



**UNIVERSIDAD NACIONAL
"SANTIAGO ANTÚNEZ DE MAYOLO"**

ESCUELA DE POSTGRADO

**LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN Y SU VULNERACIÓN A
LA LIBERTAD CONTRACTUAL POR EMPRESAS DE
SERVICIOS DE TELEFONÍA, EN LA CIUDAD DE HUARAZ,
DURANTE EL AÑO 2010**

Tesis para optar el Grado de Maestro
en Derecho
Mención en Derecho Civil y Comercial

WILFREDO ABILIO GALVÁN HUÁNUCO

Asesor: Dr. LUIS WILFREDO ROBLES TREJO

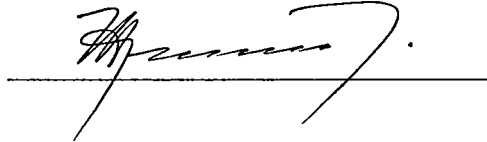
**Huaraz - Perú
2014**

Nº. Registro: T 0365

MIEMBROS DEL JURADO

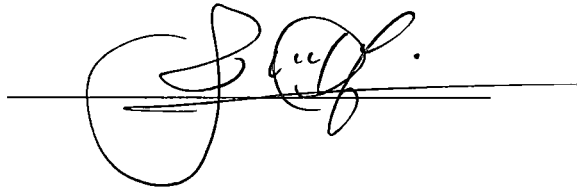
Doctor Wilfredo Camilo Montañez Avendaño

Presidente

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'W. Camilo Montañez Avendaño', written over a horizontal line.

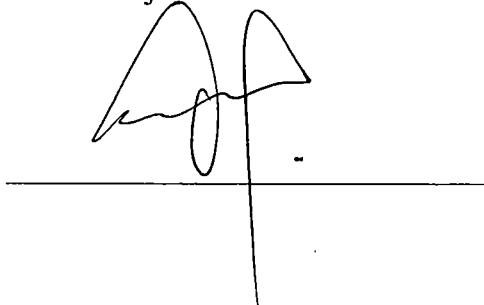
PhD. Felix Claudio Julca Guerrero

Secretario

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'Felix Claudio Julca Guerrero', written over a horizontal line.

Doctor Luis Wilfredo Robles Trejo

Vocal

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'Luis Wilfredo Robles Trejo', written over a horizontal line.

ASESOR

Doctor Luis Wilfredo Robles Trejo

AGRADECIMIENTO

- A Dios y mi familia.

A mis padres por su ejemplo y
constancia en la vida y
ser modelos de vida.

ÍNDICE

	Página
Resumen	viii
Abstract	ix
I. INTRODUCCIÓN	1 – 8
Objetivos	6
Hipótesis	7
Variables	8
II. MARCO TEÓRICO	9 – 71
2.1. Antecedentes	9
2.2. Bases teóricas	12 – 69
2.3. Definición de términos	69
III. MATERIALES Y MÉTODOS	72 – 80
3.1. Tipo diseño y régimen de Investigación	72
3.2. Métodos específicos	73
3.3. Estrategias o procedimientos de recogida, análisis e interpretación de información	76
3.4. Técnicas e instrumentos	78
3.5. Contexto	79
3.6. Unidad de Análisis o informantes	79

3.7. Análisis estadístico de la información	80
IV. RESULTADOS	81 - 121
V. DISCUSIÓN	122-154
VI. CONCLUSIONES	155
VII. RECOMENDACIONES	158
VIII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	160-162

RESUMEN

La presente investigación tuvo por finalidad analizar cómo los contratos de adhesión general afecta la vulneración a la libertad contractual por parte de la Empresas de Servicios de Telefonía, en la ciudad de Huaraz, durante el año 2010, para lo cual se partió de la premisa de la naturaleza libre y social del ser humano como fundamento de la autonomía privada y por ende de la libertad contractual, sin embargo la dimensión social de esa libertad precisa que tal autonomía no es absoluta, sino limitada, por ello el estudio de los límites de la libertad contractual debe responder a una visión sistemática y coherente no sólo de las normas del Código Civil, sino del conjunto de normas y principios, usos y costumbres que regulan la contratación privada y que puede denominarse como “el Sistema de Contratación Civil”. La investigación determinó que los contratos de adhesión de vienen afectando la vulneración a la libertad contractual por parte de la Empresas de Servicios de Telefonía, en la ciudad de Huaraz, así como la defensa de los derechos de los consumidores en el contrato de consumo y el papel deficiente que cumple el Estado en la tutela efectiva del consumidor, donde dichas empresas telefónicas vienen incluyendo cláusulas predispuestas que lesionen o perjudiquen los intereses del consumidor consagrados en la Constitución. Para ello se diseñó una investigación mixta: Empírica y dogmática que permitió entender el comportamiento de las variables en la realidad, los resultados fueron analizados desde la estadística descriptiva y la argumentación jurídica, además se emplearon los métodos y técnicas de la investigación jurídica social.

Palabras clave: Los contratos de adhesión, libertad contractual, consumidor, usuarios, empresas de servicios

ABSTRACT

The present study was aimed to analyze how proposed adhesion contracts generally involves the infringement of freedom of contract by the Telephony Service Companies in the city of Huaraz, in 2010, for which was based on the premise free nature of the social and human as the foundation of private autonomy and therefore of freedom of contract, but the social dimension of that freedom requires that such autonomy is not absolute, but limited, so the study of the limits of freedom of contract must respond to a systematic and consistent not only with the rules of the Civil Code, but the set of rules and principles, practices and customs that regulate private contracting may be termed as “the Civil procurement System”. The investigation determined that adhesion contracts are affecting the infringement of freedom of contract by the Telephony Service Companies in the city of Huaraz, and the rights of consumers in the consumer contract and the poor role played by the state in the effective protection of the consumer, wherein said telephone companies are including clauses that injure or harm predisposed consumer interests enshrined in the Constitution. We designed mixed research : Empirical and dogmatic that allowed understanding the behavior of the variables in reality, the results were analyzed from the descriptive statistics and the legal argument, besides, the methods and techniques of social legal research.

Keywords: Adhesion contracts, contractual freedom, consumer, users, service companies.

I. INTRODUCCIÓN

La razón del trabajo de investigación, es la de crear conciencia e interés más amplio por parte del usuario en proponer al oferente (la empresa) al momento de la celebración del acto una debida igualdad en el acuerdo de voluntades; esto generara un interés más amplio de la empresa para poder dar mayor respeto y consideración del acto.

Así mismo, una expectativa social para el desarrollo de una eficiente prestación de servicios por parte de las empresas de telefonía, respeto a la claridad del planteamiento en sus ofrecimiento de ventas, ofertas, y promociones con orientaciones más claras y erradicación de cláusulas abusivas o en su caso demasiadas abusivas que definitivamente afectan también la economía familiar del usuario, estos actos de derecho jurídicamente protegidos tienen una finalidad de orientar al usuario de telefonía a saber solicitar y forma de realizar sus pedidos de contratación y las condiciones que debe solicitar y necesitar, así mismo podrán ponerse al alcance de los avances tecnológicos de otros países, y que por razones de falta de interés de las empresas estos no son traídos y tampoco se ponen a disposición del usuario.

Por otro lado, los contratos de Adhesión, tienen como contraste al momento de la celebración del acto la presencia de un ejercicio abusivo del derecho por parte de una de las partes contratantes, este es el Oferente; quien se da la potestad de plasmar en las cláusulas de contratación de los contratos pre redactados, las llamadas clausulas leoninas conocidas también como cláusulas abusivas del contrato; ello genera un problemática que se realza con la presencia de

inutilidades, carencias, desinterés de una buena atención al usuario, incompatibilidad en la aplicación de ventas, promociones, ofertas y demandas; así como también la falta de una debida orientación al usuario al momento de la celebración del acto.

En ese sentido, la investigación encuentra su relevancia e importancia para los operadores jurídicos en el asesoramiento de los adherentes a los contratos de adhesión, los usuarios de los servicios de telefonía en la ciudad de Huaraz, y la sociedad nacional e internacional en general; porque: las conclusiones y recomendaciones pueden contribuir a elevar la eficiencia de la celebración de los actos jurídicos contratos y subcontratos de adhesión en el sistema administrativo y servicios de telefonía en el estado peruano y en particular con las empresas de telefonía en la ciudad de Huaraz.

Así mismo, la investigación desarrolla los fundamentos para priorizar y hacer respetar la necesidad y la voluntad de los usuarios en la atención y servicios de las empresas de telefonía en la ciudad de Huaraz, y, para los operadores jurídicos en la aplicación de su labor en el asesoramiento y patrocinio en la solución de conflictos con el sistema administrativo y de servicios de las empresas de telefonía.

Además es conveniente para los operadores del derecho, asistentes jurídicos, así como para los legisladores; porque los mencionados aportes de la investigación pueden contribuir a que los presupuestos de los contratos de adhesión sean regulados eficientemente.

Sobre la importancia del problema en relación al contenido constitucionalmente protegido del derecho a la libertad contractual, el Tribunal Constitucional peruano a través de la STC N° 0504-2000-AA y otras, ha señalado que: “(...) se concibe como el acuerdo o convención de voluntades entre dos o más personas naturales y/o jurídicas para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica de carácter patrimonial. Dicho vínculo -fruto de la concertación de voluntades- debe versar sobre bienes o intereses que poseen apreciación económica, tener fines lícitos y no contravenir las leyes de orden público.

Por lo que, tal derecho garantiza prima facie: Autodeterminación para decidir la celebración de un contrato, así como la potestad de elegir al co-celebrante y la autodeterminación para decidir, de común acuerdo, la materia objeto de regulación contractual (...).”

En este sentido el ámbito constitucionalmente protegido del derecho a la libertad contractual está determinado, por un lado, por la libertad para decidir si en un caso concreto se celebra o no un contrato y con quién celebrarlo; y, por otro, por la libertad de decidir los términos del mismo. Por otro lado, el problema de los contratos de adhesión con la manifestación de voluntad contractual al momento de celebrar el acto, ha existido desde la creación del sistema jurídico peruano en lo que respecta a la legislación sobre contratos nominados.

Así, un concepto a fin a los contratos de adhesión es el principio de legalidad y el principio de igualdad. La función de la demostración de la autonomía de voluntad tiene un mayor alcance que el principio de legalidad, el principio de legalidad supone un aspecto de la realización y formalización de acto,

por lo que en el presente proyecto utilizaremos el término de manifestación de voluntad. La manifestación de voluntad comprende entre otras cosas, el examen de validez de los actos voluntarios individualmente por la persona capaz de realizar dicho acto jurídico. El Art. 140 de nuestro Código debería ser la norma fundamental que oriente la celebración de los contratos jurídicos, sin embargo en la práctica, tres de los cuatro requisitos son absolutamente inútiles, es decir se prescinden de su verificación. Y en todo caso su aplicación sería inviable.

También, en la calificación de los diferentes actos jurídicos en los contratos nominados e innominados y celebrados se advierte que los requisitos establecidos en el artículo 140 del Código Civil, son útiles, siempre y cuando sean respetados por las partes intervinientes en la celebración del acto de contratación por adhesión. Así mismo al momento de determinar la procedibilidad del cumplimiento de lo acordado en el documento que sirve para acreditar la existencia del acto jurídico no se consigna el fin lícito. Además nuestro propio ordenamiento establece que los adquirentes de un derecho de buena fe no son afectados por la inexactitud o invalidez del título.

De la misma manera la forma como requisito de validez, es tal cosa, sólo en un pequeño ámbito perteneciente a los actos jurídicos en los contratos de adhesión, como la aplicación de cláusulas algunas de carácter leonino por ejemplo. Además la forma no es un presupuesto independiente del acto jurídico, porque la forma es parte de la declaración de voluntad. En todo caso lo que existen son manifestaciones de voluntades solemnes y no solemnes; así como

manifestaciones de voluntad con el debido conocimiento del acto o manifestación de voluntad por necesidad.

En ese contexto, este tipo de contratos la libertad de negociación está restringida ya que no existe posibilidad de que una de las partes discuta y obtenga de la otra la modificación de los alcances y condiciones del contrato, contenidos en las cláusulas impuestas unilateralmente por una de ellas; la voluntad de una de las partes está de tal manera restringida que solamente se limita a aceptar lo estipulado por la otra. El contrato por adhesión es una modalidad específica que continua siendo un acuerdo contractual, con las mismas connotaciones, pero con una manera de prestar el consentimiento, por la diferente postura que sustenta cada una de las partes. Este tipo de contrato ha sido la consecuencia del maquinismo y de la transformación tecnológica del siglo XX.

En tal sentido, se ha elaborado el presente informe final del trabajo de investigación, el mismo que se encuentra estructurado de la siguiente manera: El **marco teórico**, que comprendió el estudio de las bases teóricas que justifican y dan sustento al trabajo de investigación, información recogida de la doctrina y la jurisprudencia constitucional y civil contemporánea, en base a las fichas textuales y de resumen. Asimismo, **la metodología**, que involucra: el tipo y diseño de investigación, el plan de recolección de la información y/o diseño estadístico, instrumentos de recolección de la información, y el plan de procesamiento y análisis estadístico de la información.

Seguidamente, **los resultados**, donde a través de la presentación de los cuadros y gráficos estadísticos debidamente interpretados, se contrasto las

hipótesis planteadas. A continuación, **la discusión**, que consistió en determinar, a través de una apreciación crítica, si las bases teóricas, concuerdan o no con la realidad o aspecto práctico; es decir si la teoría está o no funcionando convenientemente. Se incluyó, en la última parte del trabajo, las **conclusiones**, las **recomendaciones**, la **bibliografía** consultada.

Finalmente en este apartado de acuerdo al esquema requerido por la EPG de la UNASAM se incluyen algunos elementos de la parte metodológica, como los objetivos de investigación, tanto a nivel general como específicos; así mismo se incluyen la hipótesis de investigación que sirvió de guía y orientación en la investigación y las variables que permitieron recolectar una serie de datos tanto teóricos como empíricos, los mismos que fueron utilizados en el proceso de contrastación de las hipótesis planteadas; siendo formulados de la siguiente forma:

1.1. OBJETIVOS

Objetivo general

Analizar cómo los contratos de adhesión general afectan la libertad contractual por parte de las Empresas de Servicios de Telefonía, en la ciudad de Huaraz, durante el año 2010.

Objetivos específicos

- a) Explicar los planteamientos teóricos directamente relacionados con la celebración de los contratos de adhesión utilizados en las Empresas de Telefonía de la ciudad de Huaraz.

- b) Determinar los presupuestos del Acto Jurídico establecidos en el artículo 140, 1390 y siguientes del Código Civil, son aplicados por los operadores jurídicos en la Celebración de los contratos de adhesión.
- c) Identificar y describir los problemas que presentan los contratos de adhesión general en relación a la libertad contractual por parte de las Empresas de Servicios de Telefonía, en la ciudad de Huaraz, durante el año 2010.
- d) Identificar y describir los derechos vulnerados como consecuencia de la presencia de los contratos de adhesión general por parte de las Empresas de Servicios de Telefonía, en la ciudad de Huaraz, durante el año 2010.
- e) Explicar los límites a libertad contractual en relación a los principios constitucionales del valor de la persona humana, el orden público económico, derecho de los consumidores, el derecho a una información completa y exhaustiva y el derecho a la no discriminación.

1.2. FORMULACIÓN DE HIPÓTESIS

La calificación de los presupuestos de los contratos de Adhesión con los servicios de telefonía, adolecen de inutilidades, carencias e incompatibilidades que están relacionadas causalmente y se explican por la mala regulación de los presupuestos del acto jurídico, mala aplicación de algunos planteamientos teóricos respecto de los contratos de adhesión, y actos jurídicos que están relacionados causalmente y que se explican por el desconocimiento y la falta de orientación al momento de celebrar el acto

jurídico; o por la deficiente prestación del servicio administrativo o técnico en el entorno local, o la falta de normas y sanciones que se deben aplicar de manera general a las empresas prestadoras del servicio de telefonía.

1.3. VARIABLES

- **VARIABLE INDEPENDIENTE:**

X: Contratos de Adhesión

- **VARIABLE DEPENDIENTE:**

Y: Vulneración de la Libertad contractual.

- **VARIABLES INTERVINIENTE:**

Z: Normatividad

II. MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes

Revisado las tesis sustentadas en la EPG-UNASAM y de otras universidades de nuestra región; no se ha podido encontrar algún trabajo de investigación similar o parecida a la presente por lo que podemos manifestar que la presente investigación será un aporte al entendimiento de la problemática jurídica de la responsabilidad civil por daño ambiental en nuestro ordenamiento jurídico.

Por otro lado, revisado la información doctrinal al respecto, existen publicaciones que tratan el tema; entre los más importantes podemos indicar:

UGARTE TUNDIDOR, Antonio (2010): “Contratos de adhesión y cláusulas abusivas”, Universidad de Sevilla. Estudio realizado en el ordenamiento jurídico español, donde el autor plantea que resulta decepcionante que, pasados casi diez años desde que viera la luz la LGDCU, de 19 de Julio de 1984, tengan que ser las Instituciones Comunitarias las encargadas de “poner orden” en el sistema español, obligando indirectamente a dar cumplimiento efectivo al mandato contenido en el artículo 51 de nuestra Constitución de 1978. No obstante, la Directiva sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores no es una norma generalizante como nuestra LGDCU, sino que contiene prescripciones concretas y descende al detalle de las relaciones contractuales.

BERNAL-FANDIÑO Mariana y VILLEGAS-CARRASQUILLA, Lorenzo (2008): “Problemas de la contratación moderna y la protección al consumidor en las tecnologías de información y comunicación”. Investigación realizada en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana –Colombia, donde los autores analizan en una primera parte, la manera como a raíz de la llamada crisis de la teoría clásica del contrato y el surgimiento de modernas formas de contratación, como los contratos de adhesión, se facilitan las posibilidades de abuso de la parte contractual más fuerte. De este análisis surge la necesidad de revisar los diferentes tipos de soluciones que se han propuesto y la forma en que el ordenamiento colombiano las ha adoptado. En una segunda parte se estudia el nuevo régimen de protección a usuarios en telecomunicaciones, como una reglamentación especial que surge de la necesidad de eliminar la asimetría existente entre los operadores de telecomunicaciones y los usuarios.

ESPINOZA ESPINOZA; Juan (2010): “Clausulas vejatorias en los contratos estipulados unilateralmente”. Estudio realizado en la PUCP-Lima, donde el autor plantea que la libertad contractual, protección de los consumidores y simetría informativa resultan ser tres principios que pueden resultar de difícil y diversa articulación, según la perspectiva del agente económico que participa dentro del fenómeno de la contratación masiva. En efecto, para el empresario que profesionalmente se dedica a la colocación de bienes o servicios en el mercado, la libertad contractual será entendida como la facultad que tiene para disponer unilateralmente el contenido de la relación contractual con los consumidores, por cuanto la negociación individual con los mismos resulta impracticable y anti-económica, así como el derecho de decidir con quién celebrará dicho contrato.

Para los consumidores, la libertad contractual es concebida como el derecho de elegir entre varias ofertas colocadas en el mercado aquella que más le conviene en función de sus intereses y posibilidades.

Ambos agentes económicos, empresario y consumidor, si bien es cierto se encuentran, dentro de un plano formal, en igualdad de condiciones, no están perfectamente equilibrados en un plano sustancial. Ello se evidencia en la capacidad de información que cada uno puede tener respecto del bien o del servicio que se coloca en el mercado. El empresario -de sólo- posee mayor conocimiento del bien o del servicio puesto en circulación, por cuanto lo hace de una manera habitual y profesional, mientras que al consumidor -tendencialmente- le queda recurrir a su sano entender y parecer.

BARTURÉN LLANOS, Tony Daniel (2011): “El control de las cláusulas abusivas en el código de protección y defensa del consumidor”. Estudio realizado en la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo-Peru, donde el autor plantea que los contratos de consumo que vinculan a consumidores y proveedores en torno a la adquisición de bienes y/o servicios a cambio de una retribución económica, limitan la libertad contractual de los consumidores pues su contenido es pre redactado unilateralmente por el proveedor, sin embargo son necesarios en las sociedades modernas pues reducen los costos de transacción, esto es, tiempo, dinero y esfuerzo, que genera la contratación, pero exponen a los consumidores a las denominadas cláusulas abusivas, esto es, aquellas estipulaciones que en contra del principio de la buena fe objetiva colocan al consumidor en una situación de desventaja limitando sus derechos, de allí que el Estado deba establecer

mecanismos de control a fin de evitar la existencia de dichas cláusulas en la contratación en masa, a lo cual no es ajeno el Código de Protección y Defensa del Consumidor.

2.2. Bases Teóricas

2.2.1. El Contrato

2.2.1.1. Generalidades

Paralelamente al esquema tradicional de contratación, conocida como paritaria o negociada porque el contenido del contrato era elaborado por las partes contratantes sobre una mesa de trabajo haciendo uso de su libertad contractual¹, en las últimas décadas, acorde con las constantes transformaciones y adecuaciones del derecho a los cambios tecnológicos, se ha desarrollado una nueva modalidad contractual, denominada contratación en masa², en serie o estandarizada³, cuyos destacados exponentes son los contratos celebrados por adhesión y los estipulados a través de cláusulas generales⁴.

A la vista de esta experiencia, se ha dicho que los viejos contratos negociados son acordados casi “artesanalmente” por los contratantes, y cuyo desfase respecto de la realidad del mercado de hoy, es “una adquisición definitiva

¹ LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge (1998). “*Los contratos. Parte general*”, Tomo I, Editorial Jurídica Chile, Santiago de Chile, p. 140.

² Cfr. LEYVA SAAVEDRA, José (2001). “*Contratos de empresa*”. En: Tratado de derecho privado, Vol. II, Editora San Marcos, Lima, p. 28.

³ Un sector de la doctrina alemana prefiere el uso de la expresión contrato estandarizado (*standardisierter vertrag*) en lugar del término contrato en masa (*massenvertarg*), porque consideran que con aquella se presta atención, más que al aspecto cuantitativo del fenómeno, a su perfil cualitativo.

⁴ Tanto en la doctrina como en la legislación comparada se prefiere hablar de condiciones antes que de cláusulas generales; sin embargo, pensamos que es más correcto hablar de cláusulas generales, como lo hace la mejor doctrina y, a su turno, el Código civil peruano (arts. 1400-1401).

de la cultura jurídica”⁵. Los contratos en serie (*serienvertrag*) o contratos en línea (*reihenvertrag*), denominaciones éstas propuestas para superar aquella de contratos en masa, están ligados con las exigencias de programación empresarial propias de la producción moderna a gran escala de bienes o de servicios, del comercio a gran escala, de la actividad de los bancos, de las empresas de seguros, de los entes distribuidores de servicios públicos.

Como los bienes o servicios son producidos o son distribuidos según procedimientos de producción o distribución uniforme, del mismo modo vienen reguladas las relaciones contractuales con los consumidores de los productos o con los usuarios de los servicios, esto es, de manera uniforme.

El nexo entre producción y distribución a gran escala y contratación uniforme es, de por sí, evidente: la empresa que produce o distribuye a gran escala debe poder conocer, con anticipación, cuáles deben ser el precio y las condiciones de venta de los propios productos, para organizar y programar la actividad de producción y distribución⁶.

Asimismo, podemos deducir que hay muchas aristas todavía que esperan ser estudiadas; dos de ellas atraen nuestra atención en esta oportunidad: de un lado, la noción de contratos de adhesión, de cláusulas generales de contratación y sus respectivas diferencias, y, del otro, sus reglas de interpretación. Por responder a

⁵ Cfr. DÍEZ PICAZO, Luis (1996). “*Fundamentos del derecho civil patrimonial*”, Vol. I, Editorial Civitas, Madrid, p. 130; ARIAS SCHREIBER, Max (2000). “*Contratos celebrados por adhesión y cláusulas generales de contratación*”. En: Gaceta jurídica, tomo 84-B, Lima, p. 9.

⁶ ÁGUILA – REAL, Jesús Alfaro (2000). “*Las condiciones generales de la contratación*”. En: La Ley, Madrid, pp. 31 y ss.

un formato distinto de celebración, esta forma contractual necesitaba contar con sus propias reglas de interpretación.

Por lo que es importante estudiar las reglas de interpretación de esta clase de contratos porque somos conscientes que la interpretación constituye la operación jurídica básica dentro del ámbito de la aplicación del derecho⁷; ya que sólo puede ser debidamente aplicado lo que es comprendido en su propia razón de ser. La interpretación es una actividad de conocimiento referida a la norma aplicable al caso concreto; la aplicación, por su lado, es una actividad dirigida a determinar los efectos y consecuencias jurídicas que produce la norma que corresponde⁸.

La interpretación es, ante y sobre todo, una “atribución de sentido” o de “significado”, que opera sobre la realidad, sobre los fenómenos, sobre los sucesos, sobre las sensaciones y sobre una comunicación significativa ya producida⁹. Se trata, pues, de una operación lógica indispensable para que la declaración o el comportamiento consiga el efecto que el ordenamiento jurídico da a la intención del sujeto declarante. La interpretación contractual es, en definitiva, la actividad lógica encaminada a buscar y fijar el significado de las manifestaciones de voluntad con el fin de establecer su contenido.

⁷ No han faltado, sin embargo, voces radicales que sostienen que toda la interpretación jurídica es pura retórica, entre otras razones, porque no existe un caso cuya solución sea jurídicamente cierta y, además, porque el intérprete no está sujeto a algún vínculo calificable como jurídico que pueda limitar su libertad de atribuir a las normas los significados que más le agraden.

⁸ PUIG BRUTAU, José (1981). *“Introducción al derecho civil”*, Editorial Bosch, Barcelona, p. 298.

⁹ DÍEZ-PICAZO, Luis (1999). *“Experiencias jurídicas y teoría del derecho”*, 3era. Edición, Ariel Editora, Barcelona, p. 225.

En términos generales, interpretar significa escrutar un hecho para reconocer su valor¹⁰. En el caso del contrato, el hecho a escrutar es la manifestación, y el valor a reconocer, la intención. Interpretar no es sólo volver a conocer una manifestación del pensamiento, sino volver a conocerla para integrarla y realizarla en la vida de relación: se integra mediante un momento cognoscitivo y otro reproductivo o representativo. El destino de la interpretación será siempre una diagnosis jurídica.

2.2.1.2. Noción de contrato por adhesión

En la actualidad, la gran mayoría de los contratos que celebra una persona común y corriente, que dispone de recursos para negociar, son de adhesión¹¹, esto es, contratos en los cuales las cláusulas son predisuestas por una de las partes contractuales de manera que la otra no puede modificarlas ni puede hacer otra cosa que aceptarlas o rechazarlas en su conjunto¹².

Estos contratos, explica Messineo, existen debido a una situación inicial de disparidad entre las partes contratantes, determinada por la presencia de una que, dotada de una particular fuerza contractual, impone su esquema a la otra en el sentido que le señala: “lo tomas o lo dejas”¹³. Esto significa que los clientes no tienen posibilidad alguna de negociar el contenido del contrato, que éste les viene dado de manera inmutable, quedándoles la única opción de contratar o no

¹⁰ Interpretar significa alcanzar la comprensión de unos hechos significativos a través de una actividad razonadora que permite pasar de lo dudoso a lo cierto, de lo desconocido a lo conocido. PUIG BRUTAU, José. Ob. Cit., p. 302.

¹¹ La terminología utilizada en sus inicios fue la de contratos de adhesión; luego fue sustituida por la de contratos por adhesión.

¹² ÁGUILA – REAL, Jesús Alfaro. “*Las condiciones...*”. Ob. Cit., p. 38.

¹³ MESSINEO, Francesco (1979). “*Manual de Derecho Civil y Comercial*”. Trad. Santiago Sentis Melendo, Tomo I, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, p. 422.

contratar; en el supuesto que lo hagan, mediante la suscripción de un formulario uniforme, se dice que el mero hecho de tal suscripción - adhesión - implica la emisión del consentimiento preciso para la formación del contrato, la aceptación de la oferta contenida en ese formulario, una acuerdo de voluntades suficiente para vincularlo contractualmente, puesto que demuestra su conformidad con el mismo, su deseo de convertirlo en *lex contractus*, sin que tenga ninguna relevancia el que no haya gozado de la menor oportunidad para discutirlo o, en su defecto, modificarlo¹⁴.

El Tribunal Supremo Español, en su sentencia de 28 de noviembre de 1997, ha calificado de adhesión al contrato “que su esencia y sus cláusulas han sido predispuestas por una parte contratante e impuestas a la otra, sin que ésta tenga posibilidad de negociarlas, hacer contraofertas ni modificarlas, sino simplemente aceptar o no; en éste se mantiene la libertad de contratar, esto es, la libertad de celebrar o no el contrato, pero no la libertad contractual, es decir, la libertad de ambas partes, no de una sola, de establecer las cláusulas que acepten mutuamente”¹⁵.

En la adhesión, entonces, más que una negociación hay una imposición del contenido del contrato por una de las partes a la otra. En esta línea, el Código civil peruano, en su art. 1390, estima que “el contrato es por adhesión cuando una de las partes, colocada en la alternativa de aceptar o rechazar íntegramente las estipulaciones fijadas por la otra parte, declara su voluntad de aceptar”.

¹⁴ ÁGUILA – REAL, Jesús Alfaro. “*Las condiciones...*”. Ob. Cit., pp. 156.

¹⁵ *Ibidem*.

El contrato por adhesión, que coloca al consumidor ante la alternativa de aceptar o rechazar el contenido del contrato en su integridad, se encuentra indiscutiblemente vinculado a la sociedad de consumo, y ésta, a su vez, se encuentra relacionada, de manera semejante, a la gran empresa y a la tendencia contemporánea de producir bienes y servicios en serie. La circulación de este tipo de bienes y servicios no encajan en las estructuras tradicionales de negociación; la contratación en masa requiere otro ritmo negocial para poder operar en el mercado; esto es, requiere de formas ágiles y dinámicas de contratar, y ésta se logra a través de contratos en serie, severamente rígidos e inmodificables en su formulación¹⁶.

2.2.1.3. Noción de cláusulas generales de contratación

El otro medio muy utilizado en la comercialización masiva de bienes y servicios, son las cláusulas generales de contratación. Estas cláusulas, que representan una respuesta audaz e inteligente al reto que plantea el crecimiento asombroso de la contratación en masa¹⁷, no surgieron en el tráfico jurídico de pronto, como una creación caprichosa de sus autores, sino que tuvieron que esperar la existencia de ciertas circunstancias económicas que hicieran imprescindible su concurso.

Tales circunstancias deben ponerse necesariamente en conexión con el fenómeno de la revolución industrial, origen indiscutible, desde el punto de vista

¹⁶ LEYVA SAAVEDRA, José (2001). "*Factoring*". En: Tratado de Derecho Privado, Vol. III, Legal Book's, Lima, p. 135.

¹⁷ DE LA PUENTE LA VALLE, Manuel (2000). "*Cláusulas generales de contratación*". En: Contrato y Mercado, Gaceta Jurídica, Lima, p. 42.

histórico, de la aparición de las cláusulas generales¹⁸. La evolución de la economía moderna hace tiempo que ha generalizado su uso, de manera que difícilmente hoy podríamos sustraernos, al menos en muchos casos, a esta fina forma de contratación, producto de la feliz combinación de los contratos paritarios con los contratos estipulados por adhesión. Esto no implica, sin embargo, que su empleo masivo por parte de los operadores económicos haya sido uniforme en todos los ámbitos ni tampoco en todos los países, pues ello depende del grado de concentración de las actividades productivas y de distribución.

En cualquier caso, hoy por hoy las cláusulas generales constituyen una institución autónoma dentro del Derecho de obligaciones con su propia dinámica y régimen jurídico. El campo propio de las mismas puede referirse tanto a las relaciones entre empresarios y consumidores como a las que se establezcan solamente entre empresarios o profesionales.

Las cláusulas generales de la contratación, función básica e inicial de las condiciones generales de la contratación es permitir la contratación en serie, de manera que se puede dar salida al mercado, con el mínimo coste posible, a la producción de las empresas modernas¹⁹. La utilización de un formulario rígido, algunas veces modificable y susceptible de negociación por las partes, da lugar a una simplificación tal en el proceso negocial que permite que se puedan concluir una gran cantidad de contratos en un lapso mínimo de tiempo y con la

¹⁸ ROPPO, Enrique. Citado por LEYVA SAAVEDRA, José. Ob. Cit., p. 43.

