



Universidad Nacional
Federico Villarreal

Vicerrectorado de
INVESTIGACIÓN

ESCUELA UNIVERSITARIA DE POSGRADO

**“LAS CLÁUSULAS PROHIBITIVAS EN LOS CONTRATOS DE CONSUMO Y SUS
IMPLICANCIAS LEGALES”**

TESIS PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE:

MAESTRA EN DERECHO CIVIL Y COMERCIAL

AUTORA:

VANESSA MARLENE PÉREZ ALVITES

ASESOR:

DR. VIGIL FARIAS JOSE

JURADOS:

DR. ARAMAYO CORDERO URIEL

DR. AGUILAR DEL AGUILA WILSON

DR. PEBE PEBE GRIMALDO

LIMA – PERÚ

2019

Dedicatoria

**A mis padres, Luis y Felicita por
brindarme en todo momento
fortaleza y estímulo.**

INDICE

DEDICATORIA	II
RESUMEN	V
SUMMARY	VI
I. INTRODUCCIÓN	1
1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	2
1.2. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA.....	3
1.3. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA	5
- <i>Problema General</i>	5
- <i>Problemas Específicos</i>	5
1.4. ANTECEDENTES	6
1.5. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN	7
1.6. LIMITACIONES DE LA INVESTIGACIÓN.....	8
1.7. OBJETIVOS.....	11
- <i>Objetivo general</i>	11
- <i>Objetivos Específicos</i>	11
1.8. HIPÓTESIS	11
1.8.1. <i>Hipótesis General</i>	11
1.8.2. <i>Hipótesis específicas</i>	11
II. MARCO TEORICO	13
2.1. MARCO CONCEPTUAL.....	13
2.2. MARCO DE LA INVESTIGACIÓN.	27
2.3. MARCO FILOSÓFICO DE LA INVESTIGACIÓN.....	31
2.4. MARCO SOCIOLÓGICO DE LA INVESTIGACIÓN.	33

III. METODO	35
3.1. TIPO DE INVESTIGACIÓN.	35
3.2. POBLACIÓN Y MUESTRA.....	35
3.2.1. Población.....	35
3.2.2. Muestra.....	35
3.3. OPERACIONALIZACIÓN DE HIPÓTESIS, VARIABLES E INDICADORES	36
3.4. INSTRUMENTOS	37
3.5. PROCEDIMIENTOS	37
3.6. ANÁLISIS DE DATOS.....	38
IV. RESULTADOS	39
4.1. SISTEMAS COMPARADOS	39
4.2. CONTRAESTACIÓN DE LOS SISTEMAS COMPARADOS	43
V. DISCUSION DE RESULTADOS	48
VI. CONCLUSIONES	50
VII. RECOMENDACIONES	51
VIII. BIBLIOGRAFÍA	52
IX. ANEXOS:	55
ANEXO 1: MATRIZ DE CONSISTENCIA	55

RESUMEN

La presente Tesis estudia el tema de “**Las cláusulas prohibitivas en los contratos de consumo**” con la intención de resolver el problema principal: ¿Debe implementarse cláusulas prohibitivas en los contratos de consumo para los contratos masivos?, al definir nuestro estudio con esta interrogante expresamos nuestra preocupación por la distorsión existente entre el derecho, en tanto justicia y la realidad socioeconómica de la comunidad a la que debe su existencia.

La presente investigación posee como objetivo principal el Analizar la implementación de las cláusulas prohibitivas en los contratos de consumo para los contratos masivos. Y como objetivos secundarios: a) Determinar los conceptos teóricos acerca de los contratos, a fin de obtener conclusiones respecto a las cláusulas abusivas y su incidencia; b) Determinar la tipología contractual en los que existe predominio de las convenciones contractuales denominadas imperfectas; c) Determinar las situaciones conflictivas que generan tales cláusulas en la realidad socio económica de la zona de estudio. Como hipótesis general se ha planteado la siguiente: Debe establecerse cláusulas prohibitivas en los contratos de consuma para los contratos masivos la cual será contrastada durante el transcurso de la investigación.

