



UNIVERSIDAD NACIONAL
“SANTIAGO ANTÚNEZ DE MAYOLO”

ESCUELA DE POSTGRADO

**EL CONTROL A LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LOS
CONTRATOS DE CONSUMO Y ADHESIÓN EN LA
LEGISLACIÓN CIVIL PERUANA**

Tesis para optar el grado de Doctor
en Derecho y Ciencias Políticas

KATHERINE MONICA CASTRO MENACHO

Asesor: Dr. LUIS WILFREDO ROBLES TREJO

Huaraz – Perú

2023

N° Registro: TE0107





UNIVERSIDAD NACIONAL
"SANTIAGO ANTUNEZ DE MAYOLO"
ESCUELA DE POSTGRADO

ACTA DE SUSTENTACION DE TESIS

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

Magister : **KATHERINE MONICA CASTRO MENACHO**

Título : **EL CONTROL DE LAS CLAUSULAS ABUSIVAS EN LOS CONTRATOS DE CONSUMO Y ADHESIÓN EN LA LEGISLACIÓN CIVIL PERUANA**

Después de haber escuchado la sustentación y las respuestas a las preguntas y observaciones finales, lo 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 DOCTOR en DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS a otorgarse por el Honorable Consejo Universitario de la UNASAM.

Huaraz, 09 de marzo del 2023

Dr. Elmer Robles Blacido
PRESIDENTE

Ph.D. Félix Claudio Julca Guerrero
SECRETARIO

Dr. Luis Wilfredo Robles Trejo
VOCAL

NOMBRE DEL TRABAJO

T033_43525613_D.docx

AUTOR

KATHERINE MONICA CASTRO MENACHO

RECUENTO DE PALABRAS

27849 Words

RECUENTO DE CARACTERES

154816 Characters

RECUENTO DE PÁGINAS

131 Pages

TAMAÑO DEL ARCHIVO

216.2KB

FECHA DE ENTREGA

Jun 28, 2023 4:56 PM GMT-5

FECHA DEL INFORME

Jun 28, 2023 4:58 PM GMT-5**● 3% de similitud general**

El total combinado de todas las coincidencias, incluidas las fuentes superpuestas, para cada base de datos.

- 2% Base de datos de Internet
- Base de datos de Crossref
- 2% Base de datos de trabajos entregados
- 0% Base de datos de publicaciones
- Base de datos de contenido publicado de Crossref

● Excluir del Reporte de Similitud

- Material bibliográfico
- Material citado
- Bloques de texto excluidos manualmente
- Material citado
- Coincidencia baja (menos de 15 palabras)

ASESOR

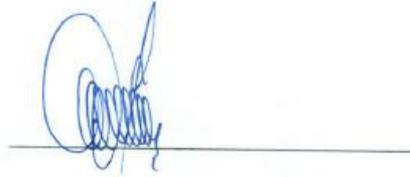
Doctor Luis Wilfredo Robles Trejo



MIEMBROS DEL JURADO

Doctor Elmer Robles Blacido

Presidente



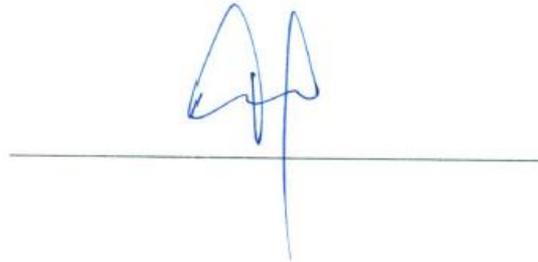
Doctor Félix Julca Guerrero

Secretario



Doctor Luis Wilfredo Robles Trejo

Vocal



AGRADECIMIENTO

A Dios: fuente de toda sabiduría, amor y bondad

A mi querida madre Digna por su amor sincero y ejemplo de vida

A mi padre Rosendo por su amor especial y su ejemplo de lucha y esfuerzo

A toda mi familia por darme ánimo durante este proceso

A mi Asesor por su ayuda, paciencia y dedicación



A mi amado esposo Luis, que siempre me motivo a luchar por mis sueños.

A mis amados hijos Camila y Felipe, aunque aún no lo sepan son y serán lo más importante en mi vida, hoy he dado un paso más para servir de ejemplo a las personas que más amo en este mundo.



ÍNDICE

	Página
Resumen	ix
Abstract	x
INTRODUCCIÓN	1-10
Capítulo I.....	5
PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN.....	5
1.1. Planteamiento y formulación del problema	5
1.1.1. Problema general.....	7
1.1.2. Problemas específicos	7
1.2. Objetivos	8
1.2.1. Objetivo general	8
1.2.2. Objetivos específicos.....	8
1.3. Justificación.....	9
1.3.1. Justificación teórica.....	9
1.3.2. Justificación práctica	9
1.3.3. Justificación metodológica	9
1.3.4. Justificación legal	10
1.4. Delimitación	10
Capítulo II	11
MARCO TEÓRICO	11-49
2.1. Antecedentes	11
2.2. Bases filosóficas y epistemológicas	16
2.2.1. Positivismo jurídico.....	18
2.2.2. Hermenéutica jurídica	22
2.3. Bases teóricas	26
2.3.1. La cláusula abusiva	26
2.3.2. El Contrato de consumo	33
2.3.3. El Contrato de Adhesión	37
2.3.4. Control a las cláusulas abusivas	40
2.4. Definición de términos	48
2.5. Hipótesis.....	50
2.6. Categorías.....	50

Capítulo III	52
METODOLOGÍA	52-55
3.1. Tipo de investigación	52
3.2. Diseño de investigación.....	52
3.3. Técnicas e instrumentos de recolección de la información.....	53
3.4. Plan de procesamiento y análisis estadísticos de datos	55
Capítulo IV	58
RESULTADOS Y DISCUSIÓN.....	58-81
4.1. Presentación de Resultados	58
4.1.1. Resultados normativos	58
4.1.2. Resultados doctrinarios	64
4.1.3. Resultados jurisprudenciales	72
4.2. Validación de la hipótesis	75
4.3. Discusión.....	75
CONCLUSIONES	82-83
RECOMENDACIONES	84-85
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	86-87
ANEXO	104



Resumen

La presente investigación tuvo como finalidad determinar la relevancia jurídica del control a las cláusulas abusivas en los contratos de consumo y adhesión en la legislación civil peruana. Para lo cual se desarrolló una investigación jurídica de tipo teórica o dogmática, empleándose el diseño no experimental, transversal y explicativo; para lo cual se hizo uso de la técnica documental, análisis de contenido, la técnica del análisis cualitativo y la argumentación jurídica, como estrategias metodológicas en el proceso de recolección, discusión y sistematización de los datos y/o información.

La investigación concluyo por reconocer que las cláusulas abusivas en los contratos de consumo y adhesión constituyen una manifestación del abuso, por ello se justifica la implementación de mecanismos de control o tutela contra las cláusula abusivas, busca evitar que mediante el empleo de contratos de consumo celebrados bajo la modalidad de adhesión, se haga uso indiscriminado de estipulaciones o cláusulas que por lo general al obedecer al designio unilateral del proveedor, conlleven inevitablemente a causar un grave perjuicio en desmedro de los consumidores, así como limitar, reducir o excluir sus derechos, o aumentando su obligaciones y cargas contractuales en contravención a la buena fe y el equilibrio contractual.

PALABRAS CLAVES: Los contratos de adhesión, cláusulas abusivas, libertad Contractual, Consumidor, Empresas de servicios.

Abstract

The purpose of this research was to determine the legal relevance of the control of abusive clauses in consumer and adhesion contracts in Peruvian civil legislation. For which a theoretical or dogmatic legal research was developed, using a non-experimental, transversal and explanatory design; for which use was made of the documentary technique, content analysis, the technique of qualitative analysis and legal argumentation, as methodological strategies in the process of collection, discussion and systematization of data and / or information.

The research concluded by recognizing that abusive clauses in consumer and adhesion contracts constitute a manifestation of abuse, thus justifying the implementation of control mechanisms or protection against abusive clauses, seeking to avoid that through the use of consumer contracts concluded under the adhesion modality, the indiscriminate use of abusive clauses is made, indiscriminate use of stipulations or clauses that generally obey the unilateral design of the supplier, inevitably lead to cause serious damage to the detriment of consumers, as well as limit, reduce or exclude their rights, or increase their contractual obligations and burdens in contravention of good faith and contractual balance.

Keywords: Adhesion contracts, unfair terms, freedom of contract, consumer, service companies.

INTRODUCCIÓN

La dinamicidad de la sociedad en los últimos tiempos ha generado dos hechos de suma importancia para los hombres: la crisis y transformación del mercado, problemas donde el Derecho se ve sería involucrado, generando que la empresa y el consumidor se conviertan en verdaderos elementos que dinamizan la economía. Asimismo, han surgido nuevas formas de relaciones e intercambio de bienes y servicios, donde los contratos se han cristianizado en la forma de intercambio por antonomasia de esta nueva época.

La libertad contractual, “expresión de lo que más tarde se conocerá como la autonomía de la voluntad, pasa a ser la palanca suprema de toda la vida social” (Ossorio, 1952, p. 1178). Donde, la expresión de este modelo de contratación se “fundamenta en el principio de igualdad de las partes contratantes, las cuales son las mejores garantes de sus propios intereses, teniendo por ello la posibilidad de rechazar los contratos que le sean perjudiciales” (Bramsted y Melhuish, 1982, p. 97). En tal sentido, mediante la libertad contractual los particulares crean derecho y se transforman en legisladores de sus relaciones privadas; una vez configurado el contenido contractual, formado el consentimiento, las partes quedan vinculadas al mismo sin poder modificarlo unilateralmente.

Ese modelo de contratación, entro en crisis como consecuencia de la contratación en masa producido por los cambios en el proceso productivo, donde las contrataciones masivas provocadas por cambios en el proceso productivo, donde la tradicional crisis de contratación es provocada principalmente por el contrato de

adhesión o, más exactamente , por adhesión, en el que ya no es posible sostener los principios de libertad e igualdad .Esto se debe a que la otra parte contratante , que frecuentemente ocupa una posición dominante en el mercado, determina unilateralmente el contenido del contrato .En este tipo de contrato es donde generalmente se examinan las llamadas condiciones generales de contratación .

Por ello, según Pizarro (2004) el estudio de las condiciones generales del contrato, ya sea en contratos por adhesión u otras formas contractuales y, asimismo, el análisis dogmático de las técnicas para efectuar un control de las cláusulas abusivas envueltas en dichas categorías contractuales presenta un interés doctrinario y práctico indiscutible. La discusión acerca del control de las cláusulas abusivas ha estado presente en la doctrina civil. Este debate surge con una cierta época en que los civilistas pensaban más en la protección del consumidor, en la parte débil del contrato. El debate continúa, pues las cláusulas abusivas no desaparecen y hoy lo importante radica en lograr un sistema de protección eficaz que proteja no sólo al contratante-consumidor y, de otra parte, que a veces se extienda a la protección de quien carece de la calidad de consumidor.

Sin embargo, se debe tener presente, que hoy en día el mercado se muestra abusos que hacen las empresas o contratantes abusando de su posición dominante, donde la comercialización de sus productos o servicios al consumidor, se realizan mediante contratos de adhesión o formularios, imponiendo sus propias condiciones, de las cuales solamente se puede aceptar, constituyéndose en auténticos problemas jurídicos que el Derecho debe resolver.

Para ello, se ha estructurado el trabajo de investigación en los siguientes capítulos:

Capítulo I referido al problema de investigación, en el que se ha formulado el problema, precisado los objetivos, realizado la justificado iusfilosófica, epistemológica, teórica, metodológica. El Capítulo II que desarrolló el marco teórico, en el que se pormenoriza los antecedentes de la investigación, bases filosóficas y epistemológicas, las bases teóricas, las definiciones de términos, hipótesis y categorías. El Capítulo III referido al aspecto metodológico de la investigación, en el que se precisa el tipo de investigación, diseño de la investigación, las técnicas e instrumentos de recolección de información y el plan de procesamiento y análisis estadístico de la información. El Capítulo IV se presentó los resultados, así como la discusión respectiva, para lo cual se empleó el enfoque cualitativo de la investigación y el método de la argumentación jurídica; finalmente se considera las conclusiones, recomendaciones y referencias bibliográficas.

Y, finalmente, se debe de indicar que para la redacción del informe final de la investigación se empleó el estilo de APA 7ma edición, para poder cumplir con la exigencia científica exigida por la EPG.

La tesista.

Capítulo I

PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1.1. Planteamiento y formulación del problema

Una de las consecuencias de la transformación de la sociedad y el mercado, es que debido a los avances tanto tecnológicos, como económicos y sociales, los consumidores también se ven en la necesidad de adquirir nuevos bienes o servicios, con la finalidad de satisfacer sus gustos o necesidades, y lo único que buscan es que se les garantice que por el precio que están pagando tengan cubiertos los mínimos esperados por ellos, como la calidad, funcionalidad, durabilidad entre otros.

Para el logro de sus objetivos de comercialización la empresa hace uso de varios hechos como la publicidad engañosa y el uso de contratos por adhesión, este último con la finalidad de reducir significativa los costos de contratar. El problema y que presentan este tipo de contrato es la aceptación y sumisión contractual de los consumidores frente a la empresa que, mediante la colocación de las condiciones generales, se incluyan cláusulas abusivas en desmedro de los derechos del consumidor. Por esto se justifica proveer de mecanismos idóneos a los consumidores para su protección.

El uso de la publicidad engañosa es para atraer clientes, mientras que el contrato de adhesión para abaratar costos y cláusulas abusivas para incrementar sus ganancias, en abuso constante de su posición dominante. Tal desigualdad muchas veces genera abusos de la parte poderosa en perjuicio de

la débil. De allí que, el Derecho debe procurar evitar dichos excesos, a fin de garantizar la plena libertad e igualdad de las partes y no reducirla a su mínima expresión, avalando ese tipo de contratos leoninos.

Es precisamente allí donde el Estado debe hacer su aparición, para salvaguardar los derechos de los consumidores y no dejar al arbitrio de las empresas en la relación contractual. Para ello, luego de ser puesto el bien o servicio en el mercado, el acercamiento del consumidor al producto, debe darse con todas las garantías del caso, y ahí es donde todas las normas deben protegerlo, tanto en la etapa precontractual, como en la contractual y postcontractual.

1.1.1. Problema general

¿Cuál es la influencia de los mecanismos de control como tutela del consumidor contra las cláusulas abusivas en los contratos de consumo y adhesión en la legislación civil peruana?

1.1.2. Problemas específicos

- a) ¿Cuáles son los problemas que presentan las cláusulas abusivas en los contratos de consumo y adhesión en la legislación civil peruana?
- b) ¿Cuáles son los límites y alcances que presenta los tipos de control sobre las cláusulas abusivas en los contratos de consumo y adhesión en la legislación civil peruana?
- c) ¿Cuál es la relevancia jurídica que presentan los mecanismos de control como tutela del consumidor contra las cláusulas abusivas en

- los contratos de consumo y adhesión en la legislación civil peruana?
- d) ¿Cuál es la eficacia que presentan los mecanismos de tutela del consumidor contra las cláusulas abusivas en los contratos de consumo y adhesión en la legislación civil peruana?

1.2. Objetivos

1.2.1. Objetivo general

Analizar la influencia de los mecanismos de control como tutela del consumidor contra las cláusulas abusivas en los contratos de consumo y adhesión en la legislación civil peruana.

1.2.2. Objetivos específicos

- a) Determinar los problemas que presentan las cláusulas abusivas en los contratos de consumo y adhesión en la legislación civil peruana.
- b) Definir los límites y alcances de los tipos de control sobre las cláusulas abusivas en los contratos de consumo y adhesión en la legislación civil peruana.
- c) Evaluar la relevancia jurídica que presentan los mecanismos de control como tutela del consumidor contra las cláusulas abusivas en los contratos de consumo y adhesión en la legislación civil peruana.
- d) Explicar la eficacia que presentan los mecanismos de tutela del consumidor contra las cláusulas abusivas en los contratos de consumo y adhesión en la legislación civil peruana.

1.3. Justificación

1.3.1. Justificación teórica

La investigación se desarrolló a partir de los planteamientos teóricos de la teoría de los contratos en general y de forma específica la teoría de las cláusulas abusivas como presupuesto de los sistemas control y la tutela del consumidor.

1.3.2. Justificación práctica

El tema de cláusulas abusivas hoy en el mundo entero ha tomado gran importancia y son de mucha preocupación, debido al consumo excesivo y la masificación de bienes y servicios, originando problemas de naturaleza jurídica. Con el propósito de dilucidar la causa del problema se trató de vincularlo con las vicisitudes del consumidor y las consecuencia este tipo de cláusulas y la repercusión en las decisiones económicas del consumidor.

1.3.3. Justificación metodológica

La justificación metodológica de la investigación implico el desarrollo del enfoque cualitativo, el mismo que se trata de una “investigación humanística, básicamente discursiva ... y de apreciación cognoscitiva” (Sánchez, 2016, p. 103). “para ello se emplean datos sin medición numérica, ni cuantificable, con la finalidad de hacer valoraciones e interpretaciones sobre las variables de estudio (Robles et al, 2018).

1.3.4. Justificación legal

- Constitución Política del Perú.
- Ley Universitaria N.º 30220.
- Estatuto de la UNASAM.
- Reglamento de General de investigación UNASAM.
- Reglamento de la elaboración de Tesis de la EPG de la UNASAM.

1.4. Delimitación

1.4.1. Delimitación espacial: Los alcances de la investigación fueron a nivel nacional.

1.4.2. Delimitación social: Los sujetos involucrados en la investigación lo constituyeron los doctrinarios del derecho civil, los legisladores y operadores jurídicos.

1.4.3. Delimitación temporal: El periodo correspondió al 2018-2020.

Capítulo II

MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes

Efectuado la búsqueda de los antecedentes de investigación se han podido encontrar los siguientes trabajos:

A nivel internacional

López (2015) en su tesis doctoral “Las cláusulas abusivas en la contratación bancaria: Tesis Doctoral por Compilación de Publicaciones” presentada a la Universidad de Málaga, tuvo como objetivo principal analizar la agrupación de las contribuciones doctrinales del doctorando relacionadas con las cláusulas abusivas en la contratación financiera en general y bancaria, para ello realizó un estudio dogmático empírico, los hallazgos principales y los resultados se sustentan en el análisis de casos y publicaciones en donde se observa que el consumidor está protegido contra el uso de cláusulas abusivas por parte de entidades financieras, las cuales han generado desconfianza en el sistema financiero debido a su mal funcionamiento. Es necesario contar con un sistema financiero sólido que contribuya al crecimiento económico sostenible. El fenómeno de las cláusulas abusivas ha llevado a los ciudadanos a perder confianza en el sistema financiero y se requieren medidas correctivas para salvaguardar a los usuarios de servicios financieros, especialmente los más vulnerables. Además, perfila la labor de los tribunales al aplicar el derecho de la Unión Europea, particularmente la Directiva 93/13/CEE. Las

resoluciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea tienen un impacto significativo, pero pueden generar temor en los tribunales y comprometer la seguridad jurídica. Se menciona el caso de la cláusula suelo como ejemplo de tensiones generadas por interpretaciones divergentes.

Lacayo (2012) en su tesis doctoral “La buena fe en el control de incorporación de las condiciones generales de la contratación” presentada a la Universidad de Salamanca, tuvo como objetivo principal analizar la agrupación de las contribuciones doctrinales relacionadas con las cláusulas abusivas en la contratación financiera en general y bancaria, para ello realizó un estudio dogmático empírico, los hallazgos principales y los resultados

El control sobre el contenido ejercitado al auxilio de la Buena Fe, no es bajo ninguna circunstancia un control sobre elementos esenciales del contrato, se trata más bien de determinar si las obligaciones que el predisponente impone al adherente no le causan un perjuicio y corresponden a las que en circunstancias en las que las partes negociarían sus condiciones, se establecerían para un contrato de la misma índole. El equilibrio debe entenderse entonces como el concerniente a las respectivas posiciones jurídicas de las partes a fin de evitar los excesos en el ejercicio de la predisposición de los empresarios, pero no a fin de controlar o intervenir sobre circunstancias que son propias de determinación por la autonomía privada de los contratantes. A esto debe añadirse que dicho contenido equilibrado debe ser incorporado al contrato cumpliendo con las reglas de transparencia.

A nivel nacional

Malpartida (2003) en su tesis doctoral “El Derecho del consumidor en el Perú y en el derecho comparado” presentada a la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, tuvo como objetivo principal el analizar los criterios que encierra el Decreto Legislativo 716, así como los resultados en la protección del consumidor, así como criterios de otra normatividad que también tiene como objetivo la protección al consumidor, para ello realizó un estudio histórico descriptivo y explicativo dogmático empírico, los hallazgos principales y los resultados se observa que los organismos encargados de proteger a los consumidores como el caso de INDECOPI ha llevado a cabo procesos y reclamos que no han trascendencia a denuncias, por lo tanto aún se mantienen las controversias, en consecuencia aún se discute la vigencia de INDECOPI.

La fundamentación del derecho del consumidor se enfrenta a la asimetría informativa entre empresa – consumidor, el mismo que hace inviable el modelo de autotutela que subyace en la ley de protección del consumidor peruana.