¹⁹ Tanto la doctrina como la legislación comparadas, conscientes que esta forma de contratar trae como consecuencia la limitación de la autonomía de la voluntad, han elaborado todo un conjunto de controles (judicial, administrativo y legal), que se ponen en práctica antes o después de la celebración del contrato, con el único propósito de evitar que se coarte o elimine la voluntad libre de la otra parte contratante. ÁGUILA – REAL, Jesús Alfaro. “*Las condiciones...*”. Ob. Cit., pp. 156.

intervención de un número muy reducido de vendedores o agentes, lo que permite progresar un paso más en las economías de escala²⁰.

En la legislación comparada se han propuesto varias definiciones de cláusulas generales de contratación. Por ejemplo, la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación española, en su art. 1, dispone: “Son condiciones generales de la contratación las cláusulas predisuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de la mismas, en su apariencia externa, de su extensión y de cualquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos”.

Por su parte, el Código civil peruano, en su art. 1392, señala: “Las cláusulas generales de contratación son aquellas redactadas previa y unilateralmente por una persona o entidad, en forma general y abstracta, con el objeto de fijar el contenido normativo de una serie indefinida de futuros contratos particulares, con elementos propios de ellos”.

De los preceptos citados se deducen los rasgos esenciales que caracterizan a las cláusulas generales de contratación, a saber: predisposición, que supone la redacción previa y unilateral por una persona o empresa, no necesariamente por el estipulante mismo, aunque éste asume la responsabilidad de la preformulación²¹; generalidad o uniformidad, en cuanto las cláusulas generales se formulan para ser

²⁰ *Ibíd.* Ob. Cit., pp. 157.

²¹ *Ibíd.*

aplicadas a una pluralidad indefinida de contratos²²; abstracción, ya que las cláusulas generales son elaboradas sin pensar en una relación contractual en particular²³. Este rasgo de abstracción, se ha dicho, concede a las cláusulas generales cierto carácter hermético, rígido o invulnerable, lo que permite al predisponente redactarlas con mayor libertad.

Haciéndose eco de una opinión muy difundida en la doctrina comparada, tanto la norma española como la peruana han omitido considerar la inmutabilidad o rigidez como característica inherente a las cláusulas generales. Esta doctrina estima que el predisponente y el cliente o consumidor, de mutuo acuerdo, pueden modificar, para el caso de un contrato particular celebrado sobre la base de cláusulas generales, algunas de éstas. Amaneciste

Nuestro código civil peruano, en sus arts. 1395 y 1400, contempla la posibilidad que las partes convengan que determinados cláusulas generales no se apliquen a un contrato particular sometido a ellas.

2.2.1.4. Diferencias entre estas formas contractuales

El contrato celebrado por adhesión y el contrato celebrado en base a cláusulas generales, ordinariamente, han sido considerados como dos visiones de un fenómeno único, que es llamado de la primera forma por la doctrina francesa y de la otra por la doctrina alemana, seguida por la italiana y parte de la española.

²² La idea de pluralidad se entronca con la propia razón de ser del uso de las cláusulas generales: la racionalización y el ahorro de costes de la actividad empresarial. DÍEZ-PICAZO, Luis. “*Fundamentos del...*”. Ob. Cit., p. 224.

²³ MESSINEO, Francesco. Ob. Cit., pp. 431 y ss.; DE LA PUENTE LA VALLE, Manuel. “*Cláusulas generales...*”. Ob. Cit., p. 42.

Sin embargo, tal parecer no es correcto, como lo ha puesto de manifiesto la mejor doctrina oportunamente, pues lo peculiar del contrato en base de cláusulas generales no es la adhesión, la que es meramente circunstancial, sino su aptitud para conjugar la celeridad del tráfico masivo con la voluntad individual de cada parte contrayente. A ello obedece la predisposición, la generalidad y la abstracción de las cláusulas generales de contratación²⁴.

Con el contrato celebrado por adhesión se hace referencia a una realidad indivisible, en tanto que con el concepto de cláusulas generales se hace referencia a una realidad divisible, esto es, una realidad que admite la introducción de cláusulas especiales al contenido contractual²⁵. Así lo ha entendido el legislador peruano; explicándose de esta manera la presencia en el Código civil del art. 1390, que define el contrato por adhesión, y el art. 1392, que define las cláusulas generales respectivamente.

Se dice, además, el contrato por adhesión es el fruto del ejercicio del poder. Quien por razones de ocupar una situación de monopolio, de privilegio u otra que conlleve la posibilidad de forzar la voluntad de la contraparte, bajo amenaza de privarla de un bien o servicio necesario para ésta, no vacila en usar el contrato para manifestar ese poder de contratar en las condiciones que él desea. En el caso de las cláusulas generales, por su parte, el predisponente no suele encontrarse en

²⁴ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel (2011). *“El Contrato en General”*, Tomo I, Palestra Editores, Lima, p. 21.

²⁵ Cfr. ÁGUILA – REAL, Jesús Alfaro. *“Las condiciones...”*. Ob. Cit., pp. 155 y ss.; LEYVA SAAVEDRA, José. *“Factoring”*. Ob. Cit., p. 138 y ss. Ambos conceptos hacen referencia a la misma realidad, aunque contemplada desde distintos puntos de vista: la expresión condiciones generales corresponde al punto de vista de la empresa (en cuanto que son los términos por ella utilizados en la generalidad de contratos a estipular), mientras que contratos de adhesión corresponde al punto de vista del consumidor o adherente (puesto que manifiesta su consentimiento contractual simplemente por la adhesión a las condiciones generales, predispuestas por el empresario).

situación de monopolio, ya que la mayoría de veces interviene en una cerrada competencia de suministro de bienes y prestación de servicios, que permite al cliente elegir entre varias empresas competidoras²⁶.

2.2.1.5. Las reglas de interpretación

Los contratos por adhesión y los celebrados a través de cláusulas generales, por responder a un formato distinto de celebración, hicieron necesario que la doctrina y le legislación comparada elaborara pronto un conjunto de reglas de interpretación complementarias a las pensadas para los contratos negociados²⁷; esto es, a las reglas de común intención de las partes²⁸, de buena fe contractual²⁹, de conservación del contrato, por citar algunas. Estas reglas interpretativas, como bien sabemos, son siempre criterios de elección entre una pluralidad de criterios

²⁶ DE LA PUENTE LA VALLE, Manuel. “Cláusulas generales...”. Ob. Cit., p. 45. Según este autor nacional, pese a las citadas diferencias, existe un elemento común al contrato por adhesión y a las cláusulas generales de contratación, y es su rigidez, en el sentido de ser inmodificables. Formulada la oferta del contrato por adhesión o predispuestas las cláusulas generales de contratación, en consecuencia, no cabe introducir variaciones en ellas. Esto no es, en la práctica, del todo cierto, ya que la oferta contractual que contiene cláusulas generales sí admite modificaciones. Las empresas factoras, por ejemplo, habitualmente negocian, con las empresas que le soliciten la celebración de un factoring, algunas de las cláusulas generales que utilizan en sus contratos, y lo hacen pensando en brindarles un mejor servicio.

²⁷ LEYVA SAAVEDRA, José. “Contratos de...”. Ob. Cit., p. 28.

²⁸ Uno de los principios rectores de la hermenéutica contractual, es el que dispone “rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes”. Según este principio, que se asienta en una vieja regla que recomienda tomar en cuenta lo que se quiere más que lo que se dice, la interpretación debe orientarse a indagar y encontrar la real voluntad de las partes contratantes; o como lo llaman los códigos civiles francés (art. 1156), italiano (art. 1362) y español (art. 1281), la común intención de las partes. La indagación o valoración debe hacerse sobre el comportamiento de las partes que presidió la formación y celebración del contrato; esto es, sobre la voluntad histórica, la que sirvió de base para la estipulación del contrato, no la voluntad que las partes puedan tener en un momento posterior. Esta valoración no recae sobre la voluntad u otros elementos psíquicos, sino sobre el contenido contractual, que es un material objetivo de interpretación. Vid. DÍEZ-PICAZO, Luis. “Fundamentos del...”. Ob. Cit., p. 225.

²⁹ Uno de los principios rectores del law in action, no cabe duda, es el principio de buena fe; en sede interpretativa, igualmente, su papel es muy importante, tanto que se le considera la piedra angular en la interpretación de los contratos. No es casualidad, entonces, que se diga que el contrato debe ser interpretado según la buena fe. Este principio tuvo su más amplio desarrollo y aceptación en el ámbito del derecho comercial. En este sector se concebía la buena fe como un estándar de conducta y, como tal, presidía no sólo la ejecución, sino la formación e interpretación del contrato.

revelados por el contrato, las cláusulas, las expresiones o las palabras empleadas en el texto. Cualquiera sea el ángulo de observación, siempre nos encontraremos frente a una pluralidad, que se busca reducir a unicidad. La decisión se funda, pues, en la unicidad.

En cuanto a la naturaleza de estas reglas, contenidas en las normas de interpretación de los contratos y de los actos jurídicos, la mejor doctrina y jurisprudencia italiana, española y peruana la considera como verdaderas normas jurídicas, y no como meros consejos dados por el legislador al juez³⁰. Las reglas hermenéuticas de aplicación específica a las cláusulas generales de contratación son, básicamente, las siguientes: la regla de la prevalencia, la regla de la cláusula más beneficiosa, la regla de la cláusula más importante y la regla de la interpretación contra proferentem³¹. Veamos cada una de ellas.

2.2.1.6. Regla de la prevalencia

Una de las primeras reglas hermenéuticas que ha hecho fortuna en esta sede es la regla de la prevalencia. Según esta regla, cuando exista discrepancia entre el contenido de una cláusula general y el de una cláusula particular habrá de estarse a lo que disponga esta última³². El fundamento de esta regla se encuentra en la idea que las cláusulas particulares reflejan mejor la voluntad común de las partes contratantes que las cláusulas generales.

³⁰ TORRES VÁSQUEZ, Anibal (2007). *“Acto jurídico”*, 3era. Edición, Editorial Idemsa, Lima, p. 342; VIDAL RAMÍREZ, Fernando (2005). *“El acto jurídico”*, 6ta. Edición, Editorial Gaceta Jurídica, Lima, p. 268.

³¹ ÁGUILA – REAL, Jesús Alfaro. *“Las condiciones...”*. Ob. Cit., p. 27.

³² DÍEZ-PICAZO, Luis. *“Fundamentos del...”*. Ob. Cit., p. 412.

Es razonable suponer, pues, que las partes de un contrato conceden mayor importancia a las cláusulas previstas específicamente para ese contrato que a las predispuestas por el empresario para una pluralidad de contratos³³. Al respecto, el Tribunal Supremo español señaló que “las condiciones particulares, en cuanto singular y particularmente concertadas para un contrato determinado, son las que real y verdaderamente revelan la deliberada y manifiesta intención de las partes contratantes, derogando o anulando lo consignado en las condiciones generales”³⁴.

Para la aplicación de esta regla se hace necesario la concurrencia de dos presupuestos: que exista una discrepancia entre una cláusula general y una particular, y que ambas cláusulas gocen de eficacia jurídica. Respecto al primer presupuesto, debemos decir que no es necesario que exista una contradicción directa y abierta, sino que basta con que la cláusula general conduzca a una modificación de los derechos y obligaciones recogidos en el acuerdo individual³⁵.

En cuanto al segundo, diremos que exige que ambas cláusulas en conflicto sean eficaces, toda vez que, como es natural, si una de ellas no es eficaz, el conflicto desaparece. Esto no es sencillo, aunque lo parezca a simple vista, pues no es lo mismo que se declare ineficaz una cláusula general que una cláusula particular. Si la ineficacia afecta a la cláusula general carece de sentido la

³³ ÁGUILA – REAL, Jesús Alfaro. “*Las condiciones...*”. Ob. Cit., p. 30;

³⁴ Tribunal Supremo Español. (Sala Civil 1ª) Sentencia del 18 de enero de 1989.

³⁵ Un par de ejemplos ayudarán a graficar la idea. Como contradicción directa puede servir el siguiente: en una cláusula general se dispone que “no se responde por pérdidas o roturas de las mercaderías” y en una cláusula particular se establece que “la responsabilidad por pérdidas se limitará a \$ 20.00 por kilogramo”; como modificación de los derechos y obligaciones valga el siguiente: en una cláusula particular el subastador declara que el cuadro materia de la subasta es auténtico, en tanto que en una cláusula general se excluye cualquier responsabilidad del subastador en caso de falta de autenticidad, salvo el derecho a devolución de lo pagado en caso que se trate de una falsificación deliberada.

pretensión de aplicar la regla de la prevalencia; en cambio, si la ineficacia afecta a la cláusula particular, la respuesta indudablemente es distinta.

La aplicación de esta regla produce una doble consecuencia: por un lado, la inaplicación de la cláusula general discrepante y, por otro, la aplicación de la cláusula particular. En este último caso, la aplicación sólo se produce si esta cláusula es eficaz; pero esto no significa que ante una cláusula ineficaz haya de aplicarse necesariamente la cláusula general; aquí deberá aplicarse el derecho dispositivo.

Ahora, si las partes no acuerdan nada en particular, se puede suponer, razonablemente, que se ha querido la regulación establecida en las cláusulas generales. Sin embargo, cuando las partes han acordado algo distinto a las cláusulas generales, y aun cuando dicho acuerdo resulte ineficaz, puede tener trascendencia a los efectos de manifestar la voluntad de las partes de no querer la regulación prevista en el clausulado general, de tal forma que ante la ineficacia de la regulación particular estaríamos ante una laguna contractual que ha de ser cubierta, como hemos dicho, con lo dispuesto por el derecho dispositivo³⁶.

En la doctrina se discute acerca de la naturaleza de la regla de la prevalencia; es decir, si es una regla de interpretación o, por el contrario, es una regla de inclusión. La mayoría, sin embargo, se inclina a estudiarla como una regla interpretativa³⁷. Esta situación se refleja en la legislación comparada. Así, por ejemplo, la Ley de Condiciones Generales de la Contratación española la

³⁶ ÁGUILA – REAL, Jesús Alfaro. “*Las condiciones...*”. Ob. Cit., p. 32.

³⁷ *Ibidem*.

contempla como una norma de interpretación (art. 6.1)³⁸; el Codice Civile Italiano, en cambio, la incluye entre las normas sobre formación del contrato (art. 1342); la Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGBG) alemana la coloca entre las normas dedicadas a las cláusulas sorprendentes y a la interpretación de las cláusulas dudosas (art. 4); y el Decreto Ley portugués del 31 de agosto de 1995 la ubica dentro del capítulo que establece las reglas de inclusión.

En suma, la solución ofrecida por esta regla es acertada, toda vez que la cláusula particular es el reflejo de la voluntad común de las partes contratantes; por ende, cualquier cláusula general que se le oponga debe ser sustituida por ella. Aunque la cláusula general haya superado, satisfactoriamente, las reglas de inclusión en el contrato y el adherente haya llegado a conocerla efectivamente, con toda razón habrá de pensar que ha quedado sin efecto en razón de la cláusula particular; una conducta en sentido contrario del predisponente sería considerada opuesta a la buena fe y tendría un efecto sorpresa para la otra parte contratante³⁹.

2.2.1.7. Regla de la cláusula más beneficiosa

Según esta regla, que para algunos traduce una cierta limitación a la regla de la prevalencia, cuando una cláusula general sea más beneficiosa para la parte adherente que la cláusula particular, será aquélla la que se aplicará⁴⁰. Según esto,

³⁸ Según esta norma, “cuando exista contradicción entre las condiciones generales y las condiciones particulares específicamente previstas para ese contrato, prevalecerán éstas sobre aquéllas, salvo que las condiciones generales resulten más beneficiosas para el adherente que las condiciones particulares”.

³⁹ ÁGUILA – REAL, Jesús Alfaro. “Las condiciones...”. Ob. Cit., pp. 158.

⁴⁰ PÉREZ-SERRABONA, José Luis (1993). “El contrato de seguro: Interpretación de las cláusulas generales”, Editorial Comares, Granada, p. 224.

en caso de divergencia entre una cláusula general y una particular, se aplicará la que resulte más beneficiosa para la adherente; ahora, cuando no se puede determinar cuál es la más beneficiosa, prevalecerá la cláusula particular sobre la general⁴¹.

A simple vista, puede parecer que esta regla contradice la regla de la prevalencia de las cláusulas particulares sobre las generales, ya que permite que el acuerdo que representa la cláusula particular pueda verse desplazado por una cláusula general, que probablemente no ha sido considerada al contratar de manera tan específica como aquélla, con lo que sufre la autonomía de la voluntad; a pesar de ello, cabe reconocer que esta regla introduce una eficaz medida de protección al adherente contra prácticas de mala fe del oferente, que pueden llegar al fraude de la ley⁴².

2.2.1.8. Regla de la cláusula más importante

A diferencia de las reglas antes indicadas, que tienen formulación legislativa, la regla de la cláusula más importante es de construcción doctrinal y jurisprudencial⁴³. A tenor de esta regla, frente a la divergencia de dos cláusulas generales, la cuestión debe resolverse a favor de aquella que tenga mayor importancia de acuerdo con la economía del contrato. En el caso que no fuera posible decidir de acuerdo a este criterio, habrá que acudir a la regla contra proferentem y escoger la más beneficiosa para la parte adherente, entendiendo que

⁴¹ ÁGUILA – REAL, Jesús Alfaro. “*Las condiciones...*”. Ob. Cit., p. 312.

⁴² PÉREZ-SERRABONA, José Luis. Ob. Cit., p. 224.

⁴³ *Ibidem*.

la contradicción suscita una duda en la interpretación que no ha podido ser resuelta acudiendo a criterios subjetivos de interpretación⁴⁴.

A diferencia de las reglas de la prevalencia y de la condición más beneficiosa, que tratan de resolver conflictos entre la parte del contrato prerredactada y la establecida de modo específico para el mismo, la regla de la cláusula más importante trata, pues, de resolver las controversias que puedan producirse por el conflicto entre dos cláusulas generales.

Para resolver este problema se han propuesto dos soluciones: una, que consiste en elegir entre las dos cláusulas generales en conflicto, la que sea más particular, sobre la base de que la regla de la prevalencia no sería sino una manifestación de un principio más general según el cual “una regulación relativamente especial prevalece sobre la otra relativamente más general”; y otra, que consiste en renunciar a la extensión analógica de la regla de la prevalencia e indagar en la voluntad de las partes, haciendo prevalecer, cuando sea posible determinarlo, la cláusula general que objetivamente tuviera mayor importancia.

De las soluciones mencionadas, nos inclinamos por la segunda, ya que habitualmente los contratos celebrados a través de cláusulas generales incluyen no sólo previsiones de carácter secundario (verbi gratia, cláusulas sobre incumplimiento, de derecho aplicable, de jurisdicción, etc.), sino también previsiones de carácter primario, que atienden al núcleo de las prestaciones u obligaciones cardinales del contrato. Es evidente, pues, que éstas tienen mayor

⁴⁴ ÁGUILA – REAL, Jesús Alfaro (2000). “*Las condiciones...*”. Ob. Cit., p. 322.

valor en la estructura contractual que aquéllas, por lo que en caso de contradicción entre ambas cláusulas, deben prevalecer las primeras⁴⁵.

En definitiva, con esta regla se trata de otorgar importancia decisiva a las cláusulas de mayor trascendencia en la economía del contrato o a aquéllas que establecen el núcleo central de las prestaciones asumidas por las partes contractuales⁴⁶. Esto tiene asidero práctico, puesto que la parte adherente acostumbra siempre prestar más atención a las cláusulas que fijan el contenido y la naturaleza del contrato.

2.2.1.9. Regla de la interpretación contra proferentem

Una consecuencia de la aplicación del principio de buena fe en sede interpretativa es la regla de interpretación contra proferentem, conocida también como interpretatio contra stipulatorem, contenida en la casi totalidad de códigos civiles vigentes⁴⁷. Según esta regla, que tiene su origen en el derecho romano⁴⁸, “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” (art. 1401 c.c.). Así enunciada la regla parece una sanción a la

⁴⁵ Debe reconocerse que no siempre es fácil decidir a cuál de las dos cláusulas han otorgado las partes contratantes mayor valor, acota ÁGUILA – REAL, Jesús Alfaro (1987). “*La interpretación de las condiciones generales de los contratos*”, En: La Ley, Madrid, p. 46.

⁴⁶ DÍEZ-PICAZO, Luis. “*Fundamentos del...*”. Ob. Cit., p. 413.

⁴⁷ Cabe aquí citar algunos Códigos civiles: el francés (art. 1162), el español (art. 1288), el italiano (art. 1370), el panameño (art. 1139), el uruguayo (art. 1304), el portorriqueño (art. 1240), etc. El texto de los Principios Unidroit contiene una norma referida a este principio, el art. 4.5, que dispone: “Si las cláusulas de un contrato dictadas por una de las partes no son claras, se preferirá la interpretación que perjudique a dicha parte”. El Proyecto de Código Civil argentino de 1988 presenta, igualmente, una norma parecida, el art. 1033.

⁴⁸ ÁGUILA – REAL, Jesús Alfaro. “*La interpretación...*”. Ob. Cit., p. 49.

parte redactora de las cláusulas; sanción que consiste en no ser favorecido con la interpretación del contrato⁴⁹.

Aquí, además, se observa una clara finalidad de protección de intereses impuesto por la buena fe: se protege a la parte adherente contra el posible abuso de la parte causante de la oscuridad de la cláusula. La razón de esta solución debe buscarse no sólo en la usual exigencia, que en esta materia prevalece, de la tutela del adherente, sino también, y quizá esto sea lo principal, en la consideración que la parte predisponente debe redactar las cláusulas utilizando un lenguaje claro, y si no lo hace hay que entender que a la cláusula se le ha querido dar otro significado⁵⁰.

El fundamento de esta regla, que ha encontrado amplia aplicación por la jurisprudencia comparada en la interpretación de los contratos celebrados por adhesión y los estipulados sobre la base de cláusulas generales de la contratación⁵¹, se basa en el principio de autorresponsabilidad del sujeto que realiza una declaración de voluntad. Al realizarla, el sujeto tiene el deber de expresarse claramente, por lo que si no lo hace debe cargar con las consecuencias y consentir que la duda se resuelva en contra suya.

Esta regla establece, por ende, una distribución equitativa del riesgo contractual; lo que significa que la parte adherente, al no haber participado en la

⁴⁹ DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del...*. Ob. Cit., p. 399.

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ Los códigos civiles habitualmente aplican la regla contra proferentem a los contratos por adhesión y a los estipulados a través de cláusulas generales: así, Código civil italiano, art. 1370; español, art. 1288; panameño, art. 1139; puertorriqueño, art. 1240; peruano, art. 1401. Las leyes especiales aplican esta regla sólo a los últimos: así, en España, la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, art. 10, y la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, art. 6.2. Dispone esta regla que “las dudas en la interpretación de las condiciones generales oscuras se resolverán a favor del adherente”.

elaboración de las cláusulas contractuales, no tiene por qué compartir los riesgos de una defectuosa declaración contractual⁵². De acuerdo con esta fundamentación, la regla contra proferentem cumple dos funciones: una, distribuir equitativamente los riesgos de ambigüedad en la declaración, atribuyéndolos al que declara; y otra, estimular al predisponente a expresarse claramente, sancionándolo en caso que no lo haga con una interpretación en su contra.

Para la aplicación de esta regla hay que tomar en cuenta tres requisitos: en primer lugar, que la cláusula sea dudosa⁵³, ambigua u oscura; en segundo lugar, que la oscuridad, ambigüedad o duda sean imputables al predisponente⁵⁴; y, por último, que tanto la oscuridad como la ambigüedad o duda no se hayan podido resolver utilizando las clásicas reglas subjetivas de interpretación del contrato.

La citada regla se utiliza, pues, para dilucidar el sentido de un contrato o cláusula contractual, válida como reflejo de la voluntad común de las partes contratantes, pero que por su oscuridad, ambigüedad o contradicción interna no la expresa con suficiente claridad. En tal caso, si no se puede averiguar su sentido

⁵² ÁGUILA – REAL, Jesús Alfaro. “*La interpretación...*”. Ob. Cit., p. 50.

⁵³ Una cláusula es dudosa, a los efectos de la aplicación de la regla contra proferentem, cuando de su tenor literal o de su aplicación al caso concreto pueden deducirse dos o tres significados razonables. Más concretamente, una cláusula es dudosa, al menos por tres motivos: porque sea “indeterminada”, es decir, porque no delimita con precisión su ámbito de aplicación (el adherente no puede deducir con exactitud en qué casos se va a aplicar la cláusula general y en cuáles no); porque su tenor literal sea “incierto”, esto es, porque el tenor literal de la cláusula no proporciona suficiente información sobre su significado (por ejemplo, la cláusula arbitral que no especifica si el arbitraje es de derecho o de equidad); o porque sea “ambigua en sentido estricto”, es decir, que las palabras empleadas en la cláusula tengan varios significados admitidos. ÁGUILA – REAL, Jesús Alfaro. “*La interpretación...*”. Ob. Cit., p. 52

⁵⁴ En el caso de las cláusulas generales, señala Alfaro, la imputabilidad de la duda al predisponente proviene, bien del hecho de que haya sido él mismo el redactor de la cláusula o, bien que haya sido él quien haya provocado su inclusión en el contrato. Este requisito permite excluir del ámbito de aplicación de la regla los casos en que la duda provenga de una cláusula pactada o de una cláusula general que se limite a reproducir una norma legal. En ambos casos, falta la responsabilidad por la formulación del predisponente. ÁGUILA – REAL, Jesús Alfaro. “*La interpretación...*”. Ob. Cit., p. 55.

por otros medios, se presumirá que el correcto es el que favorezca a la parte que no la redactó para evitar que quien lo hizo pueda llegar a aprovecharse indebidamente de su labor o como forma de atribuirle la responsabilidad de la oscuridad, puesto que pudo y debió haber actuado con mayor diligencia al redactar el contenido contractual⁵⁵.

Esta regla no tiene sentido cuando quien redacta el contrato no lo hace como encargado de expresar el acuerdo alcanzado, sino como acto de predisposición unilateral de su actividad comercial, prescindiendo de la voluntad y expectativas de sus potenciales clientes.

En este caso no es posible buscar una voluntad común, que no existe, sino que debe averiguarse lo que, de acuerdo con la regla de la buena fe, la otra parte contratante creyó que se le ofrecía. No tiene sentido tampoco aplicar esta regla como criterio general de interpretación de las cláusulas generales si éstas no son conocidas efectivamente por la parte adherente; la interpretación de las declaraciones o conductas negociales no se realiza para averiguar el sentido que tienen en sí mismas consideradas, sino en cuanto se dirigen a la otra parte contratante, para averiguar en qué forma pudieron ser conocidas⁵⁶; ahora, si ésta no ha recibido tal declaración, no cabe, en consecuencia, realizar interpretación alguna.

⁵⁵ No se trata aquí de imponer una pena al estipulante, sino sólo de atribuirle la responsabilidad por la oscuridad creada, por lo que sólo se aplicará, como queda dicho en el texto, cuando no se haya logrado desentrañar el sentido de lo acordado por otros medios. LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge. Ob. Cit., p. 140.

⁵⁶ ÁGUILA – REAL, Jesús Alfaro. “*Las condiciones...*”. Ob. Cit., pp. 158.

La aplicación de la regla contra proferentem debe restringirse, en consecuencia, a la aclaración del sentido de las cláusulas que hayan sido válidamente incorporadas al contrato, pero que ofrezcan alguna duda o ambigüedad, sin que sea correcto utilizarlas para corregir los desequilibrios del contrato o como medio para eludir el perjuicio que causen las cláusulas abusivas a la parte adherente, como de manera usual la jurisprudencia, particularmente la española, lo viene haciendo⁵⁷.

Una cuestión que se ha planteado en la doctrina, y que atrae nuestra atención, es si las reglas de inclusión y las de interpretación, particularmente la regla de la interpretatio contra proferentem, chocan entre sí. Como sabemos, las primeras exigen claridad para que las cláusulas generales se incorporen al contrato y las segundas indican cómo deben interpretarse las cláusulas oscuras o ambiguas. Un sector de la doctrina ha ensayado una solución al problema aplicando las reglas de inclusión cuando la falta de claridad sea grave, llegando a la completa incomprensibilidad, y la regla de interpretación para los casos de simple ambigüedad⁵⁸.

Más acertada nos parece la tesis que indica que los requisitos de inclusión se refieren a la forma de las cláusulas generales (letra minúscula, redacción excesivamente larga, compleja o técnica, etc.), en tanto que la regla de

⁵⁷ En numerosas sentencias del Tribunal Supremo español se hace alusión expresa a que “una jurisprudencia progresiva y en la línea del momento histórico presente (art. 3 C.c.), impone la necesidad de que en la interpretación de esta clase de contratos (se refiere a los de adhesión) se marque en la decidida dirección de evitar abusos... Por ello, la doctrina de esta Sala ha venido proclamando que en materia de dicha especial forma de contratación, los problemas interpretativos han de optarse por la más favorable al asegurado, teniéndose en cuenta la totalidad del clausulado, conforme a los arts. 1281 y 1285 del Código civil, sin olvido del elemento intencional...” [T.S. (Sala Civil 1ª) Sentencia del 27 de noviembre 1991; publicada en Aranzadi, 1991, núm. 8496].

⁵⁸ LEYVA SAAVEDRA, José. Ob. Cit., p. 136.

interpretación tiene que ver con cláusulas generales bien presentadas pero con contenido ambiguo⁵⁹. De otro lado, se ha dicho que si se aplica esta regla con cierto rigor literal su resultado podría llegar a ser más favorable a la parte adherente que la propia realización de sus expectativas.

Esto sucedería, por ejemplo, cuando el lenguaje del clausulado es ambiguo, admitiendo varias interpretaciones alternativas: si se aplica la regla contra proferentem habría que optar por la más favorable a la adherente; pero si ésta no hubiese llegado a tener expectativa alguna en tal sentido, por haber entendido la cláusula dudosa en un sentido diferente, coincidiendo con la parte predisponente, o porque hubiesen tratado particularmente dicha cláusula o conociese el sentido que tenía por otras razones, se llegaría al absurdo de concederle una ventaja que no esperaba obtener cuando firmó el contrato. En estos casos, en que la ambigüedad de la cláusula es sólo formal y no subjetiva, lo correcto es que no se aplique la regla hermenéutica para que prime lo realmente esperado por la parte adherente.

En suma, la regla de interpretatio contra proferentem debe utilizarse sólo cuando existe una duda sobre el sentido de una cláusula contractual que no haya podido ser aclarada por las demás reglas de interpretación subjetiva. No es admisible, en consecuencia, que se la utilice para lograr resultados más justos por medio de la corrección de lo que realmente se acordó, aprovechándose de una redacción ambigua pero bien entendida por las partes contratantes, porque para eso existen otros instrumentos jurídicos más apropiados; tampoco que se la utilice

⁵⁹ PÉREZ-SERRABONA, José Luis. Ob. Cit., p. 225.

indiscriminadamente para conceder una ventaja a la parte adherente cuando ésta no era realmente esperada⁶⁰.

Por último, algunos apuntes sobre el Proyecto de reforma del Código civil peruano, que ha considerado la modificación del art. 1401, regulador de la regla que es materia de nuestro estudio, en los siguientes términos: “En caso que las cláusulas generales de contratación y las estipulaciones de las ofertas de los contratos concertados por adhesión fueran oscuras o ambiguas, se entenderán en el sentido del artículo 170, pero si, no obstante, continuaran oscuras o ambiguas, se considerará que favorecen a la contraparte del predisponente”⁶¹.

La propuesta, que debería tener una mejor redacción, en nada modifica la ratio essendi del texto vigente de la regla de interpretación contra proferentem, que dispone que las cláusulas generales dudosas o ambiguas deben interpretarse en contra del que las elaboró, mandó elaborar o incluyó en el contrato.