Se analizará el origen, evolución, realidad actual, la legislación civil nacional, internacional y del derecho comparado referente a las cláusulas abusivas en los contratos de consumo; pretendemos confirmar las hipótesis probatísticas que se formula de la siguiente manera “es probable que la falta de precisión legal en las normas que regulan los contratos por servicio genera la existencia de cláusulas abusivas, por tanto su incidencia jurídica y socioeconómica ha incrementado los conflictos en la realidad de Lima.

En cuanto la metodología de investigación, esta será una investigación explicativa, causal y comparativa, con preeminencia doctrinaria e histórica.

Palabras claves:

Cláusulas Prohibitivas, Contratos de Consumo.

SUMMARY

This thesis explores the theme of "clauses prohibitive in consumer contracts" with the intention to solve the main problem: do must implement clauses prohibitive in massive contracts consumer contracts?, define our study with this question to express concern for the existing distortion between the law, while justice and socio-economic reality of the community to which it owes its existence.

This research has as main objective analyze the implementation of prohibitive clauses in contracts of consumption to massive contracts. And as secondary objectives: to) determine concepts theorists about the contracts, in order to obtain conclusions as regards the abusive terms and its impact; b) determine the contractual type in which there is predominance of the so-called contractual conventions imperfect; (c) determine the situations conflictive that generate such clauses in the socio economic reality of the study area. As the following general hypothesis has been raised: should there be prohibitive clauses in contracts of consume for massive contracts which will be proven during the course of the investigation.

We will analyze the origin, evolution, current reality, civil legislation national, international and comparative law relating to unfair terms in consumer contracts; We intend to confirm the hypothesis probatisticas that is formulated in the following way "likely that the lack of legal precision in the rules governing contracts for service generates the existence of unfair terms, therefore its legal and socio-economic incidence has increased conflict in the reality of Lima.

As soon as the research methodology, this will be a causal and comparative, explanatory research with doctrinal and historical prominence.

Key words:

Clauses Prohibitive, Consumer Contracts.

I. INTRODUCCIÓN

La presente investigación titulada **Las Cláusulas Prohibitivas en los Contratos de Consumo** abordará el problema principal: ¿Debe implementarse cláusulas prohibitivas en los contratos de consumo para los contratos masivos?. Vista la distorsión existente entre el derecho, en tanto justicia y la realidad socioeconómica de la comunidad a la que se debe su existencia.

La presente investigación posee como objetivo principal el Analizar la implementación de las cláusulas prohibitivas en los contratos de consumo para los contratos masivos. Y como objetivos secundarios: a) Determinar los conceptos teóricos acerca de los contratos, a fin de obtener conclusiones respecto a las cláusulas abusivas y su incidencia; b) Determinar la tipología contractual en los que existe predominio de las convenciones contractuales denominadas imperfectas; c) Determinar las situaciones conflictivas que generan tales cláusulas en la realidad socio económica de la zona de estudio. Como hipótesis general se ha planteado la siguiente: Debe establecerse cláusulas prohibitivas en los contratos de consuma para los contratos masivos la cual será contrastada durante el transcurso de la investigación.

Se estudiará la legislación civil nacional, internacional y de derecho comparado referente a las cláusulas abusivas en los contratos de consumo y se propondrán alternativas, basándonos en experiencias internacionales preexistentes. Además se presentará como propuesta: la posibilidad de implementar a través de una reforma a la Ley de Consumidores, catálogos de cláusulas abusivas y cláusulas presuntamente abusivas que puedan incluirse en los contratos celebrados con los consumidores.

En cuanto la metodología de investigación, esta será una investigación explicativa, causal y comparativa, con preeminencia doctrinaria e histórica.

La tesis está dividida en Ocho Capítulos: Capítulo I El problema de la investigación; Capítulo II Fundamentos Teóricos de la Investigación; Capítulo III Fundamentos éticos, filosóficos y sociológicos de la investigación; Capítulo IV Metodología de la Investigación; Capítulo V Sistemas Comparados; Capítulo VI la Seguridad Jurídica en la Inversión Extranjera; Capítulo VII La Economía Peruana y

el Capítulo VIII que trata sobre la Contratación y Comparación de las Hipótesis de trabajo operacional.

