicios que se necesita contratar y por esa razón contratan los ciudadanos.

En estos casos normalmente es la empresa la que predispone e impone el contenido del contrato a sus clientes, en lo que se ha denominado "unilateralización del contrato". Al destinatario del contrato en masa solo le queda la libertad de contratar, es decir celebrar o no el contrato, pero carece de libertad contractual en el sentido de que no puede determinar el contenido del contrato, puesto que solo dispone de la posibilidad de adherirse al contrato predispuesto. (Arnau, 2009, p. 135)

Los contratos por adhesión al ser presentado solo por una de las partes de la relación contractual, es necesario que sea redactado de manera clara y precisa; para que se evite controversias futuras.

Esta exigencia es una extensión lógica del principio de que los contratos nacen para llegar a término. Así, la parte que redacta el contrato incorpora pasajes ambiguos u obscuros impedirá la ejecución regular o sentará las bases para una futura controversia. Con el objeto de alentar a los proveedores a adaptar sus prácticas de redacción contractual se forjó un

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

criterio interpretativo, el cual sostiene que cualquier ambigüedad u obscuridad en el contrato será interpretada en contra de quién redactó el documento (o "interpretatio contra stipulatorem"). (Saavedra, 2019)

Como señala el autor citado, este tipo de contratos deberá de ser redactado de manera clara evitando ambigüedades, toda vez que ello generará perjuicios, ha ambas partes del contrato, debido a que este tipo de contratos está encaminado a la simplificación contractual.

4.3.2. Discusión de los resultados jurisprudenciales

- **EXPEDIENTE N ° 2185-2002-AA/TC**

l. Como lo define el artículo 1351° del Código Civil, el contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial. Es un acto bilateral que emana de la manifestación de voluntad coincidente de las partes. Uno de los elementos esenciales del contrato es, precisamente, la voluntad.

2. Este elemento se sustenta en el principio de la autonomía de la voluntad, que tiene un doble contenido: a) la libertad de contratar - consagrada en los artículos 2. °, inciso 14), y 62. o de la Constitución Política del Perú- llamada también libertad de conclusión, que es la facultad de decidir cómo, cuándo y con quién se contrata; y b) la libertad contractual, también conocida como libertad de configuración interna, que es la de determinar el contenido del contrato.

COMENTARIO:

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

El Tribunal Constitucional al pronunciarse sobre el Acción de Amparo interpuesto por doña Alicia Chicchón de Horna contra la sentencia de la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, ha desarrollado lo que implica la configuración del contrato, señalado que el elemento que sustenta la contratación entre privados es el principio de la autonomía de la voluntad, toda vez que, el contrato es el acuerdo de dos o más personas para que puedan crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial. En ese sentido, de manera implícita ha reconocido la naturaleza fundamental del principio de autonomía privada ya que desarrolla que este se encuentra reconocido en la Constitución Política del Perú.

- **EXPEDIENTE N °: 2175-2009-PA/TC**

11. Así debe recordarse que la contratación habitualmente ha sido entendida como la "manifestación de voluntad" de los contratantes. La contratación es entonces una operación económica de distribución y de circulación de bienes y servicios surgida de la iniciativa privada en la que los interesados arreglan autónomamente sus propios intereses. Ello no implica, en absoluto, negar su importancia como expresión del derecho a la autodeterminación y, en definitiva, de tratarse de una concretización del principio/derecho de dignidad, pues el reconocimiento de la dignidad de la persona y del libre desarrollo de la personalidad imponen la referida libertad, porque solo se reconoce la dignidad de la persona si se permite autorregular su marco de intereses. Razón por la cual, es necesario el respecto al ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes, las

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

cuales deben ser conformes a los límites que la Constitución y ley hayan previsto.

COMENTARIO:

En esta sentencia del Tribunal Constitucional en atención al recurso de agravio constitucional interpuesto por don Uriel García Pérez y doña Gloria Mercado Ocampo contra la resolución N ° 26 de la Sala Única de Vacaciones de la Corte Superior de Justicia de Cusco al desarrollar lo relacionado a la contratación es claro al señalar que, la contratación es la manifestación de voluntad de los contratantes.