2.2.2. La Libertad Contractual

2.2.2.1. Nociones preliminares

La naturaleza libre y social del ser humano es el fundamento de la autonomía privada y por ende de la libertad contractual, sin embargo la dimensión social de esa libertad precisa que tal autonomía no es absoluta, sino limitada. En ese orden de ideas, la especie (libertad contractual), debe participar del género

⁶⁰ LEYVA SAAVEDRA, José. Ob. Cit., p. 136.

⁶¹ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. “*El Contrato...*”. Ob. Cit., p. 234.

(autonomía de la voluntad), justificándose así el carácter relativo de la libertad contractual y los límites que se proponen enseguida.

El estudio de los límites de la libertad contractual debe responder a una visión sistemática y coherente no sólo de las normas del Código Civil, sino del conjunto de normas y principios, usos y costumbres que regulan la contratación privada y que puede denominarse como “el Sistema de Contratación Civil”. La concepción tradicional del contrato y la libertad contractual ha permitido, que la contratación privada sea entendida únicamente en el ámbito del Código Civil.

2.2.2.2. Regulación de la libertad contractual.

La autonomía privada, en nuestro sistema jurídico, se sustenta en el principio constitucional de que “nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe”⁶², y sus manifestaciones más importantes en el Sistema de Contratación Civil son la libertad de contratar y la libertad contractual⁶³.

2.2.2.2.1. La libertad de contratar.

Denominada también libertad de conclusión. Se la define como “...potestad que se concede a cada persona de contratar o no y, en caso de hacerlo, para elegir la persona del otro contratante”⁶⁴. Es decir, la libertad de contratar otorga a los particulares el derecho de decidir cuándo, cómo y con quién contratar. La

⁶² Artículo 2º inc. 24 párrafo a. de la Constitución Política del Perú de 1993

⁶³ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. “*El Contrato...*”. Ob. Cit., p. 272

⁶⁴ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos (2000) “*El supuesto de la autonomía de la voluntad*”. En: Gaceta Jurídica. Revista de Actualidad Jurídica, Tomo 75-B, Lima, p. 16.

Constitución la regula en su artículo 2º inc. 14, como el derecho que tiene a contratar con fines lícitos, siempre que no se contravenga leyes de orden público.

Según el profesor Sessarego “La libertad de contratar está, naturalmente, en función de la libertad y del derecho de los demás. Desconocer esta realidad equivale a negar la calidad ontológica del ser humano, lo que significaría sostener, erradamente, que existen derechos subjetivos absolutos”⁶⁵.

2.2.2.2.2. La libertad contractual.

La libertad contractual o libertad de configuración interna⁶⁶, es la facultad de determinar libremente los términos y condiciones de un contrato y en cuanto se fundamenta en la libertad de la persona, ésta no es una facultad absoluta, sino limitada por el respeto de la libertad, intereses y expectativas de los demás.

El sustento de la libertad contractual está también en el principio constitucional de la autonomía de la voluntad regulada en el artículo 2º inc. 24 párrafo a), además está determinada por los alcances del artículo 62º de la Constitución y el artículo 1354º del Código Civil, ambas disposiciones deben ser entendidas a la luz del carácter relativo de los derechos subjetivos que postula el humanismo jurídico, según el orden público económico y los principios de la Teoría General del Contrato.

El humanismo jurídico en la contratación, postula que un sistema de contratación civil tiene sentido sólo si sirve de instrumento para que la persona

⁶⁵ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. “*El Contrato...*”. Ob. Cit., p. 264.

⁶⁶ DÍEZ-PICAZO, Luis. “*Fundamentos del...*”. Ob. Cit., p. 99.

pueda realizar sus ideales, intereses, fines y aspiraciones. “En este contexto, el contrato, aparece como uno de los medios de realización de la persona en la vida social”⁶⁷.

2.2.2.2.3. Crisis del contrato o crisis de los límites de la libertad contractual.

Se ha escrito mucho sobre la crisis de la contratación clásica, sin embargo, no es verdad que exista una crisis del contrato sino más bien es un problema de delimitación de la libertad contractual, es decir, el problema radica en señalar sus límites de tal manera que no sean tan amplios que otorguen facultades excesivas ni tan angostos que lleguen a suprimir la propia autonomía privada⁶⁸. Así en lo concerniente a los límites de la libertad contractual, como en lo referente a la autonomía privada, es claro que ésta no ofrece dificultades pues es fácil comprobar que no es un principio absoluto, de ahí que la crisis de la autonomía privada sea un problema de límites.

A pesar que el Código Civil de 1984 ha avanzado relativamente respecto de la concepción clásica del contrato aceptando la relatividad de los principios clásicos al admitir la intervención judicial y administrativa, regular la lesión, la excesiva onerosidad y la invalidez de las cláusulas abusivas, nuestra jurisprudencia sigue sosteniendo por ejemplo que el único límite del principio “pacta sunt servanda” es la excesiva onerosidad.

⁶⁷ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. Ob. Cit., p. 16.

⁶⁸ Ibidem.

La libertad contractual, entendida como la facultad de determinar libremente el contenido de los contratos, se ha visto seriamente afectada; en primer lugar, porque en el caso de los contratos de adhesión y aquellos celebrados mediante cláusulas generales está seriamente desproporcionada. En segundo lugar, porque la regulación de los contratos masivos afecta seriamente el “status” jurídico de las partes contratantes, pues estos ya no actúan en igualdad de condiciones, es decir, el contrato paritario negociado por dos partes ya no existe más.

Por otro lado, el Código Civil revela, en el caso de los contratos masivos, la necesidad de proteger a la parte no predisponente del contrato por adhesión o de cláusulas generales, es decir se protege al débil contractual. Así el Código Civil autoriza la revisión de los contratos en vía judicial y limita la libertad contractual declarando la invalidez de las cláusulas vejatorias.

Es indudable que estas limitaciones se basan en el valor primordial que significa la persona para las relaciones económicas y las diferentes manifestaciones de la crisis de la teoría clásica del contrato, expresan la existencia de otros valores además del orden público o el “pacta sunt servanda”.

Creemos que, el valor de la persona, el orden público económico, la relevancia del “status” contractual de las partes contratantes, la solidaridad en las relaciones económicas y la protección del débil contractual, constituyen normas que sustentan y justifican nuevos límites de la libertad contractual, tema que veremos enseguida.

2.2.2.3. Nuevos límites de la libertad contractual

2.2.2.3.1. El valor de la persona

Bajo los supuestos del normativismo como teoría que explica la obligatoriedad de los términos contractuales que se crean en virtud de la libertad contractual, sus límites se fundamentan en la existencia de normas imperativas de orden público y básicamente en la soberanía del Estado para regular la libertad contractual.

Ello nos lleva a pensar que depende del Estado que las relaciones entre particulares sean obligatorias. Sin embargo, creemos que esa soberanía del Estado no sustenta de manera satisfactoria el fundamento de los límites de la voluntad contractual, pues si esto fuera verdad el Estado, aun existiendo norma imperativa que lo obligue a regular las relaciones contractuales, podría renunciar a limitar los excesos y arbitrariedades del ejercicio de la libertad contractual.

El humanismo jurídico, en cambio, justifica la autonomía y límites de la libertad contractual en la dimensión social de la libertad de ser humano que el Estado soberano tiene la obligación de reconocer y proteger. El Estado no puede renunciar a proteger a través de sus normas el carácter social de la libertad del ser humano pues ontológicamente esta libertad no es ilimitada. En este orden de ideas indistintamente se trate de un Estado con un régimen económico liberal o un régimen económico socialista, siempre deberá limitar la libertad por la necesidad de proteger la dimensión social de la persona, pues ésta sólo existe y es realmente libre con los demás.

El valor de la persona, es un principio constitucional del derecho peruano, y presupuesto fundamental del humanismo jurídico y en el ámbito de las relaciones patrimoniales sostiene que la persona no es objeto del contrato sino sujeto de derechos subjetivos. Así la libertad contractual presupuesto fundamental en la creación de relaciones patrimoniales encuentra su primer gran límite en el valor de la persona que como hemos dicho constituye principio fundamental del sistema jurídico.

Por ello se entiende que el juez puede declarar aquellas cláusulas contractuales que denigren, o sean vejatorias al valor de la persona que es centro y fin de toda relación jurídica contractual que, aunque no necesita estar regulada en norma expresa de carácter imperativo, debe ser regulada en la parte General del Contrato como norma imperativa que sustente los nuevos límites de la libertad contractual.

Esta idea ha sido adoptada por la Comisión Reformadora del Código Civil argentino⁶⁹, que aunque no lo hace en los mismos términos, pues propone como límite de la libertad contractual el daño al proyecto de vida que es una de las manifestaciones del valor de la persona, nos indica que nuestra propuesta está bien encaminada.

2.2.2.3.2. El orden público económico

Hemos dejado claro que la noción de orden público es relativamente nueva y es la aplicación del orden público general y abstracto a la regulación y ordenación

⁶⁹ ANÍBAL ALTERINI, Atilio (1999). *"Tendencias en la Contratación Moderna"*. En: Gaceta jurídica. Actualidad Jurídica, Tomo 66-B, Lima, p. 26.

de la actividad económica, donde la libertad contractual en la actualidad está teniendo especial protagonismo. El orden público tiene como finalidad servir como norma o principio orientador de la regulación de la libertad contractual, la que en el tráfico económico se ha constituido en una institución indispensable para el intercambio de bienes y servicios en el mercado.

El orden público tiende a evitar que el económicamente débil sea víctima de explotación u opresión por el ejercicio abusivo o desmesurado de la libertad contractual que el empresario o proveedor de bienes y servicios puede generar a través de cláusulas denigrantes o vejatorias o términos contractuales abusivos contra los consumidores o usuarios.

El conjunto de normas y principios del orden público económico sirven de líneas de inspiración sobre los cuales la libertad contractual debe ejercerse en el mercado. El orden público económico como lo hemos dicho está regulado en el Capítulo I, del Régimen Económico de la Constitución Política del Perú y sus principios básicos son:

- a) Principio de libre iniciativa privada (artículo 58°)
- b) Estado promotor de libertad de empresa (artículo 59°)
- c) Pluralidad económica (artículo 60°)
- d) Libre competencia (artículo 61°)
- e) Principios de libre contratación (artículo 62°)
- f) Igualdad de trato a la inversión (artículo 63°)
- g) Defensa del consumidor (artículo 65°)

- h) El principio de equilibrio social (el carácter social de una economía social de mercado, artículo 58º)

Estos principios constitucionales constituyen normas imperativas que la voluntad de las partes contratantes no puede dejar sin efecto y sirven como garantía para el libre ejercicio de la voluntad contractual y como norma general de carácter hermenéutico para la interpretación de los alcances y límites de la libertad contractual.

2.2.2.3.3. El débil contractual

En la contratación moderna, las partes contractuales no son operadores neutros formalmente iguales, como sostiene la teoría clásica de los contratos⁷⁰ donde se regula el contrato negociado por dos partes en igualdad de condiciones, sino que la desigualdad económica obliga a dar relevancia a su “status” contractual.

El Derecho debe proteger al contratante económicamente débil frente a los abusos del económicamente fuerte que puede encontrar en el contrato un instrumento de opresión y explotación. Los principios del orden público económico exigen que en toda relación económica se proteja a la parte más débil del contrato que no siempre es el deudor ni el consumidor aunque generalmente son la parte más vulnerable en una relación contractual.

La idea del débil contractual no es una creación nueva, es un axioma que tiene su origen en el Derecho Romano; y, cualquier oscuridad o ambigüedad de

⁷⁰ Ibidem.

los pactos en el contrato de compraventa, debían interpretarse en contra del vendedor”, sin embargo, ello no quiere decir que la noción del débil contractual está determinada por el principio de “favor debitoris”, pues el deudor puede o no ser la parte débil de la relación contractual, ya que para la noción del débil contractual es determinante el status de las partes originada por la desigualdad económica, y no por los elementos de la obligación.

Aunque “la idea del débil contractual no es una discusión zanjada en la doctrina”⁷¹, se dice que nuestro Código en materia de obligaciones es pro deudor, por lo que es común decir que en materia de obligaciones se aplica el principio de “favor debitoris” que sustentan los principios de: interpretación contra el estipulante y la interpretación a favor del deudor. Como hemos dicho los contratos masivos y la contratación electrónica quiebran la concepción clásica del contrato paritario y restringen el ejercicio de la libertad contractual de una parte a favor de la otra.

Un sistema de contratación moderno, orientado por el orden público económico, el valor de la persona y por el carácter social de una economía de mercado, está en la obligación no sólo de declarar que las partes son jurídicamente iguales sino de procurar a través de mecanismos de revisión judicial o intervención legislativa equilibrar la relación jurídica contractual.

Debe entenderse que la protección del débil contractual no puede confundirse con el criterio de interpretación de “favor debitoris”, pues el débil contractual puede estar tanto en el lado del deudor como en el lado del acreedor, por

⁷¹ *Ibidem.*

ejemplo, según la concepción clásica en un contrato de arrendamiento en donde el arrendatario es el deudor y el locador es el acreedor, los términos contractuales ambiguos se deben interpretar a favor del deudor, sin embargo esto no siempre es así. Según el principio de relevancia del status jurídico de los contratos, se debe proteger a la parte más débil de la relación contractual, que no siempre está en el lado del deudor, veamos esto con un ejemplo.

En el mismo contrato de arrendamiento entre la SUNAT y un jubilado que sólo vive de sus rentas, en donde el acreedor es el jubilado y el deudor es la SUNAT, no podemos decir que en la duda hay que interpretar el contrato a favor de la SUNAT, como se procedería según el criterio de “favor debitoris”. Las partes contractuales no pueden seguir entendiéndose como elementos neutros o formalmente iguales, es imperativo que se regule la relevancia jurídica del “status” contractual de los contratantes y la figura del débil contractual, como límite de la libertad contractual.

2.2.2.3.3. La protección del consumidor

No debemos confundir la noción del débil contractual con la protección del consumidor. La primera es una expresión de la calidad o “status” de las partes contratantes generada por un desequilibrio económico, que expresa dos principios: el “favor debitoris” y la interpretación contra el estipulante en los contratos masivos.

La institución del “débil contractual” es una versión renovada del principio clásico “favor debitoris”, donde el desequilibrio económico entre las prestaciones

cede frente al desequilibrio jurídico, por eso es que la debilidad contractual puede estar en el lado del consumidor, deudor, acreedor, o en el lado del empresario, no importa su desigualdad o igualdad jurídica sino la desproporción económica que exista entre las partes contratantes.

En cambio, la protección del consumidor, son limitaciones normativas que se sustentan en el orden público económico, es decir, en la libre competencia y la defensa del consumidor. Ser consumidor quiere decir participar activamente en el proceso productivo, en el proceso económico. Por lo que debe hablarse de un derecho de los consumidores⁷². El concepto de consumidor implica también la noción de usuarios que adquieren o disfrutan en calidad de destinatarios finales bienes y servicios.

En el Código Civil se protege a los consumidores a través de los mecanismos que restringen la libertad contractual en la contratación masiva, prohibiendo cláusulas vejatorias (artículo 1398º) y sancionando con su invalidez su incorporación en algún contrato, sin embargo, esta no es una limitación nueva en el Código Civil aunque sí lo es respecto de la concepción clásica de la Teoría General del Contrato.

En una economía social de mercado el Estado protege al consumidor a través de dos sistemas. La protección colectiva que se da a través de Instituciones, como Indecopi o las asociaciones de consumidores; y, la protección individual, que tiene su fundamento en la dimensión social de la economía de mercado y se

⁷² D. Leg. No. 716 “Sobre las Normas de protección del Consumidor”, así como el D. Leg. No. 691º “Sobre Normas de Publicidad en Defensa del Consumidor”, vigentes desde noviembre de 1991.

da a través de normas singulares que le reconocen derechos específicos. Al respecto tenemos el Decreto Legislativo No. 691° y 716°, vigente desde 1991, que regula normas en defensa del consumidor, sin embargo, lo que aquí interesa es resaltar aquellas disposiciones que operan como límites de la libertad contractual.

2.2.2.3.4. El derecho a una información completa y exhaustiva

Este derecho constituye un límite a la libertad contractual del empresario en tanto que, si bien éste tiene plena libertad para ofertar sus productos o servicios en los términos y condiciones que mejor le convenga, tiene también el deber de otorgar al consumidor toda la información necesaria para que este pueda tomar una decisión o realizar una elección adecuada. De allí que un contrato masivo o paritario, puede ser ineficaz por contravención a la norma imperativa que protege el derecho a la información del consumidor contenida en art. 5° inc. b y art. 15° del Decreto Legislativo No. 716°.

Por otro lado también serán ineficaces los contratos de compraventa al crédito si el oferente incumple su obligación de informar previamente al consumidor sobre el precio de venta al contado, el importe de la cuota inicial, los intereses, etc. pues contraviene a norma imperativa dispuesta en el artículo 24° del D. Leg. No. 716 y el artículo 4° del D. Leg. No. 691 sobre “Normas de la publicidad en defensa del consumidor”

2.2.2.3.5. Derecho a la no-discriminación

La protección del consumidor se sustenta en la protección jurídica del débil contractual, pues el carácter social de una economía de mercado permite al Estado

proteger a los consumidores que frente a las grandes empresas proveedoras de bienes y servicios están en desigualdad económica por lo que debe garantizar sus intereses económicos, mediante el trato equitativo y justo en toda transacción comercial, y protegiéndolo contra métodos comerciales coercitivos.

El derecho a la no-discriminación de las partes contratantes, como norma imperativa que limita su libertad contractual, tiene su fundamento en la disposición constitucional del artículo 2º inc. 2 que dice “(...) Nadie debe ser discriminado por motivo de (...) condición económica o de cualquier otra índole”.

Existe norma legal, que en el caso de algunos contratos de prestación de servicios, prohíbe la discriminación. Se trata de la Ley No. 26772, promulgada el 17/04/97 y modificada por Ley No. 27270 (27/05/00), que dice “La oferta de empleo y el acceso a centros de formación educativa no podrán contener requisitos que constituyan discriminación, anulación o alteración de igualdad de oportunidades o de trato” (artículo 1º). “Se entiende por discriminación, la anulación o alteración de igualdad de oportunidades o de trato, en los requerimientos de personal, a los requisitos para acceder a centros de educación, formación técnica, que impliquen un trato diferenciado basado en motivos de raza, sexo, religión, opinión, origen social, condición económica, estado civil, edad o de cualquier otra índole” (artículo 2º).

Por otro lado, la libertad contractual del empresario, también está limitada por el deber de equidad que tiene éste al contratar con cualquier consumidor en general, por ello un contrato puede ser ineficaz si existen cláusulas discriminatorias e injustas respecto de los demás consumidores, pues contraviene

la norma imperativa contenida en el artículo 5° inc. d) del D. Leg. No. 716⁷³, modificado por el art. 1° de la Ley No. 27049 (06/01/99).

2.2.2.3.6. Derecho al prepago

Según lo dispuesto por el artículo 5° inc. g)⁷⁴ del D. Leg. 716° el consumidor tiene “derecho a liquidar anticipadamente las cuotas o saldos en forma total o parcial, con la consiguiente liquidación de intereses al día del pago, incluyendo así mismo (sic) los gastos derivados de las cláusulas contractuales pactadas entre las partes”. En este orden de ideas la libertad contractual del estipulante, (empresario o no) en la contratación masiva, está limitada por el deber de liquidar a favor del consumidor cuotas o pagos anticipados y sus respectivos intereses u otras comisiones, cualquier cláusula que limite o restringe este derecho es ineficaz, pues es contraria a norma imperativa dispuesta por la norma legal mencionada.

Es claro, entonces, el carácter imperativo y la importancia de los derechos del consumidor, por ello creemos que estas normas son de cumplimiento obligatorio y que la voluntad de las partes no pueden dejar sin efecto, pues estamos ante intereses difusos por lo que éstas normas operan aún sin la acción de la parte contratante perjudicada ya que pueden ser alegadas por el Ministerio Público, organizaciones de consumidores e Indecopi, para solicitar la revisión judicial del contrato o demandar su rescisión⁷⁵.

⁷³ Art. 5° Los consumidores tienen los siguientes derechos. inc. d).- Inc. d). Derecho a la protección de sus intereses económicos, mediante el trato equitativo y justo en toda transacción comercial; y a la protección contra métodos comerciales coercitivos o que impliquen desinformación o información equivocada sobre los productos o servicios.

⁷⁴ Inciso incorporado en virtud a lo dispuesto por el Artículo 2°.- de la Ley No. 27251, promulgada el 06 de enero del 2000.

⁷⁵ Artículo 82°.- del Código Procesal Civil. Patrocinio de intereses difusos.

Creemos que es importante mencionar lo dispuesto por el artículo 2° del D. Leg. No. 716° que modificado por Ley No. 27251 (promulgada 06 de enero del 2000), declara que “La protección al consumidor se desarrolla en el marco del sistema de economía social de mercado establecido en el Capítulo I, del Régimen Económico de la Constitución Política del Perú, debiendo ser interpretado en el sentido más favorable para el consumidor”.

2.2.3. Autonomía privada y contratación tradicional

2.2.3.1. Contrato Tradicional.

El concepto tradicional de contrato se sustenta en tres pilares básicos y fundamentales: a) el contrato como expresión de la autonomía privada; b) el contrato como acto jurídico celebrado por sujetos que actúan en igualdad de condiciones y con total libertad; y, c) el contrato como vínculo jurídico que obliga a las partes celebrantes al cumplimiento de sus propios términos (*pacta sunt servanda*). Como señala Alfredo Bullard, “el concepto moderno de contrato no es más que un subproducto de la ideología liberal imperante a fines del siglo XVIII y principios del XIX. Se pensaba que la iniciativa individual era el mejor medio para el logro de la auténtica convivencia humana.

Si se dejaba a la libertad actuar, todo sería mejor. Así se acuñan tres ideas centrales, íntimamente ligadas: la autonomía de la voluntad, la igualdad entre las partes y la obligatoriedad del acuerdo...”⁷⁶.

⁷⁶ BULLARD GONZALES, Alfredo (1996) “*Contratación en Masa. ¿Contratación?*”. En: Estudios de Análisis Económico del Derecho, ARA Editores, Lima, pp. 53-54.

El concepto tradicional de contrato corresponde a lo que Fernando de Trazegnies denomina como modernidad, esto es, “una forma concreta de sociedad, que corresponde a la que la tradición occidental ha vivido y desarrollado en los últimos tres siglos,...la sociedad que conocemos como moderna dentro del mundo occidental...”⁷⁷ y que se caracteriza por una exaltación de lo individual y subjetivo, de la libertad y de la racionalidad, de modo que la modernidad termina por configurarse con los ingredientes propios del racionalismo, liberalismo e individualismo.

Luis Díez-Picazo refiere que la concepción moderna del contrato tiene su raíz y fundamento en tres presupuestos ideológicos y sociológicos, “el primero de estos presupuestos es el presupuesto económico de una economía liberal fundada en el lema *laissez faire* y en la idea de que las leyes del mercado y el egoísmo individual actuando en el propio interés son, como dice Adan SMITH, los mejores motores de la felicidad y de la prosperidad de las naciones; el segundo de los presupuestos ideológicos (...) se encuentra en la idea de la sustancial igualdad de las partes contratantes (...) el tercero de los presupuestos ideológicos y socio económicos se encuentra en una época que rinde culto, como ya hemos señalado, a las ideas de la preponderancia de la libertad individual...”⁷⁸

2.2.3.2. Derecho a la libre contratación.

Uno de los pilares fundamentales sobre los que se erige el concepto tradicional de contrato es el de igualdad y libertad jurídica. Así, con relación al

⁷⁷ DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando (1993). *“El derecho civil ante la post-modernidad”*, Editorial Temis, Bogotá, p. 289.

⁷⁸ DÍEZ-PICAZO, Luis. *“Fundamentos del...”*. Ob. Cit., p. 122.

contrato tradicional se ha señalado que en ejercicio de la autonomía privada⁷⁹, los sujetos de derecho tienen libertad para decidir el momento y lugar de celebración de un contrato y elegir a su co-contratante (libertad de contratar), así como establecer el contenido u objeto del contrato (libertad contractual), encontrándose limitada su actuación por el orden público y las buenas costumbres.

El Tribunal Constitucional refiriéndose al derecho a la libre contratación consagrado en el inciso 14) del artículo 2 de la Constitución Política, ha manifestado que es “el acuerdo o convención de voluntades entre dos o más personas naturales y/o jurídicas para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica de carácter patrimonial.

Dicho vínculo -fruto de la concertación de voluntades- debe versar sobre bienes o intereses que poseen apreciación económica, tener fines lícitos y no contravenir las leyes de orden público. Tal derecho garantiza, prima facie: Autodeterminación para decidir la celebración de un contrato, así como la potestad de elegir al co-celebrante. Autodeterminación para decidir, de común acuerdo, la materia objeto de regulación contractual”⁸⁰.

2.2.3.3. Contrato y acuerdo de voluntades.

Se ha afirmado también que el contrato es el acuerdo de voluntades de dos o más partes destinado a la producción de efectos jurídicos patrimoniales, definición

⁷⁹ La autonomía privada es el poder jurídico que el ordenamiento jurídico otorga a los sujetos de derecho para autorregular sus intereses privados a través de la celebración de actos jurídicos y contratos lícitos.

⁸⁰ EXP. N° 0008-2003-AI/TC – LIMA, Sentencia de fecha 11 de noviembre del 2003.

consagrada en el artículo 1351 de nuestro Código Civil⁸¹. Así, se refiere que el contrato es el resultado de la integración recíproca de dos declaraciones de voluntades, unilaterales y recepticias, la oferta y la aceptación, que conforman una declaración conjunta de voluntad común⁸².

De otro lado, se ha indicado que el contrato es el negocio jurídico de autorregulación de intereses privados con contenido patrimonial, resultado de todo un proceso de negociaciones o tratativas, más o menos extensas y complejas - dependiendo del contenido del contrato-, realizadas por sujetos de derecho que actúan en igualdad de condiciones y con total libertad; es decir, en el iter contractual podemos identificar hasta tres etapas: negociación, celebración y ejecución, las mismas que deben desarrollarse en estricta observancia del principio de buena fe⁸³; en consecuencia, la posibilidad de negociar con total libertad y en igualdad las estipulaciones o cláusulas que regirán la relación jurídica patrimonial, constituye la esencia misma del contrato.

2.2.3.4. Costos de transacción en la contratación tradicional

Desde la segunda mitad del Siglo XX, el contrato como tradicionalmente lo entendemos, esto es, como expresión de la actuación de la autonomía privada, de la negociación de sus estipulaciones y de la posterior autorregulación de intereses entre sujetos de derecho libres e iguales, enfrenta una serie de cuestionamientos como consecuencia del surgimiento de la denominada contratación en masa o

⁸¹ Código Civil Peruano, Artículo 1351.- Noción de contrato: “El contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial.”

⁸² DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel (1983). “*Estudios del Contrato Privado*”, Tomo I, Cultural Cuzco, Lima, p. 136.

⁸³ Código Civil Peruano, Artículo 1362.- Buena Fe: “Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes.”

contratación estandarizada, la misma que se caracteriza por la ausencia de previa negociación del contenido contractual, pues las estipulaciones son impuestas por una de las partes en detrimento de la otra.

En una sociedad moderna caracterizada por un cambio en la organización del trabajo y en la producción, esto es, por una estandarización o producción en serie de bienes y servicios que concurren al mercado, la contratación tradicional no responde a las exigencias del mercado pues genera una serie de costos de transacción que pueden incidir en el precio de los productos o servicios. Uno de estos costos de transacción está referido al tiempo, dinero y recursos humanos que se utilizan en la negociación de las condiciones del contrato, etapa fundamental dentro del proceso de formación del contrato tradicional.

La negociación implica invertir tiempo en participar de las discusiones que generalmente anteceden a la celebración de un contrato; asimismo, se dedica tiempo a la revisión de documentos y de los diferentes proyectos de contrato, a efectos de llegar a acuerdos iniciales respecto, por ejemplo, de quien debe asumir la responsabilidad en caso de daños; finalmente, las negociaciones largas, las marchas y contramarchas, la demora en la celebración del contrato, genera también lo que se denomina costo negativo de oportunidad, esto es, la pérdida del rendimiento potencial de los recursos involucrados en la negociación, pues por ejemplo el tiempo que se pierde en negociar impediría obtener beneficios por la realización de la actividad que se pretende iniciar luego de la contratación.

De otro lado, para la celebración de un contrato probablemente se requerirá contar con los servicios de un abogado, que se encargara de revisar la

documentación necesaria para la celebración del contrato y de la redacción del documento contractual, lo cual genera un costo económico representado por el honorario profesional.

Finalmente, dado que la negociación permite a las partes intervinientes expresar con libertad sus ideas, preferencias o intereses, un mismo proveedor tendría que negociar y celebrar contratos sobre los mismos bienes o servicios con cada uno de los potenciales consumidores o usuarios, con condiciones y cláusulas distintas, lo cual encarecería los costos de ejecución de los contratos.

Al respecto señala Bullard, imaginemos al Presidente de la General Motors negociando, bajo la asesoría de un conjunto de abogados, todos los contratos de compraventa de automóviles que celebra la empresa. La burocratización administrativa, el tiempo y recursos perdidos, las demoras en la colocación de los automóviles en el mercado, las dificultades para interpretar y en su caso poder cubrir los posibles incumplimientos de los particulares referidos a relaciones jurídicas de contenido tan diverso, hubieran hecho imposible el eficiente desarrollo que esta empresa ha alcanzado en el presente siglo...⁸⁴.

Como se aprecia, la previa negociación de los términos contractuales encarece el mercado y lo torna ineficiente, de allí la necesidad de reducir los costos de transacción, pues como afirma Bullard, en una sociedad de masas, con un mercado generalizado y masivo, los costos de transacción se multiplican geométricamente en relación al número de transacciones necesarias.

⁸⁴ BULLARD GONZALES, Alfredo. Ob. Cit., p. 56.

Si en cada transacción que se da en el mercado los costos de transacción fuesen elevados, la consecuencia podría ser la inviabilidad del propio mercado. Bienes y servicios como el transporte público, los restaurantes, los seguros, los bancos, los supermercados, los teatros, los cines, las playas de estacionamiento, los colegios, las universidades, los hoteles, los parques de diversiones, los sistemas de ahorro colectivo, etc., no serían viables si no existieran formas de reducir los costos de transacción que los afectan..”⁸⁵.

En consecuencia, el surgimiento de la contratación estandarizada obedece a la necesidad de que en una sociedad de consumo y de economía de mercado, se reduzcan o eliminen los costos de transacción que la contratación tradicional genera y que pueden encarecer el precio de los productos y servicios que se ofrecen en el mercado.

2.2.4. Contrato y relación de consumo

2.2.4.1. El contrato por adhesión y las cláusulas generales de contratación.

Nuestro Código Civil de 1984 no contiene una definición de contrato de consumo, pero si alude al contrato por adhesión⁸⁶ y a las cláusulas generales de contratación⁸⁷, como herramientas jurídicas de contratación en masa. En el

⁸⁵ *Ibidem*.

⁸⁶ Código Civil Peruano, Artículo 1390.- Contrato por adhesión: “El contrato es por adhesión cuando una de las partes, colocada en la alternativa de aceptar o rechazar íntegramente las estipulaciones fijadas por la otra parte, declara su voluntad de aceptar.”

⁸⁷ Código Civil Peruano, Artículo 1392.- Cláusulas generales de contratación: “Las cláusulas generales de contratación son aquéllas redactadas previa y unilateralmente por una persona o entidad, en forma general y abstracta, con el objeto de fijar el contenido normativo de una serie indefinida de futuros contratos particulares, con elementos propios de ellos.”

contrato por adhesión, una de las partes predispone o redacta, en forma anticipada o no, la totalidad del contenido del contrato, y la otra parte solo tiene la posibilidad de adherirse al reglamento contractual o no celebrar el contrato.

Aunque la celebración del contrato no es fruto de la negociación entre las partes, pues no existe libertad contractual del lado de la parte no predisponente, sin embargo se señala que subsiste la libertad de contratar pues no existe la obligación de contratar, salvo el caso de los contratos necesarios por adhesión, como por ejemplo para la prestación de los servicios públicos, en los cuales generalmente existe un solo proveedor del mismo y consecuentemente el consumidor no tiene la posibilidad de escoger entre celebrar o no el contrato, pues si decide no celebrar el contrato estaría renunciando a la posibilidad de contar con ese servicio público esencial para su vida de relación personal y familiar.