En cuanto la metodología de investigación, esta será una investigación explicativa, causal y comparativa, con preeminencia doctrinaria e histórica.

1.1. Planteamiento del problema

En nuestra sociedad postmoderna la contratación en masa y los derechos de los consumidores se han convertido en temas de actualidad que van creando situaciones y hechos que inducen al Derecho a cambiar los patrones en materia de contratación, es especial en los contratos de consumo. En la última década, el Poder Ejecutivo ha venido promulgando una serie de normas tendientes a la protección del consumidor. Así tenemos, el Decreto Legislativo N° 891 sobre publicidad en defensa del consumo; el antes referido Decreto Legislativo N° 716 sobre Protección al Consumidor y el Decreto - Ley N° 26122 sobre represión de la competencia desleal, las mismas que contienen regulaciones no sólo novedosas, sino que muchas de ellas han modificado algunas normas del Código Civil. Según el artículo 1° de la Ley General de Consumidores y Usuarios (LGCU) española, son consumidores o usuarios “las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan con destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden”. Por otro lado tenemos el TUO del Decreto Legislativo N° 716, la Ley de Protección al Consumidor peruano, D.S. N° 039-2000-ITINCI del 11 de diciembre del 2000, en su artículo 3°, inciso a), define a los consumidores o usuarios, como “ las personas naturales o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales productos o servicios”, y define “ El contrato como una declaración conjunta de la voluntad común de dos partes, es decir, un acuerdo de voluntades destinado a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas obligacionales con contenido

patrimonial, es un concepto moderno, fruto de una confusa y larga evolución histórica del pensamiento jurídico. (SOTO COAGUILA, . C., 2002, pág. 213)

1.2. Descripción del problema

El nuevo Código de Protección y Defensa del Consumidor ha establecido los controles de forma y contenido como mecanismos para proteger a los adherentes de las cláusulas vejatorias o abusivas. Hay control formal cuando se busca que hacer que el consumidor esté protegido mediante el traslado de información suficiente sobre el contrato que va a firmar o bien asegurándole al menos que tenga el acceso a las condiciones a las que se va someter. Existe control de contenido, cuando se prejuzga el carácter abusivo de una término contractual o se deja en manos del órgano resolutivo correspondiente la determinación de una cláusula abusiva. El control formal nunca ha funcionado, aisladamente, como mecanismo adecuado para que el consumidor esté protegido de las cláusulas abusivas y ello porque resulta increíble pensar que los consumidores, recojan cláusulas abusivas de equilibrio que se colocan en el mercado mediante formularios contractuales, contratos por adhesión o cláusulas generales de contratación (TENREIRO). En efecto, las cláusulas abusivas o vejatorias son pensadas y redactadas por los adherentes, y en ello no hay la mínima intervención por parte de los contratantes que únicamente lo toman o lo dejan todo, esto es en bloque.

Veremos en el decurso del presente trabajo las opciones que han elegido los legisladores para regular, por primera vez, y de manera unificada los controles contra los términos contractuales que, en contra del principio de la buena fe, generan un desequilibrio importante de obligaciones y derechos entre las partes en beneficio del estipulante.

La actual política liberalista del Gobierno se lanzo al proceso de reducción de la burocracia en todo el país, sin previa planificación ocupacional de los afectados, ocasionando que los pobladores de esta parte del territorio, en la ciudad de Lima, se vieran forzados, en este caso los mas afortunados, a trabajar independientemente, los unos posesionándose de las calles en el