Por otro lado, ha mencionado que, la iniciativa privada implica que las partes contractuales tiene la posibilidad de arreglar autónomamente sus propios intereses, esto, para que exista una operación económica de distribución y de circulación de bienes y servicios. En otras palabras, el Tribunal Constitucional señala que las personas tienen el Derecho de normarse de acuerdo a las limitaciones de la Ley por contar estos con el derecho de la autodeterminación que se encuentra establecido en la Constitución.

La autonomía privada rige en las actuaciones de los particulares cuando estos deciden contratar para que haya circulación de bienes y servicios; y, para ello, bajo este principio las personas deciden con quién, para qué y cómo contratar (libertad para contratar); al igual que bajo que condiciones y términos contratar (libertad contractual).

- **CASACIÓN N °: 17241-2013-LIMA**

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

Emitida por la sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de la República

NOVENO: 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)"

COMENTARIO:

En los contratos por adhesión se puede percibir que existe una abierta limitación al principio de autonomía privada. Esta limitación no es impuesta normativamente por el Estado, sino, nace por las necesidades propias del mercado; toda vez que, por la naciente oferta en masa, surge la necesidad de brindar una contratación de igual manera.

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

Si bien es cierto, que la casación citada hace mención a la contratación de los particulares donde las partes de la relación contractual puedan normarse, cuando se realiza una contrastación con los contratos por adhesión no sucede de esa manera; toda vez que, que en esta forma de contratación, no existe la posibilidad de que ambas partes puedan normarse, debido a que, la normatividad posibilita a que solo uno de los contratantes pueda predisponer las condiciones y loe términos de las cláusulas.

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

CONCLUSIONES

1.- La autonomía privada se manifiesta ampliamente en las contrataciones privadas, por lo que las personas pueden elegir con quién, para qué y cómo contratar (libertad para contratar) y de igual manera, establecer las condiciones y los términos del contrato (libertad contractual), razón por el cual se concibe al contrato como ley entre las partes.

2.- Pero, por la naciente oferta y demanda de bienes y servicios a través de la estandarización surge otra forma de contratación, que se viene dando mediante los contratos por adhesión y con esta forma de contratación se limita ampliamente a la autonomía privada de los sujetos (usuarios) que contratan; debido a que, según nuestra normatividad en los contratos por adhesión, solo una de las partes contractuales está facultada para que estipule las cláusulas al momento de redactar los contratos; mientras que la otra parte, solo puede adherirse o no al contrato pre – redactado; siendo ello así, entre las partes no existe la posibilidad de someterse a las negociaciones ni mucho menos a que haya un acuerdo para estipular los términos y las condiciones, es por ello, que solo una de las partes fija las cláusulas y la otra parte, solo se atañe a adherirse en la integridad de las cláusulas, mostrando esta forma de contratación la abierta forma de limitación y restricción a la libertad contractual.

3. Los contratos por adhesión es utilizado mayormente por empresas grandes que comúnmente están relacionado con la monopolización de los

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

servicios, razón por el cual es necesario que exista mayor fiscalización a este tipo de contratación por parte de las entidades encargadas; porque los usuarios contratan a este tipo de servicios porque no existe otra empresa prestadora de dichos servicios.

4. Los usuarios no tienen una adecuada protección de las empresas monopólicas que se encuentran ofertando los servicios que todo ciudadano debería de tener; razón por el cual muchas veces estas empresas lo que hacen es establecer cláusulas abusivas que cuando se realiza la denuncia frente a la autoridad competente, se demora mucho tiempo y a veces, no llega a pasar nada, con el cual se promueve este tipo de prácticas.

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

RECOMENDACIONES

1. En las contrataciones donde se tiene como base a la prestación de servicios básicos, se debe de desarrollar mecanismos de protección especializado a los usuarios; porque con la limitación de la autonomía privada se está restringiendo una de las libertades fundamentales de la persona, por lo que los contratos por adhesión no permiten que haya una igualdad de contratación entre los sujetos contratantes; porque solo uno de ellos está facultado para que pueda estipular las cláusulas.

2. Las entidades encargadas de la supervisión deberían de regular de manera restringida la posibilidad de la contratación mediante los contratos por adhesión, por restringir la autonomía privada de los usuarios; ya que muchas veces las empresas encargadas de la celebración de esta modalidad de contratos, son empresas monopólicas.