Las cláusulas generales de contratación constituyen un reglamento contractual elaborado por una de las partes contratantes, con la finalidad de uniformizar el contenido de futuros contratos que se celebren en base a ellas; adquieren fuerza vinculante y carácter contractual desde que se incorporan al documento contractual, y se caracterizan por su predisposición unilateral y su generalidad, además deben estar redactadas en forma clara, precisa y sencilla, para facilitar su comprensión directa.

Si bien se puede afirmar que a diferencia de los contratos por adhesión, en los contratos con cláusulas generales de contratación es posible excluir o

incorporar cláusulas en interés de la parte no predisponente⁸⁸, sin embargo se debe considerar que “en ambos supuestos contratos (por adhesión y por cláusulas generales de contratación), siempre una parte termina adhiriéndose –en menor o mayor medida- al programa contractual predispuesto por la otra. La adhesión es pues un elemento común de estos contratos, constituyendo su característica principal”.

2.2.4.2. Contrato de Consumo y Relación de Consumo

A diferencia del Código Civil de 1984, en el Código de Protección y Defensa del Consumidor se ha regulado el denominado contrato de consumo señalándose en el artículo 45 que “el contrato de consumo tiene como objeto una relación jurídico patrimonial en la cual interviene un consumidor y un proveedor para la adquisición de productos o servicios a cambio de una contraprestación económica”. La relación jurídica patrimonial a la cual se alude no es otra que la relación de consumo la misma que conforme a lo establecido en el artículo IV del Título Preliminar del Código “es la relación por la cual un consumidor adquiere un producto o contrata un servicio con un proveedor a cambio de una contraprestación económica”.

En el documento denominado “Lineamientos 2006 de la Comisión de Protección al Consumidor”, aprobado por Resolución N° 001-2006-LIN-CPC/INDECOPI, se señala que toda relación de consumo está determinada por la

⁸⁸ Código Civil Peruano, Artículo 1395.- Exclusión de cláusulas generales del contrato: “Las partes pueden convenir expresamente que determinadas cláusulas generales de contratación aprobadas por la autoridad administrativa, no se incorporen a la oferta en el contrato particular que ellas celebran”.

conurrencia de tres componentes: un consumidor o usuario, un proveedor, y un producto o servicio materia de una transacción comercial.

Al respecto, en el artículo IV del Título Preliminar del Código de Protección y Defensa del Consumidor, se define a los consumidores o usuarios como “las personas naturales o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales productos o servicios materiales e inmateriales, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, actuando así en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. No se considera consumidor para efectos de este Código a quien adquiere, utiliza o disfruta de un producto o servicio normalmente destinado para los fines de su actividad como proveedor.

Los microempresarios que evidencien una situación de asimetría informativa con el proveedor respecto de aquellos productos o servicios que no formen parte del giro propio del negocio”; asimismo, se señala que los proveedores son “las personas naturales o jurídicas, de derecho público o privado, que de manera habitual fabrican, elaboran, manipulan, acondicionan, mezclan, envasan, almacenan, preparan, expenden, suministran productos o prestan servicios de cualquier naturaleza a los consumidores”; finalmente se establece que producto “es cualquier bien mueble o inmueble, material o inmaterial, de origen nacional o no” y que servicio “es cualquier actividad de prestación de servicios que se ofrece en el mercado, inclusive de naturaleza bancaria, financiera, de crédito, de seguros, previsionales y los servicios técnicos y profesionales”.

Como se aprecia, en los términos del Código el contrato de consumo es aquél que tiene por objeto la relación de consumo, esto es, una relación

intersubjetiva que vincula a proveedor y consumidor, los mismos que ocupan posiciones o situaciones jurídicas subjetivas, y que constituye “una relación jurídica compleja que comprende una serie de derechos y deberes que van más allá de la adquisición del producto o de la utilización del servicio y que se pueden dar durante o después de dicho acto de adquisición o de utilización”⁸⁹.

Sobre la denominación “contrato de consumo”, es cuestionable que el legislador pretenda explicar esta nueva realidad social, el de las relaciones de consumo, utilizando los esquemas teóricos de la contratación clásica, pues se denomina “contrato” a aquello que claramente no corresponde a las características del contrato tradicional, pues las relaciones de consumo no son fruto de la negociación o del acuerdo libre y voluntariamente alcanzado entre proveedor y consumidor, sino que se caracterizan por ser relaciones jurídicas estandarizadas. Como señala Bullard, la teoría tradicional ha hecho y sigue haciendo, verdaderos malabares para tratar de explicar, dentro de sus categorías, las distintas manifestaciones de este fenómeno. Como dijimos, sigue buscando oferentes, aceptantes, consentimientos, buena fe, etc.

La contratación en masa ha rebasado por completo los marcos de la concepción tradicional de contrato con lo que quedan dos posibles salidas: o le damos al concepto contrato un contenido distinto al de ser un simple acuerdo de voluntades, para poder englobar a la llamada contratación en masa, o creamos una nueva terminología que permita explicar a cabalidad este nuevo fenómeno.”⁹⁰

⁸⁹ ESPINOZA ESPINOZA, Juan (2006). *“Derecho de los Consumidores”*, Editorial Rodhas, Lima, p. 42.

⁹⁰ BULLARD GONZALES, Alfredo. Ob. Cit., p. 56.

2.2.4.3. Relaciones de consumo y reducción de costos de transacción

La contratación de consumo, sea por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación, se caracteriza por:

- a) La predisposición unilateral de las condiciones o estipulaciones, esto es, una sola de las partes -proveedor- prerredacta o predispone anticipadamente o no el contenido de las estipulaciones o reglas de conducta que han de regir la relación de consumo y a las cuales se somete el consumidor o usuario.
- b) La generalidad y abstracción de las condiciones o estipulaciones, pues las mismas se elaboran no pensando en un sujeto en particular, sino en un sinnúmero de consumidores, potenciales usuarios de los productos y servicios, y pretenden incorporarse como reglas de conducta a todas las futuras transacciones o intercambios que un mismo proveedor piensa realizar con un conjunto de consumidores anónimos.
- c) La inevitabilidad de la aplicación o imposibilidad de negociación, pues la aplicación y exigibilidad de las condiciones, estipulaciones o reglas de conducta, en las transacciones que un consumidor pretende realizar con un proveedor, no puede ser evitada si quiere recibir el bien o servicio de que se trate; el consumidor encuentra seriamente limitado y en algunos casos inexistente su poder de negociación de las reglas o estipulaciones que han de regir la relación de consumo.

Precisamente, la estandarización de las condiciones, estipulaciones o reglas de conducta que rigen las relaciones de consumo y por ello relaciones jurídicas

estandarizadas, constituye el mecanismo más importante de reducción de los costos de transacción en que se incurre con la contratación tradicional, pues reducir o limitar la negociación y permitir que los proveedores redacten con anticipación un conjunto uniforme de condiciones, a través de formularios preimpresos u otros similares, que luego serán incorporados y regirán un sinnúmero de relaciones de consumo que surgirán en el futuro, evita que se encarezca artificialmente el mercado.

Los consumidores actuando racionalmente renuncian a su libertad de negociación para reducir así los costos de transacción que las negociaciones tradicionales ocasionan, evitando que los mismos se trasladen probablemente al precio de los productos o servicios que requieran, o impidiendo que se desincentive la fabricación o producción de bienes o la prestación de servicios por la incidencia de costos de transacción.

En consecuencia, la regulación jurídica de los contratos y relaciones de consumo en el Código de Protección y Defensa del Consumidor, obedece a la exigencia de una sociedad de consumo y de una economía de mercado que busca la maximización de los beneficios y la consecuente reducción de los costos de transacción que pueden hacer ineficiente el mercado.

2.2.5. Protección jurídica de los derechos de los consumidores

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)⁹¹, 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.”

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 íntegrum; 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

⁹¹ EXP. N° 3315-2004-AA/TC.

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 principios⁹², 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

⁹² 1. Principio de soberanía del consumidor; 2. Principio pro consumidor; 3. Principio de transparencia; 4. Principio de corrección de la asimetría; 5. Principio de buena fe; 6. Principio de protección mínima; 7. Principio pro asociativo; 8. Principio de primacía de la realidad.

(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.

Estos derechos que 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.

2.2.6. 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 administrativa⁹³ y cláusulas generales de contratación no aprobadas por la autoridad administrativa⁹⁴, señalándose que la eficacia de estas últimas dependerá de su conocimiento efectivo o posibilidad de conocimiento por la parte no predisponente.

Podemos señalar entonces que en el Código Civil se configuro una suerte de mecanismo de control administrativo, estableciéndose además en el artículo 1394

⁹³ 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.

⁹⁴ 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.

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”. 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.⁹⁵

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.

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 servicios⁹⁶. En el caso de los servicios bancarios y financieros, estos también pasaron a ser supervisados por la

⁹⁵ MERINO ACUÑA, Roger (2009). “*El sistema de desprotección al consumidor, apuntes críticos desde la comparación jurídica*”. En: Actualidad Jurídica, Gaceta Jurídica, Lima, p. 12.

⁹⁶ 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-CDOSIPTEL, Cláusulas generales de contratación de los servicios públicos de difusión y de servicios de valor añadido para acceso a internet.

Superintendencia de Banca y Seguros, la misma que conforme a lo establecido en el artículo 349, inciso 8 de la Ley N° 26071, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, estaba autorizada para realizar un control previo de las CGC.⁹⁷

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 1398⁹⁸. Se ha criticado 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

⁹⁷ Al respecto puede revisarse la Resolución SBS N° 325-2001, Aprueban cláusulas generales de contratación aplicables a los contratos de préstamo hipotecario; la Resolución SBS N° 1765-2005 (Noviembre 2005), Reglamento de transparencia de información y disposiciones aplicables a la contratación con usuarios del sistema financiero; la Ley N° 28587 (19.07.2005), Ley Complementaria a la Ley de Protección al Consumidor en materia de servicios financieros.

⁹⁸ Código Civil Peruano, Artículo 1398.- Invalidez de estipulaciones. En los contratos celebrados por adhesión y en las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, no son válidas las estipulaciones que establezcan, a 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 2 del T.U.O. de la Ley de Protección al Consumidor aprobado por el Decreto Supremo N° 006-2009-PCM.

Al respecto, en las Propuestas de Reformas del Código Civil, al proponerse la modificación del actual artículo 1398, se aludía a las CGC sin distinguir entre aprobadas y no aprobadas administrativamente, y se ampliaba el listado de las cláusulas vejatorias a diez (10), introduciéndose una suerte de cláusula general que permitiera calificar como cláusula vejatoria un número mayor de supuestos.

El Decreto Legislativo N° 1045, Ley complementaria del sistema de protección al consumidor, no solo estableció en su artículo 18 una suerte de cláusula general abusiva, sino que además consideramos como no puestas o no pactadas, ciertas cláusulas, condiciones o estipulaciones, que podríamos considerar como vejatorias, y a diferencia del Código Civil, no excluyo de tal posibilidad a las cláusulas generales de contratación aprobadas administrativamente⁹⁹.

En lo que sería un mecanismo de control judicial, en aplicación del artículo 1398 del Código Civil, en caso de existir cláusulas vejatorias o leoninas el Juez tendría la facultad de declarar su invalidez, pero se señalaba que su labor no tendría que limitarse exclusivamente al elenco de cláusulas establecidas en el artículo 1398 C.C., debiendo prevalecer el principio pro consumidor; pero no se

⁹⁹ Ley Complementaria del Sistema de Protección al Consumidor, Artículo 18.- Reglas generales sobre contratos de consumo.- En los contratos entre consumidores y proveedores: ... d. En las cláusulas generales de contratación y en los contratos por adhesión, se tendrán por no puestas las cláusulas que, entre otros, tengan por objeto: (i) Permitir al proveedor modificar unilateralmente las condiciones y términos del contrato en perjuicio del consumidor o sustraerse unilateralmente de sus obligaciones, sin contar con el consentimiento explícito e informado del consumidor; (ii) Establecer la prórroga del contrato sin contar con el consentimiento explícito e informado del consumidor.

precisaba si la declaración judicial de nulidad de la cláusula calificada como vejatoria, afectaba a todo el contrato y aun a los contratos ya celebrados, y si se consideraría no incorporada en los futuros contratos de consumo que se celebrasen. 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.¹⁰⁰

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. Finalmente, 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.

2.3. Definición de términos¹⁰¹

- **Contrato.**- Un contrato, es un acuerdo de voluntades, verbal o escrito, manifestado en común entre dos o más personas con capacidad (partes del

¹⁰⁰ 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...”

¹⁰¹ Cfr. ARCOS TORRES, Luis Miguel (1999). *“Diccionario de Derecho Civil”*, Editorial Comares, Barcelona; FLORES POLO, Pedro (2002). *“Diccionario Jurídico Fundamental”*, Editorial Grijley, Lima.

contrato), que se obligan en virtud del mismo, regulando sus relaciones relativas a una determinada finalidad o cosa, y a cuyo cumplimiento pueden compelerse de manera recíproca, si el contrato es bilateral, o compelerse una parte a la otra, si el contrato es unilateral. Es en suma el contrato un acuerdo de voluntades que genera “derechos y obligaciones relativos”, es decir, sólo para las partes contratantes y sus causahabientes. No obstante, algunos contratos exigen, para su perfección, efectuar una determinada entrega (contratos reales), o exigen ser formalizados en documento especial (contratos formales), de modo que, en tales casos especiales, con la sola voluntad, no basta. De todos modos, el contrato, en general, tiene una connotación patrimonial, incluso parcialmente en aquellos celebrados en el marco del derecho de familia, y es parte de la categoría más amplia de los negocios jurídicos. La función del contrato, en esencia origina efectos jurídicos.

- **Contrato de adhesión.-** Un contrato de adhesión es un tipo de contrato cuyas cláusulas son redactadas por una sola de las partes, con lo cual la otra se limita tan sólo a aceptar o rechazar el contrato en su integridad. Ejemplos claros de contratos de adhesión están dados por los llamados contratos de suministro de servicios públicos (energía eléctrica, agua, gas, telefonía, etc.) o la mayoría de los contratos de seguro y contratos bancarios.
- **Libertad contractual.-** Se concibe como el acuerdo o convención de voluntades entre dos o más personas naturales y/o jurídicas para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica de carácter patrimonial.

Dicho vínculo -fruto de la concertación de voluntades- debe versar sobre bienes o intereses que poseen apreciación económica, tener fines lícitos y no contravenir las leyes de orden público.

- **Consensualidad.-** No es otra cosa que la expresión de voluntad de las partes para adquirir obligaciones y deberes entre sí. Cuando se firma un contrato con una empresa prestadora de servicios públicos, se supone que ha habido un consenso entre las partes sobre las condiciones del contrato, de la prestación de los servicios, de los procedimientos de solución de conflictos, etc.
- **Derechos.-** Un derecho subjetivo es una capacidad que tiene una persona para hacer o no hacer algo, o bien para impeler o impedir a otro a hacer algo. Es la facultad reconocida a la persona por la ley que le permite efectuar determinados actos, un poder otorgado a las personas por las normas jurídicas para la satisfacción de intereses que merecen la tutela del Derecho.
- **Usuarios.-** Un usuario es la persona que utiliza o trabaja con algún objeto o que es destinataria de algún servicio público, privado, empresarial o profesional.
- **Consumidor.-** Es una persona u organización que demanda bienes o servicios proporcionados por el productor o el proveedor de bienes o servicios. Es decir es un agente económico con una serie de necesidades y deseos, que cuenta con una renta disponible con la que puede satisfacer esas necesidades y deseos a través de los mecanismos de mercado.

III. MATERIALES Y MÉTODOS

3.1. Tipo, diseño y régimen de investigación

3.1.1. Tipo de investigación

Correspondió a una investigación mixta: dogmática y empírica o denominada también Jurídica Social, cuya finalidad fue ampliar y profundizar conocimientos sobre el problema de investigación planteado e identificar la causa del problema y proponer alternativas de solución. Así mismo estudiar el comportamiento de las variables de investigación en la realidad, a fin de evaluar su impacto y tratamiento.

3.1.2 Tipo de diseño

Correspondió e a la denominada **No Experimental**, debido a que careció de manipulación intencional de la variable independiente, además no poseo grupo de control ni experimental; su finalidad fue estudiar el hecho jurídico identificado en el problema después de su ocurrencia, sin alteración de los datos que se obtuvieron en el proceso de recolección de datos.

3.1.3. Diseño General

Se empleó el diseño **Transversal**, toda vez que se realizó el estudio del hecho jurídico en un momento determinado de tiempo, es decir, se delimito temporalmente para el periodo 2010.

3.1.4. Diseño específico

Se empleó el diseño **Descriptivo-explicativo**, toda vez que se estudió los factores que generan situaciones problemáticas dentro de un determinado contexto y se explicó el comportamiento de las variables de estudio en la realidad y la dogmática.

3.2. Métodos específicos

Los métodos específicos empleados en la investigación fueron:

Método Dogmático.- Encaminada al estudio e investigación de la doctrina con la finalidad de realizar abstracciones (instrumentos lógicos, inducción, deducción, análisis, síntesis, analogía, comparación), con la finalidad de pulir los aportes de los juristas o lo que aparece en el campo normativo, estudiar las instituciones del Derecho con la finalidad de realizar construcciones correctamente estructuradas y proponerlas para su utilización. El Derecho al estar conformado por instituciones, estos pueden ser explicados para el método dogmático en términos jurídicos sin apelar a consideraciones políticas, ideológicas o éticas. Este método se empleó en nuestra investigación para tratar de entender el problema de investigación a la luz de la doctrina y los planteamientos teóricos de los juristas.

Método hermenéutico. En sentido amplio, éste método trata de observar algo y buscarle significado. En sentido estricto, siempre que los datos o las partes de un todo se presten a diferentes interpretaciones. En ese sentido, siendo nuestro

objeto de estudio susceptible de diversas interpretaciones será necesario para poder hacer la teorización de nuestro trabajo emplear este método.

Método Exegético.- Tiene por objeto de estudio a la norma jurídica y cuya finalidad es captarlas y comprenderlas dirigiéndolas a la idealidad; tiene además las características de ser puramente formal o conceptual, en donde se libere a la Ciencia Jurídica de elementos extraños pertenecientes a otras disciplinas. Este método fue aplicado en nuestro trabajo, al hacer el estudio la de normatividad vigente sobre nuestro problema de investigación.

Método fenomenológico.- Para este método los fenómenos sociales y jurídicos pueden ser objeto del conocimiento mediante la percepción de sus procesos de manifestación en el contexto de la realidad social, hasta el conocimiento de su naturaleza o esencia, que lo distingue de otros hechos o fenómenos en su dimensión histórica, es decir, en sus modificaciones y cambios en el tiempo y en el espacio geográfico y social, las que determinan la validez de las concepciones, normas e instituciones.

Método matemático.- La investigación por su naturaleza mixta, trabajara con datos empíricos que requiere su representación numérica, en consecuencia se empleara las matemáticas para poder representar dichos datos o información – cuantificación numérica-, a lo que la investigación social denomina proceso de matematización de la ciencia.

Método estadístico.- En nuestros días, la estadística se ha convertido en un método efectivo para describir con exactitud los valores de datos económicos,

políticos, sociales, psicológicos, biológicos o físicos, y sirve como herramienta para relacionar y analizar dichos datos. Su finalidad es obtener información, analizarla, elaborarla y simplificarla lo necesario para que pueda ser interpretada cómoda y rápidamente y, por tanto, pueda utilizarse eficazmente para el fin que se desee. El proceso que se seguirá, consistirá de los siguientes pasos: a) Selección de caracteres dignos de ser estudiados, b) Mediante encuesta o medición, obtención del valor de cada individuo en los caracteres seleccionados, c) Elaboración de tablas de frecuencias, mediante la adecuada clasificación de los individuos dentro de cada carácter y d) Representación gráfica de los resultados (elaboración de gráficas estadísticas).

Respecto al proceso o los momentos o fases de la investigación, estos se plasmarán de la siguiente manera:

a) Planteamiento del problema: Comprendió la individualización y descripción del problema, el planteamiento de una hipótesis directriz o de trabajo, y la adopción de métodos para el conocimiento del problema.

b) Construcción: Es la búsqueda de las fuentes del conocimiento jurídico, en ella se observó la fijación crítica de un texto, crítico de veracidad y trascendencia y sobre los datos contenidos veremos la extracción y fijación sobre materiales, sujetos y fuentes y la agrupación de los datos obtenidos. Papel fundamental es la ordenación de las fuentes, la cual puede ser:

- Bibliográficos: Datos sobre las fuentes.

- Bibliografía: Datos sobre autores y/o personas.
- Nemotécnicas: son citas, resúmenes u observaciones sobre materias determinados o que tienen alguna relación.
- Webgrafía: Datos sobre fuentes del internet.

c) Discusión: Donde se realizó la revisión crítica de los materiales obtenidos; se adoptaron tesis y los métodos para su demostración, la tesis conduce a un plan de exposición y reagrupamiento del material según sea el plan proyectado por la síntesis unitaria del desarrollo de la tesis.

d) Informe final: el mismo que fue redactado siguiendo el estilo y técnica del VANCUVER, que es el más adecuado para la presentación de informes científicos en las ciencias sociales.

3.3. Estrategias o procedimientos de recogida, análisis e interpretación de información.

Estrategias o procedimientos de recogida de información

- (1) Para recoger la información necesaria y suficiente para alcanzar los objetivos de la investigación se empleó la Técnica Documental, cuyos instrumentos serán la fichas Textuales y de Resumen.
- (2) Para sistematizar la información en un todo coherente y lógico, es decir, ideando una estructura lógica, un modelo o una teoría que integre esa información, se empleó el Método de la Argumentación Jurídica.
- (3) Para la obtención de información de la presente investigación se realizó a través del método cuantitativo y cualitativo lo que permitió recoger

datos numéricos y opiniones o valoraciones sobre el problema planteado. Es por esta razón que la presente investigación no persiguió la generalización estadística sino la aprehensión de particularidades y significados aportados en las encuestas y sobretodo, en la jurisprudencia y doctrina.

Análisis e interpretación de la información

Análisis de contenido. Cuyos pasos a seguir fueron:

- a) Selección de la información que será estudiada;
- b) Selección de las categorías que se utilizaron;
- c) Selección de las unidades de análisis, y
- d) Selección del sistema de recuento o de medida

Criterios:

Los criterios a que se siguieron en el presente proceso de investigación fueron los siguientes:

- Identificación del lugar donde se buscó la información.
- Identificación y registro de las fuentes de información.
- Recojo de información de la información en función a los objetivos de investigación, empleando técnicas e instrumentos de investigación pertinentes.
- Sistematización de la información.
- Análisis y evaluación de la información.
- Sistematización de la información

3.4. Técnicas e instrumentos.

El recojo de información del trabajo de campo se realizó a través de la Técnica documental, empleándose como su instrumento las fichas, especialmente las literales y de resumen, en base al cual recogeremos la información suficiente sobre nuestro problema de estudio.

También se aplicó la ficha de análisis de contenido para poder realizar el análisis de las jurisprudencias sobre nuestro problema de estudio y poder determinar cuáles son los criterios jurídicos y el tratamiento que han dado los magistrados; para lo cual se delimito las áreas para la recopilación de información que reflejen el actual criterio que están adoptando los magistrados para resolverlos jurídicamente.

Para conocer la opinión de los usuarios de las empresas telefónicas se empleó la Técnica de la Encuesta, cuyo instrumento fue el cuestionario, donde en base a preguntas cerradas se obtuvo sus opiniones, las que fueron sistematizadas en tablas y gráficos estadísticas, y sus respectivas interpretaciones.

Para el estudio de la normatividad se realizó a través de los métodos exegético y hermenéutico, para tener una visión sistemática nuestro problema de estudio. Finalmente para la validación de las hipótesis, se el diseño del Trabajo Operacional, que tiene como objetivos; trabajar con la información vertida por la muestra en el trabajo de campo a fin de procesar esta información con técnicas estadísticas apropiadas que permitan dar confiabilidad y validez al instrumento de medición a efecto de contrastar científicamente las hipótesis.

3.5. Contexto

El lugar donde se desarrolló la investigación fue la ciudad de Huaraz, durante el año 2010.

3.6. Unidad de Análisis o informantes

La unidad de análisis en la presente investigación estará conformada por:

3.6.1. A nivel teórico

Contratos de adhesión, Doctrina, Jurisprudencia y Normatividad.

La estructura de la unidad de análisis estará conformada por:

- **Unidad temática:** consiste en el tema del contenido que se va a analizar: Contratos de adhesión y libertad contractual dentro del marco jurídico vigente.
- **Categorización del tema:** esta es una de las partes esenciales de la metodología, ya que establece y especifica las categorías dentro del análisis: Cláusulas abusivas en los contratos de adhesión y su relación con la libertad contractual.
- **Unidades de registro:** en esta etapa se delimitan y dan curso al análisis de categorías. Aquí se cuentan las apariciones de las referencias, las que estarán delimitadas según los objetivos: Desarrollo doctrinario y jurisprudencial.

3.6.2. A nivel empírico

A. Delimitación de la población

- **Universo Físico:** La delimitación geográfica estuvo constituida por la ciudad de Huaraz.
- **Universo Social:** La población estuvo conformada por 30 usuarios de las empresas telefónicas, que presentaron reclamos.
- **Universo temporal:** El período de estudio correspondió al año 2010, de donde se recolectaron datos para la investigación.

B.- Determinación de la muestra de estudio

- **Tipo:** No Probabilística
- **Técnica muestral:** Intencional
- **Marco muestral:** Usuarios de las empresas telefónicas.
- **Tamaño muestral¹⁰²:** 30 usuarios.
- **Unidad de análisis:** Personas y documentos

3.7. Análisis estadístico de la información

Los datos que se obtengan con los instrumentos fueron ordenados, clasificados, interpretados y representados a través de tablas y gráficos estadísticos de acuerdo al sistema estadístico descriptivo, es decir para determinar la frecuencia y porcentaje de cada uno de los datos obtenidos.

¹⁰² ROBLES TREJO, Luis y otros (2012). “*Fundamentos de la investigación científica y jurídica*”, Editorial Fecatt, Lima, pp. 134 y ss.

IV. RESULTADOS

4.1. El mercado del servicio telefónico en el Perú y la ciudad de Huaraz

4.1.1. Generalidades

La situación actual del mercado peruano de telefonía tiene sus rasgos desde la privatización hasta el presente, fundamentalmente en lo que se refiere al servicio básico telefónico. Empresas peruanas como la Compañía Peruana de Teléfonos (CPT) y la Empresa Nacional de Telecomunicaciones (ENTEL), en los años noventa, fue privatizada por el ex-presidente Alberto Fujimori; lo cual fue positivo ya que incrementó la cobertura para los usuarios permitiéndoles mayor acceso a este servicio.

Sin embargo, dicha privatización también trajo desavenencias por ciertos parámetros que impuso la empresa española TELEFÓNICA INTERNACIONAL S.A. alegando que sólo sería por unos años; uno de ellos está referido al evidente abuso en el cobro de la llamada RENTA BASICA. En términos comparativos, muchos profesionales y políticos han podido demostrar ya las diferencias que existen en este tipo de cobro entre el Perú y los demás países de Latinoamérica, por lo que el Perú ha sido el más afectado con este cobro.

En el contrato de estabilidad jurídica celebrado entre el gobierno del Perú y Telefónica Internacional S.A. de España se señala una renta por el uso de la línea telefónica, que se denomina renta básica; dicho pago ha sido muy elevado por lo que provocó que muchos usuarios peruanos abandonaron dicho servicio debido al cobro excesivo que realizaba dicha empresa en el país.

Otro factor fue el cobro de llamadas por minuto y no por segundo; que fue establecido a modo de beneficio por el gobierno para Telefónica del Perú por un lapso de tiempo, por tanto esto quedaría sin efecto en unos cuantos años; sin embargo, Telefónica anduvo haciendo caso omiso al vencimiento de dicho beneficio y ha seguido, hasta hoy, cobrando por minuto.

Otros casos como mala atención al cliente, cobros excesivos en llamadas, etc. han hecho que la mayor parte de la población peruana esté en contra de Telefónica dado que obtiene ingentes ganancias en el Perú debido al abuso que comete contra los usuarios peruanos.

4.1.2. Antecedentes del servicio telefónico en el Perú

Durante más de ochenta años este sector de las telecomunicaciones fue desarrollado casi exclusivamente por inversores extranjeros, hasta que en 1969 se creó la empresa estatal Entel para proporcionar los servicios telefónicos locales, nacionales e internacionales. Las empresas privadas que hasta entonces operaban en el país fueron nacionalizadas en el año 1970.

En la década de los 70s, el gobierno revolucionario del general Juan Velasco Alvarado decretó una ley de telecomunicaciones que prohibía cualquier tipo de participación privada nacional o extranjera en el sector. Esto ocasionó que con el transcurso de los años se produjera el deterioro de la infraestructura existente debido a la insolvencia económica del gobierno ya que no era capaz de mantener un nivel mínimo de inversión, y además se puso de manifiesto la incapacidad del gobierno para satisfacer la demanda creciente del servicio de telefonía.

En 1993, sólo 2 de cada 100 hogares contaban con una línea de teléfono, mientras que en países con un nivel de desarrollo similar al de Perú la relación era de 11 líneas telefónicas por cada 100 hogares.

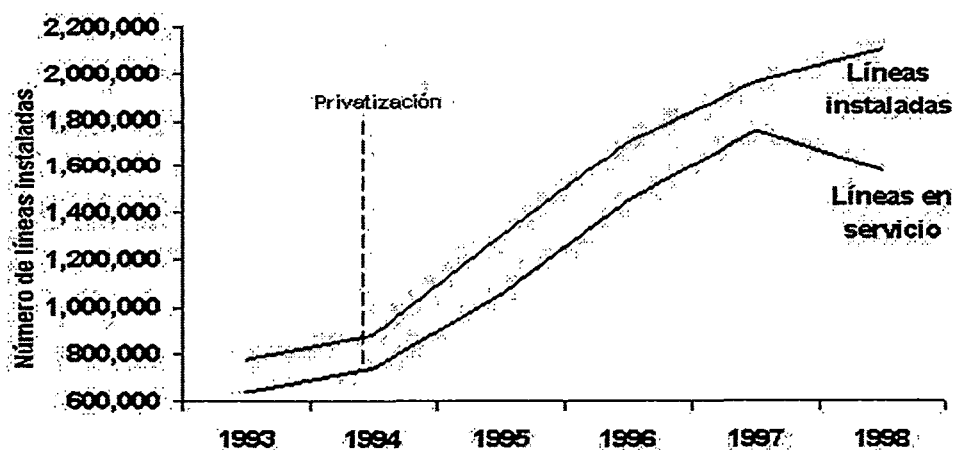
Ante la crítica situación de cobertura, el gobierno asumió que el problema sería resuelto mediante la privatización; por ello, en 1994, el gobierno peruano puso en venta las dos compañías telefónicas existentes hasta ese entonces: la Compañía Peruana de Teléfonos (CPT) que ofrecía servicios de telefonía básica en Lima; y la Empresa Nacional de Telecomunicaciones (ENTEL) que brindaba los servicios de larga distancia nacional e internacional a todo el país y de telefonía local a las localidades fuera de la capital peruana.

El grupo **TELEFÓNICA** de España fue declarado ganador, al ofrecer la cantidad superior de US\$ 2002 millones de dólares, superando el precio base fijado por el gobierno en US\$ 546 millones de dólares; a cambio, de mantener la exclusividad en la provisión de servicios durante 5 años. Ello trajo como consecuencia la fusión de la CPT y ENTEL adoptando el nombre de **Telefónica del Perú** que más tarde pasaría a tener solamente el nombre de **Telefónica**, dando comienzo a la etapa de modernización y reestructuración de los servicios de telecomunicaciones en el Perú. En el mismo año de la privatización se creó la autoridad reguladora, el Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones (OSIPTEL), que gozaría de autonomía de gestión.