mercado callejero, otros forzando la apertura de incipientes negocios y constituyendo pequeñas empresas; muy esperanzados, aunque fuere endeudados. Esta actitud de resolver el problema de ocupación en el fondo no está mal, si tenemos en cuenta que es peor la desocupación a la que están sumidos la gran mayoría de los despedidos, jubilados y cesados por el Estado. En esta coyuntura aparecen los agiotistas que ven, en la necesidad de los más osados de conseguir capital para su empresa la ocasión de ganancias mayor. Así lo obtienen a través de préstamos de terceras personas y en la tentadora oferta de las entidades financieras y otras empresas que presentan servicios. La práctica de contratación en el mercado, ha mostrado que los bienes y servicios no siempre cumplen con los mejores estándares. Se han detectado actos de exoneración de responsabilidad del proveedor, métodos coercitivos de cobranza en las relaciones contractuales, estipulaciones que obligan al consumidor o usuario a dar prestaciones que no ha pactado, o cláusulas que tienen un carácter ambiguo o tácito, sin que la información sea adecuada y suficiente. Dichas prácticas se han apreciado, por ejemplo en el caso de contratos de ahorro, tarjetas de crédito, compras de celulares, entre otros; pero siempre en todos los casos, con fuertes intereses, y cláusulas que de una u otra manera siempre beneficia a los ofertantes de tales servicios, de un modo sui generis la firma de un contrato, obligaciones y la angustia resultante de un cumplimiento contractual que no se hace factible, dando como resultado que los acreedores leoninos tengan que iniciar procesos cautelares con embargos, para forzar el cumplimiento de las obligaciones de los angustiados deudores.

Delimitación del Estudio: Dadas las razones expuestas he analizado, en el presente estudio, las implicaciones jurídicas sin poder dejar de lado las sociales y económicas de los llamados contratos preformados. Para cuyo efecto, delimitamos el espacio de observación inmediata en la ciudad de Lima, sin soslayar extensiones informativas de lo que ocurre en las ciudades principales de nuestro país donde los bancos de consumo se han afincado para ofertar los préstamos a la pesquisa de los demandantes necesitados. El tiempo de observación quedo establecido en los hechos que ocurrieron en el lapso de los dos últimos gobiernos, sin embargo no se pudo dejar de lado el Gobierno de Alan García, hecho que nos permitió hacer las comparaciones que dieron lugar a

las diferencias y las analogías. Esta información la pudimos hacer a partir de inferencias lógicas, estableciendo nuestras sospechas de lo que podría ser, si no se corrige el problema. El contenido tratado se refiere a las transacciones cuyas formas caen en los denominados contratos de consumo en el específico campo de los contratos en masa con distintas entidades prestadoras de servicios.

Así nuestro tema se inscribe en el área del Derecho Civil Contractual, para referirnos en el conjunto y taxonomía de los contratos, solo a aquellos que generan obligaciones como productos de los contratos pre-elaborados, en el mercado libre, la forma de monopolios de los servicios de utilidad pública, la avalancha de los bancos, cajas municipales y otros cuyo servicio predominantes son los préstamos; contenido específico de nuestro problema; pero cuya modalidad se extiende a los contratos comerciales de las grandes empresas que otorgan crédito por la compra venta de bienes.

1.3. Formulación del Problema

- Problema General

¿Qué aspectos de las cláusulas abusivas influyen en los contrato de consumo?

- Problemas Especificos

1. ¿En qué nivel el aspecto legislativo de las cláusulas abusivas influyen en los contratos de consumo?
2. ¿En qué nivel el aspecto económico de las cláusulas abusivas influyen en los
Contratos de consumo?
- 3.- ¿En qué nivel el aspecto jurídico de las cláusulas abusivas influyen en los
Contratos de consumo?

1.4. Antecedentes

Se ha realizado la verificación de la relación de estudios de investigación realizadas sobre el presente tema en la biblioteca de la Universidad Nacional Federico Villareal, Universidad Particular de San Martín de Porres, Universidad Alas Peruanas, en las cuales no se encontraron trabajos a nivel de pre-grado, ni de nivel de post-grado sobre la materia.