Morales (2010) en su tesis doctoral “Las patologías y los remedios del contrato” presentada a la Pontificia Universidad Católica del Perú, tuvo como objetivo principal las semejanzas y las diferencias de los diferentes remedios que otorga el ordenamiento jurídico cuando existe una patología contractual, para ello realizó un estudio dogmático, los hallazgos principales y los resultados se observa que el hecho de la realidad es jurídico, así mismo el acto de autonomía privada es un poder privado de crear reglas, la situación jurídica

subjetiva es el producto de la calificación jurídica de un interés, el poder compete al sujeto independientemente de toda relación jurídica y es la fuerza jurídica sobre una realidad jurídica a fin de obtener un resultado útil derivado de la modificación de dicha realidad, la anulabilidad es un mecanismo de protección jurídica para cautelar la libertad y el conocimiento de una parte que participó en la celebración del contrato en una situación de disminución de su voluntad productoras de efectos jurídicos, el Código de Protección y de Defensa al Consumidor no define correctamente el contrato de consumo. El elemento crucial para definir un contrato de consumo es que el empresario ejerce las libertades de celebración y de estipulación, mientras el consumidor solo ejerce la libertad de celebración.

A nivel local

Brito (2017) en su tesis doctoral “Factores legales y económicos y la desprotección del consumidor en Huaraz 2014-2017” presentada a la Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo, tuvo como objetivo principal determinar los factores legales y económicos que explican la desprotección de los consumidores en la ciudad de Huaraz, para ello realizó un estudio dogmático empírico, los hallazgos principales y los resultados se observa que los consumidores reconocen mayoritariamente la desprotección y han explicado sus puntos de vista respecto a las causas y confrontados con las teorías y la abundante legislación nacional e internacional se ha podido afirmar la hipótesis de investigación que señala que los factores legales que explican la desprotección del consumidor en la ciudad de Huaraz son la

asimetría legal y los incumplimientos normativos, así como los factores económicos explicativos son la dinámica de los mercados y los costos de aplicación de las normas. Estos hallazgos sugieren que el Estado debe fomentar mejores prácticas para proteger a los consumidores y garantizar el cumplimiento de las normas, así como generar espacios para mejorar la información, formalizar la economía y acercar la justicia de manera más efectiva al consumidor como instancia última de protección de sus derechos.

De la revisión a los repositorios de universidades locales, no se encontró tesis doctorales sobre el tema investigado.

2.2. Bases filosóficas y epistemológicas

La forma de abordar la realidad y generar conocimiento actualmente se sustentan en las perspectivas filosófica y epistemológica que se emplean en la investigación. De esa forma para abordar el problema de investigación se empleó la concepción iusfilosófica del positivismo jurídico y la concepción del realismo jurídico.

2.2.1. Base iusfilosófica: Positivismo jurídico

El positivismo jurídico tiene una influencia significativa en el el espíritu de los juristas a la hora de abordar los problemas jurídicos, como diría Thomas Kuhn, es el modelo que explica el derecho desde una perspectiva formal, así mismo modulan sus discursos partiendo de los fundamentos o tesis del positivismo jurídico como es la separación del derecho y la moral, las fuentes sociales del derecho y la discrecionalidad. Por ello, se identificó

al positivismo jurídico como fundamento filosófico de la investigación sobre la relevancia jurídica del control a las cláusulas abusivas en los contratos de consumo y adhesión en la legislación civil peruana, debido a que el problema giró en torno a la norma como objeto de investigación.

El positivismo jurídico busca convertir al Derecho en una auténtica Ciencia, caracterizada por su neutralidad valorativa... Ahora bien, para ello el positivismo jurídico adopta una determinada concepción del Derecho de índole formal, lo que hace que desde el principio pierda esa pretendida neutralidad... (Peces-Barba, Fernández y De Asís, 2000, p. 312).

En ese sentido, para el positivismo jurídico, las normas jurídicas son aquellas que forma parte del derecho positivo, del derecho dado y que se producen en forma establecida por la norma fundamental. Es por ello, que el criterio en el que se fundan está referido a la validez jurídica es exclusivamente formal y no material, el cual implica considerar cómo se produce el derecho y no lo que regula.

Por otro lado, se debe tener presente lo señalado por diversos autores, en el sentido que el positivismo jurídico no guarda relación con el positivismo filosófico. Norberto Bobbio uno de los máximos representantes del positivismo jurídico contemporáneo plantea al respecto:

El positivismo jurídico nada tiene que ver con el positivismo filosófico, hasta el punto de que mientras el primero surge en

Alemania, el segundo surge en Francia. La expresión positivismo jurídico deriva, por el contrario, de la locución derecho positivo, contrapuesto a la de derecho natural. Para comprender, entonces, el significado del positivismo jurídico es necesario aclarar el sentido de la expresión derecho natural (Bobbio, 1993, p. 35).

En ese sentido, Kelsen (2005), creó una perspectiva del derecho distinta, donde su deontología o filosofía del derecho se funda en el concepto de validez de las normas. “La validez es la existencia de la norma positiva independiente del acto de voluntad que la constituye” (2005, p. 24). Es decir la norma vale por si misma, en esto consiste su existencia objetiva. “La validez de la norma sólo puede deducirse de otro deber ser, esto es, de una norma superior” (Ibid., p. 201).

Kelsen para justificar la “pureza” de su teoría del derecho, expresa al respecto que:

La ciencia tiene que describir su objeto tal como realmente es, y no describir cómo debiera o no debiera ser desde el punto de vista de determinados juicios estimativos. Este último es un problema político y, como tal, concierne al arte del gobierno, que es una actividad dirigida hacia valores, no un objeto de la ciencia, ya que ésta estudia realidades (Kelsen, 1995, pp. v-vi).

Por otro lado, siguiendo el excelente estudio que sobre el positivismo jurídico que realizó Norberto Bobbio a la hora de realizar el estudio del mismo

(1993, p. 35), considera que se debe partir de tres aspectos centrales:

- a) El positivismo jurídico no debe identificarse con el positivismo científico (también llamado filosófico)
- b) El positivismo jurídico tiene como núcleo central el concepto del Derecho positivo, término que, para su comprensión, debe situarse frente al de Derecho natural.
- c) El positivismo jurídico es la doctrina según la cual no existe mas derecho que el positivo.

Por su parte, el positivismo jurídico de tradición hartiana se caracteriza por sostener las siguientes tesis y que son defendidas por los más importantes teóricos del positivismo: “(1) la tesis de *la separación conceptual entre el derecho y la moral*; (2) la de *las fuentes sociales del derecho*; y (3) la de *la discrecionalidad jurídica*” (Hart, 2011, pp. 96 y ss.)

En ese sentido, el surgimiento del positivismo jurídico está intrínsecamente relacionado al desarrollo del Estado contemporáneo. Donde, el punto de inicial es considerar como objeto de la Ciencia Jurídica al conocimiento del conjunto de normas que constituyen el Derecho positivo, convirtiéndolo de esta manera en una ciencia normativa; donde el jurista se limita en su análisis al estudio Derecho vigente, no admitiendo cualquier valoración axiológica.

Además, se debe reconocer que las discusiones actuales que surgen sobre el positivismo jurídico sostienen que la controversia surge de distinción

entre sus versiones incluyente y excluyente. Donde para distinguir ambos tipos de positivismo, se debe considerar la tesis de la separación entre derecho y moral como punto esencial. El principio de la separación niega "que exista una conexión necesaria entre derecho y moral". El principio de la separación cuenta, entonces, como la negación o contradicción del principio de la moralidad, de conformidad con el cual sí existe "una conexión necesaria" entre moral y derecho (Bobbio, 1993).

En todo caso, dicho principio debe de explicarse de forma más detallada, partiendo por reconocer lo que el positivismo jurídico niega del principio de moralidad, o lo que éste representa, puede extenderse aún más, al acudir a la distinción entre positivismo jurídico incluyente y excluyente.

En ese sentido, de acuerdo a Coleman (2001) el positivismo incluyente deja abierta la posibilidad de que en un sistema jurídico dado pueda o no haber una conexión necesaria entre derecho y moral, mientras que el positivismo jurídico excluyente reconoce que tal posibilidad de conexión necesaria no existe.

Por lo que, según Carrillo y Caballero (2021, pp. 21-22), considera que ambas corrientes han intentado dar respuesta a este desafío: el positivismo excluyente y el positivismo incluyente, según el cual:

Positivismo excluyente. Joseph Raz (1979) afirma que es conceptualmente incoherente incluir o hacer referencia a la moral en la regla de reconocimiento de un sistema jurídico. Esto significa que

la identificación de la existencia y el contenido del derecho no puede depender de consideraciones valorativas (Ródenas, 2003), sino de la constatación de la presencia de un conjunto de prácticas sociales (regla de reconocimiento) que pueden ser descritas sin recurrir a la moralidad (Hart, 1994).

(...) El positivismo incluyente. A diferencia de la versión anterior, donde la regla de reconocimiento (tesis de las fuentes sociales) de un sistema jurídico puede incluir estándares morales sin incurrir en inconsistencia o contradicción (Ródenas, 2003), aunque el que pueda hacerlo no quiere decir que necesite o deba hacerlo (Raz, 1979); esta versión del positivismo no renuncia a la tesis de la separación conceptual necesaria entre el derecho y la moral, a pesar de dar cabida a las consideraciones morales.

Hay que considerar que del debate generado entre positivistas incluyentes y excluyentes se han producido diversas confusiones conceptuales que han producido disputas infructuosas. Un ejemplo es el uso equívoco que se hace de los términos “normativo” y “descriptivo”, cuando se aplican a la ciencia jurídica. Suele considerarse que ambos se excluyen mutuamente, pues si la ciencia jurídica es descriptiva, entonces no puede ser normativa y viceversa.

Andrei Marmor, por ejemplo, se pregunta si el positivismo es una teoría del derecho normativa o descriptiva. La respuesta es que, al no proponerse justificar o legitimar su objeto de estudio, la mejor

manera de definirlo es como una teoría del segundo tipo. El positivismo, añade, es neutral porque no necesita pronunciarse ni hacer evaluaciones sobre asuntos políticos o morales. Marmor reconoce que los términos “descriptivo” y “normativo” son confusos e inadecuados para caracterizar al positivismo, pues éstos no se oponen ni se excluyen entre sí necesariamente. Además, señala, cuando decimos que una teoría es normativa podemos querer dar a entender muchas cosas, aunque, por lo general, lo que se afirma es que en ésta se hacen juicios morales (Marmor, 2006 citado por García, 2015, p. 89).

2.2.2. Base epistemológica: Hermenéutica jurídica

Como punto de partida, siendo la norma jurídica objeto de la investigación y necesario acudir a la “hermenéutica jurídica”, para los propósitos de la presente investigación, para ello, acudimos a la definición que Kaufmann plantea:

La hermenéutica jurídica es una actividad que da cuenta de las propiedades de la interpretación jurídica, expresando la relación del hombre con la normatividad...En este contexto, se concibe la hermenéutica jurídica como actividad para la comprensión de textos jurídicos, que permite completar el sentido original de los mismos, en búsqueda del derecho y del juicio correcto, teniendo en cuenta el momento actual... (Kaufmann, 1999, p. 100).

Con base en lo anterior, concluimos que la hermenéutica jurídica hace referencia directa a la interpretación de preceptos legales. Dicha interpretación se hace a través de métodos, cuyo objetivo común es revelar el sentido del texto, es decir “explicar o declarar el sentido de algo, y principalmente el de un texto (Hernández, 2019).

En ese sentido, Taylor (1985, pp. 15-16), considera que interpretar es hacer comprensible el objeto estudiado y darle un cierto sentido y califica las ciencias humanas como ciencias hermenéuticas. Afirma que, para que una ciencia pueda llamarse hermenéutica, debe reunir los siguientes requisitos:

- a) Debe tener un objeto o área de objetos sobre los cuales podamos hablar en términos de coherencia o incoherencia, de sentido o de falta de sentido
- b) Tenemos que ser capaces de hacer una distinción, aunque sea relativa, entre ese sentido o esa coherencia y su encarnación en algún tipo de soporte o de portador de significación.
- c) Es preciso además que existan un sujeto o sujetos que expresen el significado y otro sujeto o sujetos al que este significado vaya dirigido.

En consecuencia, el punto central de la hermenéutica jurídica lo constituye el proceso de comprensión de la norma jurídica, el mismo que tiene una especial relación con la interpretación. Una primera idea general sobre esta relación (comprensión-interpretación), la da Fernando Romo cuando

afirma que “comprender e interpretar estarían en la misma relación que pensar y hablar” (2007, p. 39). Ello, significa que la interpretación es la expresión de lo comprendido y la interpretación sería un producto del proceso de comprensión.

En relación a lo anterior, la hermenéutica jurídica afirmará que la interpretación de la ley es parte del proceso de comprensión, por lo tanto, los postulados de éste, también le serán aplicables. Así, la hermenéutica jurídica en base al proceso de comprensión, podría dar cuenta de cómo se realiza el proceso de interpretación o aplicación del Derecho: el juez partiendo de sus prejuicios como conocimientos previos, generará una primera precomprensión en sentido de hipótesis de la solución del caso, y, esta primera precomprensión se formaría a partir de una lógica de pregunta y respuesta, como expresión del círculo hermenéutico (Zavala, 2017, p. 48).

En consecuencia, cuando hablamos de interpretación, nos referimos al significado del enunciado jurídico lo suficientemente preciso como para que de la correspondiente norma podamos decir: a) si es aplicable o no al caso que se enjuicia (relación entre interpretación y selección de la norma aplicable); b) en caso de que esa norma sea aplicable, qué consecuencias precisas se desprenden de ella para la resolución del caso en cuestión. Para la interpretación de normas jurídicas nos servimos de lo que tradicionalmente se ha denominado métodos o cánones de la interpretación. Ilustremos cómo funcionan y qué papel desempeñan (García, 2016).

En tal sentido, cuando el operador jurídico o jurista pretende interpretar, tiene a su disposición elementos que le permiten realizar dicha labor, también se denominan formas de interpretación, es por ello que el problema planteado, encuentra en la hermenéutica jurídica su justificación para encontrar el sentido, contenido y significado de las normas que regulan la relevancia jurídica del control a las cláusulas abusivas en los contratos de consumo y adhesión en la legislación civil peruana; y de esa forma permitió comprender los problemas que genera su regulación actual.

2.3. Bases teóricas

2.3.1. La cláusula abusiva

En doctrina civil se usan diversas locuciones: "cláusulas vejatorias; "onerosas; subrepticias; "excesivas"; entre otras. Además, las definiciones desarrolladas sobre la cláusula abusiva pueden ser de naturaleza legal, jurisprudencial o doctrinaria.

Según Francesco Messineo "las cláusulas abusivas están dirigidas a "mantener a la contraparte en condiciones de inferioridad jurídica o, peor, a agravar esta situación" (2007, p. 401). Manuel De la Puente las define como "aquellas cláusulas generales de contratación que alteran, en ventaja del predisponente, el equilibrio entre los derechos y obligaciones contractuales de las partes" (2007, p. 784).

Para Ernesto Rengifo, reconoce que la definición de cláusulas abusivas en el ámbito de control de las mismas, establece lo siguiente:

El concepto de cláusula contractual abusiva tiene, prima facie, su ámbito propio en relación con consumidores y puede darse siempre que no haya existido negociación individual, es decir, tanto en condiciones generales como en cláusulas predispuestas para un contrato particular al que el consumidor se limita a adherirse (Rengifo, 2004, p. 197).

Por su parte, Sergio Muñoz sostiene:

(...) son abusivas las cláusulas que, incluidas por regla general en un contrato de contenido predispuesto, establecen, sin explicación seria, proporción ni razonabilidad, ventajas o prerrogativas excesivas para el predisponente, o cargas, obligaciones o gravámenes injustificados para el adherente, en detrimento del principio de celebración y ejecución de buena fe contractual y del normal y razonable equilibrio contractual (Muñoz, 2010, p. 234).

Mientras que, para Rubén Stiglitz, la cláusula abusiva será:

(...) aquella cuyo contenido o elementos esenciales queden al arbitrio del predisponente o las establecidas en su beneficio exclusivo y en perjuicio del adherente, que comprometan el principio de la mayor reciprocidad de intereses que contengan la renuncia por el consumidor, sin fundamentos declarados que lo justifiquen (Stiglitz, 1998, p. 27).

De lo expuesto en los diversos conceptos, se puede concluir que esto

implica empeorar la situación del adherente en relación con el sistema jurídico contractual , el predisponente obtiene una ventaja excesiva e indiscriminada .En este sentido, una perspectiva teórica apropiada para el estudio de esta figura debe discurrir sobre aquellas que fuera del ámbito de las cláusulas generales de contratación resultarían válidas y eficaces.

2.3.1.1. Características de las cláusulas abusivas

Stiglitz ha identificado dos clases de concepciones en el tratamiento de las cláusulas abusivas, una amplia, según la cual estas cláusulas pueden darse tanto en los contratos de libre discusión como en los de adhesión; y otra restringida, que limita su presencia a los contratos de adhesión. En consecuencia, la caracterización que se haga de las cláusulas abusivas depende del tipo de definición que tenga cada país en su legislación interna. Así mismo, para Stiglitz, por ejemplo, las cláusulas abusivas únicamente se presentan en contratos con consumidores, pero dentro de estos contratos hay que distinguir si son de adhesión o son de libre discusión de cláusulas. Sostiene que dependiendo de lo uno o de lo otro, estaremos dentro de una tesis amplia o restringida de la aplicación de las mismas (1998, pp. pp. 38-40).

Donde, la tesis “amplia” exige para que una cláusula sea considerada como abusiva y que genere un desequilibrio significativo entre los derechos del consumidor y las obligaciones y las cargas del profesional derivadas del contrato en perjuicio del primero sin importar si la misma se dio como fruto de un proceso de negociación o como una simple adhesión. A su vez, la tesis

“restrictiva” exige que para que una cláusula sea considerada abusiva: a) que no haya sido negociada individualmente; b) que la cláusula objetada le haya sido presentada al consumidor ya redactada; c) que el consumidor no haya podido participar (o influir) en su contenido (Ibid.).

2.3.1.2. Alcances

De acuerdo, a Silva-Ruiz (2001), considera que los principios de buena fe y equilibrio del justo servicio son atacados por cláusulas abusivas , según este , además de las características mencionadas anteriormente , dependiendo del tipo de legislación requerida , puede ser necesario que se incluyan en un contrato de acuerdo (ya que el mero hecho de que se discutan los términos del contrato eliminaría cualquier apariencia de abuso) o haber sido firmado con un consumidor (ya que el mero hecho de que el contratante fuera consumidor eliminaría cualquier apariencia de abuso) .

Así mismo, el ámbito máximo de aplicación del control a las cláusulas abusivas no está absolutamente definido, pero hay certeza en cuanto al ámbito mínimo, es decir, la doctrina acepta de manera prácticamente unánime, que cuando nos encontremos frente a un contrato de adhesión con consumidores, procederá el control de las mismas. Por lo que, la forma en que el Estado ejerce tal control puede ser de tipo administrativo, legislativo o judicial. El control legislativo es por naturaleza previo; el judicial es posterior, y el administrativo puede ser previo o posterior (Ibid.).

En tal sentido, en caso de que el control a las cláusulas abusivas lo haga un juez, la sanción más generalizada en el ámbito internacional parece ser la nulidad (sin distinguir si la misma es absoluta o relativa), pero con el carácter de parcial. Lo que significa con ello es que el hecho de que una cláusula sea declarada nula no afecta el contenido del resto del contrato y al juez se le encarga la misión de integrar el resto del contenido contractual prescindiendo de dicha cláusula.

2.3.2. El contrato de consumo

Se considera uno de los aspectos básicos del derecho privado comisionado de regular las relaciones jurídicas entre particulares -físicos o jurídicos-. Necesariamente, una de las características que diferencia al ser humano del resto de animales es su capacidad de razonamiento y naturaleza social, es decir, relacionarse socialmente con acciones complejas que van más allá de puros actos instintivos, irreflexivos, confiriendo para ello de leyes y contratos que regulen tales relaciones.

El contrato de consumo es una categoría general de contratos (Mosset, 2006, p. 121) o un grupo de contratos que guardan una particularidad en relación al contrato en general. Su nota característica es que interviene como parte un consumidor, quien se encuentra en una situación de asimetría frente al proveedor, lo cual genera un régimen especial de protección. A diferencia del derecho civil que está estructurado bajo el principio de igualdad entre las partes, salvo claro está algunos casos de favor debitoris (...el

principio de igualdad entre las partes es propio del derecho civil y se inspira en el Código Civil de Napoleón de 1804), el derecho de consumo parte de una situación de asimetría o de desequilibrio entre el consumidor y el proveedor. La situación de desequilibrio puede obedecer a una asimetría informativa, contractual o de cualquier otro tipo relevante para la relación de consumo, conforme lo establece el principio de corrección de asimetría a que se refiere el inciso 4 del artículo V del Título Preliminar del Código de Protección y Defensa del Consumidor (Villota, 2015, p. 1).