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

Aixa, F. (2015). *El principio de la autonomía de la voluntad en las contrataciones*[Tesis de Licenciatura, Universidad Nacional de Cuyo - Mendoza]. https://bdigital.uncu.edu.ar/objetos_digitales/7541/gobbi-f.triay-a..pdf

Burneo, J. (2008). *Contratos de adhesión y mecanismos de protección al consumido*[Tesis de Maestría, Universidad Andina Simón Bolívar]. https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/497/1/T593-MDE-Burneo-Contratos%20de%20adhesi%c3%b3n%20y%20mecanismos%20de%20protecci%c3%b3n%20al%20consumidor.pdf

De La Puente, M. (2003). *EL CONTRATO EN GENERAL: Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil.* Palestra Editores.

Donato, C. (2012). *El contrato de adhesión de telefonía móvil analizado desde la perspectiva de los derechos del usuario final de los servicios de telecomunicaciones*[Tesis de Licenciatura, Universidad de Costa Rica]. https://iij.ucr.ac.cr/wp-content/uploads/bsk-pdf-manager/2017/10/EL-CONTRATO-DE-ADHESI%C3%93N-DE-TELEFON%C3%8DA-M%C3%93VIL.pdf

Huamán, R. (2017). *Los contratos por adhesión de empresas con rasgos monopólicos y su relación con el principio de autonomía privada, dentro del Ordenamiento Jurídico peruano*[Tesis para optar el Título Profesional de Abogado, Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo].

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

http://repositorio.unasam.edu.pe/bitstream/handle/UNASAM/2217/T033_45958927_T.pdf?sequence=4&isAllowed=y

León, J. (1992). *TRATADO DE DERECHO CIVIL.*WG Editor.

Lorenzetti, R. (2007). *Tratado de los contratos.* RUBINZAL-CULZONI.

Ramos, R. (2019). *Los contratos de adhesión de telefonía móvil post-pago y su afectación al derecho a la información de los usuarios de Huancayo en el año 2017*[Tesis para optar el título profesional de Abogado, Universidad Continental]. https://repositorio.continental.edu.pe/handle/20.500.12394/5459

Roldán, F. (2016). *Protección del consumidor en el código civil y código de protección y defensa del consumidor frente a las cláusulas abusivas en los contratos por adhesión de telefonía fija*[Tesis de Maestría, Universidad Nacional de Trujillo]. https://dspace.unitru.edu.pe/bitstream/handle/UNITRU/1910/Tesis%20de%20maestr%c3%ada_Florinda%20Amarilis%20Roldan%20Paredes.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Torres, A. (2016). *TEORÍA GENERAL DEL CONTRATO.* Instituto Pacífico

Treviño, R. (2008). *Los Contratos Civiles y sus Generalidades.* McGRAW-HILL/INTERAMERICANA EDITORES.

Villarreal, A. (2017). *Los contratos por adhesión en los servicios de energía eléctrica y el rol del Estado ante la protección de los derechos del consumidor, dentro de la provincia de Huaraz*[Tesis para optar el Título

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

Abogado, Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo]. http://repositorio.unasam.edu.pe/bitstream/handle/UNASAM/2134/T033_70766474_T.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

ANEXOS

ENCUESTA

1. ¿Usted ha celebrado contrato con Telefónica del Perú?
   a. Si
   b. No
2. ¿Cuántas veces ha contratado con Telefónica del Perú?
   a. 1 a 5 veces
   b. 5 a 10 veces
   c. 10 veces a más.
3. ¿Las veces que usted ha contratado servicios telefónicos, ha discutido cada una de las cláusulas de contratación?
   a. Si
   b. No
   c. No era necesario
4. ¿Los contratos de servicios telefónicos que suscribió han tenido contenido económico?
   a. Algunos de ellos
   b. Ningunos
   c. Si
5. ¿A la firma del contrato de servicio telefónico a la que se refiere la presente, estuvo junto como parte de contrato el representante legal de Telefónica del Perú?
   a. Si
   b. No
   c. Desconozco
6. ¿Usted tiene conocimiento del denominando principio de la autonomía de la voluntad?
   a. Si lo tengo
   b. No lo tengo

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

c. Solo conozco algo

7. ¿Usted tiene interpuestos reclamos por incumplimiento de contrato por el servicio telefónico aludido en esta encuesta?

   a. Si

   b. No

8. ¿Usted conoce la estructura y contenido de un contrato de prestación de servicios telefónicos?

   a. Si

   b. No conozco

   c. Solo conozco algo

9. ¿En la actualidad viene haciendo uso del servicio telefónico?

   a. Si

   b. No

10. ¿Usted se encuentra satisfecho del servicio telefónico asistido por Telefónica del Perú?

   a. Si plenamente

   b. Regularmente

   c. No definitivamente.