No se agotado la revisión de los antecedentes teóricos que correlacionan la parte jurídica con las implicaciones económicas y sociales de los llamados contratos de adhesión. La historia de las referencias jurídicas relacionadas con la historia de la Banca es por demás incierta en el país, tanto como inciertas son las políticas económicas de los diferentes gobiernos. En Lima a la fecha no existen tales antecedentes, parece que incluso en otras universidades aun no existen suficientes trabajos relacionados con las implicaciones jurídicas. Sin embargo, y en un afán de hacer historia de los contratos encontramos una tesis presentada en la Pontificia Universidad Católica (PUCP) por José Vargas Cancino con el título “El contrato de Mutuo”, que aun cuando antiguo (1960) trata acerca del préstamo con intereses analizando el Código de 1852 y apreciando los avances del Código Civil de 36. Muchos mas antiguos resulta siendo el estudio de Enrique Ravago Bustamante quien en 1951 presenta su tesis a la misma institución universitaria, con el título de “Diversas modalidades de Crédito prendario a través de los bancos semiestatales específicos”. La preocupación en este estudio es la seguridad de las prendas que dan lugar la crédito. Desde el punto de vista económico hemos detectado un trabajo presentando en la Universidad Nacional de Trujillo en el año de 1993 por Oscar Lama Villar, con el título “Sistemas financiero de la Libertad: requisitos, condiciones y costos del crédito” trabajo en el que afirma lo siguiente: “En el Perú a partir de 1988, el crédito proporcionado por las instituciones financieras se ha venido restringiendo dramáticamente; esta restricción se agudiza a partir de 1991, en que se inició el cierre de Mutuales, Banco, Cajas de Ahorros y Cooperativas; los años 1992 y 1993 encontraron a las empresas del país en una recesión

económica , lo que ocasiono el cierre o disminución de un gran numero de negocios...En 1993 los Bancos mantienen una dura estrictez en el otorgamiento de los créditos. Pese al decrecimiento de las tasas de inflación, el costo de los créditos es bastante alto, con un amplio margen financiero a favor del Banco, lo que sumado, a los rígidos parámetros de calificación, hacen del crédito una fuente no atractiva de utilización”.

Los que ocurre después de 1993, es la llegada de las inversiones en la Banca de servicios de capitales foráneos y el crédito se hizo atractivo progresivamente, debido a la competencia publicitada y a las necesidades de una población sin capacidad de gasto suficiente y no ahorrante. Así surgen los contratos y en ellas la cláusulas abusivas.

1.5. Justificación de la Investigación

Es importante que las normas se cumplan en sus fines superiores de acuerdo con la teoría del Derecho. Cuando en ella subsisten vacíos o insuficiencias prescriptivas para regular las obligaciones contractuales, entonces, nos encontramos con que existen dificultades de cumplimiento. Lo que deviene, como consecuencia, los conflictos de las que damos cuenta en los resultados. Por ello consideramos importante contribuir con la detección de los aspectos que consideramos anómalos en las actividades contractuales de las personas en una sociedad en crisis, a fin de evitar que el propio contrato, como hecho jurídico, agudice su estado de crisis. Es el estado de crisis del Derecho a la que hace referencia Castán Tobeñas y citado por (VALLESPINOS C. , 1084.) en el prologo de su obra “El contrato por adhesión a condiciones generales” afirmando que “las cláusulas que provoca la crisis de la sociedad son incuestionable los factores de la crisis del Derecho”.

Hemos dicho que los contratos, como hecho social y jurídico, entran en un marco necesariamente económico. Y es que su punto de partida y su propia naturaleza son de características económicas. Al firmarse un contrato se reciben los servicios que socialmente son exigencias de las propias condiciones de exigencia socio cultural de las personas. Pero las organizaciones que otorgan el servicio actúan con objetivos claramente establecidos en las condicionantes

económicas. Funcionan como empresas, donde la eficiencia es signo de ganancia y utilidades en términos prioritarios. Pero, esas condiciones en el mercado neoliberal no dan derecho a la compulsión contractual, impositiva y lesiva a los derechos que tienen las personas a los servicios públicos y a la cautela de sus recursos económicos, tan venido a menos en los últimos tiempos (VALLESPINOS C. , pág. 1084). Por ello creemos que fue importante detectar los aspectos que precisamente hacen mella no solo a la economía de la sociedad sino, también al Derecho.