La privatización incrementó el número de líneas instaladas en más de 300 por ciento (Ver Gráfica). La disminución en el uso de las líneas telefónicas que se

observa en 1997 se explica a partir del incremento en las tarifas y de la introducción de los teléfonos celulares.

Evolución del número de líneas en servicio y líneas instaladas



Fuente: Red Mexicana de Competencia y Regulación, con datos de Torero,

M., Pascó-Font, A. (2001).

En 1997, el mercado se abrió a nuevos operadores, que participarían en los servicios de telefonía local, larga distancia nacional e internacional y podían utilizar la infraestructura de Telefónica, a cambio de un cargo de interconexión. En ese mismo año **BellSouth** concreta su ingreso al Perú adquiriendo más del 58.7% de participación de la empresa **Tele 2000**; lo cual diversificó de alguna manera el mercado de telefonía móvil en el país. Para 1999 logra obtener la concesión para prestar servicio de telefonía fija; la cual, no se hace realidad hasta el año 2003 por presiones de Telefónica en el gobierno y por el cargo de interconexión que exigía esta. Bellsouth innova con los teléfonos inalámbricos,

pero para el año 2004 su participación en el mercado peruano es comprada por Telefónica.

Antes de ello, en el 2001, había ingresado al Perú la empresa TIM del grupo **TELECOM** de Italia. La empresa TIM ingresa al mercado nacional con la tecnología GSM, tecnología con la cual busca ofrecer menores tarifas por minuto y nuevos servicios, como transmisión de datos y acceso inalámbrico a Internet a través de los teléfonos celulares; lo cual, le permite obtener una gran aceptación en el mercado sobre todo en los jóvenes de 18 a 25 años. Años más tarde la participación del grupo TELECOM de Italia es adquirida por el grupo **TELMEX** de México, el cual crea la empresa **CLARO** en el 2005 y que hasta la actualidad es la mayor competidora de Telefónica en el Perú.

4.1.3. Situación actual del mercado de servicio telefónico en el Perú

Actualmente, en el Perú se está dando el Oligopolio en el servicio telefónico ya que este servicio es brindado por 2 empresas grandes como lo son **TELEFÓNICA** que es una subsidiaria del grupo TELEFÓNICA de España; y **CLARO** del grupo TELMEX de México, si bien hay otra empresa como **NEXTEL** esta no llega a igualar en la variedad de servicios que ofrecen las primeras.

Dichas empresas (**CLARO Y TELEFÓNICA**) son las que dominan el mercado peruano y son las que establecen las tarifas en el servicio de telefonía fija, telefonía móvil, Internet, Operadores de voz, etc.; las cantidades de minutos a los que se tiene derecho ya sea cliente prepago o post pago en el caso de los

celulares, así como en el caso de los planes control de los teléfonos fijos; y, por último, la calidad en los servicios.

En el caso de TELEFÓNICA, esta empresa es la única que brinda el servicio de telefonía fija; sólo compite con la empresa CLARO en el servicio de los teléfonos móviles. Se podría decir que TELEFÓNICA domina el mercado ya que ofrece tanto el servicio de telefonía fija como el de telefonía móvil además de otros servicios; sin embargo, la empresa CLARO, últimamente, está dominando el servicio de telefonía móvil ya que al ofrecer tarifas más bajas que su competidor TELEFÓNICA, ha aumentado su aceptación en gran parte de los consumidores peruanos al punto que hasta la fecha cuenta con una mayor clientela que TELEFÓNICA en el servicio de telefonía móvil. No olvidemos que el mercado de telefonía móvil es uno de los que más ingresos genera en el país.

Por lo manifestado, se puede establecer claramente que el mercado de servicio telefónico, en el Perú, está claramente dominado por 2 grandes empresas; lo cual pone en evidencia un oligopolio en este sector del mercado peruano.

4.1.4. El oligopolio entre las empresas TELEFÓNICA y CLARO

TELEFÓNICA y CLARO son las dos únicas empresas de servicios de telefonía que gozan de la preferencia de la clientela debido a la cobertura que tienen en el país y por la diversidad de productos y servicios que ofrecen. Para el caso de TELEFÓNICA, dicha empresa ofrece el servicio de telefonía fija mediante sus planes tarifarios como lo son El Plan Control y Línea Abierta; y, a través de su empresa MOVISTAR, ofrece el servicio de telefonía móvil mediante

planes tarifarios como lo son Línea Prepago, Línea Post pago y Línea Abierta; así como productos como celulares, microchips, chips y tarjetas prepago.

Para el caso de CLARO, dicha empresa ofrece solamente el servicio de telefonía móvil que es la que mayores ingresos genera. CLARO ofrece dicho servicio mediante planes tarifarios como Línea Prepago, Línea Post Pago y Línea Abierta; así como productos como celulares, chips, tarjetas prepago. Actualmente, se ha convertido en el más duro competidor de Movistar en el servicio de telefonía móvil, gracias a los bajos costos que impuso en su servicio.

TELEFÓNICA como CLARO ofrecen servicios y productos similares; sin embargo, sus precios en llamadas varían y cada empresa cuenta con una “clientela fiel” por lo que en ese sentido no existe un equilibrio. Por tanto se observa que existe un oligopolio de tipo heterogéneo.

En este tipo de oligopolio se aprecia como Claro bajó sus precios para vender más; y, en consecuencia, Telefónica Movistar respondía haciendo lo mismo, pero, a pesar de eso, sólo logró un incremento relativamente pequeño en sus ventas. Esto pone de manifiesto que ambas empresas no se pondrán de acuerdo del todo y por tanto no habrá un verdadero equilibrio, más aun cabe destacar que Claro le lleva cierta ventaja en lo referente a precios impuestos a los minutos.

Existe cierto temor que en un plazo se pueda dar un duopolio, ello atentaría contra las leyes y ambas empresas impondrían precios que les favorezca a ambas.

A continuación se van a exponer diferentes puntos que muestran las diferencias entre los productos y servicios que ofrecen CLARO y TELEFÓNICA respectivamente.

4.1.5. Diferenciación del producto y servicio entre claro y telefónica

En un oligopolio no solamente se compete con otros elevando o disminuyendo el precio de los bienes y/o servicios, sino también con 2 factores fundamentales como son variedad y calidad como es el caso de estas 2 empresas.

VARIEDAD.

Telefónica y Claro brindan una amplia variedad en sus productos y servicios que les permite diferenciarse y por ende obtener ganancias significativas; a su vez, ambas empresas buscan tener los mejores proveedores para satisfacer las demandas y preferencias subjetivas del consumidor. Por ello es que cada una de ellas busca obtener una ventaja competitiva respecto del otro y así lograr un mayor posicionamiento dentro del mercado.

a. SERVICIOS

Telefónica brinda el servicio de telefonía fija y móvil con cobertura en todo el país, Speedy para Internet, entre otros.

En tanto Claro no ofrece mucha gama sobresaliente en lo respecto a servicio a todo el Perú pero va en aumento las coberturas geográficas a los que falta llegar pero si ofrece una comunicación más rápida y baja en precios en el sector local, nacional e internacional.

Ambos brindan el servicio de asesoría al cliente variedad de planes tarifarios para los equipos móviles en post pago.

Se hace alusión a este rubro de servicios en que en este sector la competencia se centra más para Claro ya que al buscar la cobertura para todo el Perú hace que los clientes del interior del país apuesten por Telefónica Movistar, quien ya lleva tiempo brindando este servicio; pero una vez llegado CLARO a constituirse en todo el país, por la ventaja de sus precios, será una competencia mucho más dura ya que las poblaciones más alejadas de la capital, por sus ingresos económicos, optarán por aquella empresa que le ofrezca el servicio a bajos costos y de calidad. Si bien Telefónica Movistar cuenta con mayores servicios, la rentabilidad para ambas empresas está en los teléfonos móviles.

b. EQUIPOS CELULARES

La población tiende a cambiar de equipo celular cada cierto tiempo y siempre por uno mejor al anterior, por ello que Claro mantiene una ventaja sobre Telefónica en ventas ya que cuando era TIM introdujo la tecnología GSM en el país y por tanto todos los equipos Claro llevan “chip” pues por este mecanismo no se pierdan la información al cambiar de equipo; ante esta situación Telefónica Movistar copia años más tarde la estrategia y empieza a lanzar al mercado equipos similares.

c. PROMOCIONES (MARKETING)

Uno de los sectores más complejos, costosos, impredecibles para Telefónica como para Claro pero también beneficioso porque una mala estrategia en

propaganda de uno de ellos beneficiara automáticamente al otro. Es en este sector donde ambas empresas hacen uso de sus mejores estrategias para atraer al cliente; entran a competir en las publicaciones televisivas, radiales, volantes, etc. pero resulta ser más eficiente las constantes promociones que se realizan como:

Al usar una tarjeta Claro con saldo de 30 soles se duplica para llamar a celulares claro y teléfonos fijos; por otro lado, Telefónica superó la oferta ahora al usar una tarjeta Telefónica Movistar de 20 soles se duplica para hacer llamadas a celulares y teléfonos fijos, y con una de 30 se triplica para realizar llamadas a celulares y fijos.

También se recurre a sorteos en fechas calendario; auspiciando a Instituciones importantes: contratando artistas, servicios de timbrados, fotos para el teléfono móvil como fotos en tarjetas prepago, etc. Como por ejemplo está el cantante Gianmarco publicitando a Claro, mientras que el cantante Pedro Suarez Vertíz y el grupo Libido publicitando a Movistar.

Otro ejemplo está en que Telefónica otorga tarjeta 147, Hola Perú y Tarjeta Prepago para celulares, pero Claro se beneficiaba más en las ventas al publicar las tarjetas de celulares con fondos de las producciones cinematográficas nacionales; mientras que Telefónica Movistar responde impregnando fotos alusivas a la cultura, monumentos e instituciones peruanas.

CALIDAD

La calidad es una de las variables más reclamadas por los clientes y que siempre va acompañada por bajos precios que la clientela a espera.

a. SERVICIO

La calidad en el servicio es experimentada por la clientela; por tanto, es la que determina la preferencia del público hacia una determinada empresa.

En este punto de la calidad ambas empresas aun no llegan a satisfacer del todo al cliente, hasta se extraña a una empresa como BellSouth, absorbida en el Perú por Telefónica, quien si brindaba un servicio de calidad.

Telefónica y Claro hasta el presente no solucionan todavía las interferencias, bullidos y la falta de claridad en la comunicación de móviles más aún si llamada es de distancia.

b. EQUIPOS CELULARES

La calidad en los equipos tienen que ver más con los proveedores de Telefonía Movistar y Claro.

Cada una de ellas impulsa campañas mayores de voces financiados por las marcas de los equipos ya que dichas empresas dependen de los proveedores para obtener una mayor participación en el mercado satisfaciendo los gustos subjetivos de los consumidores y ofreciendo equipos de alta tecnología como lo último en innovación como cámara de fotos, mp3, etc. pero también los proveedores de equipos como Nokia, Motorola, Samsung, etc. dependen de las empresas de telefonía para poder subsistir en el mercado.

Un ejemplo de ello lo podemos observar cuando Nokia lanza al mercado un modelo con cultura tecnológica a través de Telefónica Movistar generando altos

ingresos. Claro contrarestando a ellos lanza un modelo de celular de mayor capacidad de almacenamiento en memoria como es el Sony Erickson.

Ambas empresas buscan la mejor fusión de buenos servicios y productos de buena calidad; la intersección de ambos hará que el cliente escoja la mejor alternativa.

4.1.6. El servicio de telefonía fija: El descontento popular hacia telefónica

Previamente a la privatización, el esquema de tarifas fijado por el gobierno peruano, a través de ENTEL y la CPT, estaba sujeto a criterios políticos. Mientras que el análisis técnico sugería incrementar los precios, el gobierno optaba por mantener la distorsión en el servicio y asegurar el apoyo de sus beneficiarios, obstaculizando la recuperación de los costos del servicio.

En 1994, con el ingreso de Telefónica al país se dio inicio al Programa de Rebalanceo Tarifario. Mecanismo diseñado para que las tarifas se nivelen en forma gradual con los costos de cada servicio, incluyendo una utilidad razonable que permita a la empresa operadora expandir la red y mejorar la calidad del servicio brindado a los usuarios; para la conexión en el SERVICIO DE TELÉFONO FIJO LOCAL renta mensual en el caso residencial debía ser de 8.00 nuevos soles para febrero de 1994, 10.97 nuevos soles para 1994, 14.06 nuevos soles para 1995, 18.64 nuevos soles para 1996, 25.29 nuevos soles para 1997, y 31.93 nuevos soles para 1998.

Telefónica incrementó los precios de renta mensual para los usuarios, eliminó los subsidios cruzados entre llamadas de larga distancia nacional e internacional y disminuyó en términos reales el costo de las llamadas locales. (Ver Cuadro 1) Asimismo, estableció un precio de contratación mucho más bajo, lo que permitió la eventual expansión de los servicios a un número mayor de usuarios.

La reestructura en el esquema tarifario permitió recuperar los costos de la provisión del servicio e incrementar tanto los márgenes de ganancia como los recursos disponibles para inversión. Como consecuencia, aumentaron la productividad, la rentabilidad y las ganancias en eficiencia. Mientras que el tiempo de espera para la instalación de una línea telefónica era de 118 meses en 1993, tras la privatización era pasó a 33 meses y en 1998 esta cifra se ubicó en tan sólo a 1.5 meses. Se da un significativo incremento en el acceso al servicio telefónico, lo que implica que existe un importante número de usuarios que antes no podían acceder al servicio pese a que estaban dispuestos a pagar por él, y; sin embargo, ya disfrutaban del servicio. Ahora, estas personas sí pueden acceder a la comunicación telefónica y, por consiguiente, obtienen un mayor bienestar.

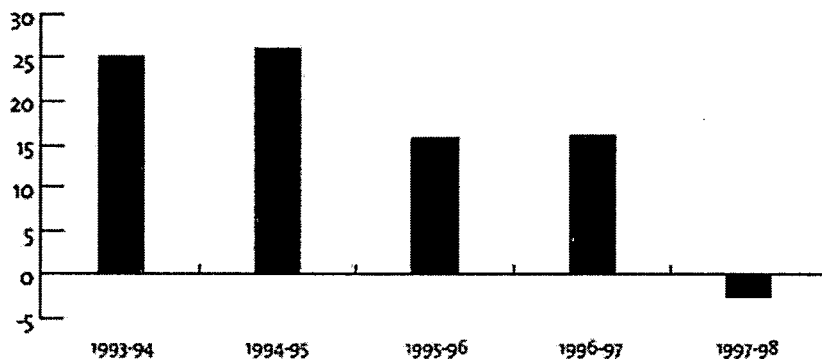
El rebalanceo tarifario; es decir, la reducción del costo de las llamadas locales y de larga distancia mientras se incrementaba la renta básica, establecido durante el periodo de concurrencia limitada, cumplió su objetivo de reducir gradualmente las distorsiones de precios. Pero hacia 1997, el continuo incremento de la renta básica afectó el bienestar de los consumidores; en especial, el de los estratos de menores ingresos, que no se beneficiaban de la reducción en los precios de las llamadas de larga distancia debido a su reducido consumo. Esto

condujo a que el nivel de bienestar derivado del acceso al servicio telefónico no mantuviera su tendencia de crecimiento. Entre 1997 y 1998 se dio una caída general del excedente del consumidor, que quiebra la tendencia de crecimiento acelerado que se ha observado desde 1993. Esto se debió a que:

- La renta básica se había incrementado sustancialmente en comparación con otros países de la región
- El precio de las llamadas locales no había alcanzado aún niveles competitivos.

Crecimiento del excedente del consumidor desde la privatización: Lima

Metropolitana



(en millones). Fuente: TORERO et.al.(2000)

En el cuadro podemos observar que hacia 1997 se había registrado un significativo crecimiento en el acceso a telefonía básica en Lima Metropolitana, pero entre el periodo de 1997 y 1998 se pone en evidencia un decrecimiento.

TELEFÓNICA obtuvo un beneficio de cobrar por minuto de servicio y no por segundo el cual se halla establecido en el Anexo 1 del Decreto Supremo N.º

021/98-MTC, en el contrato realizado entre dicha empresa y el gobierno peruano. Este beneficio fue establecido el 1ro de agosto de 1998 y caducaba en agosto del 2001; sin embargo, en ese entonces no se dijo nada y por tanto desde esa fecha, y desde mucho tiempo atrás, se estuvo cobrando a los clientes por minuto; a pesar de que dicha cláusula ha desaparecido, no existe en el contrato.

Además está el tema de la renta básica. Para 1996 se aprueba el mecanismo tarifario denominado “**El que llama paga**”, acción que, inicialmente, permitió el crecimiento del mercado de telefonía móvil en el Perú, que se encontraba con una serie de problemas debido al anterior esquema denominado “**El usuario móvil paga**” y que redujo su dinamismo.

Esto también se aplica al servicio de telefonía fija ya que, anteriormente a ello, TELEFÓNICA había determinado que mediante el pago de la renta básica el usuario tendría acceso a recibir llamadas sin costo alguno y efectuar llamadas pagando por ellas la tarifa vigente. Sin embargo, dicho pago se hallaba censurado por el gobierno; 2 años antes de la suscripción del contrato se había expedido la Ley N° 25988 y, además, el Decreto Legislativo 702, el cual tiene un texto único ordenado, y en esos dos dispositivos se prohíbe cobrar con sobrecostos el servicio telefónico.

A pesar de ello TELEFÓNICA ha estado sobrevalorando el servicio incrementando paulatinamente el costo de la renta básica, generando un descontento total con dicha empresa por parte de la población.

Por otro lado están los problemas mencionados anteriormente que han generado mucho descontento por parte del consumidor peruano; en este caso, por ejemplo, de la renta básica que, según el Congresista Jhony Lescano, se calcula que TELEFÓNICA se ha llevado indebidamente más de 4,000 millones de dólares por concepto de renta básica.

Lo correcto es que se elimine ese concepto de pago, como otros en el servicio, para que de esa manera se sinceren las tarifas a estándares internacionales y devuelva (considerando el valor del dinero en el tiempo) a cada uno de los usuarios lo quitado irregularmente; y, sobre todo, se respete al consumidor peruano.

4.2. Empresas en el rubro Telecomunicaciones - Operadores Telefonía Móvil y Fija - Internet¹⁰³

1. Alcatel Cable Contracting S.A.
2. América Móvil Perú S.A.C
3. Americatel Perú S.A
4. Anixter Perú S.A.C
5. Anovo Perú S.A.C
6. At&t Global Network Services del Peru S.R.L
7. Avantec S.A.C
8. Avanzit Tecnología S.A.C
9. Avaya Perú S.R.L
10. Back office solution s.a.c

¹⁰³ <http://www.datosperu.org>

11. Belltech Peru s.a.c
12. Boderg s.a.c
13. Brightstar Peru s.r.l
14. Bt latam Peru s.a.c
15. C.i. Comunicaciones ingeniería radio fusión s.r.l
16. Cable vision Huánuco s.a.c
17. Call tv s.a.c casturtel s.l.,
18. Compañía telefónica andina s.a
19. Computación informática y serv. elec s.a.c computación, comunicaciones y redes s.a comunicaciones y sistemas región sur s.a.c
20. Consorcio e.f.m. S.a.c convergia Perú s.a corporación telenex s.a.c
21. Empresa telecomunicaciones nextel sac
22. Empresa claro
23. Dc telecomunicaciones s.a.c
24. Digital way s.a Directv Peru s.r.l
25. Distribuidores generales de telecomunicaciones s.a.c. - digetel s.a.c
26. E-business distribution Peru s.a.-
27. Ebd Peru s.a enterprise communication s.a
28. Equant Peru s.a gamacom s.a.c geo supply Peru s.a.c gilat to home Peru s.a global crossing Peru s.a
29. Grupo mastercom s.a.c
30. Icon mediacenter s.l. - sucursal Perú idt Perú s.r.l infoductos y telecomunicac. del Perú s.a
31. Mane center s.a.c

32. Mdy int-bpo s.a.c
33. Mpg comunicaciones e.i.r.l
34. Nextel del Perú s.a
35. Niza región sur s.a.c
36. Nortel networks Peru s.a.c
37. Rass telecomunicaciones SAC
38. Telecom S.A.C
39. Servicios globales de telecomunicaciones S.A.C
40. Telefónica del Perú s.a.
41. Telefónica international wholesale services Perú S.A.C
42. Telffer servicios generales s.c.r.l
43. Tellus Perú s.a.c telmex Perú s.a terra networks Perú s.a ts.

4.2.1. Empresa telefónica en la ciudad de Huaraz

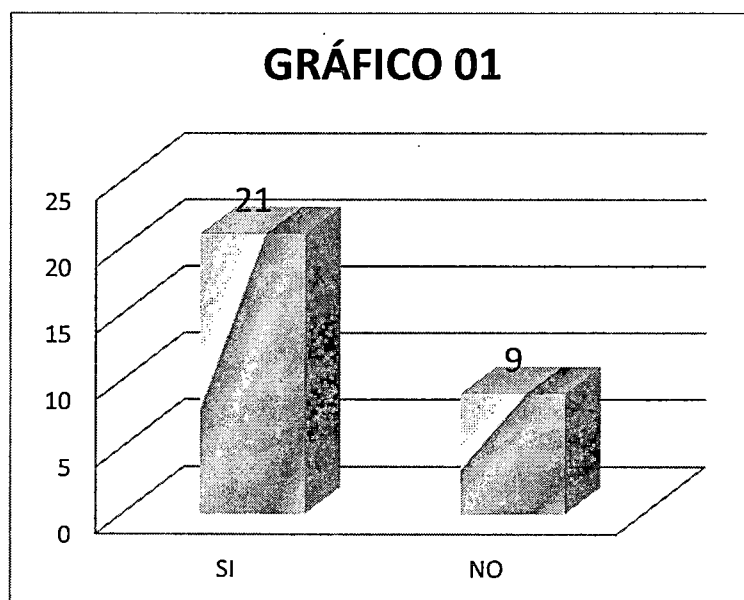
1. Empresa Telefónica del Perú - Movistar
2. Empresa Telefónica Claro - Claro

4.3. Resultados de la encuesta aplicada a los usuarios de las empresas telefónicas de la ciudad de Huaraz

CUADRO N° 01

Conocimiento del concepto de Contratos de Adhesión

	F	F%
SI	21	70
NO	9	30
TOTAL	30	100



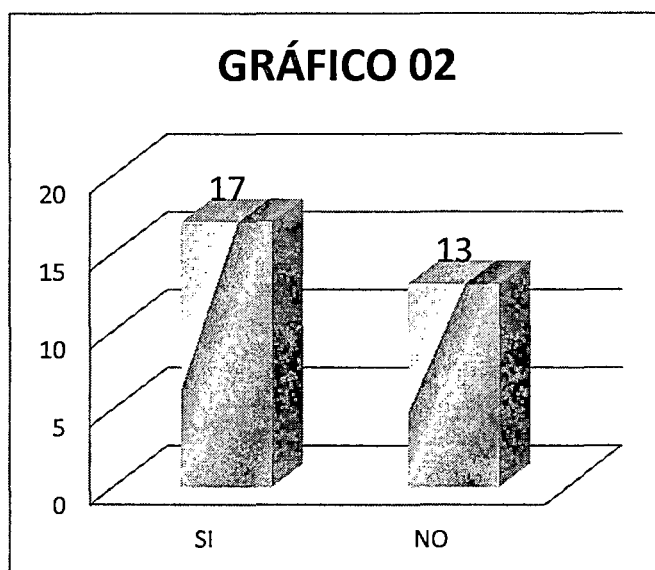
INTERPRETACIÓN:

Como se observa en el presente gráfico, la mayoría de los encuestados; es decir el 70% que son un conjunto de 21 encuestados, manifiesta sí conocer el concepto de Contratos de Adhesión; mientras que sólo nueve encuestados que representan el 30% refiere no conocer el concepto de Contratos de Adhesión.

CUADRO N° 02

¿Habiendo requerido los servicios de telefonía móvil o fija con alguna empresa en Huaraz; Ud. ha acordado las condiciones del contrato (de adhesión)?

	F	F%
SI	17	57
NO	13	43
TOTAL	30	100



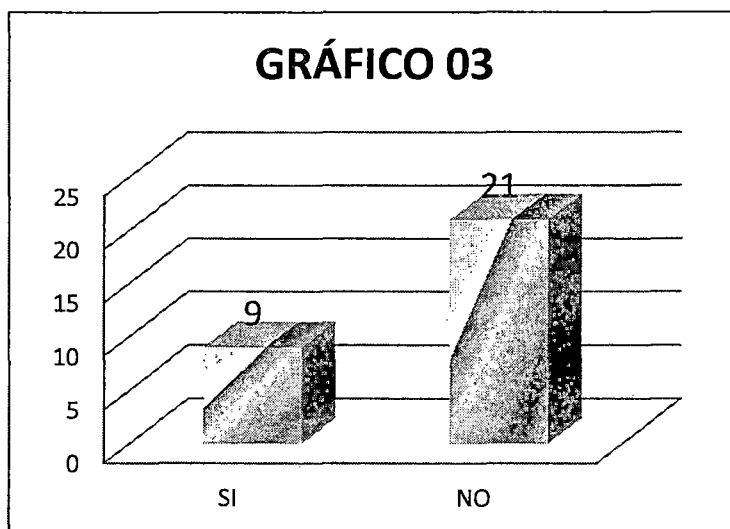
INTERPRETACIÓN:

El presente gráfico nos muestra que la mayoría de los encuestados afirman haber acordado las condiciones del contrato (de adhesión), ya que así lo refieren 17 encuestados que representan el 57%; mientras tanto 13 encuestados que representan el 43% manifiesta que no, que habiendo requerido los servicios de telefonía móvil o fija con alguna empresa en Huaraz; no ha acordado las condiciones del contrato (de adhesión).

CUADRO N° 03

¿Al celebrar el contrato (adhesión); el representante de la empresa de telefonía le indico a UD. El contenido del contrato o al menos la condiciones más importantes?

	F	F%
SI	9	30
NO	21	70
TOTAL	30	100



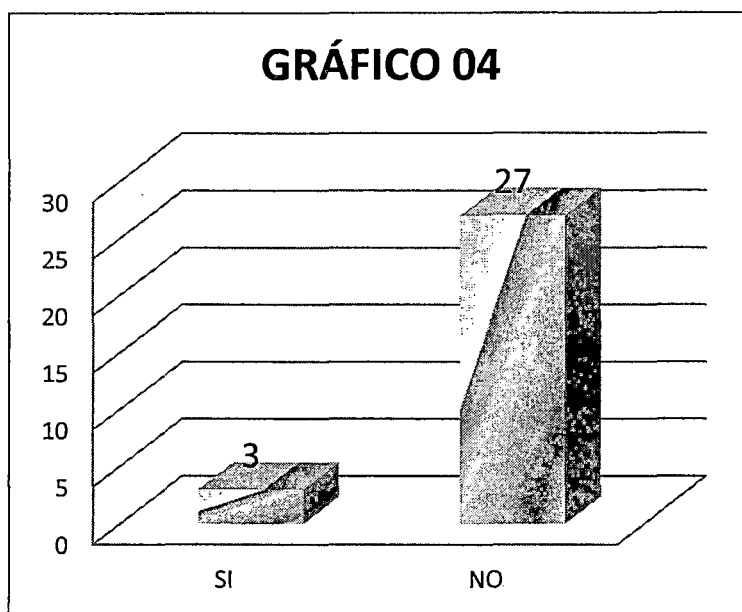
INTERPRETACIÓN:

A la pregunta ¿Al celebrar el contrato (adhesión); el representante de la empresa de telefonía le indicó a Ud. El contenido del contrato o al menos la condiciones más importantes?, nuestros encuestados respondieron en su gran mayoría que no; que el representante de la empresa de telefonía no indicó las condiciones más importantes; así lo refieren 21 encuestados que representan el 70; nueve encuestados que representan el 30% manifiestan que sí se le hizo conocer el contenido del contrato a al menos las condiciones más importantes.

CUADRO N° 04

¿Está Ud. de acuerdo con los sub contratos (de adherentes) de otros servicios por vía telefónica, sin que le den alguna seguridad en base al contrato principal?

	F	F%
SI	3	10
NO	27	90
TOTAL	30	100



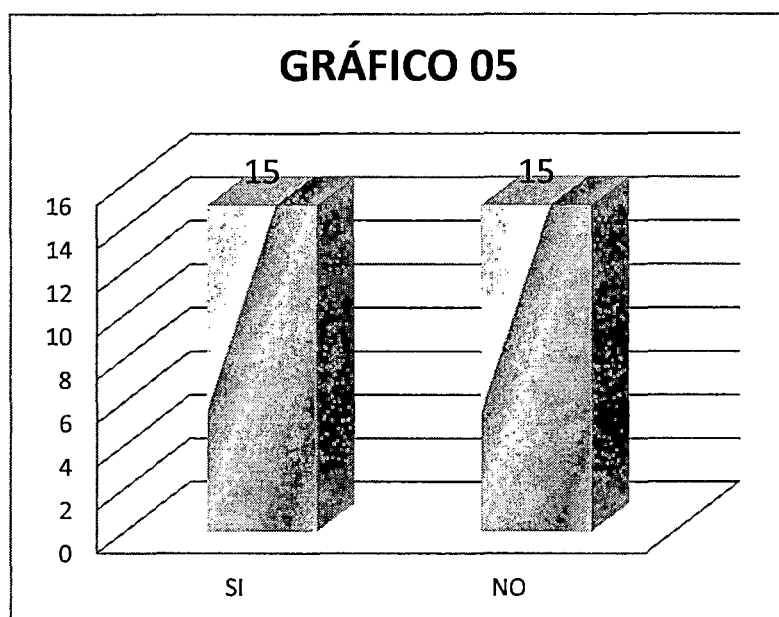
INTERPRETACIÓN:

Como se observa en el presente gráfico una gran mayoría de los encuestados, es decir el 90%, que son 27 encuestados, manifiestan no estar de acuerdo con los sub contratos vía telefónica; mientras que sólo el 10% de los encuestados, es decir 3, refieren que sí están de acuerdo con los sub contratos de otros servicios vía telefónica, pese a que no se les dé alguna seguridad en base al contrato principal.

CUADRO N° 05

¿Ha tenido algún problema con este tipo de afiliación de sub contratos por vías telefónicas?

	F	F%
SI	15	50
NO	15	50
TOTAL	30	100



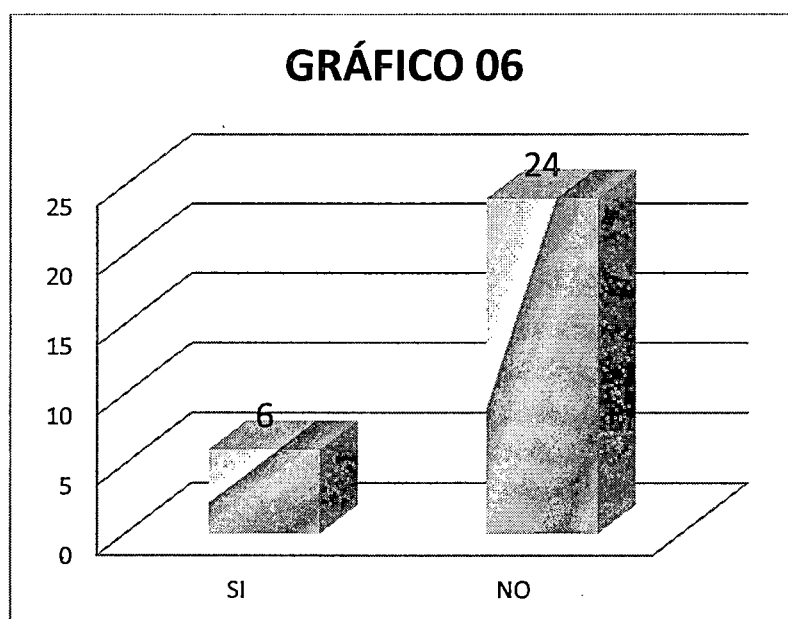
INTERPRETACIÓN:

Como se muestra en el presente gráfico, a la pregunta ¿Ha tenido algún problema con este tipo de afiliación de sub contratos por vías telefónicas? Los encuestados en conjunto de 15, es decir el 50%, manifiesta no haber tenido algún problema con este tipo de afiliación de sub contratos vía telefónica; mientras que el otro 50% afirma haber contraído algún problema con este tipo de afiliación de sub contratos.