Por su parte Herrera (2012, p. 42) define el contrato de consumo:

(...) es aquel vínculo jurídico especialmente protegido entre un vendedor, suministrante (o su equivalente) o prestador de servicios intelectuales o materiales, y un consumidor, en virtud del cual el primero se obliga a entregarle un producto, transferirle un bien o prestarle un servicio, a este último, para su consumo, a cambio de una remuneración o precio, en condiciones de calidad, idoneidad y seguridad.

Esta imposición unilateral del contenido del contrato, sin duda violenta profundamente los principios de la contratación tradicional, como la libertad contractual, solicitando una reacción inmediata del legislador; éste debe asegurar que las partes en esta clase de contratos puedan seguir ocupándose de lo que les interesa, esto es, la satisfacción ulterior de una necesidad, aquí más fácil de apreciar. Esta reacción se manifiesta en que el legislador regula

los contenidos esenciales del contrato por medio de normas de orden público, imperativas e indisponibles para las partes; regulando los requisitos de forma que deben observarse según lo exige la ley (Vidal, 2000).

Obsérvese que los siguientes son los rasgos característicos de esta clase de contratos:

(i) La contratación de consumo no puede calificarse como un tipo contractual diferente de los contratos civiles o comerciales, pues realmente es una aplicación de los contratos de compraventa, suministro, arrendamientos de servicios o de obra. Empero, constituye una modalidad de contratación que tiene características propias, pues se busca la protección del consumidor (Vega, 2001, p. 632).

(ii) Una de las partes de la relación negocial debe ser un consumidor, bajo el entendido de que adquiere el producto, no para utilizarlo como parte del proceso productivo, sino como destinatario final.

(iii) El vendedor (productor, proveedor, distribuidor, concesionario, franquiciado, agente o importador) o arrendatario de servicios (intelectuales o materiales) es la otra parte del vínculo negocial, y es el encargado de entregarle el bien o prestarle el servicio al consumidor.

(iv) El contrato recae sobre bienes o servicios estandarizados que deben satisfacer unas determinadas condiciones materiales o un estándar mínimo de calidad, que permitan colmar la expectativa negocial del consumidor, so pena de que entre a operar una garantía a cargo del vendedor

o arrendatario de servicios (Paterson; p.631).

(v) La masividad de las relaciones es un eje de este tipo de vinculaciones, pues su vocación es permitir la celebración de un sinnúmero de contratos con una variedad de consumidores, de suerte que todos ellos se sujeten a las mismas condiciones.

De acuerdo a Guido Alpa (1998, pp. 31 y ss), el contrato de consumo se distingue del contrato en general por tres motivos:

- i) por las partes, porque intervienen un consumidor y un proveedor;
- ii) por su objeto, porque está destinado a la adquisición de productos y servicios a cambio de una contraprestación económica (carácter oneroso); y iii) por su régimen jurídico de protección al consumidor por la situación de asimetría en la que se encuentra éste (...). Para que se configure un contrato de consumo no basta que intervengan solamente un consumidor o un proveedor, sino que se requiere necesariamente que intervengan ambas partes, porque puede suceder que una persona sea calificada como consumidor pero la otra parte no sea considerada como proveedor, sea porque no actúa en un ámbito empresarial o profesional o porque no se dedica en forma habitual a este tipo de actividades; o viceversa puede suceder que una persona sea calificada como proveedor pero la otra parte no pueda ser considerada como consumidor porque adquiere productos o servicios para una finalidad profesional o empresarial y no como destinatario final.

Mientras que el contrato de consumo, se diferencia del contrato civil o comercial por la calidad de las partes vinculadas, derivándose de allí una serie de prerrogativas y de consecuencias a favor del consumidor, las cuales son extrañas en otros ámbitos del derecho (Vega, 2001; p.631). Asimismo, en esta singularidad de contratación, son insólitos los acuerdos negociados entre las partes, pues la regla general es que utilizan condiciones generales de contratación para permitir la rápida y masiva realización de operaciones de comercio, lo que no es común en materia civil y comercial.

2.3.2.1. Características del contrato de consumo

Son características de esta modalidad de contratación según Herrera (2012), las siguientes:

a) **Vínculo no paritario:** Clásicamente se consideró que en los contratos de consumo resultaba indispensable proteger al consumidor, ya que se encontraba en una situación de debilidad económica y jurídica frente al productor, correspondiendo al derecho intervenir para restablecer el equilibrio y evitar abusos de la posición contractual dominante, más aún bajo la consideración de que la celebración del contrato está condicionada a la aceptación de las condiciones generales de contratación dispuestas por aquél (Farina, 1999, p.258).

Pero, sin embargo, la realidad demuestra que, a pesar de la regla general de que el consumidor es el componente más vulnerable de la relación, no

siempre es así, en cambio, a pesar de la necesidad de que las relaciones de consumo tengan medidas de protección antinaturales , es posible que los consumidores se encuentren en posiciones ventajosas o superiores a los proveedores.

b) De autonomía de la voluntad reducida: En el contrato de consumo el adquirente del bien o servicio tiene una autonomía de la voluntad reducida, pues la misma se reduce a la posibilidad de aceptar o rechazar la celebración del contrato, esto es, a la libertad de contratación (Messineo, 1952, p.441), con una excepcional posibilidad de negociación de los elementos esenciales del contrato (las características propias del negocio que se celebra), por lo que no puede hablarse de una verdadera libertad de fijación del contenido negocial o libertad contractual.

c) De buena fe estricta: En estos contratos tiene especial peso el principio de la buena fe, pues éste tiene una amplia injerencia en todas las fases del iter contractual, básicamente por que el consumidor confía en el profesionalismo de su proveedor y tiene que basarse en esa creencia para poder actuar en el mercado. Más aún, si se tiene en cuenta que debe sujetarse a condiciones generales de contratación las cuales le resultan imperativas sin posibilidad de negociación, por lo que no puede verse asaltado en la convicción que tiene de que sus derechos no serán objeto de burla.

Al respecto, Estigarribia Bierer (2008, p. 229), refiriéndose al contrato de consumo, insiste en que “...En ellos resulta con mayor rigor

la conducta de Buena Fe por parte del productor de bienes o prestador de servicio, atento la disparidad de fuerzas en la negociación habida entre los intervinientes...”.

d) Neoformalista: Si bien el principio general en materia del consumo, es la naturaleza consensual del contrato, en el sentido de que es suficiente el acuerdo de voluntades sobre el producto y el precio para que el contrato nazca a la vida jurídica y obligue a los sujetos que en él intervienen, lo cierto es que contemporáneamente ha tomado nuevamente fuerza la idea de la formalidad como mecanismo para proteger los derechos de los consumidores (Alterini, 1999; p. 21) y por ello se habla del Neoformalismo.

e) De adhesión: Los contratos de consumo, por su propia naturaleza, están pensados para estructurarse a través de formularios predispuestos, que constituyen “...la plantilla sobre la cual serán celebrados los contratos futuros...”. “...Por lo común el fabricante, o el intermediario, predisponen el contenido del contrato y suministran una plantilla tipo a través de formularios que incluyen condiciones generales, o las implican; de notas de pedido preimpresas que el cliente se limita a llenar; etcétera...” (Alterini, 1999; p. 127).

f) Oneroso, conmutativo, principal, de ejecución instantánea o tracto sucesivo: El contrato de consumo es oneroso porque tanto el proveedor como el consumidor gravan su patrimonio en virtud del vínculo obligacional. El primero, con el bien o servicio que debe poner a disposición del segundo, y éste con el pago de una remuneración.

Empero, nada obsta para que el vínculo sea gratuito, como cuando el producto es entregado por el proveedor sin contraprestación alguna a su favor, caso en el cual siguen siendo aplicables las reglas que amparan al consumidor.

2.3.3. El contrato de adhesión

De acuerdo, a la doctrina nacional, considera que con el paso de la producción manual a la industrial, computarizada, masiva se pasa del contrato individual a la contratación en serie o masiva, donde la estandarización de los bienes y servicios conlleva la estandarización de los contratos respectivos. Así:

Lo que se produce masivamente, en serie, no puede ser comercializado mediante contratos individuales, precedidos de tratativas sobre cada una de las estipulaciones que forman su contenido, sino a través de contratos celebrados masivamente, en serie, mediante la utilización de formularios con contenido uniforme predispuesto unilateralmente por el empresario y dirigidos a los consumidores o usuarios, quienes se encuentran en la alternativa de adherirse o no contratar (contratos por adhesión); o mediante cláusulas generales de contratación, redactadas previa y unilateralmente por el empresario con el objeto de fijar el contenido de una serie de contratos futuros con elementos propios de ellos (Torres, 2012, p. 343)

De ahí que se afirme según Coca (2020) que el fenómeno de la estandarización implica los posteriores fenómenos de la predisposición unilateral y de la adhesión. Los contratos en la economía de mercado contemporánea están predeterminados unilateralmente. Esto significa que el texto del contrato lo crea la empresa interesada, que luego le presenta al cliente un contrato totalmente predeterminado e irrevocable, en lugar de surgir de una conversación entre la empresa y el cliente en la que este último podría opinar y dar forma al acuerdo en función de sus intereses.

Por esto “los contratos de la economía moderna de masa son contratos «por adhesión»: el cliente se «adhiere» al contrato estándar, vale decir, lo acepta sin discutirlo o sin llegar a gravitar; con su voluntad, sobre su contenido” (Roppo, 2009, p. 63).

Así también, el contrato de adhesión es definido como aquel “en que las condiciones del mismo son prerredactadas unilateralmente por una de las partes, de tal manera que la otra solo puede aceptarlas en bloque o rechazarlas” (La Puente y Lavalle, 1983, p. 287).

Se le dice adhesión, porque una parte se adhiere o incorpora a lo establecido por la otra, la cual simplemente tiene la opción de aceptar o rechazar la oferta. Es pues lo caracterizante de este tipo de contratos la indiscutibilidad de los términos del contrato que una parte ha prerredactado en su totalidad, y que la otra no tiene la menor posibilidad de establecer modificación (Mazeaud y Mazeaud, 1976, p. 401).

En ese sentido, la justificación de los contratos por adhesión estribaría en reducir el tiempo y el dinero (costos de transacción) en la celebración de contratos que guarden características comunes dejando finalmente a una de ellas la posibilidad de aceptar o no celebrarlo. Además, en estos contratos existe una clara cortapisa a la libertad contractual, situación que claramente distingue al contrato de adhesión de los demás contratos.

Se llama así -con una terminología tomada de la doctrina y jurisprudencia francesas: *contrat d'adhésion*- (Messineo, 2010), el contrato en el que las cláusulas son previamente determinadas y propuestas por uno solo de los contratantes, de modo que el otro no tiene el poder de introducirle modificaciones y si no quiere aceptarlas debe renunciar a estipular el contrato: lo que introduce una limitación a la libertad contractual y se resuelve en una imposición del contenido contractual ("o tomar, o dejar").

La falta de negociación, discusión y participación en la determinación de los términos del contrato, que exige la adhesión, coloca al contratante discapacitado en una posición de desventaja económica y psicológica, lo que hace que el contrato de adhesión entre en conflicto con el paritario (paritético) contrato (que es lo que exige la regla), que da a cada parte la opción de participar o retirarse del acuerdo (ibid).

En tal sentido, el paso hacia una economía y producción masificada, implicó a nivel jurídico que:

Los abogados concurrieron entonces a apoyar a los empresarios para

idear nuevas formas de contratación que significaran una racionalización y reducción de los costos; una previsión de los riesgos; una interpretación igual y un trato similar a todo cliente, una menor inversión de horas-hombre en las ventas, etc. El contrato de los códigos debía ser reemplazado por el contrato prerredactado por las empresas, aún a costa de la preciada libertad contractual de una de las partes. En ese momento, quedó establecida la masificación del contrato (Vega, 2001 p. 532).

Justamente, por las razones expuestas y por el hecho de que la simple adhesión a un contrato pareciese ir en contra de las características propias de la contratación tal como se había concebido inicialmente, puesto que al adherente no le queda más que aceptar o no el contenido total del contrato, algunos estudiosos del derecho, primero le negaron la categoría de “contrato” al “contrato de adhesión” y aseveraron que la teoría misma se hallaba en crisis. Como sostiene Vega Mere:

Para muchos hombres de derecho, especialmente los más sensibles –pero también apegados a las nociones tradicionales– la contratación estandarizada suponía un grave atentado al dogma de la autonomía de la voluntad. Si el contrato era producto de la decisión de contratar, de la capacidad de autodeterminación, la simple adhesión a un estatuto elaborado por la empresa hacía añicos el fundamento último de la contratación. No faltó quien señalara (como hasta hoy) que el contrato había entrado en crisis, que la masificación de las relaciones

económicas había echado por los suelos la igualdad y el trato paritario que se presumía en las partes al celebrar un negocio jurídico, la libertad para darse preceptos privados de comportamiento, de autorregulación de intereses (Vega, 2001, pp. 532-533).

En ese sentido, podríamos indicar que los contratos de adhesión no deben contener cláusulas que:

- a. Establezcan incrementos de precio del bien o servicio por accesorios, financiamiento o recargos no previstos, salvo que dichos incrementos correspondan a prestaciones adicionales susceptibles de ser aceptadas o rechazadas en cada caso y estén consignadas por separado en forma específica.
- b. Hagan responsable al consumidor o usuario por los efectos de las deficiencias, omisiones o errores del bien o servicio cuando no le sean imputables.
- c. Incluyan espacios en blanco que no hayan sido llenados o inutilizados antes que se suscriba el contrato.
- d. Contengan limitaciones de responsabilidad ante el consumidor o usuario, que puedan privar a éste de su derecho o resarcimiento por deficiencias que afecten la utilidad o finalidad esenciales del bien o servicio, entre otros.

El término "contrato de adhesión " se refiere a una situación económica con monopolio legal o práctico en la que el proveedor del bien o servicio (objeto del contrato) impone sus términos contractuales al cliente .Debido a que el consumidor siempre encontraría un productor dispuesto a brindarle condiciones más favorables que sus competidores y aceptar su consentimiento en la determinación de las cláusulas contractuales , sería imposible o imposible celebrar un contrato de adhesión en un entorno competitivo .El presupuesto del "monopolio" explica cómo el contrato de adhesión crece al mismo tiempo que surgen esas formas únicas de monopolio que son las alianzas empresariales , que, como se ha dicho , han sustituido a la lucha por la cuota de mercado. Por eso se suele contraponer, en esta materia, el contratante económicamente fuerte (productor) al contratante económicamente débil (consumidor).

2.3.3.1. Características del contrato de adhesión

Partiendo de la explicación que nos da Stiglitz (1985, pp. 55 y ss.) el contrato de adhesión tiene algunas características que lo distinguen, a saber:

a) El contrato de adhesión tiene dos partes suscribientes: una parte fuerte e imponente llamado predisponente, y la otra parte que constituye la débil y sin poder de decisión, que es el adherente, en donde éste último no tiene la posibilidad de discutir las condiciones contractuales, sino que presionado por su necesidad se ve obligado a aceptar las condiciones del producto o a no aceptarlas, so pena de quedarse sin la posibilidad de conseguir el bien o el servicio para su uso o disfrute, constituyendo esta su primera y principal

característica.

b) Otra de las características de este tipo de contratos es el carácter expansivo, es decir que se libra como efecto de una masificación del consumo, en donde el adherente (consumidor) se halla en un estado de compulsión, del cual no puede librarse fácilmente pues necesita consumir para suplir sus necesidades humanas. Esta característica obedece al efecto cultural del posmodernismo de la sociedad de la información o sociedad del consumo.

c) También se caracteriza por el efecto compulsivo que influye en la conducta del consumidor o adherente, es decir que por efecto de la masificación del consumo por la propaganda comercial o promoción del producto, el individuo busca compulsivamente suplir la necesidad, situación psicológica que lo inhibe de tomar una decisión reflexiva sobre aceptar o no la oferta, que a veces puede acompañarse de una estrategia promocional maquillada;

d) El contrato de adhesión no es deliberante, es decir las partes no lo discuten, sino que el oferente o predisponente genera las condiciones generales del contrato, y la otra parte, adherente por naturaleza, lo acepta, pues no tiene la oportunidad de discutirlo, situación que permite al oferente (empresario o proveedor) imponer sus intereses en desmedro de la otra parte (consumidor);

e) El contrato de adhesión contenido en las cláusulas generales insertas es

un contrato rígido, es decir que sus condiciones no varían en cada caso, sino que obedecen a un sistema masificado de ofertas estandarizadas y de similar contenido. En este tipo de contratos no cuenta el usuario, pues está dirigido para todo el público.

2.3.4. Controles a las cláusulas abusivas

Es importante señalar que la necesidad de evitar el uso indiscriminado de cláusulas o términos que por su propia naturaleza tienen carácter general ha justificado el enorme desarrollo e interés en la implementación de mecanismos de protección al consumidor frente a las cláusulas abusivas en los distintos ordenamientos jurídicos. De todos que sostengamos que es especialmente la necesidad de prevención de la existencia de cláusulas abusivas o de contrarrestar las ya existentes, la razón que se consolida como presupuesto de los sistemas, concretamente en los contratos de consumo celebrados por adhesión o con arreglo a las cláusulas generales de contratación.

Por ello:

Los sistemas de control son aquellos mecanismos con relevancia jurídica que de manera preventiva o en forma posterior, pública o privada, y en forma complementaria y coordinada, buscan evitar la existencia de excesos que pudieran generarse por la eventual presencia de cláusulas abusivas, o a contrarrestar aquellos abusos de haberse ya producido, con el único fin de mantener en pie o, en su

caso, de restablecer el equilibrio contractual entre los derechos y obligaciones de las partes (Rodríguez, 2012, p. 253).

Bajo esa premisa, Galdos, refiere que;

(...) el control contra las cláusulas abusivas puede darse en dos momentos, de manera previa, cuando se vigila que el futuro contenido de los contratos de consumo a celebrarse por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación, antes de entrar en el tráfico mercantil, no contengan cláusulas abusivas, y de manera posterior; cuando una vez celebrado el contrato y al haberse corroborado la existencia de cláusulas abusivas, se busca como objetivo dejarlas sin efecto y restablecer el desequilibrio que hayan generado (Galdos, 2002, p. 141).

Por su parte Echeverri, refiriéndose a los controles a las cláusulas abusivas en los contratos de consumo y adhesión, considera que:

El primer control que se puede dar a las cláusulas abusivas es inter partes, es decir, a través propiamente de la autonomía de la voluntad cuando cada una de las partes al ser “la mejor guardiana de sus propios intereses” no acepta la inclusión de una o de varias cláusulas dentro del contrato. Pero como ello no siempre es posible, puesto que en buena parte de los contratos de adhesión el consumidor está interesado en el producto y/o servicio y se encuentra frente a la disyuntiva de aceptar el total del clausulado como se le presenta

predispuesto, o renunciar al bien o servicio que quiere o necesita, se hace indispensable el control “desde afuera” por parte del Estado.

Dicho control puede ser de tipo administrativo, legislativo o judicial, y se puede realizar de manera previa o posterior. El control administrativo se realiza de forma previa cuando a las entidades gubernamentales de cada país, se les confiere autoridad para vigilar determinadas actividades que se consideran de utilidad pública o de gran trascendencia dentro del mercado, como lo son las actividades bursátil, aseguradora, financiera o la de servicios públicos domiciliarios. En esos casos, los contratos que se han de presentar al público de manera predeterminada deben ser previamente aceptados por las mismas. Aquí, se establece de manera previa qué cláusulas no deben siquiera ser pactadas. El control administrativo también se puede presentar como “posterior”, cuando las entidades gubernamentales tienen facultades sancionatorias con respecto a aquellos contratantes que predispongan cláusulas abusivas (Echeverri, 2011, p. 137).

2.3. Definición de términos

- **Cláusulas abusivas.** - Cláusula abusiva es la que, en contra de las exigencias de la buena fe, causa en detrimento del consumidor o del adherente un desequilibrio importante e injustificado de las obligaciones contractuales, y que puede tener o no el carácter de condición general puesto que también puede darse en contratos particulares cuando no existe

negociación individual de sus cláusulas, esto es, en contratos de adhesión particulares. El concepto de cláusula contractual abusiva tiene, prima facie, su ámbito propio en relación con consumidores y puede darse siempre que no haya existido negociación individual, es decir, tanto en condiciones generales como en cláusulas predispuestas para un contrato particular al que el consumidor se limita a adherirse (Rengifo, 2004, p. 197).

- **El contrato de consumo.-** El contrato de consumo debe concebirse, al igual que cualquier contrato (comercial o civil), como un medio para la organización y regulación de intereses entre particulares para conseguir ulteriormente su satisfacción. La diferencia se observa en que el apoyo a la voluntad de las partes no viene dado por la norma supletoria de la voluntad, por definición disponible, sino que está establecido a priori de modo imperativo e irrenunciable. La finalidad que persigue la ley es dar al consumidor la seguridad suficiente que le permita seguir preocupado de su verdadero interés contractual: el consumo de bienes y servicios para satisfacer sus necesidades, cualquiera que sea su naturaleza (Vidal, 2000, p. 230).
- **Consumidor.-** Por consumidores son considerados las personas naturales o jurídicas que adquieren, utilizan, o disfrutan como destinatarios finales productos y servicios, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, actuando así en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional (numeral 1.1. Inc. 1, Art. IV del Código). La definición del Código contiene las dos concepciones de consumidor: por un lado consumidor como destinatario final de productos y servicios, es decir, aquella persona

que adquiere un producto o servicio para un fin personal, familiar o social; y por otro lado consumidor como aquella persona que adquiere productos y servicios en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. Generalmente ambas concepciones coinciden, porque la adquisición como destinatario final suele darse en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional; pero esa coincidencia no necesariamente se da en todos los casos.