Por todos es conocido que en los últimos tiempos se ha incrementado los procesos cautelares, las devoluciones de los bienes adquiridos por la falta de cumplimiento de las obligaciones. Tal es el caso de las órdenes de captura de los autos comprados por la vía de préstamos bancarios tan sugestivamente ofertados. Nuestro estudio detecto los rubros en los que existe mayor dificultad de cumplimiento contractual y la naturaleza fidedigna del incumplimiento, que nos permitió proponer alternativas de solución, tanto en la norma como en la práctica procesal de los casos antedichos.

La investigación está dirigida a los diversos sectores involucrados con el manejo de la economía nacional. Así como para los investigadores, docentes universitarios y los alumnos de pre y posgrado de las facultades de derecho del Perú. También el alcance es internacional dado que nuestro país actualmente se encuentra en la mira de los empresarios extranjeros y realizan estudio de due dilligence de nuestro sistema legal y político.

1.6. Limitaciones de la Investigación

Se observa la existencia de escasas investigaciones al respecto, y las limitaciones de la investigación es de carácter bibliográfico y la recopilación de información de la unidad de análisis. Como toda investigación tiene limitaciones de orden bibliográfico, porque hay ausencia de fuentes, puesto que son escasos los estudios a nivel nacional y casi nulo a nivel regional y local, por lo que la calidad y cantidad de datos nos limitarán a una mejor visión del problema.

- **Delimitación de la Investigación**

- a) **Delimitación Espacial**

- La presente investigación se efectuó geográficamente en la Ciudad Lima.

- b) **Delimitación Temporal 2006 al 2011**

- La investigación comprende los años 2006 al 2011.

- c) **Delimitación Cuantitativa**

- La presente investigación se realizará en los 05 Juzgados Comerciales, 05 Juzgados de Paz Letrado y catedráticos especializados en la materia.

Conveniencia

La presente investigación es conveniente para la sociedad en calidad de consumidores y por tanto los mas afectados con las cláusulas abusivas en los contratos en masa.

Relevancia social

La investigación es relevante socialmente por que los efectos de la investigación, ayudar a que la defensa de los derechos de los consumidores en el contrato de consumo y el papel que cumple el Estado en la tutela efectiva del consumidor, a efectos de que en dicho contrato no se incluyan cláusulas predisuestas que lesionen o perjudiquen los intereses del consumidor consagrados en la Constitución.

Implicaciones Prácticas

En cuanto a las implicancias prácticas veremos que se modificarán los contratos de consumo, para lo cual se implementaran cláusulas prohibitivas.

Valor teórico

El valor teórico de la investigación, visto desde un punto de vista jurídico, lo que pretendemos es tratar de responder a la interrogante que relaciona la norma, la realidad jurídica y la realidad socioeconómica en la socio-geografía de Lima. Al mezclar los aspectos socioeconómicos con lo jurídico, visto que no existen estudios detallados y científicos sobre el tema, se abordan temas específicos como la realidad social peruana.

Utilidad Metodológica

La utilidad metodológica es básica en la presente tesis, vista la coherencia entre los problemas, objetivos, hipótesis, variables, así como el marco teórico, como la contrastación de problemas e hipótesis. Todo siguiendo un método científico y algo muy importante es el aporte del investigador. Fundamentado doctrinaria, comparativa y tácticamente.

Viabilidad

Consideramos que es viable, tanto la investigación, como la realización de las propuestas de mejoramiento de la justicia, legislación y la política económica. Se ha realizado las consultas a nivel nacional e internacional, con el fin de realizar las propuestas de mejoramiento con la implementación a través de una reforma a la Ley de Protección al consumidor, donde se especifique con absoluta precisión las cláusulas abusivas y condiciones presuntamente abusivas que puedan incluirse en los contratos en masa.

Consecuencias

Las consecuencias de la investigación son muy relevantes tanto para el ámbito académico, para el derecho civil, economía nacional, de esta manera dar mayor seguridad al consumidor contratante.

1.7. Objetivos

- **Objetivo general**

Identificar qué aspectos de las cláusulas abusivas influyen en los contratos de consumo.