Gracias por su tiempo.

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

Expedientes utilizados para los resultados y discusión

EXP. N. 0 2185-2002-AA/TC LIMA

INSTITUTO SUPERIOR PEDAGÓGICO PRIVADO VÍCTOR ANDRÉS BELAÚNDE

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 4 días del mes de agosto de 2004, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, integrada por los señores Magistrados Alva Orlandini, presidente; Revoredo Marsano y Gonzales Ojeda, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso extraordinario interpuesto por doña Alicia Chicchón de Horna contra la sentencia de la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 230, su fecha 1 de julio de 2002, que declaró improcedente la acción de amparo de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 17 de setiembre de 2001, el Instituto Superior Pedagógico Privado Víctor Andrés Belaúnde, representado por doña Alicia Chicchón de Horna, interpone acción de amparo contra el Ministerio de Educación con el objeto de que se le conceda autorización para desarrollar el Programa de Profesionalización. Manifiesta que, por Resolución Ministerial N. 0 253-90-ED, del 2 de marzo de 1990, se aprobó un convenio entre el Ministerio de Educación y el Instituto recurrente, con el propósito de desarrollar programas de profesionalización de docentes sin título pedagógico. Vencido el plazo del convenio, el recurrente solicitó la renovación al Ministerio de Educación, lo cual no fue aceptado por éste.

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

Posteriormente, la Jefatura de la Unidad de Tecnología Educativa de la Dirección Departamental de Educación de Lima emite el Informe N. 0 20A-J-UTE-DEL-96, pronunciándose a favor de la renovación. Basándose en este informe, el Instituto reitera su solicitud en julio y diciembre de 1999, la cual es desestimada por la Dirección Nacional de Formación y Capacitación Docente del Ministerio de Educación, mediante el Oficio N. o 0059-2000-DINFOCAD/UFOD y la Resolución Directora! N. 0 355-2000-ED, del 14 de abril de 2000. Apelada ésta, es confirmada por Resolución Vice Ministerial N. 0 023-2001- ED, de fecha 2 de mayo de 2001. Alega que se vulnera su derecho a la libertad de enseñanza.

El Procurador Público a cargo de los asuntos judiciales del Ministerio de Educación contesta la demanda, alegando que la acción de amparo no es la vía idónea para ventilar la controversia sino la acción contencioso-administrativa.

El Sexagésimo Sexto Juzgado Especializado en lo Civil de Lima, con fecha 22 de enero de 2002, declaró improcedente la demanda, por considerar que se requiere de la actuación de pruebas para dilucidar la controversia.

La recurrida confirmó la apelada, por los mismos fundamentos.

FUNDAMENTOS

l. Como lo define el artículo 1351° del Código Civil, el contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial. Es un acto bilateral que emana de la manifestación de voluntad coincidente de las partes. Uno de los elementos esenciales del contrato es, precisamente, la voluntad.

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

2. Este elemento se sustenta en el principio de la autonomía de la voluntad, que tiene un doble contenido: a) la libertad de contratar -consagrada en los artículos 2. 0 , inciso 14), y 62. o de la Constitución Política del Perú- llamada también libertad de conclusión, que es la facultad de decidir cómo, cuándo y con quién se contrata; y 2) la libertad contractual, también conocida como libertad de configuración interna, que es la de determinar el contenido del contrato.

3. La pretensión no se condice, pues, con el principio de autonomía de la voluntad, toda vez que, en el fondo, se pretende obligar al Ministerio de Educación a renovar el convenio celebrado con el recurrente el año 1990, lo cual importa desconocer su libertad de contratar, que, en última instancia, consiste en la libertad que tiene de celebrar o no el contrato. Por tanto, la decisión de la Administración de no renovar el aludido convenio no vulnera los derechos constitucionales invocados.