- **Contrato de adhesión.-** Es definido como aquel “en que las condiciones del mismo son prerredactadas unilateralmente por una de las partes, de tal manera que la otra solo puede aceptarlas en bloque o rechazarlas” (La Puente y Lavalle, 1983, p. 287). Se le dice adhesión, porque una parte se adhiere o incorpora a lo establecido por la otra, la cual simplemente tiene la opción de aceptar o rechazar la oferta. Es pues lo caracterizante de este tipo de contratos la indiscutibilidad de los términos del contrato que una parte ha prerredactado en su totalidad, y que la otra no tiene la menor posibilidad de establecer modificación (Mazeaud y Mazeaud, 1976, p. 401).
- **Los sistemas o mecanismos de control.-** Son aquellos mecanismos con relevancia jurídica que de manera preventiva o en forma posterior, pública o privada, y en forma complementaria y coordinada, buscan evitar la existencia de excesos que pudieran generarse por la eventual presencia de cláusulas abusivas, o a contrarrestar aquellos abusos de haberse ya producido, con el único fin de mantener en pie o, en su caso, de restablecer el equilibrio contractual entre los derechos y obligaciones de las partes

(Rodríguez, 2012, p. 253).

- **Tutela del consumidor.** Esta referido a los mecanismos de control de las cláusulas abusivas. Dicho control puede ser de tipo administrativo, legislativo o judicial, y se puede realizar de manera previa o posterior. (Echeverri, 2011, p. 137).

2.4. Hipótesis

Es cierto que la mayor parte de contratos de consumo son celebrados por adhesión y que allí se requiere una mayor intensidad de protección al consumidor, por ello existe una influencia positiva y directa de los mecanismos de control como tutela del consumidor contra las cláusulas abusivas a fin de evitar el daño a los consumidores, por desequilibrar los derechos y obligaciones del consumidor, limitando, reduciendo o excluyendo sus derechos, o aumentando su obligaciones y cargas contractuales en contravención a la buena fe y el equilibrio contractual.

2.5. Categorías

Categoría 1: Mecanismos de control como tutela del consumidor

Subcategorías: - Interpartes

- Sistemas de control

- Tipos de control

- Fundamentos

Categoría 2: Cláusulas abusivas en los contratos de consumo y adhesión

Subcategorías: - Regulación normativa, Fundamentos, Alcances y limitaciones, Elementos, Naturaleza jurídica.

Capítulo III

METODOLOGÍA

3.1. Tipo y diseño de investigación

3.1.1. Tipo de investigación

Se desarrolló una investigación básica o teórica el cual “hace referencia a las construcciones teóricas del Derecho” (Rodríguez, 2014, p. 9), cuya finalidad es lograr la mejor comprensión del fenómeno jurídico. Este tipo de investigación se centra principalmente en el avance del conocimiento en lugar de en resolver problemas específicos (Witker, 2008). En ese sentido, la investigación partió de un marco teórico para poder explicar los mecanismos de control como tutela del consumidor contra las cláusulas abusivas en los contratos de consumo y adhesión en la legislación civil peruana.

3.1.2. Diseño de investigación

a. Tipo de diseño: Se empleó un diseño **No Experimental**; debido a que la investigación se realizó “sin manipular deliberadamente variables y en los que solo se observan los fenómenos en su ambiente natural para después analizarlos” (Hernández, et al, 2010, p. 149); en consecuencia, en este diseño el investigador no modifica ni altera el objeto de investigación, sino sólo la estudia después de su ocurrencia del problema planteado.

b. Diseño General: Se desarrolló un **diseño transversal**. “Son investigaciones que estudian los fenómenos en un momento de tiempo. En estos estudios los datos son recolectados en un solo momento” (Noguera,

2014, p. 55). Este diseño permitió observar y analizar las categorías sobre la influencia de los mecanismos de control como tutela del consumidor contra las cláusulas abusivas en los contratos de consumo y adhesión en la legislación civil peruana.

c. Diseño específico: Se empleó el **diseño explicativo**, porque “... trata de explicar las causas y factores de un problema ... se utiliza cuando se quiere determinar el grado de influencia de una variable independiente sobre la variable dependiente...” (Ñaupas, Valdivia, Palacios y Romero, , p. 367), en ese sentido, la investigación busco determinar la influencia y relevancia jurídica del control a las cláusulas abusivas en los contratos de consumo y adhesión en la legislación civil peruana.

3.2. Plan de recolección de la información y/o diseño estadístico

Por la naturaleza de la investigación, no se definió la Población y Muestra, por ello el plan de recolección de la información estuvo conformado por tres aspectos: Delimitación de la unidad de análisis, registro de los datos y el procesamiento y análisis de la información, cuyos criterios fueron:

a. Delimitación de la unidad de análisis:

Estuvo constituida por los elementos documentales (fuentes formales), de donde se obtuvo la información, siendo las siguientes:

- Normatividad,
- Dogmática (doctrina),
- Jurisprudencia.

b. Para el registro de los datos se deberán tener los siguientes criterios:

- Identificación del lugar donde se buscará la información.
- Identificación y registro de las fuentes de información.
- Recojo de información en función a los objetivos y las categorías.
- Análisis y evaluación de la información.
- Sistematización de la información

c. Para el procesamiento y análisis de la información se empleó la técnica de análisis cualitativo (Aranzamendi, 2011), cuyos aspectos a considerar serán:

- No admisión de valoraciones cuantitativas
- La descomposición de la información en sus partes o elementos,
- Describir y explicar las características esenciales del hecho o fenómeno.
- Uso de la hermenéutica jurídica en el proceso interpretativo.

3.3. Instrumento(s) de recolección de la información

a. Técnica documental o Fichaje

Esta técnica se empleó para el registro y recojo de información de la fuentes bibliográficas, hemerográficas y virtuales, utilizándose como instrumentos para recopilar información la Fichas: textuales, resumen y comentario.

b. Técnica de análisis de contenido

Permitió es estudio documental, como es el caso de la jurisprudencia, por lo tanto, para recoger los criterios jurisprudenciales, fundamentos se empelo la ficha de análisis de contenido.

3.4. Plan de procesamiento y análisis estadístico de la información

Para el procesamiento y análisis de la información de la investigación se empleó la técnica del análisis cualitativo, “que se funda en la apreciación e interpretación del investigador” (Romero, Palacios y Ñaupas, 2016, p.358) y caracterizado porque “la investigación jurídica dogmática no admite las valoraciones cuantitativas, numéricas, empíricas” (Sánchez, 2016, p. 104). Este enfoque recoge recopila, analiza y comprende información explicativa, causal, argumentativa. Es uno de los enfoques más usados en las ciencias sociales y del Derecho es una de ellas. Se elegio este enfoque toda vez que permitió explicar, analizar los fundamentos para determinar la influencia y relevancia jurídica del control sobre las cláusulas abusivas en los contratos de consumo y adhesión en la legislación civil peruana.

También, se empleó el método de la argumentación jurídica, que partió por reconocer al Derecho ciencia argumentativa e interpretativa (Atienza, 2006); “la misma que permite la construcción coherente y lógica de sus postulados” (Sánchez, 2016, p. 112), en ese sentido se utilizó la estructura argumental para justificar los enunciados jurídicos y el razonamiento lógico para determinar la coherencia y validez de los mismos.

Capítulo IV

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

4.1. Presentación de resultados

4.1.1. Regulación de las cláusulas abusiva en el derecho nacional

La regulación de esta institución dentro del sistema civil nacional, la encontramos en el artículo 1398 de nuestro Código Civil de 1984, el cual se inspiró -aunque guardando diferencias notables en el artículo 1341 de su par italiano, siendo su la siguiente se regulación:

Artículo 1398 del Código Civil Peruano.- Invalidez de las estipulaciones En los contratos celebrados por adhesión y en las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, no son válidas las estipulaciones que establezcan, en favor de quien las ha redactado, exoneraciones o limitaciones de responsabilidad; facultades de suspender la ejecución del contrato, de rescindirlo o de resolverlo, y de prohibir a la otra parte el derecho de oponer excepciones o de prorrogar o renovar tácitamente el contrato.

Artículo 1341 del Código Civil Italiano.- Condiciones generales de contratación Las condiciones generales de contratación predispuestas por uno de los contratantes son eficaces frente al otro, si al momento de la celebración del contrato el segundo las conoció o habría debido conocerlas empleando la diligencia ordinaria. En

ningún caso tienen efecto, si no han sido específicamente aprobadas por escrito, las condiciones que establecen, a favor de quien las ha predispuesto, limitaciones de responsabilidad, facultades para desistir (recedere) el contrato o para suspender su ejecución, o bien que establezcan a cargo del otro contratante, caducidades, limitaciones a la facultad de oponer excepciones, restricciones a la libertad contractual en las relaciones con terceros, prórroga tácita o renovación del contrato, cláusulas compromisorias o derogaciones de la competencia de la autoridad judicial.

En el ámbito especial de Protección al Consumidor, encontramos su regulación en los literales "e" y "e" del artículo 134 del Texto Único Ordenado de Protección al Consumidor⁵, así como en la Sexta Disposición⁶ de su Anexo. Las cláusulas abusivas del régimen del Código Civil tienen como ámbito de aplicación los contratos de adhesión y las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente. En cambio, en el ámbito de Protección al Consumidor las cláusulas abusivas presentan un régimen general aplicable a los contratos entre consumidores y proveedores, y un régimen especial para dos cláusulas específicas⁷ reguladas en la Sexta Disposición del Anexo del TUO de la Ley de Protección al Consumidor, aplicable a las cláusulas generales de contratación y contratos de adhesión, entre consumidores y proveedores (Calderón, Valdez y Obando, 2010).

Respecto de los efectos propios y criterios de determinación (Calderón, Valdez y Obando, 2010), expresan que en el estudiado artículo 1398 de

nuestro Código Civil se señala que "no son válidas" las cláusulas abusivas que registra, aplicable en concordancia con el artículo 219, inciso 7.

Artículo 219.- Causales de nulidad

El acto jurídico es nulo:

1. Cuando falta la manifestación de voluntad del agente.
2. Derogado.
3. Cuando su objeto es física o jurídicamente imposible o cuando sea indeterminable.
4. Cuando su fin sea ilícito.
5. Cuando adolezca de simulación absoluta.
6. Cuando no revista la forma prescrita bajo sanción de nulidad.
- 7. Cuando la ley lo declara nulo.**
8. En el caso del artículo V del Título Preliminar, salvo que la ley establezca sanción diversa.

De este modo, se trata de un caso de nulidad expresa, pues es la misma ley la que otorga esta condición. A partir de lo dispuesto en el artículo 224 del mismo cuerpo normativo, se trataría de una nulidad parcial afectando sólo a las cláusulas abusivas, quedando indemne y plenamente eficaz el resto del contrato. En sustitución de las cláusulas abusivas, se aplicará la disciplina

supletoria de la ley.

Artículo 224.- Nulidad parcial

La nulidad de una o más de las disposiciones de un acto jurídico no perjudica a las otras, siempre que sean separables.

La nulidad de disposiciones singulares no importa la nulidad del acto cuando éstas sean sustituidas por normas imperativas.

La nulidad de la obligación principal conlleva la de las obligaciones accesorias, pero la nulidad de éstas no origina la de la obligación principal.

En cambio, en el régimen de Protección al Consumidor se ha optado por la categoría de la inexistencia, siendo que las cláusulas abusivas "se tendrán por no pactadas"; a la luz de lo dispuesto por el último párrafo de la Sexta Disposición del Anexo del TUO de la Ley de Protección al Consumidor. Tanto la categoría de nulidad como la de ineficacia redundarán en la privación de efectos de las cláusulas (Calderón, Valdez, y Obando, 2010).

Agregan los referidos autores, que además de las previstas en el artículo 1398, habría otras cláusulas que podrían considerarse abusivas por implicar un evidente desequilibrio contractual. Así, por ejemplo: una cláusula que desvíe al adherente de la competencia del "juez natural"; una que suprima la garantía de saneamiento, una que establezca la inversión de la carga de la

prueba, etc. Esta situación nos lleva a la reflexión acerca de si estas cláusulas también podrían ser tratadas con la misma regla contenida en el mencionado artículo, o si es que sólo pueden considerarse cláusulas abusivas aquéllas previstas en este artículo. Es decir, si el listado contenido en dicho dispositivo sería un *numerus clausus* o un *numerus apertus* (Ibid).

4.1.2. Resultados normativos en el Derecho comparado

En este apartado de la investigación, se plantearon algunos casos o ejemplos de cláusulas que han sido consideradas por la legislación y la doctrina internacional y nacional como abusivas. Así, de acuerdo a Echeverri (2011, pp. 134-136) tenemos:

4.1.2.1. Argentina

En Argentina, la Subsecretaría de Defensa de la Competencia y Defensa del consumidor, expidió la Resolución 26 de 2003 en la que trae un listado de cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores:

Son consideradas abusivas las cláusulas que:

- a) Confieran al proveedor el derecho exclusivo de interpretar el significado, alcance y cumplimiento de las cláusulas contractuales y de las prestaciones respectivas.

- b) Otorguen al proveedor la facultad de modificar unilateralmente el contrato, excepto en aquellos casos que la autoridad de aplicación determine conforme pautas y criterios objetivos.

c) Autoricen al proveedor a rescindir sin causa el contrato, sin que medie incumplimiento del consumidor. En los contratos por tiempo indeterminado podrá rescindirse sin causa cuando se prevea la notificación al consumidor, con una antelación razonable conforme la naturaleza y características del objeto del contrato. La autoridad de aplicación podrá prever requisitos adicionales para casos especiales.

d) Supediten la entrada en vigencia del contrato a un acto unilateral de aceptación por el proveedor mientras que la voluntad del consumidor haya quedado irrevocablemente expresada con anterioridad, salvo cuando se encuentre autorizado por normas legales especiales.

e) Impongan al consumidor cualquier limitación en el ejercicio de acciones judiciales u otros recursos, o de cualquier manera condicionen el ejercicio de sus derechos, especialmente cuando:

I. Se disponga que las acciones judiciales puedan entablarse en jurisdicción distinta del lugar del domicilio del consumidor al tiempo de la celebración del contrato, excepto cuando se disponga que la acción se entable en el lugar del domicilio real del consumidor al tiempo en que aquélla se inicie.

II. Se limiten los medios de prueba, o se imponga la carga probatoria al consumidor, salvo previsión en contrario autorizada por normas legales especiales.

III. Se limite la facultad de oponer excepciones, recusaciones u

otros recursos.

f) Establezcan que cuando el consumidor se encuentre en mora, respecto de obligaciones previstas en el contrato, el proveedor pueda cancelar la misma por compensación con otras sumas que el consumidor hubiera suministrado al proveedor como consecuencia de otro contrato o de la provisión de otro producto o servicio, excepto cuando la compensación se encuentre autorizada por normas legales especiales, en cuyo caso el proveedor deberá informarlo al consumidor en el contrato.

g) Excluyan o limiten la responsabilidad del proveedor, por los daños causados al consumidor por el producto adquirido o el servicio prestado y/o respecto de cualquier resarcimiento o reembolso legalmente exigible.

h) Supediten el ejercicio de la facultad de resolución contractual por el consumidor, a la previa cancelación de las sumas adeudadas al proveedor.

i) Faculten al proveedor a suministrar otros productos o servicios no incluidos en el contrato, sin la previa y expresa aceptación por el consumidor y/o imponiéndole un plazo para comunicar que no los acepta.

j) Impongan al consumidor un representante o apoderado para que lo sustituya en el ejercicio de los derechos que emanan del contrato, sus accesorios, o en otros negocios jurídicos.

k) Infrinjan normas de protección del medio ambiente o posibiliten su violación (Subsecretaría de Defensa de la Competencia y Defensa del

consumidor, 2003).

Finalmente, Argentina carece de una definición en la Ley 24240. En cambio, sí lo hizo el decreto 1798/94 del 13/10/94, reglamentario de la referida ley: artículo 37: “Se considerarán términos o cláusulas abusivas las que afecten inequitativamente al consumidor o usuario en el cotejo entre los derechos y obligaciones de ambas partes”.

En consecuencia, las cláusulas del contrato de consumo que sean abusivas o limiten los derechos de la o el consumidor se tienen por no incluidas. Se pueden conocer todas las cláusulas abusivas en el Anexo de la Resolución 53/2003 de la Secretaría de la Competencia, la Desregulación y la Defensa del Consumidor.

La expansión del ámbito de aplicación del régimen de cláusulas abusivas, que resulta ahora aplicable a los contratos celebrados por adhesión a condiciones generales predispuestas, implica la consagración en el derecho argentino, de una herramienta jurídica concreta de protección del empresario débil en el marco de las contrataciones que él mismo lleva a cabo con otros empresarios, o entidades societarias que detentan mayor poder de negociación.

En tal sentido, la posibilidad de invocar la abusividad de las cláusulas, en el marco de un contrato concluido por adhesión, abre la puerta a que un empresario, en los contratos predispuestos que celebre con sus proveedores, pueda cuestionar determinadas cláusulas que consagren un desequilibrio

injustificado de las obligaciones de las partes.

4.1.2.2. Colombia

En Colombia el tema de las cláusulas abusivas no está regulado de manera sistemática, sin embargo, en la Ley 142 de 1994 de servicios públicos domiciliarios, en el artículo 133 se trae un listado. Veamos algunas de ellas:

Artículo 133. Abuso de la posición dominante. Se presume que hay abuso de la posición dominante de la empresa de servicios públicos, en los contratos a los que se refiere este libro, en las siguientes cláusulas:

133.1. Las que excluyen o limitan la responsabilidad que corresponde a la empresa de acuerdo a las normas comunes; o las que trasladan al suscriptor o usuario la carga de la prueba que esas normas ponen en cabeza de la empresa;

133.2. Las que dan a la empresa la facultad de disolver el contrato o cambiar sus condiciones o suspender su ejecución, o revocar o limitar cualquier derecho contractual del suscriptor o usuario, por razones distintas al incumplimiento de este o a fuerza mayor o caso fortuito;

133.6. Las que imponen al suscriptor o usuario una renuncia anticipada a cualquiera de los derechos que el contrato le concede;

133.12. Las que confieren a la empresa plazos excesivamente largos o insuficientemente determinados (...)

133.13. Las que confieren a la empresa la facultad de modificar sus obligaciones cuando los motivos para ello sólo tienen en cuenta los intereses de la empresa;

133.14. Las que presumen cualquier manifestación de voluntad en el suscriptor o usuario, a no ser que: a. Se dé al suscriptor o usuario un plazo prudencial para manifestarse en forma explícita; b. Se imponga a la empresa la obligación de hacer saber al suscriptor o usuario el significado que se atribuiría a su silencio, cuando comience el plazo aludido;

133.17. Las que limitan el derecho del suscriptor o usuario a pedir la resolución del contrato, o perjuicios, en caso de incumplimiento total o parcial de la empresa;

133.18. Las que limiten la obligación de la empresa a hacer efectivas las garantías de la calidad de sus servicios y de los bienes que entrega (...)

133.19. Las que obligan al suscriptor o usuario a continuar con el contrato por más de dos años (...)

133.21. Las que obligan al suscriptor o usuario a dar preaviso superior a dos meses para la terminación del contrato, salvo que haya permiso expreso de la comisión;

133.25. Las que impidan al suscriptor o usuario compensar el valor de las obligaciones claras y actualmente exigibles que posea contra la empresa;

133.26. Cualesquiera otras que limiten en tal forma los derechos y

deberes derivados del contrato que pongan en peligro la consecución de los fines del mismo (...) (República de Colombia, 1994, art. 133)

Además, la Ley 1328 de 2009 establece:

Artículo 11. Prohibición de utilización de cláusulas abusivas en contratos. Se prohíbe las cláusulas o estipulaciones contractuales que se incorporen en los contratos de adhesión que:

a) Prevean o impliquen limitación o renuncia al ejercicio de los derechos de los consumidores financieros.

b) Inviertan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor financiero.

c) Incluyan espacios en blanco, siempre que su diligenciamiento no esté autorizado detalladamente en una carta de instrucciones.

d) Cualquiera otra que limite los derechos de los consumidores financieros y deberes de las entidades vigiladas derivados del contrato, o exonere, atenúe o limite la responsabilidad de dichas entidades, y que puedan ocasionar perjuicios al consumidor financiero (República de Colombia, 2009, art. 11).

En Colombia, la Corte Constitucional también ha establecido casos en los que ha descartado la calificación de abusivas a determinadas cláusulas. Tal es el caso de la sentencia C-664 de 2000, en la que se estaba discutiendo la validez de la cláusula que permitía la aceleración del plazo en los contratos

de mutuo. Las palabras de la Corte fueron:

Esta cláusula de aceleración, en criterio de la Corte, no contradice normas constitucionales, porque las partes contratantes en ejercicio del principio de la autonomía de la voluntad pueden estipularlas libremente en sus negocios jurídicos, con el objeto de darle sentido o contenido material a los contratos, siempre y cuando no desconozcan los derechos de los demás, ni el orden jurídico que le sirven de base o fundamento, pues con ello se afectaría la validez del acto o del negocio jurídico (Corte Constitucional, 2000).