CUADRO N° 06

¿Tiene UD. Pleno conocimiento sobre el sistema tarifario del servicio de telefonía móvil y fija?

	F	F%
SI	6	20
NO	24	80
TOTAL	30	100



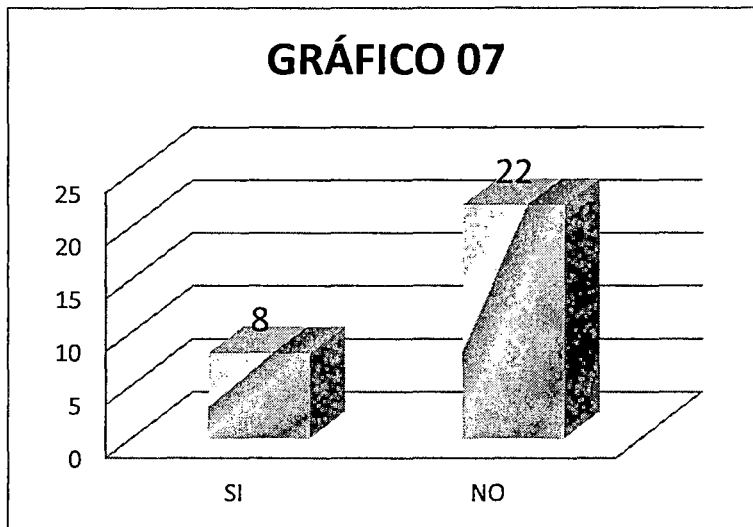
INTERPRETACIÓN:

El presente gráfico nos muestra que la mayoría de los encuestados, es decir el 80% que son 24; manifiestan que no poseen pleno conocimiento sobre el sistema tarifario del servicio de telefonía móvil o fija; por otro lado 6 encuestados que representan el 20% afirman poseer pleno conocimiento sobre el sistema tarifario del servicio de telefonía móvil y fija.

CUADRO N° 07

¿Algún representante de las empresas de telefonía le ha indicado sobre los diversos sistemas de pago en los planes pre-pago y post-pago de los servicios de telefonía móvil?

	F	F%
SI	8	27
NO	22	73
TOTAL	30	100



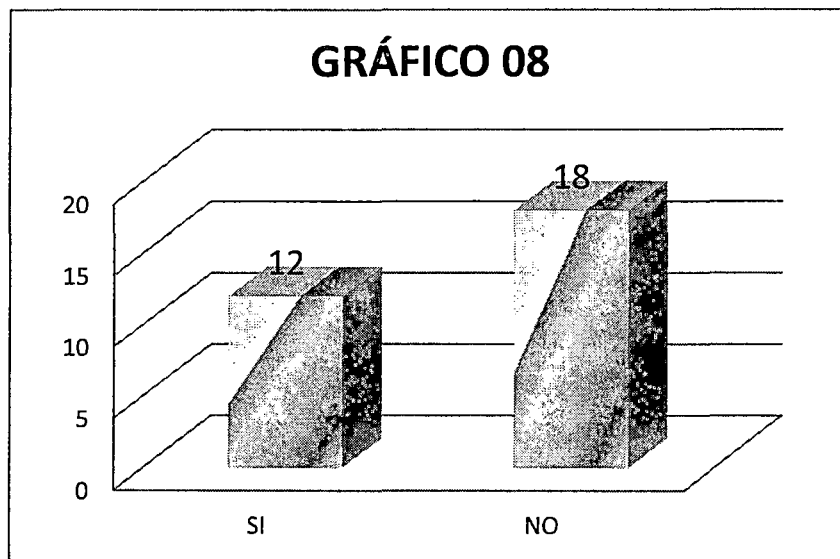
INTERPRETACIÓN:

Como podemos observar el presente gráfico nos muestra que a la mayoría de los encuestados, es decir a 22 encuestados que representan el 73%, no se les ha indicado sobre los diversos sistemas de pago en los planes pre-pago y post-pago de los servicios de telefonía móvil; mientras que solo 8 encuestados que representan el 27%; afirman que algún representante de las empresas telefonía le ha indicado de sobre los diversos sistemas de pago en los planes pre-pago y post-pago de los servicios de telefonía móvil.

CUADRO N° 08

¿Tiene conocimiento que el cobro de la tarifa por llamadas es más caro cuando se acoge a la promoción que se publica cada cierto tiempo?

	F	F%
SI	12	40
NO	18	60
TOTAL	30	100



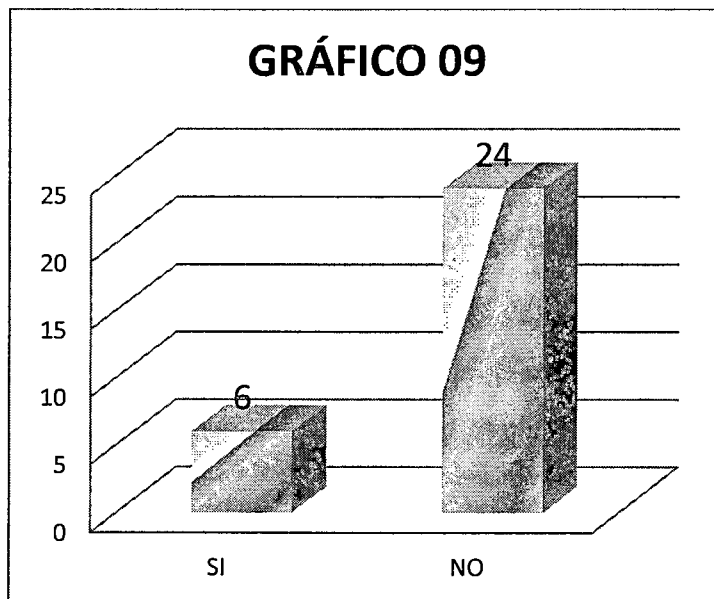
INTERPRETACIÓN:

En el presente gráfico podemos observar que a la pregunta ¿Tiene conocimiento que el cobro de la tarifa por llamadas es más caro cuando se acoge a la promoción que se publica cada cierto tiempo?, una relativa mayoría de los encuestados, es decir el 60%, manifiestan no tener este conocimiento; mientras que 12 encuestados que representan el 40%; afirman tener conocimiento que el cobro de la tarifa por llamadas es más caro cuando se acoge a la promoción que se publica cada cierto tiempo.

CUADRO N° 09

¿Cuándo se afilio a un plan de promoción y ha querido retirarse, le han concedido el pedido de desafiliación?

	F	F%
SI	6	20
NO	24	80
TOTAL	30	100



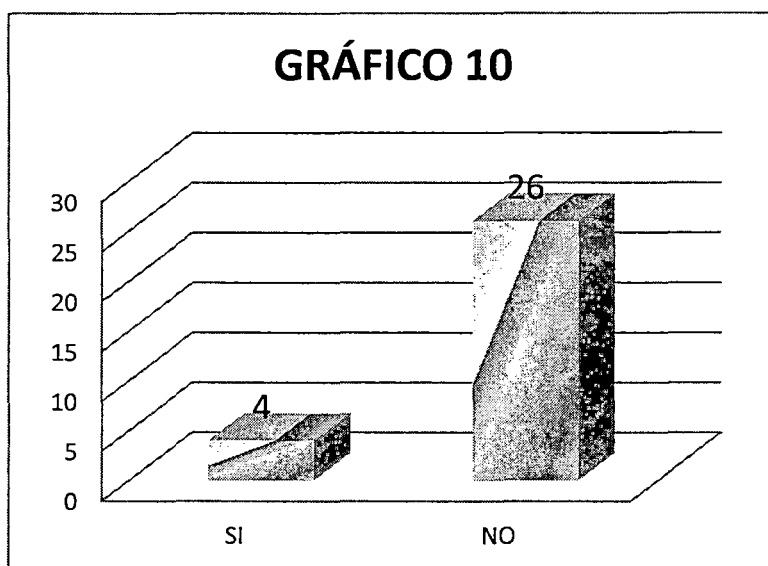
INTERPRETACIÓN:

El presente gráfico nos muestra que la gran mayoría de los encuestados, es decir el 80% que son 24 no han podido desafiarse de un plan de promoción una vez afiliado; ya que no se les ha concedido el pedido de desafiliación; mientras que solo 6 encuestados que representan el 20%, afirman que sí se les han concedido el pedido de desafiliación de algún plan de promoción a fin de que puedan retirarse.

CUADRO N° 10

¿Tiene seguridad en el control que se realizan en su llamadas que realice la empresa y el cobro que le van a realizar por estos?

	F	F%
SI	4	13
NO	26	87
TOTAL	30	100



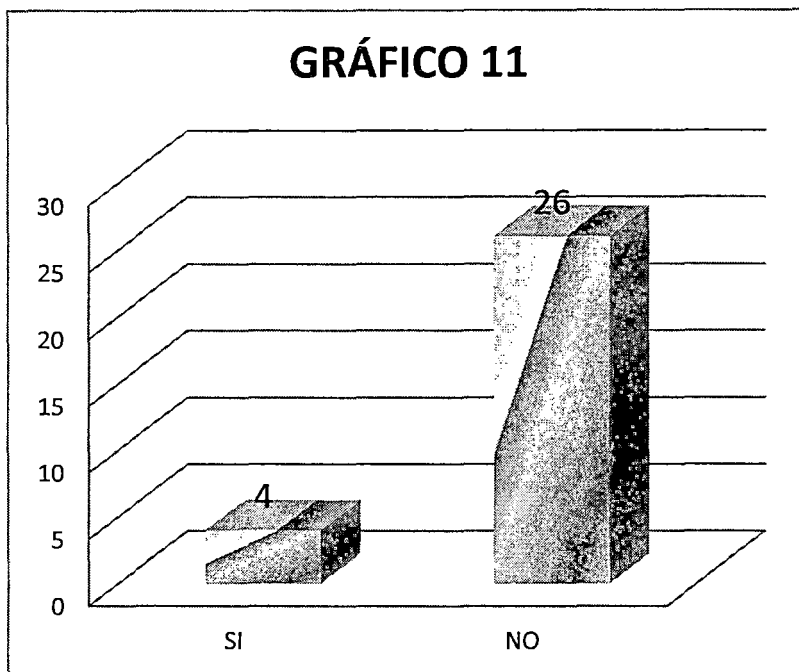
INTERPRETACIÓN:

El presente gráfico nos muestra que la mayoría de los encuestados, es decir el 87% que son 26 no tienen seguridad en el control y el cobro que realizan las empresas de telefonía en las llamadas que se realizan; solo 4 encuestados que representan el 13% manifiestan tener seguridad en el control de las llamadas que realicen y sobre el cobro que van a realizar las empresas por este servicio.

CUADRO N° 11

¿Cuándo Ud. a recargado su teléfono móvil con tarjetas de recarga, sabe cuánto le van a cobrar en sus llamadas?

	F	F%
SI	4	13
NO	26	87
TOTAL	30	100



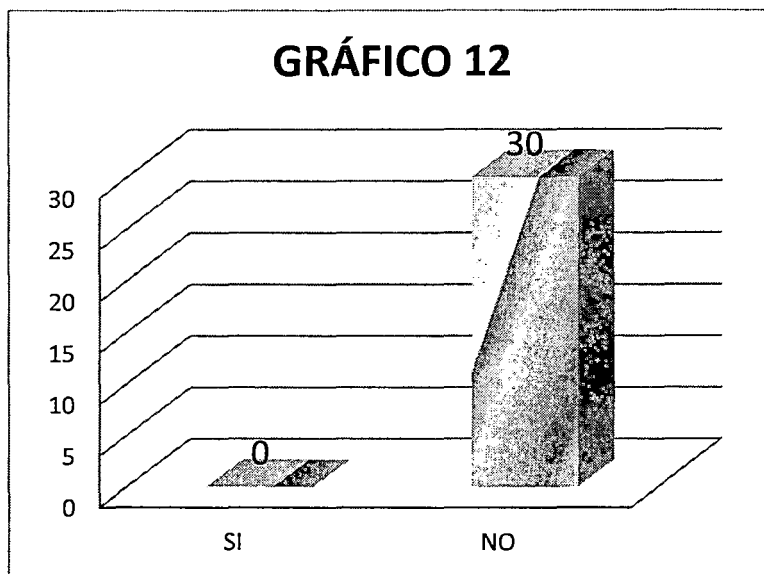
INTERPRETACIÓN:

Como nos muestra el presente gráfico, la mayoría de los encuestados no saben el costo de las llamadas, luego de haber recargado su teléfono móvil, ya que el 87% de los encuestados respondieron negativamente a la pregunta; mientras que solo 4 encuestados que representan el 13% si tiene conocimiento sobre el cobro de sus llamadas luego de haber recargado su teléfono móvil con tarjetas de recarga.

CUADRO N° 12

¿Está de acuerdo con que se realice este tipo de contratos de adhesión sin que Ud. pueda opinar sobre algunas de las condiciones (clausulas) del contrato?

	F	F%
SI	0	0
NO	30	100
TOTAL	30	100



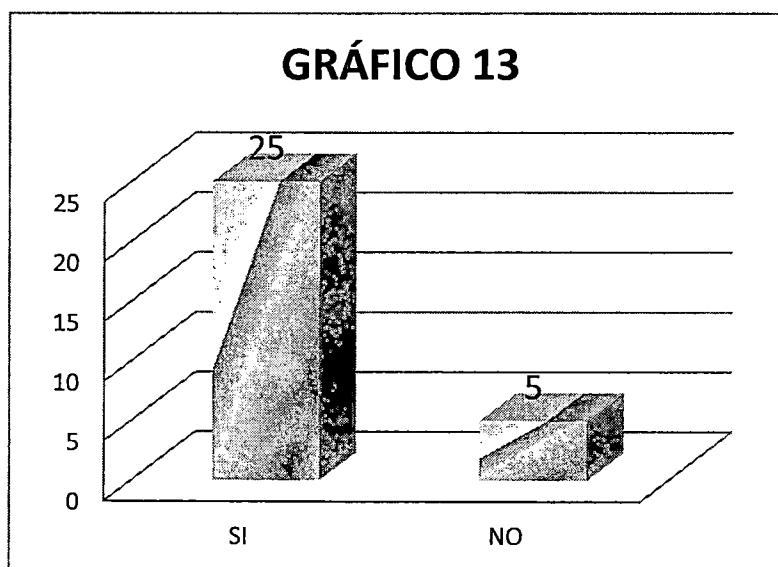
INTERPRETACIÓN:

El presente gráfico nos muestra que todos los encuestados, es decir el 100% manifiestan no estar de acuerdo con que se realice este tipo de contratos de adhesión sin que puedan opinar sobre algunas de las condiciones (clausulas) del contrato.

CUADRO N° 13

¿Sabe Ud. que la mayoría de las condiciones en este tipo de contratos de adhesión, son a favor de la empresa y adhiere al solicitante del servicio, condicionando la empresa con sus propias condiciones al adherente?

	F	F%
SI	25	83
NO	5	17
TOTAL	30	100



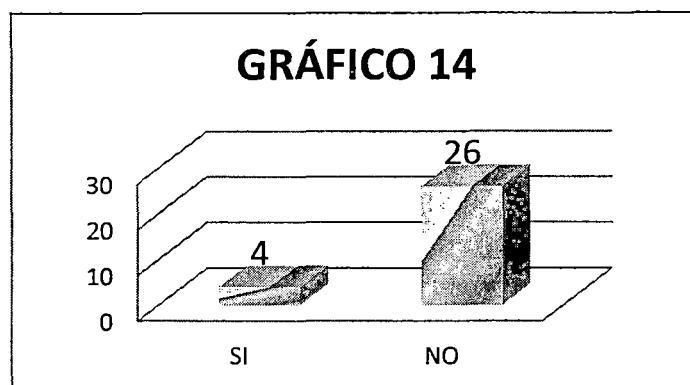
INTERPRETACIÓN:

Como podemos observar en el presente gráfico la mayoría de los encuestados es decir 25, que representan el 83%, afirma saber que la mayoría de las condiciones en este tipo de contratos de adhesión, son a favor de la empresa y adhiere al solicitante del servicio, condicionando la empresa con sus propias condiciones al adherente; mientras que solo el 17% de los encuestados manifiesta no saber estas condiciones.

CUADRO N° 14

¿Cuándo tuvo algún problema sobre el abuso de las clausulas u otros similar por parte de la empresa, Ud. ha tenido la posibilidad de que la empresa acepte llegar a un trato más sutil (compresivo) con Ud.?

	F	F%
SI	4	13
NO	26	87
TOTAL	30	100



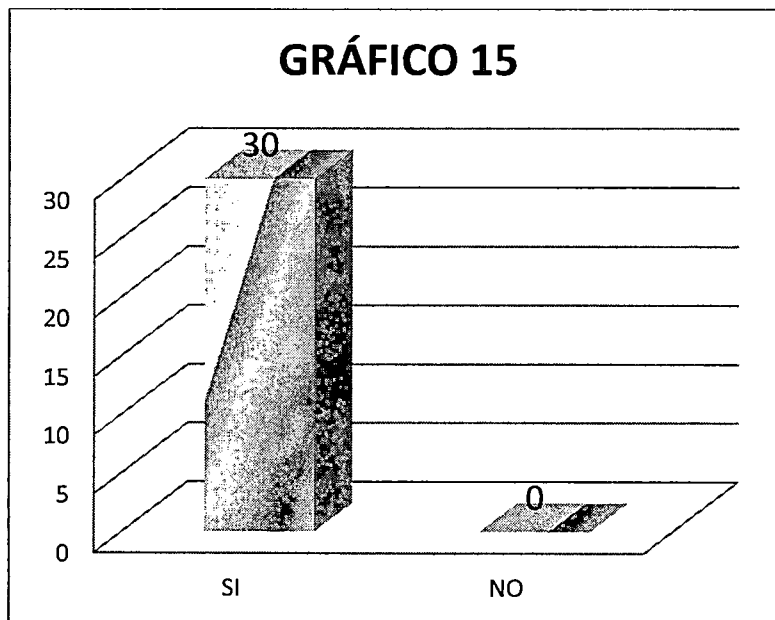
INTERPRETACIÓN:

A la pregunta ¿Cuándo tuvo algún problema sobre el abuso de las clausulas u otros similar por parte de la empresa, Ud. ha tenido la posibilidad de que la empresa acepte llegar a un trato más sutil (compresivo) con Ud.?, el presente gráfico nos muestra que el 87% de los encuestados, es decir 26; consideran no haber tenido la posibilidad que la empresa acepte llegar a un trato más sutil con el encuestado; mientras que la minoría, es decir 4 encuestados que representan el 13% afirman haber tenido la posibilidad de que la empresa acepte llegar a un trato más sutil con él, luego de haberse suscitado algún problema.

CUADRO N° 15

¿Opina Ud. a favor de que debiera haber mayor control por parte de las autoridades, debiendo hacer respetar las condiciones del contratante?

	F	F%
SI	30	100
NO	0	0
TOTAL	30	100



INTERPRETACIÓN:

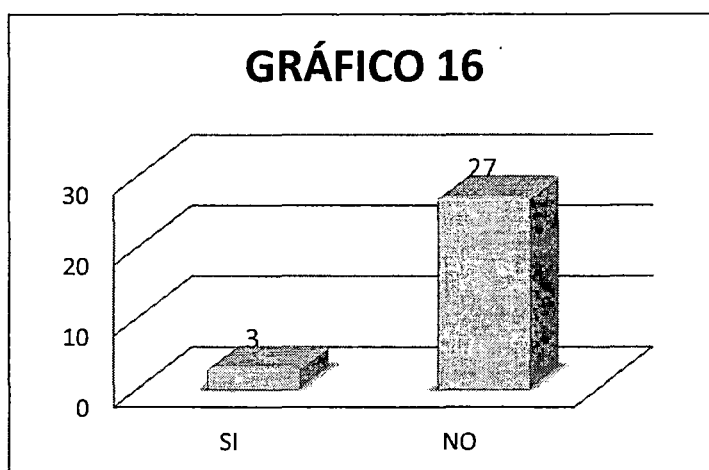
Como podemos observar, el gráfico nos muestra que el 100% de los encuestados opinan a favor de que debiera haber mayor control por parte de las autoridades, debiendo hacer respetar las condiciones del contratante.

4.4. Resultados de la encuesta dirigida a los abogados sobre el servicio de las empresas telefónicas en la ciudad de Huaraz

CUADRO N° 16

¿Esta Ud. de acuerdo con los sub contratos (de adhesión) de otros servicios por vía telefónica, sin que le den alguna seguridad, en base al contrato principal?

	F	F%
SI	3	10
NO	27	90
TOTAL	30	100



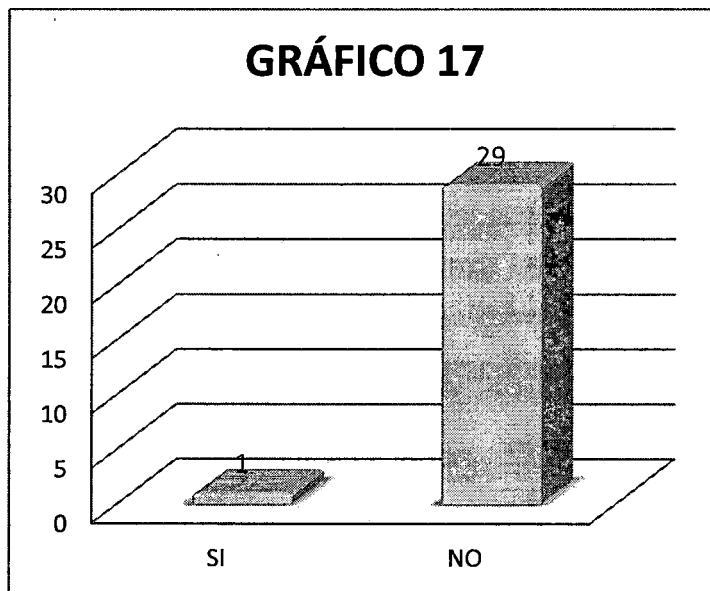
INTERPRETACIÓN:

El presente gráfico nos muestra que 27 encuestados, quienes representan el 90%, es decir la gran mayoría de los abogados encuestados manifiestan no estar de acuerdo con los subcontratos de otros servicios por vía telefónica, sin que se les otorgue alguna seguridad, en base al contrato principal; mientras que sólo el 10% de los encuestados, es decir 3, manifiestan sí estar de acuerdo con este tipo de contratos.

CUADRO N° 17

¿Está de acuerdo con que se realice este tipo de contratos de adhesión sin que Ud. pueda opinar sobre alguna de las condiciones (cláusulas) del contrato?

	F	F%
SI	1	3
NO	29	97
TOTAL	30	100



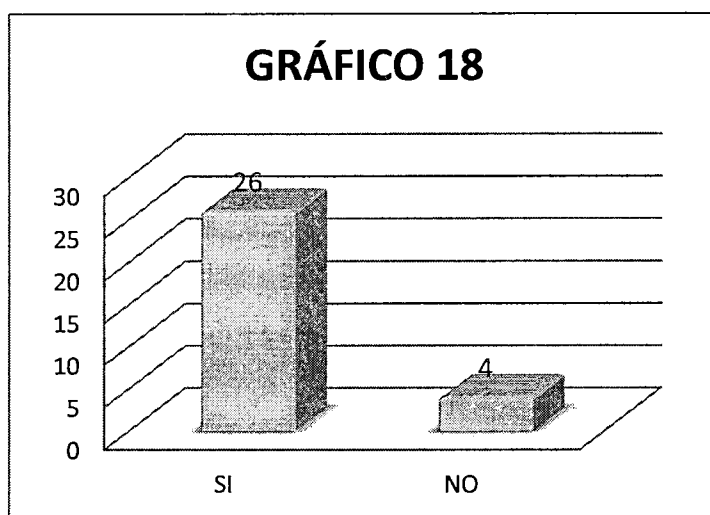
INTERPRETACIÓN:

A la pregunta: ¿Está de acuerdo con que se realice este tipo de contratos de adhesión sin que Ud. pueda opinar sobre alguna de las condiciones (cláusulas) del contrato?; el presente gráfico nos muestra que la gran mayoría de los encuestados, es decir el 97%, que son 29 encuestados, manifiestan no estar de acuerdo con la realización de estos tipos de contrato; mientras que sólo un encuestado, quien representa el 3%, manifiesta sí estar de acuerdo con la realización de este tipo de contratos de adhesión.

CUADRO N° 18

¿Sabe Ud. que la mayoría de las condiciones en este tipo de contratos de adhesión, son a favor de la empresa y adhiere al solicitante del servicio, condicionando la empresa con sus propias condiciones al adherente?

	F	F%
SI	26	87
NO	4	13
TOTAL	30	100



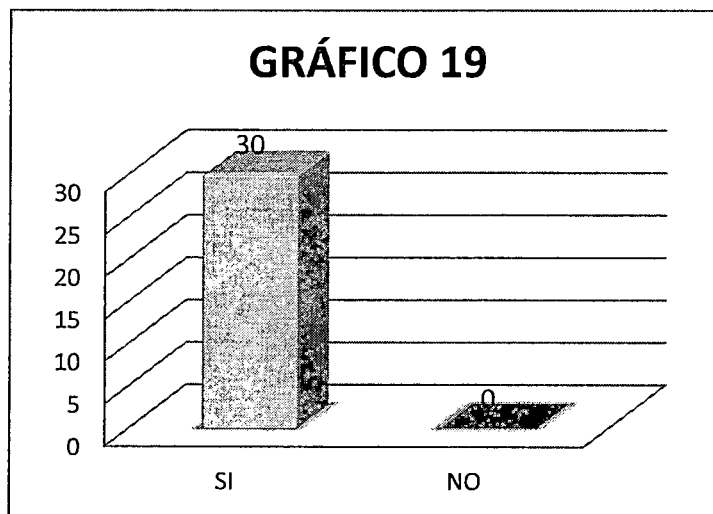
INTERPRETACIÓN:

En el presente gráfico observamos que el 87% de los encuestados, es decir 26, afirman conocer que las condiciones en este tipo de contratos de adhesión, son a favor de la empresa y adhiere al solicitante del servicio; mientras que sólo 4 encuestados que representan el 13%, manifiestan no conocer que las condiciones en este tipo de contratos de adhesión, son a favor de la empresa y adhiere al solicitante del servicio, condicionando la empresa con sus propias condiciones al adherente.

CUADRO N° 19

¿Está de acuerdo Ud. en que las normas reguladas en el Código Civil sobre los contratos de adhesión; debería ser más equitativa y dar a ambas partes que son la empresa de telefonía y el solicitante del servicio de telefonía, una igualdad de condiciones?

	F	F%
SI	30	100
NO	0	0
TOTAL	30	100



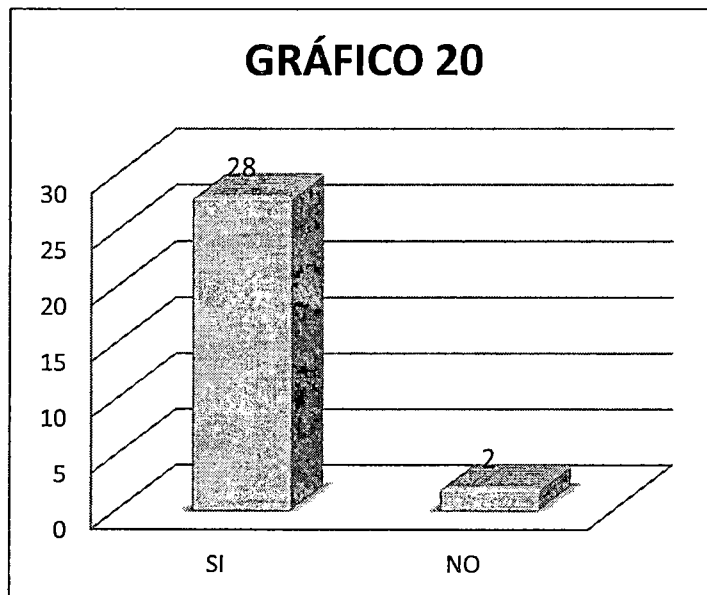
INTERPRETACIÓN:

Como se observa en el presente gráfico, todos los encuestados, es decir el 100%, manifiestan estar de acuerdo en que las normas reguladas en el Código Civil sobre los contratos de adhesión; debería ser más equitativa y dar a ambas partes que son la empresa de telefonía y el solicitante del servicio de telefonía, una igualdad de condiciones.

CUADRO N° 20

¿Se debería anular la regulación normativa en Contratos de Adhesión las condiciones (cláusulas) abusivas o muy exageradas (leoninas) que son sol a favor y protección de la empresa?

	F	F%
SI	28	93
NO	2	7
TOTAL	30	100



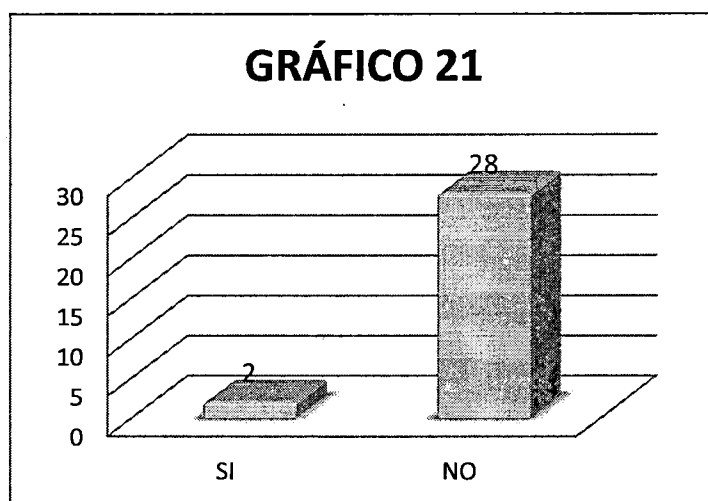
INTERPRETACIÓN:

En el presente gráfico se observa que la gran mayoría de los encuestados, es decir 28 encuestados, que representan el 93%, manifiestan que sí se debería anular la regulación normativa en Contratos de Adhesión las condiciones (cláusulas) abusivas o muy exageradas (leoninas) que son sol a favor y protección de la empresa; mientras que sólo 2 encuestados, es decir el 7%, refieren que no se debería anular dicha regulación.

CUADRO N° 21

¿Teniendo en cuenta todo este tipo de abusos, inseguridad, desconocimiento, mal trato en la atención y continúa mala información directa o indirecta, así como la publicación en diversos medios de comunicación de promociones y ofertas confusas realizadas por estas compañías de telefonía. ¿Cree Ud. este tipo de contratos es adecuado para solicitar dichos servicios telefónicos?

	F	F%
SI	2	7
NO	28	93
TOTAL	30	100



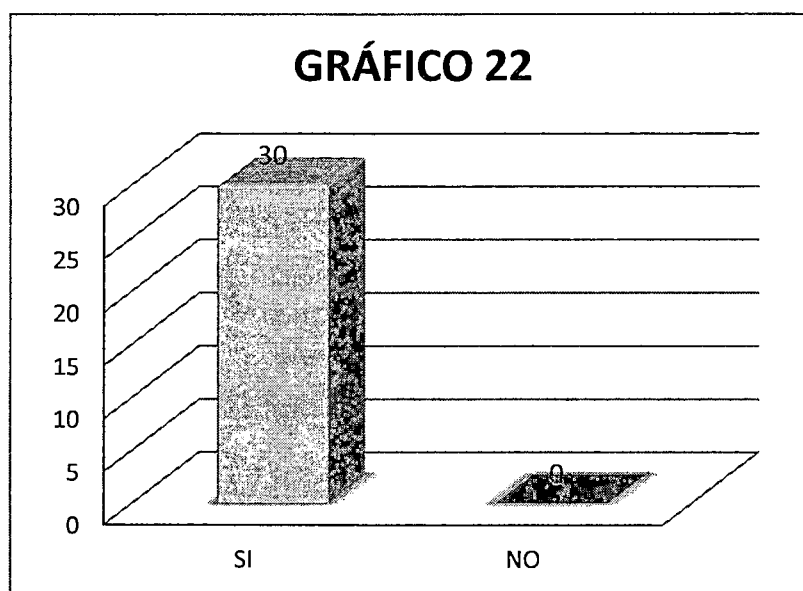
INTERPRETACIÓN:

Como se muestra en el presente gráfico, la gran mayoría los encuestados, es decir 28, quienes representan el 93%, manifiestan que no es adecuado este tipo de contratos para solicitar dichos servicios telefónicos; mientras que sólo 2 encuestados que representan el 7%, afirman este tipo de contratos es adecuado para solicitar dichos servicios telefónicos.