4. La cláusula 5° del convenio (fojas 31 y 32 del cuaderno del Tribunal Constitucional) estipula que éste podrá renovarse a solicitud de una de las partes; en efecto, esto sería posible siempre y cuando la otra parte acepte voluntariamente la oferta, lo cual no ha sucedido en el presente caso.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que la Constitución Política del Perú le confiere,

HA RESUELTO

Declarar INFUNDADA la acción de amparo

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

EXP. N.º 2175-2009-PA/TC
CUZCO
URIEL GARCÍA PÉREZ Y
GLORIA MERCADO OCAMPO

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 24 días del mes de junio de 2010, la Primera Sala del Tribunal Constitucional, integrada por los señores magistrados Landa Arroyo, Calle Hayen y Álvarez Miranda, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Uriel García Pérez y doña Gloria Mercado Ocampo contra la resolución Nº 26 de la Sala Única de Vacaciones de la Corte Superior de Justicia de Cuzco, de fojas 327, su fecha 17 de febrero de 2009, que declaró improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 1 de junio de 2006, los recurrentes interponen demanda de amparo contra el Proyecto Especial de Titulación de Tierras y Catastro Rural de Cuzco –en adelante PETT–, del Ministerio de Agricultura, a fin de que se abstenga de atentar contra su derecho de propiedad que les asiste sobre el predio denominado San Carlos o Coyllorcucho o Chancadora de 27 hectáreas, ubicado en el distrito de Huaro, provincia de Quispicanchi, departamento de Cuzco, declarando la caducidad del contrato de otorgamiento de terrenos eriazos Nº 0433-AG-PETT inscrita en la ficha 7041 del Registro de propiedad inmueble, y se abstenga de realizar cualquier

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

trámite administrativo con ese motivo, mientras culmine en forma definitiva el proceso penal seguido por los recurrentes contra Pedro Challco Ccacyamarca y otros, por el delito de usurpación agravada y daños del predio que el PETT les transfirió.

Señalan que al ser dicho predio objeto de invasiones, han iniciado las acciones penales respectivas, no obstante, los emplazados amenazan su derecho de propiedad pretendiendo declarar la caducidad del contrato que les transfirió dicho inmueble (Contrato de Otorgamiento de Terrenos Eriazos para otros usos agrarios Nº 0433-AG-PETT del 24 de junio de 1995), argumentando que no se ha cumplido con el proyecto de factibilidad, como condición prevista, sin tener en cuenta que las plantaciones introducidas fueron destruidas por terceros invasores.

Con fecha 6 de marzo del 2007, el Procurador Público a cargo de Asuntos Judiciales del Ministerio de Agricultura contesta la demanda solicitando que sea declara improcedente debido a que no se ha agotado la vía administrativa correspondiente. Sobre el fondo, señala que en ningún caso puede interpretarse como violatorios de derecho de propiedad de los recurrentes exigirles el cumplimiento de las condiciones resolutorias contenidas en el contrato que se suscribiera.

Con fecha 8 de agosto de 2008, el Juzgado Especializado Civil, Laboral de Santiago, declara improcedente la demanda por considerar que la pretensión constitucional puesta a conocimiento fue materia de pronunciamiento final por

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

parte de este Tribunal a través de la sentencia recaída en el expediente Nº 9023-2005-PA/TC de fecha 26 de mayo de 2006, el cual goza de calidad de cosa juzgada.

La Sala revisora confirma la apelada por similares argumentos

FUNDAMENTOS

DELIMITACIÓN DE LA CONTROVERSIA

1. Del recurso de agravio constitucional interpuesto y de los documentos obrantes en el expediente, se desprende que el objeto de la demanda es evitar que el PETT continúe con el proceso de supervisión de cumplimiento de la cláusula resolutoria del contrato de otorgamiento de terrenos eriazos Nº 0433-AG-PETT del 24 de junio de 1995, y en consecuencia, sin tener presente las circunstancias que lo impidieron, resuelva el contrato. Por tal motivo, solicitan que se le ordene al PETT prolongar el plazo de su cumplimiento, pues de lo contrario se vería gravemente afectado su derecho de propiedad.