- **Objetivos Específicos**

- ✓ Determinar en qué nivel el aspecto legislativo de las cláusulas abusivas influyen en los contratos de consumo.
- ✓ Determinar en qué medida el aspecto judicial de las cláusulas abusivas influyen en los contratos de consumo.
- ✓ Determinar en qué nivel el aspecto político de las cláusulas abusivas influyen en los contratos de consumo.

1.8. Hipótesis

1.8.1. Hipótesis General

Los aspectos de las cláusulas abusivas influyen en los contratos de consumo.

1.8.2. Hipótesis específicas

a) **Hipótesis Derivadas**

- 1) El aspecto legislativo de las cláusulas abusivas influyen en los contratos de consumo.
- 1) El aspecto judicial de las cláusulas abusivas influyen en los contratos de Consumo.

2) El aspecto político de las cláusulas abusivas influyen en los contratos de

Consumo.

II. MARCO TEORICO

2.1. Marco conceptual

La importancia de la contratación masiva para la realización de los procesos comerciales de productos y/o servicios consideramos conveniente modernizar la legislación aplicable a los contratos de consumo de modo gradual, tomando en cuenta el desarrollo institucional de los órganos del Estado y de las instituciones de defensa de los consumidores, con la finalidad de que el aprendizaje y la aplicación de la ley, tengan efectos positivos en la relación proveedor-consumidor. Con ello se podrá lograr una adecuada participación de los operadores en los procesos de contratación, así como en el planteamiento y la solución de reclamos o denuncias.

Como ya es conocido que el contrato es un acto jurídico plurilateral y patrimonial. Dado que el acto jurídico es una manifestación de voluntad destinada a crear una relación jurídica, en el contrato deben existir estos elementos, ósea la manifestación de voluntad y la creación de una relación jurídica. Pero respecto de la manifestación de voluntad, tomando en consideración que el contrato es un acto jurídico plurilateral, o sea en que intervienen varias partes, ¿debe haber tantas manifestaciones de voluntad como partes intervinientes o una sola declaración conjunta de todas estas partes?. Considero que el consentimiento (entendido en su acepción de coincidencia de la oferta con la aceptación) se exterioriza no como dos manifestaciones distintas, una contenida en la oferta y otra en la aceptación, sino como una sola manifestación conjunta de ambas partes contenida en la aceptación. Creo que esta posición, no obstante apartarse de la teoría del negocio jurídico, que considera que el contrato esta constituido por dos declaraciones separadas de voluntad, es correcta. En lo que refiere a la voluntad el problema es similar ¿Se trata de dos voluntades, una del oferente y otra del aceptante, que son coincidentes entre si, o de una sola voluntad común de ambas partes? Pese a las seis observaciones formuladas por Risola, Messineo y Muñoz, opino que la manifestación de voluntad conjunta de que se habla en el párrafo anterior exterioriza una voluntad común. Respecto a la creación de una relación jurídica, que constituye el objeto del contrato, es necesario distinguir entre el contrato mismo, como acto jurídico y esta relación jurídica creada por el contrato. Existe una creencia

generalizada de que lo que vincula a las partes es el contrato, y en ese sentido se habla comúnmente, aun entre hombres de derecho e inclusive en los Códigos, de obligatoriedad del contrato, de ejecución del contrato, de resolución del contrato, de rescisión del contrato, etc.