CUADRO N° 22

¿Se debería de celebrar otro contrato más específico en donde ambas partes tengan la voluntad de elegir sus condiciones?

	F	F%
SI	30	100
NO	0	0
TOTAL	30	100



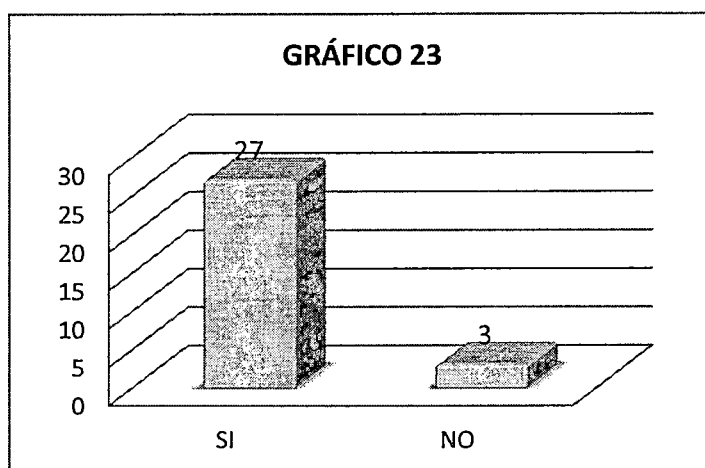
INTERPRETACIÓN:

En el presente gráfico observamos que todos los encuestados, es decir el 100%, opina que sí se debería de celebrar otro contrato más específico en donde ambas partes tengan la voluntad de elegir sus condiciones.

CUADRO N° 23

¿Cree Ud. entonces que se debería de anular los contratos de adhesión en general de nuestra regulación normativa, por ser un contrato abusivo en donde la empresa (de telefonía) impone sus propias condiciones, algunas demasiado abusivas y todas a su favor y protección, sin tener en cuenta la seguridad, facilidad y economía del solicitante (usuario)?

	F	F%
SI	27	90
NO	3	10
TOTAL	30	100



INTERPRETACIÓN:

Como podemos observar en el presente gráfico, la gran mayoría de los encuestados, es decir 27, quienes representan el 90%, manifiestan que sí se debería de anular los contratos de adhesión en general de nuestra regulación normativa, por ser un contrato abusivo en donde la empresa (de telefonía) impone sus propias condiciones, algunas demasiado abusivas y todas a su favor y protección, sin tener en cuenta la seguridad, facilidad y economía del solicitante (usuario); mientras que para el 10% de los encuestados, es decir 3, no se debería anular dichos contratos de adhesión.

V. DISCUSIÓN

5.1. Generalidades

La autonomía privada (principio que descansa sobre las bases de la autodecisión y autorregulación) implica el poder de determinación voluntaria del contenido del negocio con el cual uno contrata privadamente, entonces ¿qué es lo que pasa cuando a uno es entregado un boleto luego de pagar para tener acceso a un determinado evento —nótese aquí ya la celebración de un contrato— y por curiosidad (o afán) se lee en su reverso, con diminutas letras, el siguiente mensaje: *“La adquisición de este boleto implica la aceptación ‘voluntaria’ de todas y cada una de las siguientes cláusulas (...)”*

Pero, en realidad, ¿no es cierto que esa aceptación voluntaria o asentimiento a aquellas cláusulas que uno desconocía hasta antes de aquella lectura nunca existió?, o al menos eso es lo que uno pensaría para sí. Y se nos advierte, siempre esforzando la vista, entre otras cosas, que “la empresa se reserva el derecho de admisión y/o permanencia”, así como que “se reserva el derecho de cambiar la fecha, hora y/o lugar del evento”. O sea que quizás no reciba el servicio contratado a pesar de haber ya pagado por él.

No es el único ejemplo que evidencia cómo la autonomía privada ya no pertenece a nuestro tiempo. Podemos revisar en la mayoría de transacciones que celebramos diariamente situaciones de este tipo, en que el negocio ya no es “negociado” o sea discutido y tratado por las partes, como una consecuencia de la lógica “despersonalizante”, por la que la libertad contractual no es más que

teórica¹⁰⁴ pues quien no desea adherirse a las condiciones propuestas deberá renunciar al bien o al servicio objeto de tal contrato. Ahora bien, sabemos que en nuestra época no sería cuerdo renunciar a la electricidad, al transporte aéreo, a las compras en los centros comerciales, etc.¹⁰⁵

Nos encontramos ante la contratación en masa que no es más que el aspecto jurídico del incremento y difusión del consumo de bienes y servicios, fenómeno propio de los actuales tiempos de *mass production* y *mass distribution* donde, como lo describía Alessandro Giordano¹⁰⁶ - al referirse a las cláusulas uniformes, *standarizadas* y las condiciones generales de empresa o contratación, elaboradas anticipadamente, adecuando los instrumentos contractuales de la circulación de bienes y de servicios a las exigencias de la producción en serie- “esta exigencia, que surge del objeto de los contratos en serie, esto es de la naturaleza de los negocios de masa, los cuales requieren celeridad y uniformidad en la conclusión de ellos, contrasta con aquella, que es expresión del puro principio de la autonomía bilateral, según la cual ambas partes tienen el poder de participar, en los límites de la ley, en la determinación del contenido del contrato, esto es, en la elaboración y fijación de la autorregulación de sus propios intereses”.

Surgen aquí las características de este tipo de contratación que no es inútil identificar: la imposición del esquema contractual, la imposibilidad de negociación, la desigualdad de fuerzas tanto técnicas como económicas y la redacción unilateral del documento contractual. Así las cosas, la masa contratante de adherentes se compromete en un clima de resignación y, paradójicamente, de

¹⁰⁴ COLLINS, Brian. Citado por MESSINEO, Francesco. Ob. Cit., pp. 431 y ss.

¹⁰⁵ ÁGUILA – REAL, Jesús Alfaro. “*La interpretación...*”. Ob. Cit., p.

¹⁰⁶ GIORDANO, Alessandro. Citado por MESSINEO, Francesco. Ob. Cit., p. 432.

confianza, ya que pensamos: “si el contrato es firmado cotidianamente, ¿no corro algún riesgo?, y de todos modos ¿qué opción tengo?”.

Este clima de falsa confianza reserva muchas veces, si no siempre, pesadas sorpresas al adherente, cuando el estipulante, por ejemplo ante una inejecución de sus obligaciones le muestra que hay en el contrato una cláusula de no responsabilidad. ¿Cómo el adherente puede quejarse cuando formalmente ha aceptado y firmado el contrato?¹⁰⁷. Bajo estas circunstancias sociales y las tradicionales nociones legales vuelve a surgir la cuestión si realmente existe un ‘contrato’ entre consumidores-adherentes y proveedores que resulten del común deseo de las partes.

5.2. Las cláusulas abusivas

Son las condiciones generales de contratación y los contratos por adhesión la sede más frecuente de este tipo de cláusulas, por las que, rompiendo el equilibrio que debería haber entre las partes según el criterio general de la buena fe, se desvían los riesgos relacionados con el contrato celebrado descargándose total o parcialmente sobre el consumidor-adherente, así como restringiéndole sus derechos a efectuar reclamos o tornando la ejecución del mismo de una forma no prevista por este en beneficio exclusivo del estipulante.

No se puede admitir afirmación alguna que justifique la utilización de las cláusulas abusivas para evitar la paralización del tráfico comercial que produce un desarrollo excesivo de responsabilidad o que con ellas se disminuya los costos al

¹⁰⁷ MESSINEO, Francesco. Ob. Cit., p. 432.

no incluir en estos los gastos por garantías o riesgos, así como su aptitud a estimular las iniciativas e inversiones empresariales y el comercio en general. En efecto, el uso de cláusulas que desequilibran significativamente las relaciones contractuales entre las partes afecta no solamente a los intereses de la parte que sufre la utilización de estas cláusulas, sino igualmente el orden jurídico y económico en su conjunto.

Se percibe así, que las condiciones generales de contratación tienen la vocación de remplazar las soluciones jurídicas establecidas por el legislador substituyendo los marcos de justicia en vigor en nuestra legislación por soluciones buscadas de modo unilateral con el fin de obtener la maximización de los intereses particulares de una de las partes. Las cláusulas abusivas, explicada por quienes describen los fenómenos jurídicos en términos económicos, trasladan la carga de los riesgos y obligaciones del estipulante al adherente, externalizando los costos respectivos.

Esto tiene dos principales consecuencias: la primera es que los precios de los productos y servicios no reflejan los verdaderos costos, lo que provoca distorsiones de la competencia a favor de las empresas menos exitosas y de los productos y servicios de menor calidad; la segunda es que los costos soportados por la colectividad son superiores, ya que los riesgos y obligaciones son puestos a cargo de personas diferentes a aquellas que podrían soportarlas de la forma económicamente más eficiente.

En los actuales tiempos nadie podría discutir la conveniencia del uso de las condiciones generales de contratación o de los contratos por adhesión. El

problema es que, a pesar de los esfuerzos de nuestro legislador nos parece insuficiente la protección del consumidor ante el uso indiscriminado de cláusulas que desequilibran las relaciones contractuales, siendo esta utilización ya generalizada y aceptada (o más bien resignada) por la gran mayoría de contratantes, en especial en su situación de consumidores-adherentes.

La existencia de la buena competencia del mercado que ofrezca al consumidor una buena elección entre las empresas que proveen similares bienes o servicios puede contribuir a la subsistencia de la libertad contractual pero uno debe ser consciente que, por un lado, las reales condiciones competitivas no siempre existen en todos los campos y que, por otro lado, la competencia acerca de ‘cláusulas contractuales’ es virtualmente inexistente.

La competencia es sobre precios, publicidad, promociones, marcas, etc., pero no sobre cláusulas contractuales”¹⁰⁸. Entonces, ¿estamos condenados a soportar este actuar de las empresas ante la poca probabilidad de éxito de un consumidor descontento? o más bien ¿debemos aprovechar la actual coyuntura reformadora de nuestra legislación civil para proveer un adecuado control contra las cláusulas contractuales abusivas?

5.3. Derecho comparado

En el modelo francés o en el británico se halla la específica referencia a la figura del consumidor, definido como *la personne qui se procure ou qui utilise des biens ou des services pour un usage non professionnel* o bien como el sujeto

¹⁰⁸ *Ibidem.*

que, prescindiendo del propio estatus jurídico *neither makes the contract in the course of a business nor holds himself out as doing so* (artículo 12(1) (a) de la UCTA 1977)¹⁰⁹.

Surge la cuestión de saber quién es ese “no profesional” que las legislaciones entienden proteger al mismo título que el consumidor: ¿un profesional¹¹⁰⁻¹¹¹ puede en ciertos casos ser considerado como un no-profesional? La respuesta de los tribunales franceses ha sido mayormente positiva, tanto así que la Corte de Casación consideraba que cuando el contrato concluido escapa de la competencia del profesional, este está en el mismo estado de ignorancia que el consumidor.

El artículo 35 de la ley francesa N° 78-23 prohibía al profesional incluir cláusulas abusivas en los contratos celebrados con no-profesionales o consumidores. La interpretación de esta disposición hacía surgir la cuestión si el profesional que compra un bien para su comercio está protegido por la ley.

La interpretación más expandida suponía que un profesional, adquiriente de un bien para su comercio, jamás podía estar protegido por la ley a pesar de que él también fuese ignorante sobre el tema como cualquier otro consumidor. Otra tesis más amplia admitía que un profesional que adquiere para su comercio un bien extraño a su competencia estaba protegido.

¹⁰⁹ En el mismo concepto se inspiran la ley luxemburguesa del 25 de agosto de 1983, el decreto ley portugués n. 446/1985 y el Código Civil holandés en el artículo 231 (6.5.2^a.1) que no utiliza, sin embargo, el término “consumidor”, sino el de “la otra parte”.

¹¹⁰ “Artículo 2.3.- A efectos de la presente Directiva se entenderá por “profesional” a toda persona física o jurídica que, en las transacciones reguladas por la presente Directiva, actúe dentro del marco de su actividad profesional, ya sea pública o privada”.

¹¹¹ GIAMPIERI, Alberto. Citado por DE LA PUENTE LA VALLE, Manuel. “Cláusulas generales...”. Ob. Cit., p. 42.

Así, la Corte de Casación¹¹² ha considerado que un agente inmobiliario que compra, para su establecimiento profesional, un sistema de alarma, debía recibir la protección de la ley como consecuencia de su diferente especialidad, lo que lo ponía en el mismo estado de ignorancia como cualquier otro consumidor. Esta misma Corte también ha decidido, en 1989 (Cour de cassation, 1ère Chambre, 25 janvier 1989), que un fotógrafo profesional que revela sus clichés en la sociedad Kodak debía ser considerado como un no-profesional y beneficiado por la protección de la ley. En este sentido, las decisiones judiciales francesas ya habían confirmado la ampliación de la protección al no-profesional, situación restringida en el texto comunitario.

El legislador italiano ha asumido la misma fórmula de la directiva, restringiendo el campo de aplicación del texto de transposición¹¹³ a los contratos en los que la contraparte del profesional es el consumidor individual que actúa por objetivos extraños a la actividad empresarial o profesional.

Esta restricción, aunque conforme a la directiva, ha sido ampliamente debatida porque en los proyectos de transposición, había sido propuesto extender la protección a los sujetos colectivos que no realizaban actividades lucrativas, y además porque el *professionista* que actúa por objetivos extraños a su profesión también debe ser considerado como un consumidor, sea porque el pequeño empresario merece una protección, sea porque el mismo consumidor puede

¹¹² *Ibidem.*

¹¹³ Artículo 25 della Legge N° 52, del 06 febbraio 1996.

adquirir un bien o un servicio persiguiendo objetivos “mixtos” (piénsese en una computadora, un automóvil, una enciclopedia, etc., bienes de uso “promiscuo”¹¹⁴.

En consecuencia, no se justificaría la exclusión de la persona no destinataria final que adquiere bienes o servicios instrumentales del grupo de los consumidores. Así pues, siendo posible que ella concluya el acuerdo también en este caso sobre la base de condiciones generales de contratación o adhiriéndose como contraparte a contratos predispuestos unilateralmente sobre módulos y formularios, también se puede afirmar que está en una posición institucional de debilidad, no porque pueda evaluar o no cuanto le sea propuesto, sino porque no puede intervenir sobre el contenido del contrato.

Si es verdad que un empresario o profesional tiene mayor conciencia de los posibles peligros ínsitos en las condiciones generales o en la modulística contractual preconfeccionada, es también incontestable que él tampoco puede tener la libertad que le derivaría si pudiese influir sobre la predisposición de los textos contractuales y de este modo él también es un consumidor¹¹⁵.

De tal cuadro emerge ante todo, como señala Zeno-Zencovich –citado por Carpani¹¹⁶–, que la incertidumbre en la definición haya sido originada “por la génesis más sociológica que jurídica del término y entonces escasamente preocupada de cuestiones de legitimación procesal; así ‘consumidores’ se connota sobre todo como una ‘etiqueta’ sin duda de fuerte valor semántico y de éxito, dentro de la cual agrupar y considerar una serie de instancias individuales y

¹¹⁴ BUONOCORE, Vincenzo. Citado por DÍEZ-PICAZO, Luis. “*Fundamentos del...*”. Ob. Cit., p. 224

¹¹⁵ *Ibidem*.

¹¹⁶ CAPPANI, Guido. Citado por LEYVA SAAVEDRA, José. “*Contratos de...*”. Ob. Cit., p. 28.

sociales antes descuidadas. Es evidente la insuficiencia de una trasposición de esta calificación en el mundo del Derecho”.

5.4. Sistemas de control como modelos de protección del consumidor

5.4.1. Autotutela y autorreglamentación

La acción de los consumidores, como individuos o como miembros de asociaciones, obstaculiza los objetivos de ganancia de las empresas, impone una propia voluntad negocial a la “contraparte” que produce y comercializa los productos, para salvaguardar al ciudadano-consumidor. Su eficacia está sin embargo estrechamente conectada a la fuerza de las asociaciones que actúan en este rol de “control social” del mercado. Nace como remedio no jurídico, según Ferrara, sino “idóneo a orientar o, cuanto menos, a condicionar las estrategias más desprejuiciadas de la gran empresa moderna, circunscribiendo el denominado poder normativo”¹¹⁷.

Es así que ante la ausencia de programas legislativos dirigidos a disciplinar la actividad empresarial, las industrias podrían dar vida a “comités de honor”, con representación de los consumidores –pues son ellos quienes deben impulsar tal *self government*, fruto de sus presiones–, encargados de elaborar reglas éticas a las que deben someterse los empresarios en la difusión de los mensaje publicitarios, en la contratación *standarizada*, en la producción, etc.

El control se puede conseguir desde la redacción del modelo del contrato, antes que sea propuesto a los consumidores. Así se podría obligar a los

¹¹⁷ CARPANI, Guido. Citado por LEYVA SAAVEDRA, José. “*Contratos de...*”. Ob. Cit., p. 28.

profesionales a someter sus proyectos de contrato a la aprobación de una autoridad judicial o administrativa, la que rechaza su visado si detecta la presencia de cláusulas abusivas. Ante la ausencia de la aprobación, el contrato no puede ser propuesto a los consumidores.

Este procedimiento difícilmente puede ser utilizado para el conjunto de contratos de consumo, pero puede serlo en ciertos sectores, especialmente para los contratos de seguro y los bancarios. Otra forma consistiría en organizar un sistema de acuerdos colectivos del consumo, en los que los modelos de contrato son redactados, no de modo unilateral por los empresarios y profesionales, sino por negociación de un lado entre las asociaciones de consumidores y del otro los empresarios o profesionales (u organizaciones de estos). Así las asociaciones pueden cuidar, desde el principio, el equilibrio de las cláusulas del contrato¹¹⁸.

5.4.2. El control administrativo

Apropiándonos, por un momento, nuevamente de los términos de Ferrara podemos decir que el control administrativo comprende toda intervención mediante la cual la Administración Pública “está en condición de ejercitar una congruente función de control sobre las actividades productivas y, más en particular, sobre las praxis mercantiles y negociales con las que la empresa moderna entra en contacto con los consumidores, estimula y, más bien, orienta las elecciones económicas y la propensión al consumo de estos, utilizando en el caso

¹¹⁸ *Ibidem.*

módulos contractuales e instrumentos de presión a ella generalmente favorables”¹¹⁹.

Por su naturaleza, este control permite activar una estrategia de protección del consumidor, en vía preventiva (como la autorreglamentación mencionada en el punto precedente), a escala general, y puede proveer la sede institucional de composición de conflictos de intereses, presentes en el mercado, garantizando la adecuada salvaguardia a los portadores de intereses débiles como los consumidores”¹²⁰.

Así, por ejemplo, la Ley N° 78-23 de Francia, creó una comisión administrativa que tenía por misión controlar las cláusulas abusivas. Tres roles le fueron conferidos: *i*) debía dar su opinión al Consejo de Estado a propósito de los proyectos de decretos; *ii*) debía buscar, en los contratos tipos, las cláusulas abusivas, emitiendo recomendaciones a fin de suprimirlas, dando su opinión sobre los proyectos de contratos que los profesionales le propongán (poder disuasivo, pues solo los decretos del Consejo de Estado tenían carácter imperativo y eran susceptibles de sanción judicial); y, *iii*) debía hacer un informe anual que es hecho público, en el que recomienda ciertos cambios legislativos y reglamentarios que considere deseables.

Estos contratos tipos serían introducidos en las leyes o reglamentos y tendrían fuerza obligatoria. No obstante, habría inconvenientes sobre la diferenciación entre el contenido de los diversos contratos y su carácter

¹¹⁹ CARPANI, Guido. Citado por LEYVA SAAVEDRA, José. “*Contratos de...*”. Ob. Cit., p. 29.

¹²⁰ *Ibidem*.

frecuentemente técnico que difícilmente hacen previsible todas las formas de contratos. Además, los miembros que formarían la comisión podrían no tener los conocimientos suficientes para redactar contratos en todos los dominios. Se necesitaría entonces de una verdadera armada de funcionarios para aplicar un similar programa, lo que lo volvería costoso y pesado; además, este modelo –no se cansarían de resaltar aquellos defensores de la libertad contractual– denota un formalismo constringente, verdadero dirigismo contractual, indeseable al anular la libertad de contratar¹²¹.

Estos modelos (autotutela, autorreglamentación y el control administrativo) son remedios de tipo general y preventivo que fueron previstos en la Directiva 93/13/CEE¹²² e inciden sobre los formularios contractuales en su generalidad y abstracción, independientemente de su empleo concreto y particular en el ámbito de toda operación individual con todo cliente individual; y porque operan prescindiendo de la –y antes de la– efectiva conclusión de contratos con cláusulas

¹²¹ En Francia se han dado la conclusión de acuerdos colectivos con las organizaciones profesionales, en los que la eficacia es, sin embargo, limitada, ya que, en razón del efecto relativo de los contratos, no obligan a los miembros de las organizaciones firmantes. Los poderes públicos han intentado alentar la conclusión de tales acuerdos creando en 1982 los “acuerdos por la mejora de la calidad” que se volverán de allí en adelante los “contratos aprobados”. Estos contratos obligan entonces a los profesionales que se refieren a ellos utilizando el logotipo “Approuvé”.

¹²² Artículo 7 de la Directiva: 1) Los Estados miembros velarán por que, en interés de los consumidores y de los competidores profesionales, existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores. 2) Los medios contemplados en el apartado 1 incluirán disposiciones que permitan a las personas y organizaciones que, con arreglo a la legislación nacional, tengan un interés legítimo en la protección de los consumidores, acudir según el derecho nacional a los órganos judiciales o administrativos competentes con el fin de que estos determinen si ciertas cláusulas contractuales, redactadas con vistas a su utilización general, tienen carácter abusivo y apliquen los medios adecuados y eficaces para que cese la aplicación de dichas cláusulas. 3) Los recursos mencionados en el apartado 2 podrán dirigirse, respetando la legislación nacional, por separado o conjuntamente contra varios profesionales del mismo sector económico o contra sus asociaciones que utilicen o recomienden que se utilicen las mismas cláusulas contractuales generales o cláusulas similares”.

abusivas: operan precisamente para conjurar que, en el futuro, contratos con cláusulas semejantes sean efectivamente concluidos¹²³.

5.4.3. El control mixto (judicial y legal)

En la actualidad, el retraso de la administración de justicia produce un doble efecto: distorsiona el mercado y encarece los bienes y servicios, lo que ha jugado en contra de la intervención estatal a través de los órganos jurisdiccionales. Luis CABELLO refleja esta situación al señalar que el acreedor tiende a exigir sobregarantías y encarece el precio del dinero ante las dificultades temporales en la obtención de una resolución judicial favorable, esto es, que imponga la contraprestación insatisfecha.

El deudor, consciente de su sobreendeudamiento, consiente la inclusión de todo tipo de cláusulas y el establecimiento de todo tipo de garantías, amparado en esa barrera judicial y en la posibilidad de pronunciamientos contradictorios o imprevisibles. La protección del consumidor, también, no se trata solo de un problema de medios, personales y materiales, o de incentivos y formación, sino también de la dotación de los instrumentos jurídicos adecuados para una nueva situación social y económica para un nuevo mercado¹²⁴.

Por el modelo mixto el legislador promulga una regla amplia, que define el concepto general de cláusula abusiva y deja a los tribunales el cuidado de decidir, en la práctica, lo que significa. Verdaderamente, algunos límites o criterios son

¹²³ ROPPO, Enrique. Citado por LEYVA SAAVEDRA, José. Ob. Cit., p. 44.

¹²⁴ CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA, Luis (2000). "*Condiciones generales en la contratación financiera*". En: Revista Crítica de Derecho Inmobiliario. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Año LXXV, Madrid, p. 390.

fijados, como la cláusula del “desequilibrio importante” o incluso aquella de la contrariedad a la buena fe; pero la circunscripción de la noción permanece como labor del juez¹²⁵. Este control implica la acción del legislador, pero será solo el juez quien podrá declarar cuáles cláusulas son abusivas y cuáles no, ya que es utópico creer que el legislador pueda imaginar todas las cláusulas potencialmente abusivas, pues queriendo prever todas las posibilidades y restringiendo el carácter abusivo a aquellas enumeradas en una lista, el legislador da al empresario, que en sus dominios muestra una imaginación ejemplar, la oportunidad de contornear la regla.

La solución curativa ideal, como se ve, es mixta. Aplicada ya en Alemania, Luxemburgo, Austria, Holanda y Portugal, consiste en una regla general que define, en teoría, lo que es una cláusula abusiva. Esta definición es completada por dos listas: una primera que contiene cláusulas que serán inevitablemente reputadas no escritas, la susodicha “lista negra” (ilegítimas *ex lege*, sin que sea necesario un análisis sobre el asunto por parte del magistrado) y una segunda que comprende cláusulas simplemente que se presumen abusivas (lista gris), pero se confía a la apreciación del juez la valoración de su legitimidad, permitiendo al proveedor demostrar lo contrario. Estas listas de cláusulas tienen la función de orientar al intérprete en la verificación del carácter abusivo de las condiciones contractuales.

El modelo francés, fundado sobre un control administrativo, no presentaba, anteriormente a la adopción de la Directiva 93/13/CEE, alguna lista de cláusulas

¹²⁵ *Ibidem.*

abusivas. Estas eran, como ya se ha anotado, por el contrario, individualizadas mediante un procedimiento que era realizado por la *Commission française des clauses abusives* y el Consejo de Estado la remoción de las cláusulas abusivas debía (y debe todavía) ser establecida por este último mediante decreto.

La Directiva 93/13/CEE ha introducido a través de su Anexo I, el “sistema de la lista” (lista indicativa de cláusulas abusivas). Todos los países que han recibido hasta hoy la Directiva 93/13/CEE se han uniformado al “sistema de la lista” introduciéndolo *ex novo* (Francia, Grecia y Reino Unido)¹²⁶. Así, si es verdad que una cláusula contractual que corresponde a uno de los ejemplos del anexo no es automáticamente abusiva, lo contrario va más lejos: una cláusula contractual que parece ser autorizada por el anexo, no es automáticamente imparcial.

Un ejemplo concreto podría ayudar a la comprensión de esta última afirmación: de acuerdo al párrafo 1, letra f, del anexo, son habitualmente declaradas abusivas las cláusulas que tengan por objeto o por efecto “autorizar al profesional a resolver el contrato de modo discrecional si la misma facultad no le es reconocida al consumidor”.

No haría falta deducir de esta disposición que una cláusula que da a las dos partes el derecho de poner fin al contrato de modo discrecional no es abusiva. Esta conclusión sería completamente errónea ya que, en un buen número de casos, la correlación entre los derechos de las partes es puramente formal. En efecto, no es

¹²⁶ GIAMPIERI, Alberto. Citado por DE LA PUENTE LA VALLE, Manuel. “Cláusulas generales...”. Ob. Cit., p. 43.

interés del consumidor resolver el contrato, y la cláusula introduce por consecuencia un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes contratantes¹²⁷.

5.4.3.1. La lista de cláusulas abusivas

Apoyándonos en una clasificación de Roppo¹²⁸ podemos enumerar las cláusulas en:

a. Las cláusulas de desequilibrio

El “desequilibrio” que las cláusulas de esta categoría determinan entre derechos y obligaciones de las partes, se manifiesta bajo varios perfiles, de los que pueden hacerse corresponder igualmente subcategorías.

1) Relativas a la disponibilidad del vínculo: En algunas cláusulas el desequilibrio se manifiesta al volver a la empresa árbitra de la formación o del mantenimiento del vínculo contractual (que sustancialmente depende de su discreción), mientras el consumidor está y permanece, sin posibilidad de elección, contractualmente vinculado. Pertenecen a este grupo: la cláusula que prevé “un compromiso en firme del consumidor mientras que la ejecución de las prestaciones del profesional está supeditada a una condición cuya realización depende únicamente de su voluntad” (letra c); la cláusula que autoriza “al profesional a rescindir el contrato discrecionalmente, si al consumidor no se le reconoce la misma facultad” (letra f).

¹²⁷ ROPPO, Enrique. Citado por LEYVA SAAVEDRA, José. Ob. Cit., p. 44.

¹²⁸ *Ibíd.*, pp. 45 y ss.

2) *Relativas al régimen de responsabilidad del consumidor:* En otras cláusulas, la asimetría de las posiciones contractuales emerge en la forma de un particular agravio de la responsabilidad del consumidor, el que no se compara a un régimen de responsabilidad de la empresa igualmente severo. Pueden evocarse: la cláusula que dispone “imponer al consumidor que no cumpla sus obligaciones una indemnización desproporcionadamente alta” (letra e); la cláusula que permite “al profesional retenga las cantidades abonadas por el consumidor, si este renuncia a la celebración o la ejecución del contrato, sin disponer que el consumidor tiene derecho a percibir del profesional una indemnización por una cantidad equivalente cuando sea este el que renuncie” (letra d).

3) *Relativas al régimen de responsabilidad de la empresa:* Otras incluso resultan desequilibradas porque introducen un régimen de especial favor para la empresa, previendo exclusiones o limitaciones de su responsabilidad por incumplimiento, o bien sustrayendo al consumidor las garantías o remedios legales normalmente ofrecidos contra la parte incumplidora. Entre ellas tenemos: la cláusula dirigida a “excluir o limitar la responsabilidad legal del profesional en caso de muerte o daños físicos del consumidor debidos a una acción u omisión del mencionado profesional” (letra a); la cláusula dirigida a “excluir o limitar de forma inadecuada los derechos legales del consumidor con respecto al profesional o a otra parte en caso de incumplimiento total o parcial, o de cumplimiento defectuoso de cualquiera de las obligaciones contractuales por el profesional, incluida la posibilidad de compensar sus deudas respecto del profesional mediante créditos que ostente en contra de este último” (letra b); la cláusula que permite “al profesional el derecho a determinar si la cosa entregada o el servicio prestado se

ajusta a lo estipulado en el contrato, o conferirle el derecho exclusivo a interpretar cualquiera de las cláusulas del contrato” (letra m); la cláusula que restringe “la obligación del profesional de respetar los compromisos asumidos por sus mandatarios” o bien sujeta “sus compromisos al cumplimiento de formalidades particulares” (letra n); la cláusula que priva al consumidor de la *exceptio inadimpleti contractus*, obligándolo “a cumplir con todas sus obligaciones aun cuando el profesional no hubiera cumplido con las suyas” (letra o); la cláusula que prevé “la posibilidad de cesión del contrato por parte del profesional, si puede engendrar merma de las garantías para el consumidor sin el consentimiento de este” (letra p); las cláusulas que suprimen o limitan “el ejercicio de acciones judiciales o de recursos por parte del consumidor, en particular obligándole a dirigirse exclusivamente a una jurisdicción de arbitraje no cubierta por las disposiciones jurídicas, limitándole indebidamente los medios de prueba a su disposición o imponiéndole una carga de la prueba que, conforme a la legislación aplicable, debería corresponder a otra parte contratante” (letra q); la cláusula que, para el caso de retractación de la empresa, permita a esta “se quede con las cantidades abonadas en concepto de prestaciones aún no efectuadas si es el propio profesional quien rescinde el contrato”, evitando así al consumidor no solo accionar por el resarcimiento, sino hasta de repetir lo indebido (letra f).

b. Las cláusulas de sorpresa

Las cláusulas de sorpresa exponen al consumidor al riesgo de encontrarse implicado en situaciones contractuales diversas (y más desventajosas) respecto de aquellas que podía razonablemente imaginar o prever.