§ ASPECTO DE FORMA

2. Antes de proceder a un examen de fondo, es preciso absolver algunas cuestiones de forma evidenciadas previamente.

3. Respecto a la excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa deducida por los emplazados, se debe recordar que (…) la exigencia del agotamiento de las vías previas debe ser interpretada de manera restrictiva, debido a que su exigencia irrestricta puede convertirse en un impedimento para

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

amparar los derechos fundamentales, en concreto, al derecho a la jurisdicción. Por tal motivo, debe aplicarse un criterio de flexibilidad, *pro homine*, que evite que la citada exigencia derive en un formalismo inútil que impida la justiciabilidad de la administración.

4. Asimismo, la regla del agotamiento de la vía administrativa debe mantenerse dentro de los cánones constitucionales, vinculándose con las exigencias de la propia administración, como la de asegurar un debido proceso a los administrados. Ello otorga razonabilidad a la exigencia de agotamiento de la vía administrativa, pues no puede haber demora o detención de la tutela jurisdiccional de derechos fundamentales. En ese sentido, si el recurrente considera que la dilación excesiva del proceso administrativo disciplinario vulnera su derecho constitucional al debido proceso, restringir la vía constitucional frente a la necesidad de tutela jurisdiccional efectiva implica una limitación injustificada de la misma, más aún cuando el proceso de amparo es la vía idónea para decidir si el derecho fundamental ha sido violado o no. (Fundamento Jurídico Nº 11 de la Sentencia recaída en el expediente Nº 3778-2004-PA/TC).

5. En el presente caso se observa que el procedimiento administrativo Nº 1116-2002 de verificación del cumplimiento de la condición resolutoria pactada en el Contrato de Otorgamiento de Terrenos eriazos para otros usos agrarios Nº 433-AG-PETT, ésta suspendido temporalmente en virtud a lo dispuesto por el Juzgado de Paz Letrado de Quispicanchi de la Corte Superior de Justicia de

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

Cuzco mediante la Resolución Nº 28 de fecha 28 de agosto de 2006, según obra a fojas 129.

6. Respecto de este punto, de los actuados no queda del todo claro hasta qué fecha fue establecida la suspensión del proceso administrativo Nº 1116-2002, tanto más si se entiende que este debió continuarse, debido a que el objetivo de la suspensión ordenada por mandato judicial, acuerdo entre las partes en ejecución de sentencia emitida en el proceso penal Nº 512-2006 sobre usurpación agravada, no se ha dado (fojas 71). En tal sentido, después de merituar los actuados y de verificarse que desde el año 2006, la entidad administrativa correspondiente no ha emitido un pronunciamiento, resulta aplicable lo dispuesto en el inciso 4 del artículo 46 del Código Procesal Constitucional, a fin de no exigir el agotamiento de la vía administrativa en el presente caso.

7. Por otro lado, sobre lo fallado por la instancia judicial precedente, se debe manifestar que para que se pueda invocar válidamente la excepción de cosa juzgada en un caso, es un presupuesto que entre éste y el caso anterior decidido judicialmente pueda acreditarse la "triple identidad" procesal: 1) de partes; 2) de petitorio materia del proceso; y 3) de causa o motivo que fundamenta el petitorio. En ese sentido, el pronunciamiento firme emitido a través de la sentencia recaída en el expediente Nº 9023-2005-PA/TC de fecha 26 de mayo de 2006, absolvió la solicitud de la ahora recurrente de inaplicar el artículo 65 del Decreto Supremo Nº 048-91-AG, Reglamento de la Ley de Promoción de

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

las Inversiones en el Sector Agrario (pretensión y argumentos diferentes al planteado en el presente caso). Por lo tanto, al no cumplirse con la triple identidad antes mencionada entre la situación anterior y la presente causa, tal argumento también debe desestimarse.

§ ASPECTO DE FONDO

8. Una vez absueltos los temas de forma, corresponde analizar en este apartado el tema de fondo, es decir, la existencia de una posible vulneración del derecho de propiedad del recurrente.