Y en la sentencia C-332 de 2001, cuando se refería al mismo tema, sostuvo: “La permisión legal, de carácter general, para pactar cláusulas aceleratorias no es en sí misma contraria al deber de no abuso de los derechos porque ella se funda en el principio de la autonomía de la voluntad y está limitada por precisas condiciones jurídicas” (Corte Constitucional, 2001).

En derecho colombiano existe solamente un régimen de protección especial para la parte débil que ostenta la calidad de consumidor, de manera que cabe preguntarse: ¿cuál sería el régimen de protección para los adherentes que no ostentan la calidad de consumidor en el marco de los contratos de adhesión entre empresarios? ¿Cuáles son los criterios que han desarrollado la doctrina y la jurisprudencia (judicial y arbitral) que deben tenerse en cuenta para determinar la abusividad de una cláusula tanto en los contratos de adhesión celebrados entre empresarios (o no consumidores) como en los contratos de adhesión entre empresarios y consumidores? (Posada, 2015).

En relación con los contratos de adhesión con consumidores, las cláusulas compromisorias están expresamente prohibidas por el numeral 12 del artículo 43 de la Ley 1480 de 2011, debido a que el legislador consideró que estas cláusulas eran abusivas por sí mismas; de manera que, en caso de ser incluidas por el predisponente en el contenido predispuesto, debían tenerse como ineficaces de pleno derecho por mandato expreso de la norma mencionada. Posteriormente se promulgó la Ley 63 de 200 (Estatuto de Arbitraje) que en su artículo 118 deroga el numeral 12 del artículo 43 de la Ley 80 de 2011 (Ibid.).

Entonces, nos preguntamos, ¿son siempre eficaces las cláusulas compromisorias incluidas en los contenidos predispuestos de los contratos de adhesión con consumidores? La respuesta es no, porque la derogatoria que hizo el legislador no implica que sean siempre eficaces sin importar las circunstancias en que sean celebradas o incorporadas; lo que hizo el legislador simplemente fue someterlas a la valoración de abusividad que resulta de aplicar la cláusula abierta del artículo 42 de la Ley 1480 de 2011, según la cual, en cada caso concreto, el juez deberá ponderar las circunstancias que rodearon la celebración del contrato o la incorporación de la cláusula compromisoria (Ibid.).

De esta manera, la intención del legislador fue darles a los contratos de adhesión con consumidores el mismo tratamiento legal que a las cláusulas compromisorias en los contratos de adhesión entre empresarios, toda vez que en ambos casos el juez tendrá que analizar en cada situación en particular si

la cláusula compromisoria es abusiva o no, a partir del criterio mencionado.

4.1.2.3. Chile

En el caso de Chile, previo a la sanción de la Ley 19.496 de protección al consumidor , el control de las cláusulas abusivas en los contratos por adhesión o sujetos a condiciones generales que no preveían un control administrativo sólo podía verificarse mediante el uso del expediente del common law .Para regular la presencia de cláusulas abusivas , sin embargo, no existe una ley establecida ; más bien, sólo unos pocos casos aislados dignos de mención aplicaron el derecho consuetudinario de los contratos.

Este vacío lógico se explica por la postura conservadora de los tribunales, cercana a la metodología de la escuela de exégesis, con todo , el legislador nacional pretendía acabar con la desprotección de los consumidores que celebraban contratos por adhesión y eran objeto de cláusulas abusivas.

En su artículo 16, la Ley 19.496 introduce un catálogo cerrado de cláusulas abusivas que, cuando se incluyen en un contrato por adhesión, no tienen consecuencias jurídicas, en consecuencia, el derecho nacional pasó directamente a la fase legislativa sin tener acceso a la jurisprudencia del common law para regular las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión

Adicionalmente, existe un control administrativo aplicable a determinados tipos de contratos de adhesión, en particular los contratos bancarios, de seguros y de asistencia sanitaria, esta respuesta ha sido

insuficiente. Adicionalmente, existe una propuesta legislativa en el 63° Congreso que modificaría el artículo 16 de la Ley 19.496 para incluir una declaración amplia de buena fe similar a la regulación de la Directiva Europa

Desde la aprobación de la Ley 19.496 hace más de seis años, ha habido poca investigación dogmática y ninguna investigación empírica, los mecanismos de control propuestos en el ordenamiento jurídico nacional son ineficaces. Esta afirmación puede ser validada por la alta prevalencia en el mercado de contratos con contenido abusivo. Esto ocurre no solo en los contratos convencionales sino también en los contratos electrónicos, que brindan un nuevo foro para la expresión de cláusulas abusivas.

El análisis detallado del modelo de control propuesto por la Ley de Protección al Consumidor permite exponer sus falencias.

La citada Ley 19.496 especifica un modelo formal de control que tiene como objetivo preservar una comprensión precisa de los términos contractuales por parte del adherente, se pretende establecer obligaciones de información por parte del proponente que permitan la transparencia en las fases previas a la ejecución del contrato. Según lo dicho, el sistema formal de protección tiene sus raíces en el Código Civil, que establece requisitos para la inclusión de las condiciones generales de los contratos. El control del proceso de formación del contrato como único mecanismo, sin embargo, no ha demostrado ser un elemento disuasorio. El ejemplo más contundente fue cuando se aplicó el citado artículo 1341, dando lugar a un derecho legítimo sin 64 asegurar un nivel efectivo de protección a los adherentes, dio cabida a

un verdadero derecho paralelo de cláusulas abusivas amparadas por el manto del formalismo.

Es obvio que los sujetos de derechos que celebran contratos por adhesión u otros medios legales que contienen términos generales , típicamente se encuentran en la necesidad de adquirir el bien o servicio que se ofrece .Adicionalmente, la posibilidad de entender la gama de cláusulas impuestas en el contrato es irrelevante al momento de contratar .Los adherentes o aceptantes no leen los contratos que se les ofrecen y en cambio se enfocan en los componentes clave del acuerdo , como el precio y el artículo en el acuerdo de compra .

El Derecho Chileno ha seguido a la Directiva Comunitaria 93/13, sin embargo, a pesar de existir esta norma más general en la ley esta no ha tenido mucho éxito por el escaso trabajo jurisprudencial de los Juzgados de Policía Local. Por otra parte es necesario considerar que las cláusulas abusivas han dado paso a cientos de acciones judiciales que ha permitido que las Cortes Superiores de nuestro país puedan ir identificando y corrigiendo manifiestas situaciones de injusticia y abuso a las que se han visto expuesto miles de personas.

4.1.2.4. Brasil

El Código de Defensa del consumidor de Brasil fue sancionado por Ley 8.078 del 11 de septiembre de 1990 y si bien es cierto que no contiene explícitamente una definición legal de cláusulas abusivas, en el enunciado de

su artículo 51 se incluye como cláusula abusiva (ap. IV) una noción útil a tales fines, dado que se consideran tales a las que “establezcan obligaciones consideradas inequitativas [...] que coloquen al consumidor en desventaja exagerada, o sean incompatibles con la buena fe o la equidad”. En el ap. XVI, parág. 1 se introduce una suerte de norma interpretativa complementaria de la anterior: “Se presume exagerada, entre otros casos, la ventaja que:

- i.** Ofende los principios fundamentales del sistema jurídico a que pertenece;
- ii.** Restringe derechos u obligaciones fundamentales, inherentes a la naturaleza del contrato, de modo que amenaza su objeto o el equilibrio contractual;
- iii.** Se muestra excesivamente onerosa para el consumidor considerándose la naturaleza y contenido del contrato, el interés de las partes y otras circunstancias particulares del caso”.

El CCB no regula las cláusulas abusivas, pero sí se refiere en general a los contratos de adhesión en los artículos 423 y 424. El artículo 423 consagra el principio de interpretación contra proferentem, y el artículo 424 dispone que “En los contratos de adhesión, son nulas las cláusulas que estipulen la renuncia anticipada del adherente a un derecho resultante de la naturaleza del negocio”. La doctrina señala también como un caso de cláusula abusiva a las denominadas cláusulas potestativas, esto es, aquellas que dependen del puro arbitrio de una de las partes, reguladas en el artículo 122 a propósito de las condiciones, las cuales también carecerían de valor. Por último, el artículo

184 admite expresamente, y en general, la nulidad parcial, sanción que sería la aplicable en la mayoría de estos casos, donde solo se anularía la cláusula abusiva, subsistiendo en lo demás el contrato (Momborg, 2014).

Aun cuando el CCB no efectúa una regulación exhaustiva ni orgánica de las cláusulas abusivas, es destacable que reconozca excepcionalmente la existencia de los contratos de adhesión, protegiendo de manera general al adherente en cuanto a la renuncia anticipada de derechos (Ibíd).

4.1.2.5. Unión Europea

Según Stiglitz (1997), hace una síntesis sobre la cláusulas abusivas en la legislación europea, precisando:

a) España: Con fecha de abril 13 de 1998 se sancionó la Ley 7ª/1998, sobre “Condiciones generales de la contratación”, por la que se dispuso añadir un artículo 10 bis a la “Ley general de Defensa del consumidor”, y por la que se estableció que: “Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que contra las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y las obligaciones que se deriven del contrato”.

b) Francia: Por Ley 93-949 del 26 de julio de 1993 se sancionó el Code de la consommation. El art. L. 132-1 define la cláusula abusiva: “En los contratos concluidos entre profesionales y no profesionales, son abusivas las cláusulas que tengan por objeto o por efecto crear, en detrimento del no

profesional o del consumidor, un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes del contrato”.

c) Suiza: artículo 8° de la “Ley federal contra la competencia desleal” (LCD) del 1/3/88: “Utilizaciones de condiciones comerciales abusivas: Actúa de manera ilegal el que utiliza condiciones generales formuladas de antemano con riesgo de provocar daño a expensas de una de las partes del contrato y que: i) divergen de manera notable del régimen legal que las rigen directamente o por analogía; ii) reparten los derechos y obligaciones de manera manifiestamente diferente de la que supone la naturaleza del contrato”.

d) Bélgica: por Ley del 14/7/91 sobre prácticas del comercio y sobre la información y la protección del consumidor se establece: “Para la aplicación de la presente ley es necesario entender por cláusula abusiva toda cláusula o condición (general) que, por sí sola o combinada con una u otras cláusula o condiciones (generales), cree un desequilibrio manifiesto entre los derechos y las obligaciones de las partes” (art. 31).

e) Italia: por ley de febrero 6 de 1996 introduce en el Código civil el artículo 1469 bis “en cumplimiento de las obligaciones derivadas” de su pertenencia a la Comunidad Económica Europea. Sobre el particular se establece que “en el contrato concluido entre el consumidor y el profesional, que tiene por objeto la transferencia de bienes o la prestación de servicios, se consideran vejatorias las cláusulas que, malgrado la buena fe, determinan a

cargo del consumidor un significativo desequilibrio de los derechos y de las obligaciones derivadas del contrato...”.

f) Luxemburgo: por ley del 25/8/83 sobre “Protección jurídica del consumidor” establece que “en los contratos concluidos entre un proveedor profesional de bienes de consumo [...] y un consumidor final privado, toda cláusula o combinación de cláusula que entrañe en el contrato un desequilibrio de los derechos y obligaciones en perjuicio del consumidor es abusiva y como tal reputada nula y no escrita” (art. 1º).

El criterio empleado por los diversos ordenamientos jurídicos para determinar si una cláusula es abusiva o no varía en su formulación entre los diversos sistemas europeos: "desproporción manifiesta"; "buena fe y perjuicio irrazonable"⁵⁹ y "principio de lealtad y razonabilidad". Así, en su artículo 3 , la Directiva 93/13/CEE define las cláusulas abusivas como aquellas que "pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato" (Acosta y Jiménez, 2014).

Según la legislación de la UE, las cláusulas contractuales tipo utilizadas por los vendedores deben ser justas. Eso no cambia por el hecho de que se llamen "condiciones generales" o porque formen parte de un contrato detallado que tengas que firmar. El contrato no debe crear un desequilibrio entre los derechos y obligaciones del consumidor y los derechos y obligaciones del vendedor o proveedor.

Las cláusulas contractuales deben estar redactadas en lenguaje claro y comprensible. Cualquier posible ambigüedad se interpretará siempre a favor del consumidor. Además del requisito general de "buena fe" y "equilibrio", la normativa de la UE recoge una lista de condiciones concretas que pueden considerarse abusivas. Si las condiciones de un contrato son injustas, ni son vinculantes para ti ni puede invocarlas el vendedor.

Las cláusulas contractuales consideradas abusivas según la legislación de la UE no tienen validez jurídica ni son vinculantes para los consumidores. Si la cláusula abusiva no es un elemento esencial del contrato, el resto (salvo la cláusula abusiva) sigue siendo válido. Así, por ejemplo, no porque una de las cláusulas del contrato que has suscrito con tu gimnasio sea abusiva tienes que darte de baja.

Los países de la UE deben asegurarse de que los consumidores sepan cómo ejercer estos derechos con arreglo a la legislación nacional y tener procedimientos que impidan a las empresas aplicar cláusulas abusivas. Es por ello, que en toda la UE, las administraciones nacionales son responsables de garantizar el cumplimiento de las normas europeas de protección de los consumidores. Si crees que una empresa incumple repetidamente las normas, ya sea en tu país o en otro, debes plantear tu caso a la administración.

Podemos observar que en la legislación comparada de los países latinoamericanos todavía no existe uniformidad sobre la creación de normativa exclusivamente sobre las cláusulas abusivas, sin embargo, se puede observar que en diferentes normativas de carácter civil y donde fluctúe

una relación contractual de ofrecimiento de servicios entre consumidores, así como entre empresarios de menor y mayor poder, la intención es colocar un límite para el ejercicio abusivo de determinada posición. En la mayoría de estas legislaciones se advierte condiciones que permiten conocer cuando estamos frente a una cláusula considerada vejatoria tanto en contratos de adhesión como en los compromisorios.

En la Legislación Europea existe mayor consistencia en la reglamentación de leyes que protegen al consumidor y a empresarios con condiciones no dominantes, así mismo en todas las regulaciones antes discutidas se precisa una concepción clara sobre las cláusulas abusivas, detallando su naturaleza ultrajante y en desequilibrio.

4.1.3. Los mecanismos de control como tutela del consumidor

4.1.3.1. El control de las cláusulas abusivas en el código civil de 1984

El Código Civil distingue entre cláusulas generales de contratación aprobadas por la autoridad administrativa y cláusulas generales de contratación no aprobadas por la autoridad administrativa, señalándose que la eficacia de estas últimas dependerá de su conocimiento efectivo o posibilidad de conocimiento por la parte no predisponente.

Artículo 1393.- Cláusulas generales aprobadas por autoridad administrativa.- Las cláusulas generales de contratación aprobadas por la autoridad administrativa se incorporan automáticamente a

todas las ofertas que se formulen para contratar con arreglo a ellas, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1395.

Artículo 1397.- Cláusulas generales no aprobadas por autoridad administrativa.- Las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente se incorporan a la oferta de un contrato particular cuando sean conocidas por la contraparte o haya podido conocerlas usando de una diligencia ordinaria. Se presume que la contraparte ha conocido las cláusulas generales de contratación cuando han sido puestas en conocimiento del público mediante adecuada publicidad.

En tal sentido, podemos señalar entonces que en el Código Civil se configuró una suerte de mecanismo de control administrativo, estableciéndose además en el artículo 1394 que “El Poder Ejecutivo señalará la provisión de bienes y servicios que deben ser contratados con arreglo a cláusulas generales de contratación aprobadas por la autoridad administrativa”.

Artículo 1394.- Bienes y servicios contratados por cláusulas generales

El Poder Ejecutivo señalará la provisión de bienes y servicios que deben ser contratados con arreglo a cláusulas generales de contratación aprobadas por la autoridad administrativa.

Lamentablemente no se dictó norma jurídica alguna que señalara cuáles

son dichos bienes y servicios, lo que ha llevado a algunos juristas a considerar que el control administrativo consagrado era ambiguo e inoperante (Merino, 2006, p. 12).

Sin embargo, dichos bienes y servicios que debieron ser aprobados por la autoridad administrativa y lo que las partes pacten, necesitarían ser aquellos que tienen un incremento en el intercambio comercial o que por su naturaleza predominen en el mercado. Así mismo podríamos considerar a aquellos que dada la necesidad de su utilización, se ofrecen de manera permanente en el mercado, es por ello que no siempre debe estar enumerados, pero deben coincidir en su concepción fundamental y durable.

a. Control legislativo

El mecanismo de control imperante en el Código Civil es básicamente el control positivo legislativo, pues el legislador ha calificado previamente el carácter vejatorio de determinadas cláusulas a través del artículo 1398.

Artículo 1398.- Estipulaciones inválidas:

En los contratos celebrados por adhesión y en las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, no son válidas las estipulaciones que establezcan, en favor de quien las ha redactado, exoneraciones o limitaciones de responsabilidad; facultades de suspender la ejecución del contrato, de rescindirlo o de resolverlo, y de prohibir a la otra parte el derecho de oponer excepciones o de prorrogar o renovar tácitamente el contrato.

b. Control judicial

Según la aplicación del artículo 1398 del Código Civil, si hubiere cláusulas vejatorias o leoninas, el juez tendrá la facultad de declarar su nulidad. Sin embargo, se indicó que la labor del juez no se limitaría a las cláusulas enumeradas en el artículo 1398 CC; en su lugar, debe aplicarse el principio de favorecer al consumidor. Sin embargo, no quedó claro si la declaración de nulidad judicial de la cláusula señalada como vejatoria se aplicaría a la totalidad

En las Propuestas de Reformas del Código Civil, antes mencionadas, en la modificación propuesta al artículo 1398 del Código Civil, se sancionaba a las denominadas cláusulas vejatorias o leoninas con ineficacia, no con invalidez:

Artículo 1398.- Cláusulas vejatorias: En los contratos celebrados por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación, son ineficaces las estipulaciones que establezcan, a favor de quién las ha redactado.”

En consecuencia, conforme a lo establecido en el artículo 1400 del Código Civil, en caso de incompatibilidad entre las CGC no aprobadas administrativamente y las cláusulas agregadas a formulario, prevalecen estas últimas; es decir, prevalecen las cláusulas particulares incorporadas por las partes sobre las CGC impresas.

Artículo 1400.- Prevalencia de cláusulas agregadas al formulario

En los casos del artículo 1397 las cláusulas agregadas al formulario prevalecen sobre las de éste cuando sean incompatibles, aunque las últimas no hubiesen sido dejadas sin efecto.

Además, que de acuerdo a lo señalado en el artículo 1401 del Código Civil, en caso de duda sobre la interpretación de las CGC o de cláusulas incorporadas a formularios previamente redactadas por una de las partes, se deben interpretar a favor de quien no las redactó en aplicación del principio *in dubio contra stipulatorem*; esto es, frente a la duda se está a favor de quien no redactó las cláusulas.

Artículo 1401.- Interpretación de las estipulaciones

Las estipulaciones insertas en las cláusulas generales de contratación o en formularios redactados por una de las partes, se interpretan, en caso de duda, en favor de la otra.

c. Control administrativo

Al respecto, el Proyecto de Ley de Protección al Consumidor elaborado en 1989 por una comisión designada por el Ministerio de Justicia, establecía en su artículo 31 la obligatoriedad de la contratación con cláusulas generales de contratación aprobadas administrativamente, para el suministro o prestación de los servicios de productos en supermercados o grandes almacenes, agua, teléfono, télex y facsímil, energía eléctrica, combustibles, operaciones bancarias, transporte público de pasajeros, carga y correspondencia (Barturén, 2011, pp. 57-58).

En la década de los noventa y a partir de la privatización de algunos servicios públicos, el Estado comenzó a ejercer un control a través de los organismos reguladores: OSIPTEL, OSINERG, SUNASS y OSITRAN, entidades administrativas con facultades normativas y fiscalizadoras sobre las empresas privadas que tienen en concesión dichos servicios (Ibíd).

Al respecto puede revisarse la Resolución N° 035-99-CD-OSIPTEL, Aprueban cláusulas generales de contratación aplicables al servicio de larga distancia en telefonía fija bajo la modalidad de abonado; la Resolución de Consejo Directivo N° 116-2003-CD-OSIPTEL, Condiciones de uso de los servicios públicos de telecomunicaciones; la Resolución del Consejo Directivo N° 002-2000-CD-OSIPTEL, Cláusulas generales de contratación de los servicios públicos móviles; la Resolución de Consejo Directivo N° 015-2001-CD- OSIPTEL, Cláusulas generales de contratación de los servicios públicos de difusión y de servicios de valor añadido para acceso a internet.

El control administrativo, legislativo y judicial de los cláusulas generales de contratación regulados por el código civil reúnen todo un proceso de protección en el cual encierra la supervisión de actividades que estiman importante y de trascendencia pública, determinándose el contenido de los contratos que abarquen dichas actividades, así como al momento de imponer sanciones cuando los que contratan hayan considerado dentro de sus relaciones.