1) *La sorpresa sobre el vínculo*: La sorpresa puede ser sorpresa sobre el vínculo, cuando la situación nueva e imprevista a la que el consumidor se enfrenta respecto a la permanencia del vínculo contractual (que, en hipótesis, resulte extinguido cuando el consumidor quiera continuar, o, viceversa, prolongado cuando el consumidor espera su fin). Pueden al respecto evocarse: la cláusula que autoriza “al profesional a poner fin a un contrato de duración indefinida, sin notificación previa con antelación razonable, salvo por motivos graves” (letra g); la cláusula que prorroga “automáticamente un contrato de duración determinada si el consumidor no se manifiesta en contra, cuando se ha fijado una fecha límite demasiado lejana para que el consumidor exprese su voluntad de no prorrogarlo” (letra h).

2) *La sorpresa del reglamento*: La sorpresa puede ser sorpresa sobre el reglamento, cuando el consumidor está expuesto a sufrir contenidos contractuales (modalidades de los derechos y obligaciones recíprocos de las partes) por él inesperados. Determinan sorpresa sobre el contenido contractual: la cláusula dirigida a “hacer constar de forma irrefragable la adhesión del consumidor a cláusulas de las cuales no ha tenido la oportunidad de tomar conocimiento real antes de la celebración del contrato”, y que por esto no podía imaginar como posible contenido de este (letra i); las diversas cláusulas que atribuyen a la empresa un excesivo o injustificado *ius variandi*: como la cláusula que autoriza “al profesional a modificar unilateralmente sin motivos válidos especificados en el contrato los términos del mismo” (letra j); la que autoriza “al profesional a modificar unilateralmente sin motivos válidos cualesquiera características del producto que ha de suministrar o del servicio por prestar” (letra k); aquella con la

que se establece “que el precio de las mercancías se determine en el momento de su entrega, u otorgar al vendedor de mercancías o al proveedor de servicios el derecho a aumentar los precios, sin que en ambos casos el consumidor tenga el correspondiente derecho a rescindir el contrato si el precio final resultare muy superior al precio convenido al celebrar el contrato” (letra l)¹²⁹.

5.4.3.2. Las acciones colectivas

Una tutela colectiva potenciaría el efectivo recurso práctico a las acciones de tutela individual, no aprovechadas a causa de su costo y de la poca confianza al sistema judicial. Como bien lo señala Alpa¹³⁰ el interés difuso, superindividual de los consumidores se pondría como “expresión resumida de todos los intereses individuales; no un nuevo interés, sino el mismo interés individual examinado en una perspectiva que del individuo pasa al grupo, a la colectividad (...) una *ficitio iuris* que tiene el objetivo de volver relevantes todos aquellos intereses individuales que no serían accionados y entonces no serían objeto de protección por la inercia, por la indiferencia o las limitaciones del individuo”.

En Francia, la nueva ley (*Loi 95-96*) ha acrecentado los poderes conferidos por la ley de 1988 a las asociaciones de consumidores. Las asociaciones pueden desde entonces demandar la declaración del carácter abusivo de una cláusula inserta no solo en los modelos de contratos habitualmente propuestos por los empresarios o profesionales a los consumidores, sino también en aquellas

¹²⁹ La calificación de *abusività* (y la consecuente prohibición) de algunas cláusulas de sorpresa –y precisamente aquellas de las letra g, j y l– es atenuada, y en ciertos casos hasta excluida, con referencia a algunos tipos de contratos, y en particular a los contratos para la prestación de servicios financieros (numeral 2 del anexo).

¹³⁰ CARPANI, Guido. Citado por LEYVA SAAVEDRA, José. “*Contratos de...*”. Ob. Cit., p. 28.

propuestas a los consumidores y propuestas por las organizaciones profesionales a sus miembros.

En el primer caso, las asociaciones deberán aportar la prueba del carácter habitual de la utilización de este tipo de contrato para el profesional; en consecuencia, su acción interventora es *a posteriori*. Por el contrario, la acción contra los modelos de contratos propuestos por las organizaciones profesionales a sus miembros es de manera preventiva y así la asociación no debe aportar la prueba cuando el modelo de convenciones en cuestión es utilizado de manera general.

Una más reciente innovación, en el derecho anglosajón, son los casos ‘*group together*’ donde las cláusulas potencialmente abusivas usadas a través de un sector de empresas son similares o idénticas. Este proceso tiene la ventaja de tratar con un amplio número de comerciantes en lugar de una única individual o firma y las asociaciones de comercio pueden también ser involucradas¹³¹.

5.5. La libre competencia

La libre competencia, la transparencia en la información, la eliminación de la posición dominante, y la exclusión de la publicidad engañosa, son los principios básicos para un buen funcionamiento del mercado, señalan quienes siempre han sublimado la libertad contractual. Su existencia y efectividad lo refuerza, como a su vez aumenta la confianza del consumidor –concepto económico de la posición jurídica del ciudadano ante la contratación de masa–, quien, cómo no, anhela una

¹³¹ COLLINS, Brian. Citado por MESSINEO, Francesco. Ob. Cit., pp. 433.

“competencia” en cuanto a la calidad de las cláusulas contractuales que les sean ofrecidas, la obtención de la información necesaria a fin de tomar “su” decisión libre y consciente, así como, obtener una resolución judicial favorable declarando abusiva “tal” cláusula –y por consiguiente no puesta–, para así no sentirse defraudado al encontrarse con otra empresa (o incluso la misma vencida en juicio) que continúe imponiéndola a otros consumidores no partes procesales del proceso, aun con diferente redacción¹³².

A este último efecto son necesarias nuevas regulaciones en nuestro ordenamiento jurídico que promuevan las acciones judiciales de las asociaciones de consumidores o de alguna entidad pública (INDECOPI o quizás el Ministerio Público)¹³³ a fin de que puedan promover y obtener declaraciones judiciales *in abstracto* en referencia al carácter abusivo de una cláusula contractual, dentro de un proceso especial que pueda extender los efectos del primer proceso a las otras empresas, al menos del mismo sector económico.

Los acuerdos colectivos, como control *a priori* o “positivo”, surgen como una opción, que muy bien conducida, puede conseguir efectos muy importantes y cambios provechosos ante esta problemática, al darse la redacción de condiciones generales de contratación por la negociación entre, de una parte, las asociaciones de consumidores o entidades con legítimo interés para proteger a los consumidores y, de la otra parte, empresas o grupos de empresas.

¹³² Se dice que incluso la decisión judicial del primer caso generaría una distorsión en la competencia entre la empresa que ha debido renunciar a la utilización de la cláusula y aquellas que pueden continuar utilizándola con total impunidad.

¹³³ Los países nórdicos cuentan con la activa labor del *Ombudsman* de los consumidores.

El ámbito subjetivo de una legislación sobre protección al consumidor frente a las cláusulas abusivas deberá ampliarse necesariamente. Ya hemos explicado (*supra* núm. 2.3.) la *ratio* de una nueva regulación, que incluso vele por el equilibrio normativo entre las empresas, no solo en una relación de consumo¹³⁴.

A pesar de los mecanismos jurídicos diseñados, aumenta el uso de las cláusulas abusivas en los negocios y transacciones que celebramos diariamente. Así, en la actualidad, el desarrollo y evolución de las relaciones económicas van en dirección contraria a la disminución del equilibrio en las relaciones contractuales. Asimismo será la transparencia en la información –pero no solo ella–, la educación de los consumidores (en fin de “todos”¹³⁵) y la facilidad de su acceso a los órganos jurisdiccionales, los que determinen el éxito de los medios de control a instaurar en el futuro.

Recordemos que está fuera de discusión el uso de las condiciones generales de contratación –sede usual de las cláusulas abusivas– cuya conveniencia, en estos tiempos en que la rapidez de las negociaciones y transacciones determina el éxito de una empresa y de la economía nacional en su conjunto, es incuestionable, sino que debemos reconsiderar la regulación de la protección al consumidor-adherente a una que se oriente a tutelarlos contra el abuso del poder de la empresa (grande o pequeña), la que haciendo uso de los contratos *standarizados*, excluye arbitraria y abusivamente los derechos esenciales de su contraparte. En esta labor debemos

¹³⁴ Nuestra ley de protección al consumidor (Decreto Legislativo N° 716) define a los consumidores o usuarios como las personas naturales o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales productos o servicios (artículo 3, apartado a).

¹³⁵ También el abuso se da a través de los representantes, mandatarios o empleados, desde una pequeña empresa de transporte que diariamente nos traslada al sitio donde deseamos dirigirnos, como los bancos, donde sus impulsores de crédito y préstamos nos tratan de manera tan ruin como un cobrador o chofer de microbús-combi.

estar comprometidos todos, pues no se puede dar una evolución global de la economía cuando existen intereses aún desprotegidos.

5.6. La autonomía de la voluntad

La autonomía de la voluntad es uno de los subsistemas dentro de la institución contrato, y a mi consideración pilar fundamental de su eficacia y validez. Es entendida como la “libertad de la persona para designar aquella facultad que tiene el particular para regular libremente sus intereses, ejercitar los derechos subjetivos de los cuales es titular y concertar negocios jurídicos”. Es donde la realidad volitiva coincide y se materializa en la objetividad jurídica, exteriorizándose a través de la realización de actos tendentes a producir efectos jurídicos.

La autonomía contractual presupone libertad de realizar o no determinada actividad, tomar o no determinada conducta con relación al nacimiento, modificación o extinción de una relación jurídica civil determinada, obedeciendo a nada más que la conciencia de las partes, la que una vez materializada obliga a las mismas, haciéndolas responsables por las consecuencias que de ello se deriven.

En el orden contractual, esta institución significa “libertad de contratación, lo que significa la libre opción del individuo entre contratar y no contratar, es decir, significa la libertad de constitución de la relación contractual; con libertad, por tanto, de elección del otro contratante. Significa además la libertad de elección del tipo contractual. Significa, por último, la posibilidad de modificar también

libremente, en los contratos regulados por la Ley, el contenido legal de estos contratos, sustituyéndolo por otro distinto”. Ello representa un flujo continuo y binario de información y voluntad, que de violarse o transgredirse, rompería el vínculo fundamental sobre el que se erige el contrato, afectando su pilar fundamental, y por ende la naturaleza toda de la institución.

La libertad de contratar, o de no hacerlo, de con quien hacerlo, de discutir el contenido del mismo, de elegir la forma, de establecer el objeto del contrato y de suprimirlo o variarlo, de determinar la ley aplicable, ubicándose cada una de las partes en una situación de real igualdad, son columnas vertebrales del contrato, elementos definitivos e imprescindibles, que afectándose, e insistimos en ello, destruirían la institución contractual.

5.7. El contrato por adhesión

La dinámica de la economía actual, unido a políticas macro económicas, y a las ingeniosas transformaciones que ha sufrido la sociedad contemporánea, han provocado una seria erosión en los principios conformadores del contrato, al punto que para muchos autores la institución está en crisis. Ello devenido por los constantes imperativos contra la voluntad de una de las partes, a quien no le ha quedado más remedio que aceptar términos exigentes y hasta despóticos.

Al decir de Gutiérrez Camacho “...el cambio de la dinámica económica y su masificación tiene su respuesta jurídica en la estandarización de la

contratación...”¹³⁶, dejando a un lado la contratación clásica o negociada, y tomando su lugar la contratación en masa, que exige la pura adhesión. El modelo tradicional, y justo, de contratación bilateral, donde prima la exquisitez en las discusiones y deliberaciones, donde ambas partes aportan, proponen, discuten y deciden, ha quedado relegada en la historia, manifestándose únicamente en la contratación a pequeña escala, principalmente la privada o personal. La autonomía de la voluntad se quiebra, siendo consecuencia no solo del actuar de las grandes transnacionales, o empresas de gran nivel, sino que los gobiernos han sido y son objeto también, de tal fenómeno.

La teoría y la práctica no andan de la mano en los días de hoy, ni tampoco con la historia jurídica y de sus instituciones. La economía, la política, la globalización neoliberal, impiden que la concepción tradicional del contrato subsista, porque cualquier libertad de contratar pone en riesgo la posibilidad de obtener ventajas patrimoniales. Coincidimos con la Profesora Teresa Delgado Vergara¹³⁷ en que son tres cuestiones fundamentales en las que han incidido estos temas, esencialmente económicas:

1. Rediseño del principio de la autonomía de la voluntad: Esto significa no sólo que aumenten las limitaciones a la voluntad privada sino que esta se halla configurada de forma diferente.

2. Nuevas formas de formación del contrato: Sustitución del modelo de contrato por negociación por el modelo de contrato por adhesión, aparición de la

¹³⁶ GUTIÉRREZ CAMACHO, Walter (2001). *“El contrato de consumo y la crisis de la contratación clásica”*. En: Revista Cubana de Derecho, No. 17, Editorial UNJC, La Habana, p. 97.

¹³⁷ DELGADO VERGARA, Teresa (2003). *“El negocio jurídico contractual. Derecho de Contratos”*, Tomo I, Editorial Félix Varela, La Habana, pp. 30-31

contratación electrónica que no constituye un nuevo contrato sino un modo de generación del contrato que responde a las nuevas exigencias del tráfico y de la tecnología. La contratación moderna está marcada por la proliferación de modelos contractuales preestablecidos, cuyas cláusulas no pueden ser discutidas por las partes.

Ya no es el contrato por negociación el que marca la época actual del Derecho de Contratos. Por tanto, la teoría de la formación del contrato no puede explicarse a partir de la concepción clásica oferta-aceptación, con tratos preliminares o discusiones coetáneas, sino que aparecen los contratos de adhesión, las llamadas condiciones generales de contratación y otros fenómenos que constituyen claros exponentes de la masificación y estandarización contractual. Por otra parte tenemos el fenómeno del comercio electrónico que es una realidad a la que se aboca la contratación moderna, y en consecuencia, la doctrina civil.

El comercio electrónico consiste en la utilización de la tecnología propia de Internet para comprar y vender productos o servicios. Esto trae beneficios pero también tiene limitaciones. Es un medio que revoluciona las formas tradicionales de comercialización y donde tanto empresas como usuarios, profesionales y organismos pueden darse a conocer y negociar sus productos o servicios on line. Todo esto conlleva un importante desafío consistente en la adaptación del Derecho a la nueva realidad mediante la interpretación legislativa y jurisprudencial en relación con la doctrina, o en el establecimiento de un marco jurídico propio que tenga por finalidad la seguridad jurídica de las transacciones electrónicas...

3. Surgimiento de nuevos contratos atípicos legalmente pero no socialmente, que en gran número de casos expresan la unidad del Derecho de contratos y la necesidad de acentuar la tendencia a la unificación de los regímenes contractuales civil y mercantil.

En vistas a los resultados, y lo que implica, es lógico que no deben desasirse del Derecho de los Consumidores o Usuarios, quienes son, en definitiva, el eslabón débil de la cadena comercial. Es por ello que son los incipientes movimientos universales de consumidores o usuarios, quienes luchan y velan porque la contratación a gran y pequeña escala se realice con la mayor equiparación e igualdad posible, vigilando porque se protejan los derechos que como consumidores o usuarios poseen, implementándose en la mayoría de los países normas que delimitan la actuación de los particulares con vistas a resguardar los derechos de este sector de la población. Los ordenamientos jurídicos internos han decidido conjugar los intereses de las empresas con la de sus usuarios.

El contrato por adhesión, término procedente de la doctrina francesa, lo constituyen aquellos contratos en los que no media voluntad en la concertación del mismo, donde una de las partes, llamada por varios autores como “parte débil”¹³⁸, no participa en la discusión de las cláusulas contractuales, presentándosele el contrato preestablecido, sin posibilidad de modificarlo, solo con la limitada y endeble decisión de si se adhiere o no. Es en este punto donde se

¹³⁸ GUTIÉRREZ CAMACHO, Walter. Ob. Cit., p. 97.

inicia y termina la voluntad de la parte débil, no existiendo por ende, autonomía de la voluntad.

Ha consideración de varios autores, no podemos hablar de una crisis del contrato, ya que a pesar de que su voluntad no está presente en los diferentes momentos de realización del contrato, sí puede al final decidir si lo toma o no, en caso que sea afirmativo, entonces está consintiendo el contrato en su generalidad, provocándose una ficción jurídica como que denotara la presencia siempre de las dos partes. Este autor piensa totalmente diferente.

No han sido pocos los pronunciamientos en cuanto a ello. En las XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Buenos Aires, Argentina, 1997), se refirieron a la autonomía de la voluntad y los contratos por adhesión como que “la autonomía privada está sometida al mantenimiento del equilibrio de la relación de cambio”; las XII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Bariloche, Argentina, 1989), consideraron que el principio de igualdad jurídica implica el “respeto de la relación negocial de equivalencia”; las Comisiones de Reforma de los Códigos Civiles de Argentina, Bolivia, Perú y Puerto Rico, declararon en el Acta de Arequipa que “la redacción de los nuevos Códigos, o la revisión de los existentes, se ha de hacer sobre la base de algunos principios fundamentales”, entre ellos “la protección de los débiles y el respeto de la autonomía de la voluntad en las relaciones entre sujetos con equivalente poder de negociación”¹³⁹. Ello denota un creciente interés en la arena internacional, sobre la trascendente y necesaria renovación del contrato tradicional, y la gradual preocupación sobre el tema.

¹³⁹ ANÍBAL ALTERINI, Atilio. Ob. Cit., p. 25.

A pesar de que los gobiernos han consentido en su generalidad la presencia de este fenómeno, son las personas jurídicas las que lo han impulsado y desarrollado, obviando la esencia e importancia de la institución, haciendo caso único a la necesidad de obtener lucro, objetivo que para lograrse se quebranta el derecho tradicional, y cuantos derechos sean reconocidos. En ocasiones el facilismo, en otras el deseo de especular, u obtener beneficios, la necesidad objetiva por los gastos en que se incurren en las contrataciones masivas, el poco deseo e interés gubernamental para hacer frente a este fenómeno, son algunos elementos que han incidido en el progreso de los contratos por adhesión, en su perfeccionamiento y mejora, y en el hecho de que actualmente se ha convertido en algo normal y usual.

Son las personas en sus diferentes manifestaciones¹⁴⁰ quienes impulsan este fenómeno, redactando, en este formato los contratos. Es notable el aumento en la sociedad cubana actual el incremento de estos contratos por adhesión, generado principalmente por las necesidades que en el orden económico se suscitan en unos casos, y en otros debido a la intención de acoplarnos al sistema de fluencia mundial, queriendo a toda costa equiparar nuestro sistema a otros, a pesar de que, por naturaleza propia es diferente.

Los contratos de Servicios Eléctricos, Telefónicos, en el Comercio Minorista (principalmente en la compraventa de bienes de considerable valor como televisores, lavadoras, refrigeradores, ventiladores, microwave, y otros bienes), arrendamiento, de gas licuado, son algunos ejemplos donde los contratos

¹⁴⁰ Variadas son las clasificaciones en torno a personas jurídicas. Hay determinado consenso en entender como tal a las asociaciones, corporaciones, fundaciones, empresas, uniones de empresas, con sus diferentes extensiones.

por adhesión, en nuestro país, se manifiestan a gran escala, poniéndosele a los usuarios o consumidores el cuerpo del contrato con la triste y reveladora realidad de: ¿lo aceptan y reciben el servicio o adquieren el bien, o no? Es considerable la gran violación de los derechos de los consumidores que surgen por motivos de la implementación de estos mal llamados contratos, agudizado ello por la falta de conocimiento de la mayoría de los usuarios sobre los que tienen en sus manos, o para poder entender o comprender su contenido; o por la comprensión de que es la única forma de obtener el beneficio del servicio o bien, a costa de las contrariedades a su disfavor; o agravado además por la urgencia con que se contraen los mismos, concretándose los actos de concertación a la simple firma del mismo, sin más trámites ni preocupaciones.

Las exigencias del mercado, de la automatización, la racionalización de la economía, la tecnificación, han influido definitivamente en la agudización y perfeccionamiento de la contratación por adhesión, siendo en este sentido el desarrollo y progreso tecnológico enemiga de lo que es bueno y natural para el ciudadano común.

5.8. Valoración de las normas del código civil y de las de defensa del consumidor

La protección del art. 1398 del Código Civil de la parte que no estipula los contratos por adhesión se restringe a la prohibición de las siguientes cláusulas:

- a. Invalidez de estipulaciones que establezcan exoneraciones o limitaciones de responsabilidad.

- b. Invalidez de estipulaciones que establezcan Facultades unilaterales de rescisión o resolución del contrato.
- c. Invalidez de estipulaciones que establezcan prohibiciones de oponer excepciones
- d. Invalidez de estipulaciones que establezcan prohibiciones de prorrogar o renovar tácitamente el contrato.

Estas limitaciones no se encuentran dentro de un sistema completo de protección al consumidor, de la misma forma

El art. 1390 del Código Civil no considera la posibilidad de contratos por adhesión en forma verbal o de oferta al público, como si orientaría la normatividad de defensa del consumidor, especialmente para el caso de las ventas al crédito. Es decir, cuando un proveedor exhibe un producto al público estableciendo las condiciones de venta a plazos, y un consumidor elige la adquisición aceptando dichas condiciones, ya no sería necesario firmar el contrato sino solamente las letras u órdenes de pago. De la misma forma, el contenido del contrato por adhesión debería ser exhibido en anuncios (sic) como orienta el art. 4 del decreto legislativo 691 modificado por la ley 26506.

De estas observaciones tenemos que existe complementariedad entre la normatividad de defensa del consumidor que establece las condiciones de la oferta para la adhesión y el código civil que establece las características de la aceptación, lo que nos da la respuesta al problema original: existe una relación indesligable entre el Código Civil y los Decretos Legislativos 691 y 716.

Es cierto que los costos de transacción siempre existirán en las contrataciones masivas así como que la venta al crédito ofrecerá el acceso de productos a consumidores de menores recursos, por tanto la contratación por adhesión se convertirá en un instrumento de integración de los sectores medios y bajos al mercado. Estas relaciones no dejan de ser privadas y caracterizantes de la vida común en la sociedad contemporánea para acceder a los bienes y servicios, es decir, materia de necesaria regulación por el Código Civil.

El Código Civil, en consecuencia, es incompleto al no tratar el tema de los contratos por adhesión en su integralidad, aunque tampoco podemos incluir toda la normatividad de Defensa del Consumidor en el Código Civil. Por tanto sería necesario el reforzamiento de las instituciones de oferta al público, de saneamiento y responsabilidad civil desde la perspectiva de la contratación masiva y la economía de mercado.

La normatividad sobre libre mercado y en especial el rol de la defensa del Consumidor también requiere de consolidación e integración, siendo propiamente su campo el control heterónimo a efectos de establecer objetos de regulación y de estudios distintos pero complementarios, en lo que vendremos a llamar Derecho Civil y Derecho del Mercado.

VI. CONCLUSIONES

1. Nadie desconoce que, en el moderno tráfico mercantil, buena parte de los contratos se instrumentan en formularios-tipo que contienen una serie de condiciones generales, unilateralmente impuestas por una de las partes desde una situación de privilegio, y a las que la otra debe adherirse necesariamente si quiere contratar.
2. En los contratos de adhesión libertad contractual de una de las partes se reduce a la mínima expresión imaginable, donde debe someterse a todas las estipulaciones previamente redactadas por la otra, de manera que la única manifestación de su voluntad contractual consiste en la firma del contrato y la consiguiente automática asunción del hermético y preordenado condicionado del mismo.
3. En los contratos de adhesión la libertad contractual queda reducida a la libertad de contratar o no hacerlo, como simple facultad alternativa que puede resultar excesivo denominar como libertad contractual, del mismo modo que puede entenderse como generoso titular de pactos o estipulaciones a las referidas condiciones generales de la contratación, cuya razón de ser consiste, precisamente, en la ordenación interesada del sinalagma en cuanto a sus efectos, mediante la eliminación del mismo en el momento de la creación de las obligaciones.
4. Los llamados contratos de adhesión, debido principalmente a esa posición de privilegio o supremacía desde la que se redactan, suelen contener, prácticamente sin excepción, una serie de condiciones que, tanto desde la óptica del jurista como desde la del profano, resultan

francamente abusivas, rompiendo el justo equilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes; sin que muchas veces el Estado intervenga en el trazado de sus pautas.

5. Los problemas que se presentan con las empresas de servicios de telefonía en la ciudad de Huaraz durante el año de estudio fueron la presencia de inutilidad, carencias, desinterés de buena atención al usuario, incompatibilidad en la aplicación de promociones, ofertas y demandas, falta de orientación al usuario en la celebración del contrato principal y sub contratos en base al principal, restricciones en el uso de los servicios en la celebración del acto jurídico y la falta de celeridad en la solución de reclamos y/o quejas en la celebración de los contratos de adhesión, los que son corroborados por los resultados de la encuesta.
6. Los contratos de adhesión general realizadas por parte de las Empresas de Servicios de Telefonía, afectan la libertad y autonomía contractual de los usuarios, y afectan principios y derechos constitucionales como el valor de la persona humana, el orden público económico, derecho de los consumidores, el derecho a una información completa y exhaustiva y el derecho a la no discriminación.
7. La Constitución como las normas ordinarias establece que “los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos”, pero no existen “procedimientos eficaces” para garantizar los legítimos intereses y derechos que se dicen dignos de protección. Parece tratarse de un cuerpo

normativo de puro ornato, de entre los supuestamente llamados a dar desarrollo a mandatos constitucionales y que, sin embargo, se diluyen en la ambigüedad de las retóricas declaraciones de derechos, para terminar sin desarrollar absolutamente nada.

VII. RECOMENDACIONES

1. Proponer la revisión de la legislación civil peruana, principalmente en materia contractual, con el objetivo de rediseñar los esquemas de contratación en masa, o en su defecto, la modificación de los pilares del contrato tradicional, basados en un criterio humanista para regular la autonomía privada en los contratos de adhesión, admitiendo que los daños al proyecto de vida del ser humano constituyen límites infranqueables de la libertad contractual, ya que las tendencias modernas en materia contractual sólo serán valiosas si respetan cabalmente a la persona humana.
2. La universidad como parte de su proyección social debe difundir y generalizar la aplicación de la normativa protectora de la parte débil; de concebirla no ya como una normativa sectorial, excepcional frente a las disposiciones del Código Civil, sino como una teoría general del contrato, que defienda la equidad, el equilibrio entre las partes contratantes en todo tipo de contrato, sin detenerse a examinar si una de las partes contratantes es o no un consumidor, sino si se ha visto, simplemente, obligada a someterse a las cláusulas generales de contratación impuestas por la otra.
3. La universidad debe impartir conferencias y sensibilizar a la población con vistas a generalizar las categorías contractuales, y las consecuencias de los mal llamados Contratos por Adhesión; para lo cual se debe conformar equipos de trabajo en las personas jurídicas, en los que se

analice de una manera eficaz y práctica la armonización de la teoría contractual tradicional y la práctica mercantil.

4. Con el fin de proteger a las víctimas de imposiciones unilaterales y abusivas en los contratos de adhesión, se hace necesario la aplicación de su poder de control sobre lo pactado en la interpretación de las cláusulas leoninas o draconianas que suelen revelar un desequilibrio en la relación contractual, cuando ha sido llamada a determinar las obligaciones respectivas de las partes en causa; debido a que estos constituyen una flagrante violación de los pilares básicos del contrato tradicional, afectando definitivamente la autonomía de la voluntad.

VIII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. ÁGUILA – REAL, Jesús Alfaro (1987). “*La interpretación de las condiciones generales de los contratos*”, En: La Ley, Madrid.
2. ÁGUILA – REAL, Jesús Alfaro (2000). “*Las condiciones generales de la contratación*”. En: La Ley, Madrid.
3. ANÍBAL ALTERINI, Atilio (1999). “*Tendencias en la Contratación Moderna*”. En: Gaceta jurídica. Actualidad Jurídica, Tomo 66-B, Lima.
4. ARCOS TORRES, Luis Miguel (1999). “*Diccionario de Derecho Civil*”, Editorial Comares, Barcelona.
5. ARIAS SCHREIBER, Max (2000). “*Contratos celebrados por adhesión y cláusulas generales de contratación*”. En: Gaceta jurídica, tomo 84-B, Lima.
6. BULLARD GONZALES, Alfredo (1996) “*Contratación en Masa. ¿Contratación?*”. En: Estudios de Análisis Económico del Derecho, ARA Editores, Lima.
7. CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA, Luis (2000). “*Condiciones generales en la contratación financiera*”. En: Revista Crítica de Derecho Inmobiliario. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Año LXXV, Madrid.
8. DE LA PUENTE LA VALLE, Manuel (2000). “*Cláusulas generales de contratación*”. En: Contrato y Mercado, Gaceta Jurídica, Lima.
9. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel (1983). “*Estudios del Contrato Privado*”, Tomo I, Cultural Cuzco, Lima.
10. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel (2011). “*El Contrato en General*”, Tomo I, Palestra Editores, Lima.

11. DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando (1993). *“El derecho civil ante la post-modernidad”*, Editorial Temis, Bogotá.
12. DELGADO VERGARA, Teresa (2003). *“El negocio jurídico contractual. Derecho de Contratos”*, Tomo I, Editorial Félix Varela, La Habana.
13. DÍEZ PICAZO, Luis (1996). *“Fundamentos del derecho civil patrimonial”*, Vol. I, Editorial Civitas, Madrid.
14. DÍEZ-PICAZO, Luis (1999). *“Experiencias jurídicas y teoría del derecho”*, 3era. Edición, Ariel Editora, Barcelona.
15. ESPINOZA ESPINOZA, Juan (2006). *“Derecho de los Consumidores”*, Editorial Rodhas, Lima.
16. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos (2000) *“El supuesto de la autonomía de la voluntad”*. En: Gaceta Jurídica. Revista de Actualidad Jurídica, Tomo 75-B, Lima.
17. FLORES POLO, Pedro (2002). *“Diccionario Jurídico Fundamental”*, Editorial Grijley, Lima.
18. GUTIÉRREZ CAMACHO, Walter (2001). *“El contrato de consumo y la crisis de la contratación clásica”*. En: Revista Cubana de Derecho, No. 17, Editorial UNJC, La Habana.
19. HERNÁNDEZ SAMPIERI, Roberto y otros (2010). *“Metodología de la investigación”*, Editorial McGrawHill, México.
20. LEYVA SAAVEDRA, José (2001). *“Contratos de empresa”*. En: Tratado de derecho privado, Vol. II, Editora San Marcos, Lima.
21. LEYVA SAAVEDRA, José (2001). *“Factoring”*. En: Tratado de Derecho Privado, Vol. III, Legal Book's, Lima.

22. LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge (1998). *“Los contratos. Parte general”*, Tomo I, Editorial Jurídica Chile, Santiago de Chile.
23. MERINO ACUÑA, Roger (2009). *“El sistema de desprotección al consumidor, apuntes críticos desde la comparación jurídica”*. En: Actualidad Jurídica, Gaceta Jurídica, Lima.
24. MESSINEO, Francesco (1979). *“Manual de Derecho Civil y Comercial”*. Trad. Santiago Sentis Melendo, Tomo I, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires.
25. PÉREZ-SERRABONA, José Luis (1993). *“El contrato de seguro: Interpretación de las cláusulas generales”*, Editorial Comares, Granada.
26. PUIG BRUTAU, José (1981). *“Introducción al derecho civil”*, Editorial Bosch, Barcelona.
27. RAMOS SUYO Juan Abraham (2004). *“Elabore su tesis en Derecho: Pre y Postgrado”*, Editorial San Marcos, Lima.
28. ROBLES TREJO, Luis y otros (2012). *“Fundamentos de la investigación científica y jurídica”*, Editorial Fecatt, Lima.
29. SOLÍS ESPINOZA, Alejandro (1991). *“Metodología de la Investigación Jurídico Social”*, Lima.
30. TORRES VÁSQUEZ, Anibal (2007). *“Acto jurídico”*, 3era. Edición, Editorial Idemsa, Lima.
31. VIDAL RAMÍREZ, Fernando (2005). *“El acto jurídico”*, 6ta. Edición, Editorial Gaceta Jurídica, Lima.
32. ZELAYARAN DURAND, Mauro (2000). *“Metodología de la investigación jurídica”*, Ediciones Jurídicas, Lima.