9. La propiedad, como derecho fundamental, se encuentra prevista en el artículo 2°, incisos 8 y 16 de la Constitución. Dicho derecho, desde una perspectiva iusprivatista, se concibe como el poder jurídico que permite a una persona usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Así, el propietario puede servirse directamente del bien, percibir sus frutos y productos, y darle destino o condición conveniente a sus intereses patrimoniales. Sin embargo, así entendido el derecho fundamental a la propiedad, parece atribuir a su titular un poder absoluto, lo cual no se condice con los postulados esenciales de los derechos fundamentales que reconoce un Estado social y democrático de Derecho como el nuestro. Por ello, el derecho a la propiedad debe ser interpretado no sólo a partir del artículo 2°, incisos 8 y 16, sino también a la luz del artículo 70° de la Constitución, el cual establece que éste se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley. En efecto, desde la perspectiva constitucional, el

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

derecho fundamental a la propiedad, como los demás derechos, posee un doble carácter: de derecho subjetivo y, a su vez, de institución objetiva valorativa. Es decir, en nuestra Constitución reconoce a la propiedad no sólo como un derecho subjetivo o individual, sino también como una institución objetiva portadora de valores y funciones. Dado su doble carácter, el derecho fundamental a la propiedad no es un derecho absoluto, sino que tiene limitaciones que se traducen en obligaciones y deberes a cargo del propietario, las cuales se encuentran previstas legalmente. (Fundamento jurídico Nº 11 de la sentencia recaída en el expediente Nº 0030-2004-AI/TC)

10. Ello quiere decir que su ejercicio debe tener en consideración el respeto de los otros derechos y bienes jurídicos que nuestra Constitución y la ley reconoce, debido a que en virtud a ellos el ejercicio del derecho de propiedad puede ser limitado. La autonomía de la voluntad como base para el ejercicio del derecho fundamental a la libre contratación, es un derecho fundamental reconocido por la Constitución en su artículo 2 inciso 14 el cual es susceptible de considerarse a la luz de su estrecha vinculación con el derecho de propiedad.

11. Así, debe recordarse que la contratación habitualmente ha sido entendida como la "manifestación de voluntad" de los contratantes. Desde una perspectiva pragmática, Luis Díez-Picazo ha sostenido que se trata de "(...) una operación económica de distribución y de circulación de bienes y servicios surgida de la iniciativa privada en la que los interesados arreglan autónomamente sus propios intereses"[1]. Ello no implica, en absoluto, negar su importancia como expresión

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

del derecho a la autodeterminación y, en definitiva, de tratarse de una concretización del principio/derecho de dignidad, pues "(...) el reconocimiento de la dignidad de la persona y del libre desarrollo de la personalidad imponen la referida libertad, porque sólo se reconoce la dignidad de la persona si se permite autorregular su marco de intereses"[2]. Razón por la cual, es necesario el respecto al ejercicio de la autonomía de voluntad de las partes, las cuales deben ser conformes a los límites que la Constitución y ley hayan previsto.

12. En atención al ejercicio de la libre autonomía de la voluntad de las partes, en el caso de autos se han establecido una serie de prestaciones y contraprestaciones según lo establecido por medio del contrato de otorgamiento de terrenos eriazos Nº 0433-AG-PETT del 24 de junio de 1995 obrante a fojas 5. La cuarta cláusula contractual dispuso que era obligación del comprador, destinar las tierras eriazas al uso agrario en un plazo de 2 años después de la firma del contrato, es decir, después del 14 de julio de 1995, y en caso de producirse su incumplimiento, acarrearía la caducidad del derecho de propiedad de tierras y consiguientemente la rescisión o resolución del contrato de conformidad con el Decreto Supremo Nº 048-91-AG.

13. Es por ello que, a pesar de que el recurrente –compradora del bien- alegue una posible vulneración a su derecho fundamental de propiedad, por la amenaza de iniciarse las constataciones respecto del cumplimiento de las obligaciones previstas vía contractual, se estima que actualmente, existiendo de por medio un plazo razonable para su cumplimiento, no existiría la mencionada afectación, en caso de que el PETT iniciara tales verificaciones,

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

debido a que estas serían válidas en el marco de un ejercicio legítimo de las facultades otorgadas por medio contractual.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

Declarar **INFUNDADA** la demanda de amparo.