4.1.3.2. El control de las cláusulas abusivas en el derecho comparado

En la legislación comparada podemos encontrar diversos mecanismos de control de las cláusulas abusivas o vejatorias, desde mecanismos de autorreglamentación y concertación, hasta controles administrativos preventivos, control positivo legislativo y control negativo judicial (Merino, 2006, p. 11).

En Alemania la Ley (01.04.77) sobre condiciones generales del contrato (Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, AGBG), regula un modelo de control judicial de las cláusulas vejatorias a través de la implementación de un doble mecanismo de control: una lista de cláusulas que el juez discrecionalmente puede declarar ineficaces (lista gris); y una lista de cláusulas consideradas a priori como absolutamente prohibidas y que por tanto no pueden ser incorporadas en los contratos de consumo (lista negra) (Alpa, 2004, pp. 197 -198 citado por Barturén, 2011, p. 57).

En Francia con la aprobación de la Ley N° 78-23 de 1978 se estableció un control administrativo sobre las cláusulas abusivas, pues ciertas cláusulas podían ser prohibidas, limitadas o reglamentadas por decreto emitidos por el Consejo de Estado, previa opinión de una Comisión sobre cláusulas abusivas.

Posteriormente, por Ley N° 93-949 del 26.07.93 se aprueba el Code de la Consommation, el mismo que es modificado por la Ley N° 95-96 del 01.02.95 para adecuarse a la Directiva Comunitaria 93/13/CEE; así se incorpora a través de un anexo, una relación indicativa pero no exhaustiva de cláusulas que podrían ser calificadas como abusivas, señalándose que las mismas deben ser consideradas como no puestas, resultando el contrato

vigente en sus demás estipulaciones salvo que no pudiera subsistir sin dicha cláusula abusiva. La eliminación de las cláusulas abusivas se deja a la acción de los jueces, quienes podrán solicitar de la Comisión para las cláusulas abusivas, la emisión de un dictamen -no vinculante sobre el carácter abusivo de una cláusula contractual (Espinoza, 2006, pp. 166 -167 citado por Barturén, 2011, p. 57).

La Directiva Comunitaria 93/13/CEE del 05.04.93, recoge las disposiciones del modelo alemán y francés. A través de un anexo, se establece una lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas abusivas, a modo de elenco de carácter mínimo, que se podría clasificar de la siguiente manera : Clausulas de desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, entre las que encontramos:

a) Clausulas relativas a la disponibilidad del vínculo; b) Cláusulas relativas al régimen de responsabilidad del consumidor; c) Cláusulas relativas al régimen de responsabilidad de la empresa; y Clausulas de sorpresa, sobre el vínculo o sobre la regulación (Espinoza, 2006, pp. 172 -176 citado por Barturén, 2011, p. 57).

4.1.4. Protección jurídica de los derechos de los consumidores desde la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

Son varias las ocasiones en las que el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de referirse a los derechos que le asisten a los consumidores sobre la base de lo previsto en el capítulo dedicado al régimen económico del país.

El Tribunal Constitucional, en los considerandos de la Sentencia emitida con fecha 17.01.2005 en el proceso constitucional de amparo seguido por Agua Pura Rovic S.A.C. contra el Instituto de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual (INDECOPI), Exp. N° 3315-2004-AA/TC, señaló que “el consumidor o usuario deviene en el fin de toda actividad económica; es decir, es quien concluye el círculo económico satisfaciendo sus necesidades y acrecentando su bienestar a través de la utilización de los productos y servicios ofertados en el mercado. En puridad, se trata de una persona natural o jurídica que en virtud de un acto jurídico oneroso adquiere, utiliza o disfruta de determinados productos (como consumidor) o servicios (como usuario) que previamente han sido ofrecidos al mercado.”

En ese sentido, el Colegiado ha precisado, en la STC Exp. N° 01865-2010-PA/TC, que el consumidor o usuario es quien concluye el círculo económico satisfaciendo sus necesidades y acrecentando su bienestar utilizando los bienes y servicios que se ofrecen en el mercado. Se trata de una persona natural o jurídica que, en virtud de un acto jurídico oneroso adquiere, utiliza o disfruta de determinados productos (como consumidor) o servicios (como usuario).

Además, ha señalado que el artículo 65 de la Constitución, cuando prescribe la defensa de los consumidores y usuarios, lo hace a través de un derrotero jurídico binario, pues la mencionada disposición, primero, se muestra como un principio rector para la actuación del Estado y, segundo, consagra un derecho personal y subjetivo.

En cuanto principio rector de la actuación del Estado, la Constitución expone una pauta basilar o postulado destinado a orientar y fundamentar su activación respecto a cualquier actividad económica, trazando horizonte tuitivo la defensa de los intereses de los consumidores y usuarios, considerando la existencia de asimetría en las relaciones de consumo (STC Exp. N° 00011-2013-PI/TC).

En tanto derecho personal y subjetivo, la Constitución reconoce la facultad de acción defensiva de los consumidores y usuarios en los casos de transgresión o desconocimiento de sus legítimos intereses; es decir, admite y apoya el atributo de exigir al Estado una actuación determinada cuando se produzca alguna amenaza o afectación efectiva de los derechos del consumidor o del usuario, incluyendo la capacidad de acción contra el propio proveedor.

Para el Tribunal Constitucional, el reconocimiento de los derechos de los consumidores y usuarios se sustenta en los principios pro consumidor, de proscripción del abuso del derecho, de isonomía real, restitutio in íntegrum, de transparencia (desarrollado especialmente en la STC Exp. N° 00013-2012-PI/TC), de veracidad, in dubio pro consumidor y pro asociativo.

Además, ha señalado que, sobre la base de la proyección normativa de estos principios, se aprecia que la Constitución impone dos obligaciones: la primera, garantizar el derecho a la información sobre los bienes y servicios que están a su disposición en el mercado; y, la segunda, velar por la salud y la seguridad de las personas en su condición de consumidores o usuarios.

Finalmente, ha precisado que los derechos señalados arriba no son los únicos que traducen la real dimensión de la defensa consagrada en la Constitución, sino que albergan de forma implícita e innominada una pluralidad de derechos genéricos en su naturaleza y que admiten manifestaciones diversas. Es decir, el Colegiado ha admitido que existe un *númerus apertus* cuando se trata de los derechos de los consumidores y usuarios.

La postura del Tribunal Constitucional respecto a los derechos de los consumidores y usuarios en el ámbito económico del país. El Tribunal señala que el consumidor o usuario es el fin de toda actividad económica y que adquiere, utiliza o disfruta de bienes y servicios ofrecidos en el mercado. La Constitución establece que la defensa de los consumidores y usuarios es un principio rector para la actuación del Estado y un derecho personal y subjetivo, lo que permite a los consumidores y usuarios exigir una actuación determinada del Estado en caso de amenaza o afectación de sus derechos. Los principios que sustentan los derechos de los consumidores y usuarios incluyen la transparencia, veracidad, isonomía real y protección de la salud y seguridad. El Tribunal reconoce que existen múltiples derechos genéricos relacionados con la defensa de los consumidores y usuarios.

4.2. Validación de la hipótesis

Los argumentos que justifican la validación de la hipótesis planteada son:

a) El estudio de las cláusulas generales de los contratos , ya se apliquen a los acuerdos por adhesión o a otras formas contractuales, así como el análisis dogmático de los métodos empleados para gestionar las cláusulas abusivas contenidas en dichas categorías contractuales, demuestran un innegable interés doctrinario .No cabe duda que el problema principal de los contratos por adhesión y el uso de contratos con condiciones generales radica en la posibilidad de que se incluyan cláusulas abusivas contra los intereses del contratante más débil en la relación.

b) Nuestro Código Civil de 1984 se han regulado los contratos por adhesión (artículo 1390) y las cláusulas generales de contratación (artículo 1392), distinguiendo entre estas últimas, las aprobadas por autoridad administrativa (artículo 1393) y las no aprobadas por autoridad administrativa (artículo 1397); asimismo, se ha establecido un listado de cláusulas que son calificadas como invalidas y que constituirían lo que conocemos como cláusulas abusivas, vejatorias o leoninas (artículo 1398), sin embargo, se carece de una definición sobre cláusulas abusivas y se omiten varios supuestos más que calificarían como clausulas vejatorias, además se restringe la existencia de cláusulas abusivas solo al caso de las cláusulas contenidas en un contrato por adhesión y a las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, con lo cual se excluye la posibilidad de la existencia de cláusulas abusivas cuando fueron objeto de una previa revisión y posterior aprobación administrativa.

c) Comparando los dos sistemas legales , es posible ver dos etapas en la evolución de la protección dirigida a eliminar los precedentes legales abusivos .El common law de los contratos fue invocado en una primera fase por la doctrina y el derecho español, alemán y francés .En particular, se utilizaron los principios generales de buena fe, orden público y costumbre, así como ciertas reglas de interpretación contractual como la regla contra la proferentem y las supuestas obligaciones contractuales implícitas , para proteger el proceso de obtención del consentimiento de violaciones y lesiones subjetivas .

d) En lo que sería un sistema legal de frenos y contrapesos, en los términos del artículo 1398 del Código Civil, el Juez tendría la facultad de declarar nulas las cláusulas vejatorias u opresivas. Sin embargo, se afirmó que el trabajo del Juez no se limitaría a las cláusulas enumeradas en el artículo 1398 CC, y que debe prevalecer el principio de protección al consumidor, así también, no quedó claro si la declaración de nulidad legal de la cláusula calificaría como tal.

e) El contrato de consumo se caracteriza por la participación de dos partes, o partes contractuales , una de las cuales es especialista y profesional en el mercado relevante y se denomina proveedor , y la otra , en la mayoría de los casos, es un recién llegado al mundo comercial y se conoce como el consumidor .El proveedor conoce al detalle el proceso , los componentes, elementos, cantidades, ingredientes, sustancias naturales o sintéticas , pesos y medidas, usos permitidos y prohibidos , rangos y restricciones, efectos sobre

la salud y psicológicos , etc., de los bienes y servicios que produce no proporcionar en el mercado porque es su negocio y están obligados a conocer todos los detalles para tener éxito y evitar el fracaso.

f) El contrato de consumo es la forma o el vestido con el que éste se presenta en el mercado, siendo el medio más común que se utiliza la contratación denominada masiva, que permite a través de innumerables transacciones efectivizar la mayor parte de los intercambios entre consumidores y proveedores, por la superioridad del proveedor, el contrato de consumo es en realidad la herramienta idónea para permitirle obtener ventajas a costa y en perjuicio del consumidor mediante la imposición de cláusulas abusivas en el lenguaje del contrato

g) La protección contractual del consumidor es un aspecto central del régimen tuitivo en función de que gran parte de las relaciones de consumo se materializan a través de contratos que requieren de herramientas que posibiliten equilibrar la asimetría de los vínculos. Este tópico ha ido evolucionando a través de los diferentes cambios normativos y decisiones de los tribunales administrativos y judiciales.

h) Tutela estatal del consumidor esta referido a los tres tipos de sistemas que tratan de proteger al consumidor contra las cláusulas abusivas. Estos mecanismos se agrupan en un control ex-ante y en un control ex-post. Dentro del primero grupo encontramos al control administrativo y al control legislativo, y dentro del segundo al control judicial.

i) El control administrativo , donde cada entidad estatal es responsable de establecer procedimientos de revisión de las cláusulas contractuales con el fin de identificar y prohibir cláusulas abusivas en futuros contratos de bienes de consumo .El control legislativo comprende un entramado de normas donde se definen los principios y preceptos generales para definir las doctrinas jurídicas abusivas; y finalmente, el control judicial que mediante la intervención del juez en un conflicto generado por cláusulas abusivas.

j) La mayoría de los contratos de consumo son celebrados por adhesión: Esto significa que el consumidor no tiene la oportunidad de negociar los términos y condiciones del contrato, sino que simplemente se adhiere a las condiciones establecidas por el proveedor de bienes o servicios. Esto puede generar una situación de desigualdad entre las partes, y la necesidad de una mayor protección al consumidor.

k) Se requiere una mayor intensidad de protección al consumidor en los contratos de adhesión: Los contratos de adhesión pueden contener cláusulas abusivas que limitan o excluyen los derechos de los consumidores, o imponen obligaciones y cargas contractuales desproporcionadas. Por lo tanto, es necesario garantizar una mayor protección al consumidor en este tipo de contratos.

l) Los mecanismos de control son necesarios para proteger al consumidor: Existen diversas herramientas y mecanismos de control que tienen como objetivo proteger al consumidor en los contratos de adhesión, tales como la supervisión y fiscalización por parte de entidades reguladoras,

la sanción de cláusulas abusivas por parte de los tribunales, y la educación y difusión de información para los consumidores.

m) La tutela del consumidor es fundamental para evitar cláusulas abusivas: La tutela del consumidor es un conjunto de normas y principios que buscan proteger los derechos e intereses de los consumidores. Uno de los objetivos principales de la tutela del consumidor es evitar la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos de adhesión, que puedan causar daño a los consumidores.

n) Las cláusulas abusivas desequilibran los derechos y obligaciones del consumidor: Las cláusulas abusivas pueden desequilibrar la relación contractual entre el consumidor y el proveedor, otorgando una posición de ventaja al proveedor y limitando los derechos y obligaciones del consumidor. Esto puede generar un desequilibrio en la relación contractual, en contravención a la buena fe y el equilibrio contractual.

o) La protección al consumidor es un principio fundamental del ordenamiento jurídico peruano: La protección al consumidor está reconocida como un principio fundamental del ordenamiento jurídico peruano, establecido en la Constitución y en diversas leyes y normas específicas. Por lo tanto, es necesario garantizar una mayor protección al consumidor en los contratos de adhesión, y evitar que se vulneren sus derechos y se generen situaciones de desigualdad y desequilibrio en la relación contractual.

Asi mismo considero que debería modificarse el Código de Protección

y Defensa del Consumidor del Perú para dotar al consumidor con mayores mecanismos de protección y tutela, pero de manera eficaz y rápida, para ello se debe promover la transparencia y la equidad en el mercado, y permitir a los consumidores tomar decisiones informadas sobre los contratos que firmen. La implementación de plataformas de comparación de contratos podría ser una herramienta valiosa para lograr estos objetivos, la cual su uso debería ser obligatorio en la legislación, es por ello que se realiza una propuesta legislativa.

4.3. Discusión

4.3.1. Discusión doctrinaria

4.3.1.1. Modalidades de los sistemas de tutela del consumidor contra cláusulas abusivas

Los sistemas de control pueden ser definida, como:

(...) aquellos mecanismos con relevancia jurídica que de manera preventiva o en forma posterior, pública o privada, y en forma complementaria y coordinada, buscan evitar la existencia de excesos que pudieran generarse por la eventual presencia de cláusulas abusivas, o a contrarrestar aquellos abusos de haberse ya producido, con el único fin de mantener en pie o, en su caso, de restablecer el equilibrio contractual entre los derechos y obligaciones de las partes (Rodríguez, 2012, pp. 252-253).

a) Tutela autónoma o paraestatal

Esta forma de control es ejercida al margen de toda intervención estatal directa. La titularidad corresponde a los particulares, sea individualmente o en forma grupal. De lo que se trata aquí señala Galgano, es “de institucionalizar las técnicas participativas de la comunidad, que coloquen en manos de los grupos humanos ciertos poderes eficientes de acción y reacción con relación a los sectores empresariales”(citado por Stiglitz y Stiglitz, 1985, p. 17).

En consecuencia, son los ciudadanos los que, al entrar inevitablemente en relaciones de consumo masivo, se han visto en la necesidad de implementar determinados mecanismos para autoprotegerse de los proveedores que ostentan el mayor poder negocial en el escenario contractual.

En ese sentido, Amaya alcanza que ese control paraestatal o autónomo es un mecanismo de autotutela de los consumidores que individual o colectivamente a través de sus asociaciones, buscan la posibilidad de imponer su voluntad negocial a la contraparte que se halla generalmente en una situación de superioridad (2003, p. 54).

b) Tutela estatal del consumidor

Según Rodríguez (2012), considere que aquí se encuentran los tres tipos de sistemas que tratan de proteger al consumidor contra las cláusulas abusivas. Estos mecanismos se agrupan en un control ex-ante

y en un control ex-post. Dentro del primero grupo encontramos al control administrativo y al control legislativo, y dentro del segundo al control judicial.

4.3.1.2. Mecanismos de control de forma y fondo de las cláusulas abusivas

Analizadas las características del contrato de adhesión y con el fin de proteger al adherente-consumidor es necesario revisar los mecanismos de control en caso de existir cláusulas abusivas. Estos mecanismos pueden clasificarse como preventivos o represivos, en razón del momento en que operan. También se clasifican en legislativo, administrativos y judiciales, según quien los realiza

A. Mecanismos de control de forma

Estos mecanismos permiten al consumidor conocer las condiciones generales del contrato de adhesión y se encuentran regulados tanto en el Código civil como en el Código del consumidor. De acuerdo, a Tapia y Valdivia se presentan de la siguiente manera:

- a) Escrituración, el contrato de adhesión es por escrito para dar certeza jurídica, lo cual no es una solemnidad ni tampoco impide la realización de ofertas verbales, simplemente permite reducir costos y otorga seguridad al consumidor; b) Legibilidad, se exige claridad en la redacción, que el contenido del contrato esté redactado en término claros y de fácil comprensión, evitando

conceptos técnicos, textos muy extensos, oscuros o contradictorios, remisiones cruzadas entre cláusulas, excepciones y contra excepciones, etc.; c) Idioma castellano, lo que busca disminuir los costos en posibles traducciones, sin perjuicio de que el consumidor pueda aceptar expresamente introducir términos en lengua extranjera; d) Espacios en blanco, las cláusulas que están en blanco no podrán llenarse con posterioridad y pasar a tener efecto retroactivo, pues carece de valor jurídico la falta de consentimiento; y, e) Entrega de copia, el proveedor debe entregar al consumidor una copia íntegra del contrato de adhesión, aun cuando no lo haya firmado (2002, pp. 66-78).

B) Mecanismos de control de fondo: cláusulas abusivas

Los mecanismos de control de fondo buscan reprimir la alteración irrazonable del equilibrio entre las partes del contrato de adhesión cuyas cláusulas contravienen el principio de la buena fe, defraudando las expectativas del adherente. De esta manera, los criterios de abuso y buena fe justifican las normas de orden público de protección que sancionan estas cláusulas abusivas. Se pueden clasificar según Cabezas (2018, pp. 27 -28), en:

a) Aquellas que alteran los efectos naturales del contrato

Según Tapia y Valdivia (2002, pp. 66-78) el término, modificación o

suspensión unilateral del contrato, otorga a una de las partes la facultad de dejar sin efecto o modificar a su mero arbitrio el contrato o suspender unilateralmente su ejecución. Esta cláusula vulnera el principio de buena fe debido a que desvirtúa las obligaciones esenciales del proveedor, sin que el consumidor tenga certeza de que aquél cumplirá las suyas. Así, se tiene el incremento de precio, estas cláusulas agravan la obligación del consumidor aumentando el precio del bien o servicio.

b) Aquellas que alteran las reglas de responsabilidad

Cláusulas que atribuyen al consumidor los efectos de deficiencias, omisiones o errores administrativos, cuando no le sean imputables: En esta cláusula el proveedor-redactor pretende transferir al consumidor-adherente la responsabilidad por circunstancias que le son imputables y el riesgo proveniente del caso fortuito, afectando de esta manera el principio de responsabilidad del Derecho Privado (Ibid., pp. 101-118).

c) Aquellas que inciden en el procedimiento y en la prueba

Inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor: A todas luces esta cláusula es abusiva pues deja en estado de indefensión al consumidor- adherente quien verá frustrada la reparación de los perjuicios que ha sufrido si no logra probar la negligencia del proveedor. Esta norma remite al artículo 1698 del Código Civil que contiene la regla general en materia probatoria, quien alega la existencia o extinción de una obligación debe probar (Ibid., pp. 118-122).

4.3.1.3. El control de las cláusulas abusivas

a) El control administrativo

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

El control previo administrativo a cargo de la autoridad administrativa correspondiente tendría por finalidad: garantizar en los contratos de consumo la observancia del principio de buena objetiva y el equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, e identificar las cláusulas abusivas, las mismas que no serían aprobadas administrativamente (Barturén, 2011, p. 58).

El control administrativo, es un control previo y preventivo, ejercido por la administración estatal, sea directamente o a través de la delegación de entidades sectoriales, con el fin de verificar, depurar y aprobar con antelación el contenido de las cláusulas que integrarán los futuros contratos de consumo a celebrarse por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación. Incluso, mediante este control se puede suprimir en forma previa aquellas cláusulas con contenido abusivo que puedan generar desequilibrio en las

futuras relaciones contractuales. 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 (Rodríguez, 2012).

Como principales características de este control podemos indicar las siguientes: Es un sistema de control previo, es un control preventivo, es un control evaluador y es un sistema de control estatal (Ibíd).