Repositorio Institucional - **UNASAM** - Perú

CAS. Nº 17241-2013 LIMA

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:

I. 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 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:

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

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 Nº 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 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

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

fi gura 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 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

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

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). 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.

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

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

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 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, refi riéndose 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.

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

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

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 Nº818-2010/SC2-INDECOPI de fecha veintiséis de abril del dos mil diez, que confirma la Resolución Nº 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 del señor Manuel Andrés Sánchez Alayo. Como pretensión accesoria se declare la nulidad de la Resolución Nº 515-2009/CPC; y se declare que el demandante no infringió el Decreto Legislativo Nº716 (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 INDECOPI por la presunta infracción del artículo 8 del Decreto Legislativo Nº716- Ley de Protección al

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

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 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 Nº 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

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

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 Nº4369-2008, 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 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 Nº 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

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

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 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".

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

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

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 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 sétima 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 sétima 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

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

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 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 poderdeber que les atribuye la ley para dilucidar la pretensión formulada por el actor, eximiéndose de valorar conjuntamente íntegramente los medios probatorios corrientes a fi n 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:

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

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 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

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

MATRIZ DE CONSISTENCIA

FORMULACIÓN DEL PROBLEMA	OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN	HIPÓTESIS	VARIABLES	METODOLOGÍA
Problema General ¿De qué manera la celebración de los contratos por adhesión por telefónica del Perú limita el principio de autonomía privada de la voluntad de los usuarios?	**Objetivo General** Identificar la relación entre la celebración de los contratos por adhesión por telefónica del Perú y la limitación del principio de la autonomía privada de la voluntad de los usuarios.	**Hipótesis General** Con la celebración de los contratos de adhesión por parte de Telefónica del Perú, sí se limita el principio de la autonomía privada de los usuarios.	**Variable (x)** Contratos de adhesión de Telefónica del Perú	TIPO:: La presente investigación jurídica es de enfoque mixto, de tipo dogmático – teórico. DISEÑO: no experimental de corte transversal o transeccional. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS:
Problemas Específicos 1. ¿En qué medida la celebración de los contratos por adhesión se convierte en necesario para el tráfico jurídico patrimonial en masa?	**Objetivos Específicos** 1. Estudiar si la celebración de los contratos por adhesión se convierte en necesarios para el tráfico jurídico patrimonial en masa;	**Hipótesis Específicas** 1. La celebración de los contratos por adhesión sí se convierte en necesario para el tráfico jurídico patrimonial en masa.	**Variable (y)** Principio de la autonomía privada	Técnicas: • Análisis documental. • Encuesta. Instrumentos: • Documentos • Cuestionario ESTRATEGIAS O PROCEDIMIENTOS DE RECOGIDA DE INFORMACIÓN Como técnica de recolección se utilizó la encuesta. El plan de recojo de la

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú

2. ¿Existen suficientes argumentos para que a través de la celebración de los contratos por adhesión se restrinja a la autonomía privada? 3. ¿El Estado peruano contempla suficiente normatividad para proteger a los usuarios de manera eficaz cuando estos celebran los contratos por adhesión?	2. Demostrar si existen suficientes argumentos para que a través de la celebración de los contratos por adhesión se restrinja a la autonomía privada; 3. Determinar si en el Perú existe suficiente normatividad para proteger a los usuarios de manera eficaz cuando estos celebran los contratos por adhesión.	2. No existen suficientes argumentos para que a través de la celebración de los contratos por adhesión para que se restrinja a la autonomía privada. 3. El Estado peruano no contempla suficiente normatividad para proteger a los usuarios de manera eficaz cuando estos celebran los contratos por adhesión.		información comprendió en segundo lugar la selección de los instrumentos de recolección de datos, en ese sentido se empleó lo siguiente: Para las fuentes bibliográficas, hemerográficas y virtuales se realizó a través de las fichas bibliografías, literales, resumen y comentario. Respecto al análisis de la información, se empleó la técnica del análisis mixto, ya que se hizo uso del enfoque cualitativo y cuantitativo; el análisis de datos debe concretarse a la descomposición de la información en sus partes o elementos, tratando de encontrar la repetición de lo idéntico y las relaciones de causalidad, a fin de describir y explicar las características esenciales del hecho o fenómeno.

Repositorio Institucional - UNASAM - Perú