El control administrativo, lo ejerce el Estado a través de la administración pública. Ahora, la delegación de ese mecanismo de control puede recaer en un ente único de control o, indistintamente, en órganos administrativos de los diferentes sectores que ameriten un control administrativo, como el sector transportes, financiero y de seguros, servicios públicos como agua, luz, teléfono, entre otros.

b. Control Judicial

El control judicial puede estar referido a solucionar conflictos relativos a la aplicación e interpretación de cláusulas ambiguas, oscuras o contradictorias, y respecto de la existencia de cláusulas vejatorias (Cárdenas, 1996, pp. 31- 32).

En ese sentido, el control judicial, es un mecanismo de protección posterior, mediante el cual el juez tiene la potestad de resolver una controversia o incertidumbre jurídica, en torno a un contrato celebrado por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación, a petición de

quien se considere agraviado con una o varias cláusulas abusivas, con la finalidad de que sean declaradas nulas o ineficaces, integrando el contenido contractual dañado y restableciendo el equilibrio perdido en la relación contractual; incluso, y de ser el caso, el juez podrá declarar la ineficacia o la nulidad del contrato en su conjunto, cuando las cláusulas abusivas lo hayan afectado en su esencia y resulta imposible su recomposición jurídica.

El soporte y efectividad de la intervención judicial en el contenido abusivo de los contratos de consumo, no es otro que la regulación establecida por el Código de Protección y Defensa del Consumidor, pues a partir de ella se brinda al juzgador los instrumentos básicos para emprender la tarea del control judicial, determinando a partir de la regulación legal los supuestos de cláusulas abusivas, así como los criterios de interpretación y de integración del contrato (Rodríguez, 2012).

Este tipo de control se caracteriza por: Es un mecanismo de control posterior, es un mecanismo generado, es un mecanismo evaluador, es un mecanismo declarativo, y es un mecanismo integrador y reparador (Ibíd).

c) El control legislativo

El control legislativo es un mecanismo de protección estatal previo, compuesto por un conjunto de normas jurídicas que regulan los contratos celebrados por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación, estableciendo los procedimientos y condiciones para su validez, así como la determinación de las cláusulas abusivas, los medios de defensa contra dichas

cláusulas y la sanción legal que corresponda, de allí su finalidad tuitiva. Además, es un “control base”, pues brinda las pautas generales, principios, facultades y espacios de actuación tanto al control administrativo previo como al control judicial posterior (Rodríguez, 2012).

Por medio de este control, y sobre todo si se trata de contratos de consumo celebrados por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación, el legislador tiende a tener sumo cuidado en su regulación y, atendiendo al carácter predispuesto de estas formas contractuales, el objeto principal es limitar el poder del predisponente relativizando los alcances del principio de la supletoriedad del Derecho Contractual, en virtud del cual es la voluntad de las partes la que debe primar en el contrato, y solo en aquellos espacios no regulados por ésta, intervienen las normas contractuales supliendo los vacíos dejados por los contratantes; claro está, siempre que no existan normas de carácter imperativo que niegan a las partes pactar en contra de lo que hayan dispuesto (Ibid.).

En consecuencia, respecto al control legislativo, este desarrolla una cláusula normativa general que contiene una definición de cláusula abusiva y fija reglas para la determinación de la existencia de una cláusula abusiva o vejatoria. El control legislativo positivo se implementa a través del establecimiento de una cláusula general que contiene una definición de cláusula abusiva, y mediante la elaboración de dos listas (una negra y otra gris) de cláusulas calificadas como abusivas, y sancionadas con ineficacia absoluta e ineficacia relativa, respectivamente, precisándose en este último

caso que el listado no es taxativo sino solo enunciativo.

Este tipo de control, presenta las siguientes características: Es un control ex-ante, permite regular los aspectos más importantes en relación a los contratos, establece un catálogo de supuestos de cláusulas abusivas de ineficacia, establece un catálogo de supuestos de cláusulas abusivas de ineficacia relativa y otorga pautas generales al control administrativo y al control judicial (Rodríguez, 2012).

El control legislativo es un mecanismo de protección estatal previo que regula los contratos celebrados por adhesión o con cláusulas generales de contratación, estableciendo procedimientos y condiciones para su validez, determinando cláusulas abusivas y sanciones legales correspondientes. Es un control base que brinda pautas generales al control administrativo y judicial, relativiza el principio de la supletoriedad del Derecho Contractual y desarrolla una cláusula normativa general con definición de cláusula abusiva y listas de cláusulas abusivas con ineficacia absoluta e ineficacia relativa. Es un control ex-ante que permite regular aspectos importantes de los contratos y otorga pautas generales a los otros controles.

4.3.2. Discusión normativa

Tal como se ha hecho referencia en los resultados de la investigación, el mecanismo de control imperante en el Código Civil es básicamente el control positivo legislativo, pues el legislador ha calificado previamente el carácter vejatorio de determinadas cláusulas a través del artículo 1398.

En ese sentido, Barturén (2011, p. 58), considera que ha criticado a la disposición antes referida porque excluye del control de las cláusulas vejatorias a las CGC aprobadas por la autoridad administrativa, señalándose que la aprobación no puede ser considerada como una convalidación de la cláusula vejatoria. De otro lado, se cuestionó el limitado esquema de cláusulas consideradas, dado que resulta claramente incompleto, surgiendo la discusión respecto a si se trataba o no de un listado con carácter taxativo, esto es, si estábamos frente a un *numerus clausus* o *numerus apertus*; al respecto se señaló que estábamos frente a una lista meramente ejemplificativa, pues se debía hacer una interpretación pro consumidor, acorde con el artículo 65 de la Constitución y posteriormente del artículo 2 del T.U.O. de la Ley de Protección al Consumidor aprobado por el Decreto Supremo N° 006-2009-PCM.

De otro lado, es cuestionable que en el Código de Protección y Defensa del Consumidor, al igual que ocurre en el Código Civil, se limite en el artículo 49.1 la existencia de cláusulas abusivas a los contratos por adhesión y a las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, pudiendo interpretarse la norma en el sentido que en el caso de las cláusulas generales de contratación aprobadas administrativamente no existe la posibilidad de que estas sean abusivas, en la medida que han sido revisadas o evaluadas previamente por el Estado, máxime si en el artículo 54.5 se señala que con ocasión de la revisión de las cláusulas generales de contratación que se someten a la autoridad administrativa, esta debe identificar las cláusulas abusivas y consecuentemente no aprobarlas, debiendo además disponer que

se prohíba su inclusión en contratos futuros (Barturén, 2011).

Artículo 49.1. En los contratos por adhesión y en las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, se consideran cláusulas abusivas...

Artículo 54.5. En la aprobación de las cláusulas generales de contratación, la autoridad administrativa identifica las cláusulas abusivas y emite normas de carácter general que prohíben su inclusión en contratos futuros.

En cuanto al criterio interpretativo contra proferentem recogido en el artículo 1401 del Código Civil, el mismo es aplicable a las relaciones de consumo a tenor de lo dispuesto en el tercer párrafo del artículo 45 del Código de Protección y Defensa del Consumidor, en consecuencia puede ser aplicado por el órgano jurisdiccional, tribunal arbitral o autoridad administrativa, en concordancia con el principio pro consumidor antes referido (Barturén, 2011).

Artículo 1401.- Las estipulaciones insertadas en las cláusulas generales de contratación o en formularios redactados por una de las partes, se interpretan, en caso de duda, a favor de la otra.

Artículo 45.- (...) En todo lo no previsto por el presente Código o en las leyes especiales, son de aplicación las normas del Código Civil en cuanto resulten compatibles con la naturaleza de estos contratos.

Finalmente, en el Código de Protección y defensa del Consumidor se reconoce legitimación a las Asociaciones de Consumidores, para asumir la defensa de los intereses no solo de sus propios asociados sino también de los intereses colectivos y difusos de los consumidores y usuarios ante los órganos jurisdiccionales y autoridades administrativas; consecuentemente, tienen legitimidad para solicitar la ineficacia de las cláusulas abusivas, sea en la vía administrativa como en la vía judicial conforme a lo dispuesto por el artículo 153 del Código de Protección y defensa del Consumidor.

Artículo 153.- Rol de las asociaciones de consumidores.

153.1. Las asociaciones de consumidores son organizaciones que se constituyen de conformidad con las normas establecidas para tal efecto en el Código Civil. Su finalidad es proteger, defender, informar y representar a los consumidores y usuarios. 153.2. Las asociaciones de consumidores reconocidas por el Indecopi están legitimadas para interponer reclamos y denuncias ante a Comisión de Protección al Consumidor y los demás órganos funcionales competentes del Indecopi a nombre de sus asociados y de las personas que les hayan otorgado poder para tal efecto, así como en defensa de los intereses colectivos o difusos de los consumidores. 153.3. En la vía judicial pueden promover procesos en defensa de los intereses difusos o colectivos de los consumidores, sujetándose a lo previsto en los artículos 130 y 131.

Entonces podemos decir que existe el mecanismo de control imperante en el

Código Civil y el Código de Protección y Defensa del Consumidor en relación a las cláusulas abusivas. Así también hay una limitación existente en el control de las cláusulas abusivas a las CGC aprobadas por la autoridad administrativa, por lo tanto, el esquema de cláusulas consideradas es incompleto. Además, la interpretación de la norma limita la existencia de cláusulas abusivas a los contratos por adhesión y a las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente. Por último, la aplicación del criterio interpretativo *contra proferentem* y la legitimación de las Asociaciones de Consumidores para solicitar la ineficacia de las cláusulas abusivas, podemos decir que en el Perú, el criterio interpretativo "*contra proferentem*" también se aplica, lo que significa que en caso de existir ambigüedad o duda en el sentido de una cláusula en un contrato, esta debe ser interpretada en contra del redactor del contrato.

Por otro lado, las Asociaciones de Consumidores también tienen legitimación para solicitar la ineficacia de las cláusulas abusivas en contratos celebrados entre consumidores y proveedores de bienes y servicios. Este derecho está reconocido en la Ley de Protección al Consumidor y permite a las asociaciones defender los derechos de los consumidores ante posibles abusos en contratos de adhesión o cláusulas predispuestas. Las asociaciones pueden presentar demandas colectivas en representación de los consumidores afectados y solicitar la nulidad o ineficacia de las cláusulas abusivas ante los tribunales competentes.

4.3.3. Discusión jurisprudencial

Asimismo, el Tribunal Constitucional ha referido que el artículo 65 de la Constitución "prescribe la defensa de los consumidores y usuarios, a través

de un derrotero jurídico binario; a saber: a) Establece un principio rector para la actuación del Estado; b) Consigna un derecho personal y subjetivo.”

Afirma también el Tribunal Constitucional, que este derrotero jurídico binario “se sustenta en una pluralidad de principios, entre los cuales cabe mencionar los siguientes: a) El principio pro consumidor; b) El principio de proscripción del abuso del derecho; c) El principio de isonomía real; d) El principio restitutivo in íntegram; e) El principio de transparencia; f) El principio de veracidad; g) El principio indubio pro consumidor; h) El principio pro asociativo.”

Finalmente, el Tribunal Constitucional manifiesta que en atención a los principios antes señalados, surgen dos obligaciones para el Estado,” a) Garantizar el derecho a la información sobre los bienes y servicios que están a su disposición en el mercado. Ello implica la consignación de datos veraces, suficientes, apropiados y fácilmente accesibles; b) Velar por la salud y la seguridad de las personas en su condición de consumidores o usuarios. Ello implica que se asegure que los productos y servicios ofertados en el mercado deben ser tales que, utilizados en condiciones normales o previsibles, no pongan en peligro la salud y seguridad de los consumidores o usuarios.”

Al respecto, debe tenerse en consideración que los derechos de los consumidores antes mencionados, no son los únicos que garantiza la Constitución, pues como indica el propio Tribunal Constitucional, “pese a que existe un reconocimiento expreso de los derechos anteriormente señalados, estos no son los únicos que traducen la real dimensión de la defensa y

tuitividad consagrada teleológicamente en la Constitución.

Es de verse que, insertos en el texto supra, albergan implícita o innominadamente una pluralidad de derechos que, siendo genéricos en su naturaleza, y admitiendo manifestaciones objetivamente incorporadas en el mismo texto fundamental, suponen la existencia de un numerus apertus a otras expresiones sucedáneas.”

El Código de Protección y Defensa del Consumidor desarrolla legislativamente el precepto constitucional antes señalado, estableciendo como principio rector de la política social y económica del Estado, en un régimen de economía social de mercado, la protección de los derechos de los consumidores, para lo cual desarrolla en el artículo V del título preliminar una serie de principios, consagra derechos de los consumidores (artículo 1.1) precisando que los mismos no se agotan en la enumeración contenida en dicha norma sino que se extiende a los demás derechos que reconoce el Código u otras leyes especiales (artículo 1.2), siendo nula la renuncia a los mismos y todo pacto en contrario (artículo 1.3), establece el deber de los proveedores de proporcionar al consumidor información relevante sobre los productos y servicios ofertados (artículo 2), así como el deber de garantizar la idoneidad y calidad de los productos y servicios que ofrecen (artículo 18), entre otros aspectos.

El Tribunal Constitucional establece que el artículo 65 de la Constitución garantiza la defensa de los consumidores a través de un derrotero jurídico binario que se sustenta en una pluralidad de principios. Estos principios incluyen el

principio pro consumidor, el principio de proscripción del abuso del derecho, el principio de isonomía real, el principio restitutivo in íntegram, el principio de transparencia, el principio de veracidad, el principio indubio pro consumidor y el principio pro asociativo. En atención a estos principios, el Estado tiene la obligación de garantizar el derecho a la información sobre los bienes y servicios que están a disposición en el mercado y velar por la salud y seguridad de los consumidores o usuarios. Además, el Código de Protección y Defensa del Consumidor desarrolla legislativamente el precepto constitucional, estableciendo como principio rector la protección de los derechos de los consumidores y consagrando una serie de principios y derechos que no se agotan en la enumeración contenida en dicha norma.

V. CONCLUSIONES

1. Se debe partir por reconocer que las cláusulas abusivas en los contratos de consumo y adhesión constituyen una manifestación del abuso, debido a que se da una desproporción en cuanto a la paridad de las partes, estipulando un mayor número de beneficios para el predisponente y trasladando buena parte de los riesgos y de las desventajas para el adherente; por lo cual exige que se implementen medidas de control por el sistema jurídico, sean estas a través de intervenciones legislativas, administrativas o judiciales.
2. El control de las cláusulas abusivas ha sido una preocupación constante en el derecho nacional como comparado, por lo que a pesar de la creciente legislación desarrollada para intentar poner remedio a este problema, los sistemas propuestos han tenido resultados disímiles y deficientes en la tarea de excluir las denominadas cláusulas abusivas.
3. Los derechos del consumidor reconocidos constitucionalmente constituyen un mínimo indispensable para la tutela de los consumidores, pueden sin embargo ser vulnerados por los proveedores a través de la inclusión en las relaciones de consumo de las denominadas cláusulas abusivas o leoninas, de allí la necesidad de establecer mecanismos de control de las mismas.
4. La implementación de mecanismos de control o tutela contra las cláusula abusivas, busca evitar que mediante el empleo de contratos de consumo celebrados bajo la modalidad de adhesión, se haga uso indiscriminado de estipulaciones o cláusulas que por lo general al obedecer al designio unilateral del proveedor, conlleven inevitablemente a causar un grave perjuicio en desmedro de los consumidores.

VI. RECOMENDACIONES

1. A fin de garantizar los derechos de los adherentes y consumidores en los contratos de adhesión y consumo respectivamente, se hace necesario y urgente que el Estado realice el control de las cláusulas abusivas, con la finalidad que el predisponente pueda modificar el equilibrio de las cargas y de las obligaciones para beneficiarse. En consecuencia, el adherente, merece la protección del ordenamiento jurídico en su conjunto, teniendo en cuenta que es la parte débil del contrato.
2. Existe la necesidad de prevenir la existencia de cláusulas abusivas o de contrarrestar las ya existentes en los contratos de consumo celebrados por adhesión; para ello, se debe de garantizar una efectiva protección a los derechos de los consumidores y usuarios frente a las cláusulas abusivas, teniendo en cuenta que para ello se debe limitar la autonomía de la voluntad privada de los estipulantes y hacer una adecuada reinterpretación de los principios de la buena fe y de la conmutatividad de los contratos.
3. La tarea de la interpretación como mecanismo del control judicial, juega un rol preponderante en lo concerniente al tema de los contratos de consumo celebrados por adhesión y/o con arreglo a cláusulas generales de contratación, pues detectada una cláusula abusiva y ordenada su expulsión del contrato, el vacío dejado por ella debe ser llenado mediante la “labor interpretativa del juez”, y siempre que a consecuencia de la intervención judicial en el contrato de consumo se presenten vacíos, ambigüedades o contradicciones en el contenido contractual.

VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Acosta, J. y Jiménez, F. (2014). Elementos de derecho europeo para la caracterización de las cláusulas abusivas en la contratación. *DIKAION*, 24(1), 12-35. <https://doi.org/10.5294/DIKA.2015.24.1.2>
- Alpa, G. (1998). Nuevas Fronteras del Derecho Contractual. *Revista Thémis*, 38, 31-40. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/issue/view/967>
- Alpa, G. (2004). *Derecho del Consumidor*. Gaceta Jurídica.
- Alterini, A. (1999). *Contratos Civiles –Comerciales –de Consumo. Teoría General*. Abeledo Perrot.
- Amaya, L. (2003). La letra pequeña que nadie lee. Sistemas de control contra las cláusulas abusivas. *Revista Actualidad Jurídica*, 120, 1-24.
- Barturén, T. (2011). El control de las cláusulas abusivas en el Código de Protección y defensa del consumidor. *Revista de investigación de la Facultad de Derecho, IUS 1*(1), 49-63, Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo. <http://www.revistas.usat.edu.pe/ojs/index.php/ius>
- Bramsted, E. y Melhuish, K. (1982). *El liberalismo en Occidente. Historia en documentos. Las raíces del liberalismo (el siglo XVIII)*, trad. de Eloy Fuentes. Unión Editorial.
- Bobbio, N. (1993). *El positivismo jurídico*. Debate.
- Cabezas, J. (2018). *La buena fe como restricción a la libertad de contratación en Los contratos de adhesión: artículo 16 letra g) ley 19.496*. Memoria para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile.

- Calderón, X., Valdez, D. y Obando, M. (2010). Las Cláusulas Abusivas. *Derecho y Sociedad*, 34, 151-164, <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/issue/view/1163>
- Cámara de Diputado de Chile (2003). Especifica cláusulas abusivas más recurrentes en los contratos de adhesión. *Boletín N° 9146-03*. <https://www.camara.cl/verDoc.aspx?prmTipo=SIAL&prmID=10216&formato=pdf>
- Cárdenas, C. (1996). Las cláusulas generales de contratación y el control de las cláusulas abusivas. *IUS ET VERITAS*, VII(13), 19-35
- Carrillo, Y., & Caballero H, J. (2021). Positivismo jurídico. *Prolegómenos*, 24(48),13-22. <https://doi.org/10.18359/prole.4168>
- Coca, s. (2020). ¿Qué es un «contrato por adhesión»? (artículo 1390 del Código Civil). *LP Pasión por el Derecho*. <https://lpderecho.pe/contrato-adhesion-derecho-civil/>
- De La Puente, M. (2007). *El Contrato en general. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil*. Tomo I. Palestra.
- Echeverri, V. (2011). El control a las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión con consumidores. *Opinión Jurídica*, 10(20). 125-144. <https://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/548>
- Espinoza, J. (2006). *Derecho de los Consumidores*. Rodhas.
- Estigarribia, M. (2008). *La Buena Fe. Implicaciones Actuales en las Relaciones Negociales*. Oviedo, J. *Derecho Privado y Globalización, Contratos*, Tomo III. Ibáñez.
- Farina, J. (1999). *Contratos Comerciales Modernos. Modalidades de*

Contratación Contemporánea. Astrea.

Fabra, J. (2018). Wilfrid J. Waluchow: el positivismo incluyente y el constitucionalismo del “árbol vivo”. *Revista Diálogos de Saberes*, 49, 25-41.

<https://doi.org/10.18041/0124-0021/dialogos.49.2018.5243>.

G. Stiglitz (1997). *Reglas para la defensa de los consumidores y usuarios*. Juris.

Galdós, J. (2002). El principio favor débilis en materia contractual. Algunas aproximaciones en el derecho argentino. Soto, C. y Vargas-Machuca, R. (coord.). *Contratación Privada*. (pp.23-56). Jurista.

García, J. (2016). *La interpretación y sus argumentos (I): criterios y reglas. Lecciones, Teoría del derecho* (4). <https://almacenederecho.org/la-interpretacion-y-sus-argumentos-1-criterios-y-reglas>

García, M. (2015). La disputa entre positivismo excluyente e incluyente desde una perspectiva neokantiana-kelseniana. *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, 43, 77-96.

<https://www.redalyc.org/journal/3636/363643925006/html/>

Gomes, R. (2003). *Análisis de datos en la investigación*. Investigación social.

Hart, H. (2011). *El concepto del Derecho*. Abeledo Perrot

Hernández, J. (2019). *Nociones de hermenéutica e interpretación jurídica en el contexto mexicano*. Instituto de Investigaciones Jurídicas-Universidad Nacional Autónoma de México.

<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/12/5649/10.pdf>

Herrera, F. (2012). El contrato de consumo: notas características. *Revista de Derecho Principia Iuris*, 17, 1-76.

<http://revistas.ustatunja.edu.co/index.php/piuris/article/view/452/599>

- Kelsen, H. (1995). *Teoría general del derecho y del Estado*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Kelsen, H. (2005). *Teoría pura del derecho*. Porrúa.
- La Puente y Lavalle, M. (1983). *Estudios del Contrato Privado*, Tomo I. Cultural Cuzco.
- López Jiménez, J. M. (2015). Las cláusulas abusivas en la contratación bancaria: Tesis Doctoral por Compilación de Publicaciones. (Doctoral dissertation). Universidad de Málaga, Facultad de Derecho.
- Marmor, A. (2006). Legal Positivism: Still Descriptive and Morally Neutral. *Oxford Journal of Legal Studies*, 4, 683-704.
- Mazeaud, H. y Mazeaud, J. (1976). *Lecciones de Derecho Civil*, Parte Primera, Vol. I. Jurídicas Europa-América.
- Merino, R. (2006). Cláusulas vejatorias y autonomía contractual en el Código Civil y las leyes especiales. *Suplemento de Diálogo con la Jurisprudencia*, 6(64), 43-87.
- Merino, R. (2009). El sistema de desprotección al consumidor. Apuntes críticos desde la comparación jurídica. *Actualidad Jurídica*, 186, 63-73.
- Messineo, F. (1952). *Doctrina General del Contrato*, S. Sentis Melendo y M. Volterra (Trad.): Jurídicas Europa-América -R. O. Fontanarrosa.
- Messineo, F. (2007). *Doctrina General del Contrato*. ARA Editores.
- Messineo, F. (2010). *Doctrina General del Contrato*. http://sistemas.amag.edu.pe/publicaciones/dere_civil_proce_civil/modu_der_e_civil/380-420.pdf
- Momberg, R. (2014). *El Código Civil brasileiro de 2002: Nuevos principios para el*

- derecho de contratos. Opinión Jurídica.* Universidad de Medellín.
<http://www.scielo.org.co/pdf/ojum/v13n26/v13n26a11.pdf>
- Muñoz, S. (2010). *El principio de la buena fe y su incidencia en la interpretación del contrato. Nulidad de las cláusulas abusivas en el derecho colombiano.* En: Alterini, Arrubla, Bonivento, Cárdenas, Cubides, De ángel & otros, *Realidades y tendencias del derecho en el siglo X XI.* (Tomo IV, vol. 1). Pontificia Universidad Javeriana & Temis.
- Nino, C. (1999). *Introducción al análisis del derecho.* Ariel.
- Noguera, I. (2014). *Guía para elaborar una tesis de Derecho.* Grijley.
- Ñaupas, H., Valdivia, M., Palacios, J. y Romero, H. (2018). *Metodología de la investigación. Cuantitativa – Cualitativa y Redacción de la tesis.* Grijley – Ediciones de la U.
- Ossorio, J. (1952). Crisis en la dogmática del contrato. *Anuario de Derecho Civil,* Tomo V, Fasc. III, julio-septiembre.
<https://www.redalyc.org/pdf/733/73360204.pdf>
- Peces-Barba, G., Fernández, E. y De Asís, R. (2000). *Curso de Teoría del Derecho.* Marcial Pons.
- Posada, C. (2015). Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión en el derecho colombiano, *Revista de Derecho Privado,* 29, 141-182.
<http://dx.doi.org/10.18601/01234366.n29.07>
- Rengifo, E. (2004). *Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante.* Universidad Externado de Colombia.
- Robles, L. (2014). *Guía metodológica para la elaboración de proyectos de investigación jurídica.* Fecaat.

- Rodríguez, R. (2012). Tutela del consumidor contra cláusulas abusivas. *Revista Oficial del Poder Judicial*, 6-7 (8 y 9), 245-289.
<https://revistas.pj.gob.pe/revista/index.php/ropj/issue/view/7>
- Rodríguez, F. (2014). La investigación jurídica básica y la investigación jurídica aplicada. *Revista Justicia* 25, 1-4.
<http://www.scielo.org.co/pdf/just/n25/n25a01.pdf>
- Romo, F. (2007). *Hermenéutica, interpretación, literatura*. Anthropos.
- Roppo, V. (2009). *El contrato*. Gaceta Jurídica.
- Silva-Ruiz, P. (2001). Contratos de adhesión, condiciones contractuales generales (condiciones generales de los contratos o de la contratación y las cláusulas abusivas). Alterini, A., Mozos J. & Soto, C. (Direct.). *Contratación contemporánea*. (1-28). Palestra.
- Stiglitz, R. (1985). *Contratos por Adhesión, cláusulas abusivas y protección al consumidor*. Depalma.
- Stiglitz, R. (1998). *Contratos Civiles y Mercantiles*. (Tomo 2). Abeledo-Perrot.
- Stiglitz, R. y Stiglitz, G. (1985). *Contratos por Adhesión, Cláusulas Abusivas y Protección al Consumidor*. Depalma.
- Tapia, M. y Valdivia, J. (2002). Contrato por adhesión. Ley 19.496. Jurídica de Chile.
- Torres, A. (2012). *Teoría general del contrato. Tomo I*. Instituto Pacífico.
- Torres, M. (2013). *Diccionario Civil*. Gaceta Jurídica.
- Vega, Y. (2001). El Derecho del Consumidor y la Contratación Contemporánea. En Alterini, A. y otros (eds.). *Contratación contemporánea, teoría general y principios*, (515-638). Palestra y Temis.

Witker, J. (2008). “Hacia una investigación jurídica integrativa”. *Boletín mexicano de derecho comparado*, Año XLI, 122, 943-964.

Zavala, O. (2017). *Hermenéutica y Argumentación Jurídica*. (Tesis de fin de master). Universidad Carlos III de Madrid. https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/24958/tfm_meadh_oswaldo_zavala_2017.pdf?sequence=1&isallowed=y



ANEXO 01: MATRIZ DE CONSISTENCIA LÓGICA

TÍTULO: EL CONTROL A LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LOS CONTRATOS DE CONSUMO Y ADHESIÓN EN LA LEGISLACIÓN CIVIL PERUANA

PROBLEMA	OBJETIVOS	HIPÓTESIS	CATEGORÍAS	ASPECTOS METODOLÓGICO
<p>Problema general ¿Cuál es la influencia de los mecanismos de control como tutela del consumidor contra las cláusulas abusivas en los contratos de consumo y adhesión en la legislación civil peruana?</p> <p>Problemas específicos a) ¿Cuáles son los problemas que presentan las cláusulas abusivas en los contratos de consumo y adhesión en la legislación civil peruana? b) ¿Cuáles son los límites y alcances que presenta los tipos de control sobre las cláusulas abusivas en los contratos de consumo y adhesión en la legislación civil peruana? c) ¿Cuál es la relevancia jurídica que presentan los mecanismos de control como tutela del consumidor contra las cláusulas abusivas en los contratos de consumo y adhesión en la legislación civil peruana? d) ¿Cuál es la eficacia que presentan los mecanismos de tutela del consumidor contra las cláusulas abusivas en los contratos de consumo y adhesión en la legislación civil peruana?</p>	<p>Objetivo general Analizar la influencia de los mecanismos de control como tutela del consumidor contra las cláusulas abusivas en los contratos de consumo y adhesión en la legislación civil peruana.</p> <p>Objetivos específicos a) Determinar los problemas que presentan las cláusulas abusivas en los contratos de consumo y adhesión en la legislación civil peruana. b) Definir los límites y alcances de los tipos de control sobre las cláusulas abusivas en los contratos de consumo y adhesión en la legislación civil peruana. c) Evaluar la relevancia jurídica que presentan los mecanismos de control como tutela del consumidor contra las cláusulas abusivas en los contratos de consumo y adhesión en la legislación civil peruana? d) Explicar la eficacia que presentan los mecanismos de tutela del consumidor contra las cláusulas abusivas en los contratos de consumo y adhesión en la legislación civil peruana.</p>	<p>Es cierto que la mayor parte de contratos de consumo son celebrados por adhesión y que allí se requiere una mayor intensidad de protección al consumidor, por ello existe una influencia positiva y directa de los mecanismos de control como tutela del consumidor contra las cláusulas abusivas a fin de evitar el daño a los consumidores, por desequilibrar los derechos y obligaciones del consumidor, limitando, reduciendo o excluyendo sus derechos, o aumentando su obligaciones y cargas contractuales en contravención a la buena fe y el equilibrio contractual.</p>	<p>Categoría 1: Mecanismos de control como tutela del consumidor Subcategorías: - Interpartes - Sistemas de control - Tipos de control - Fundamentos</p> <p>Categoría 2: Cláusulas abusivas en los contratos de consumo y adhesión Subcategorías: - Regulación normativa, Fundamentos, Alcances y limitaciones, Elementos, Naturaleza jurídica.</p>	<p>TIPO DE INVESTIGACIÓN: Teórica / Básica TIPO DE DISEÑO: No Experimental DISEÑO GENERAL: Transversal DISEÑO ESPECÍFICO: Explicativa UNIDAD DE ANALISIS: Estará será Documental conformada por la Doctrina, Normatividad y jurisprudencia. PLAN DE RECOLECCIÓN, PROCESAMIENTO Y ANALISIS</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ Identificación del lugar donde se buscó la información. ▪ Identificación y registro de las fuentes de información. ▪ Recajo de información en función a los objetivos y variables. ▪ Análisis y evaluación de la información. <p>INSTRUMENTO(S) DE RECOLECCIÓN DE LA INFORMACIÓN Recojo de información: Técnica documental Instrumentos: Fichas y la técnica de análisis de contenido cuyo instrumento es la ficha de análisis de contenido. ANÁLISIS DE LA INFORMACIÓN Para el análisis de la información se empleó la técnica cualitativa. VALIDACIÓN DE LA HIPOTESIS: Método de la argumentación jurídica.</p>

ANEXO 02: Proyecto de Ley que modifica el artículo 47 y 49 del Código de Protección y Defensa del Consumidor

Ley que modifica el artículo 47 y 49 del Código de Protección y Defensa del Consumidor

I. Exposición de motivos

La protección de los derechos de los consumidores es una preocupación fundamental para el Estado, y es por ello que se ha establecido un marco legal para garantizar que los consumidores reciban un trato justo y equitativo en sus relaciones comerciales. Sin embargo, en la actualidad, la transparencia y la información en los contratos de adhesión todavía presentan importantes retos para los consumidores.

En muchos casos, los contratos que los consumidores suscriben son opacos, y los términos y condiciones no son claros ni completos. Esto puede llevar a situaciones en las que los consumidores se encuentran con sorpresas desagradables y cláusulas abusivas que les resultan perjudiciales. Además, la falta de información y comparabilidad entre diferentes contratos hace que los consumidores tengan dificultades para elegir el contrato que mejor se adapte a sus necesidades.

Por ello, es necesario tomar medidas que garanticen una mayor transparencia y comparabilidad en los contratos de adhesión. Una forma de hacerlo es a través de la implementación de plataformas de comparación de contratos, que permitan a los consumidores acceder a información clara y completa sobre los contratos que les interesan y compararlos con otros contratos.

II. Efectos de la vigencia de la norma sobre la legislación nacional

La propuesta normativa guarda respeto no solo con los postulados constitucionales, sino con la base de la dogmática civil, de esta forma se concretiza:

a) En el ámbito normativo civil, tendría una influencia significativa, por cuanto la inclusión de estas disposiciones en el Código de Protección y Defensa del Consumidor del Perú establecería una regulación clara en cuanto a la transparencia y la información en los contratos, lo que tendría un impacto directo en las relaciones comerciales entre empresas y consumidores. Así también, la obligación de las empresas de proporcionar información clara y completa sobre sus contratos a través de plataformas de comparación de contratos y la inclusión de los contratos en estas plataformas para que los consumidores puedan comparar fácilmente los términos y condiciones de diferentes contratos, fomentaría la competencia entre las empresas, lo que beneficiaría a los consumidores y contribuiría a la protección de sus derechos. La modificación del Código de Protección y Defensa del Consumidor del Perú también tendría un impacto en la jurisprudencia civil del país, ya que sentaría precedentes en cuanto a la transparencia y la información en los contratos, y podrían ser invocados en futuros casos de controversia entre empresas y consumidores.

b) En el ámbito institucional, la modificación del Código de Protección y Defensa del Consumidor del Perú impactará en la formación y capacitación de los funcionarios públicos, ya que se requeriría personal capacitado para llevar a cabo las tareas de supervisión.

c) En el ámbito jurisprudencial y doctrinario, En cuanto al ámbito jurisprudencial, la modificación del Código de Protección y Defensa del Consumidor del Perú implicaría la creación de nuevos casos y controversias que requerirían la interpretación y aplicación de las disposiciones establecidas en la ley. Esto, a su vez, llevaría a la generación de precedentes jurisprudenciales que establecerían criterios claros y uniformes sobre la interpretación y aplicación de la ley en relación con las plataformas de comparación de

contratos y la protección del consumidor.

En cuanto al ámbito doctrinario, la modificación del Código de Protección y Defensa del Consumidor del Perú generaría nuevos debates y discusiones entre los expertos y académicos del derecho en relación con la efectividad y eficacia de las disposiciones establecidas en la ley. Estos debates podrían abordar temas como el equilibrio entre la protección del consumidor y la libertad de las empresas para establecer sus términos y condiciones contractuales, la responsabilidad de las empresas en caso de incumplimiento de las obligaciones establecidas en la ley y la eficacia de las plataformas de comparación de contratos como mecanismo para proteger los derechos de los consumidores.

III. Análisis Costo Beneficio

El presente Proyecto de Ley no genera gasto alguno al erario público, consecuentemente no contraviene lo regulado en el artículo 79 de la Carta Magna de 1993; por el contrario, tiene como objetivo beneficiar a la población nacional al brindar mecanismos de control rápidos y eficientes por cuanto se exige a las empresas proporcionar información clara y completa sobre sus contratos a través de plataformas de comparación de contratos, tendría beneficios significativos para los consumidores.

De esta forma, se contribuye a la lucha eficaz contra las posiciones de desventajas que afrontan los consumidores. Finalmente, impacta de forma directa en la administración de justicia al optimizar la aplicación del derecho civil.

IV. Fórmula legal

La modificación del artículo 47 del Código de Protección y Defensa del Consumidor del Perú, cuyo texto es el siguiente:

“Artículo 47.- Protección mínima del contrato de consumo

En los contratos de consumo se observa lo siguiente:

a. En los contratos cuyas condiciones consten por escrito o en algún otro tipo de soporte, debe constar en forma inequívoca la voluntad de contratar del consumidor. Es responsabilidad de los proveedores establecer en los contratos las restricciones o condiciones especiales del producto o servicio puesto a disposición del consumidor.

b. No pueden incluirse cláusulas o ejercerse prácticas que impongan obstáculos onerosos o desproporcionados para el ejercicio de los derechos reconocidos al consumidor en los contratos.

c. Los consumidores tienen derecho a emplear los mismos mecanismos de forma, lugar y medios utilizados para la celebración de los contratos para desvincularse de estos, como por ejemplo la vía telefónica, cualquier medio electrónico u otro análogo. Esta facultad comprende la contratación de prestaciones adicionales o complementarias.

d. En el caso de formularios contractuales, los caracteres de éstos deben ser adecuadamente legibles para los consumidores, no debiendo ser inferiores a tres (3) milímetros. La redacción y términos utilizados deben facilitar su comprensión por los consumidores.

e. Los proveedores deben entregar a los usuarios copia de los contratos y demás documentación relacionada con dichos actos jurídicos cuando éstos hayan sido celebrados por escrito, incluidas las condiciones generales de la contratación. Los proveedores son responsables de dejar constancia de la entrega de los documentos al consumidor. En el caso de contratación electrónica, el proveedor es responsable de acreditar que la información fue puesta oportunamente a disposición del consumidor.

No son exigibles las cláusulas, condiciones, estipulaciones y prácticas que infrinjan el presente artículo”

Se redactaría con la modificación de la siguiente manera:

“Artículo 47.- Protección mínima del contrato de consumo

En los contratos de consumo se observa lo siguiente:

- a. En los contratos cuyas condiciones consten por escrito o en algún otro tipo de soporte, debe constar en forma inequívoca la voluntad de contratar del consumidor. Es responsabilidad de los proveedores establecer en los contratos las restricciones o condiciones especiales del producto o servicio puesto a disposición del consumidor.*
- b. No pueden incluirse cláusulas o ejercerse prácticas que impongan obstáculos onerosos o desproporcionados para el ejercicio de los derechos reconocidos al consumidor en los contratos.*
- c. Los consumidores tienen derecho a emplear los mismos mecanismos de forma, lugar y medios utilizados para la celebración de los contratos para desvincularse de estos, como por ejemplo la vía telefónica, cualquier medio electrónico u otro análogo. Esta facultad comprende la contratación de prestaciones adicionales o complementarias.*
- d. En el caso de formularios contractuales, los caracteres de éstos deben ser adecuadamente legibles para los consumidores, no debiendo ser inferiores a tres (3) milímetros. La redacción y términos utilizados deben facilitar su comprensión por los consumidores.*
- e. Los proveedores deben entregar a los usuarios copia de los contratos y demás documentación relacionada con dichos actos jurídicos cuando éstos hayan sido celebrados por escrito, incluidas las condiciones generales de la contratación. Los proveedores son responsables de dejar constancia de la entrega de los documentos al consumidor. En el caso de contratación electrónica, el proveedor es responsable de acreditar que la información fue puesta oportunamente a disposición del consumidor.*

f) Las empresas que ofrezcan contratos de consumo deberán incluir dichos contratos en plataformas de comparación de contratos que permitan a los consumidores comparar fácilmente los términos y condiciones de diferentes contratos y advertir si se ha redactado con cláusulas abusivas, dicha plataforma deberá ser supervisada por la autoridad administrativa y verificar de forma celera los casos en donde la plataforma comunique mediante alerta la existencia de los criterios para determinar que se trata de una cláusula vejatorias. La información proporcionada deberá ser clara, completa y actualizada.

No son exigibles las cláusulas, condiciones, estipulaciones y prácticas que infrinjan el presente artículo”

La modificación del artículo 49 del Código de Protección y Defensa del Consumidor del Perú, cuyo texto es el siguiente:

“Artículo 49.- Definición de cláusulas abusivas

49.1 En los contratos por adhesión y en las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, se consideran cláusulas abusivas y, por tanto, inexigibles todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que, en contra de las exigencias de la buena fe, coloquen al consumidor, en su perjuicio, en una situación de desventaja o desigualdad o anulen sus derechos.

49.2 Para la evaluación de las cláusulas abusivas, se tiene en cuenta la naturaleza de los productos o servicios objeto del contrato, todas las circunstancias que concurren en el momento de su celebración, incluida la información que se haya brindado, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que este dependa.

49.3 El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se

haya negociado individualmente no excluye la aplicación de las normas sobre cláusulas abusivas al resto del contrato. El proveedor que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente asume la carga de la prueba”.

Se redactaría con la modificación de la siguiente manera:

“Artículo 49.- Definición de cláusulas abusivas

49.1 En los contratos por adhesión y en las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, se consideran cláusulas abusivas y, por tanto, inexigibles todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que, en contra de las exigencias de la buena fe, coloquen al consumidor, en su perjuicio, en una situación de desventaja o desigualdad o anulen sus derechos.

49.2 Para la evaluación de las cláusulas abusivas, se tiene en cuenta la naturaleza de los productos o servicios objeto del contrato, todas las circunstancias que concurren en el momento de su celebración, incluida la información que se haya brindado, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que este dependa.

49.3 El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se haya negociado individualmente no excluye la aplicación de las normas sobre cláusulas abusivas al resto del contrato. El proveedor que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente asume la carga de la prueba.

49.4 En los contratos por adhesión y en las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, las empresas tienen la obligación de implementar la plataforma de comparación de contratos la misma que deberá ser utilizada por el consumidor antes de suscribir los respectivos contratos de adhesión, la finalidad es no colocarlo en una situación de desventaja o desigualdad o anulen sus derechos”.

DISPOSICIONES FINALES Y COMPLEMENTARIAS

Primera disposición final y complementaria: Aprobación y entrada en Vigencia

La presente ley deberá ser sometida a votación en el congreso y ser aprobada por mayoría, deberá ser promulgada por el Poder Ejecutivo sin perjuicio de ser aprobada frente a la omisión del primero por la presidenta del Congreso. Consecuentemente, la ley surte efectos a partir del día siguiente de su publicación en el diario oficial el peruano.

Segunda disposición final y complementaria: Se otorga un plazo de 120 días hábiles para que las empresas cumplan con la obligación de incluir sus contratos en plataformas de comparación.

Tercera disposición final y complementaria: La autoridad administrativa deberá designar en un plazo de 30 días hábiles al responsable de desplegar las acciones de supervisión. Se otorga un plazo de 120 días hábiles para que las empresas cumplan con la obligación de incluir sus contratos en plataformas de comparación.

Cuarta disposición final y complementaria: La autoridad administrativa deberá planificar campañas de concientización dirigidas a los consumidores para promover el uso de las plataformas de comparación de contratos y mejorar la educación financiera de los consumidores.