Tal como dice acertadamente (MESSINEO, 1986,) y (GARCIA AMIGO, 1964, pág. 26), hay que distinguir entre el contrato y la relación obligacional que nace del contrato. Asimismo debemos tener en cuenta la etapa de negociación del contrato, por lo que el Código peruano establece en su artículo 1362 de los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de buena fe y la común intención de las partes. Consideramos trascendente la existencia de la buena fe en la etapa de negociación, debido a que los negociadores deben presentar las cosas de acuerdo a la realidad, es decir, deben hablar claro, absteniéndose de afirmaciones inexactas o falsas, así como de silencios que puedan conducir a una equivocada representación de los elementos del contrato (LOPEZ SANTA MARIA J. , 1986, pág. 289). Como los contratos suelen ser el resultado final de una negociación entre las partes, “antes de la perfección del contrato ya existe entre ellas una relación que impone determinados deberes. El ordenamiento jurídico y las convicciones éticas imperantes en la sociedad les obligan a contratar de buena fe, hasta el punto de tener que indemnizar los daños que una de las partes haya sufrido indebidamente por culpa de la otra (PUIG BRUTAU, 1982, pág. 6)”. Lo señalado ciertamente incluye el dolo, al dolo omisivo u omisión dolosa y al dolo bueno (dolus bonus). El dolo como vicio de voluntad o mejor dicho como causante del vicio de voluntad, es el error inducido, puede presentarse bajo múltiples fachadas en la etapa previa a la celebración del contrato (BIOSYN/BIOQUIL, 1997) . Asimismo, podría darse en su acepción general, que es el dolo antijurídico, como categoría general y con connotaciones subjetivas de voluntad y conciencia de causar daño (TRIMARCHI, 1981.), pero en esta etapa de negociación no es muy frecuente, pues el dolo como causante de vicio de voluntad que viene a ser una especie del ilícito civil, con un significado más restringido (LOHMANN LUCA DE TENA, 1997, pág. 269) - engloba prácticamente todas las posibilidades de emplearlo. El dolo omisivo (DE LA PUENTE & ZUSMAN TINMAN) se aplica las mismas reglas de la buena fe, pues como afirma GUILLERMO LOHMANN, “hay obligación de no actuar de mala fe y el ordenamiento jurídico del negocio está afincado en un deber de lealtad y de seriedad que excluye toda conducta perniciosa hacia el declarante. Estos principios derivados de

elemental moral social, de honestidad y debida diligencia, de cuya tutela el Derecho no puede abdicar, inspiran toda la concepción del negocio y especialmente de los contratos” (LOHMANN LUCA DE TENA, 1997, pág. 493). El *dolus bonus* considerado necesario para la seguridad del comercio y el fluir del mercado, definido por DIEZ-PICAZO como “las afirmaciones y elogios exagerados que el comerciosuele utilizar en la publicidad de las mercaderías, siempre y cuando se mantengan dentro de los límites tolerados por los usos y sea reconocible el carácter publicitario y propagandístico de las afirmaciones” (ROJO AJURIA, 1994, pág. 235). Finalmente por su trascendencia en la creación, interpretación e integración de las normas, así como en la celebración e interpretación de los actos jurídicos, consideramos que la buena fe debe elevarse a la categoría de principio general del derecho. (Estamos de acuerdo con la orientación en ese sentido de la propuesta de reforma aprobada en el Pleno de la Comisión de Reforma del Código Civil Peruano vigente.)

Este tema no ha sido tratado en forma específica por la doctrina peruana; sin embargo, los pocos estudios se han referido tangencialmente a él y lo han orientado desde distintas ópticas. Empezaremos citando la Exposición de Motivos del Código Civil, en donde se expresa que las cláusulas generales de contratación son un medio contractual contemporáneo que se utiliza para el comercio a gran escala de bienes y servicios, pero su regulación en el Código –en palabras de los codificadores- fue motivada por los riesgos que presenta esta modalidad contractual ya que “...no excite paridad entre los contratantes y uno de ellos ostenta todas las ventajas de su posición y no pocas veces se prestan a la comisión de abusos. De allí la razón que se ha tenido para legislar con detenimiento” (Cfr. REVOREDO DE DEBAKEY). (ARIAS & SCHREIBER PEZET, 1984) ha escrito que “Cuando se preparó el Anteproyecto de la Parte General, llegamos a la conclusión de que era ineludible legislar sobre esta materia. Básicamente nos preocupaba el hecho de que quien establece el esquema impone sus reglas a la contraparte, la que de no adherirse simple y llanamente no celebra el contrato; todo lo cual agranda la brecha existente entre la parte fuerte y débil de la relación contractual. Había, en suma, que defender al consumidor”. Es preciso citar al jurista Soto Coaguila las **teorías doctrinarias** coinciden al afirmar que los contratos entre iguales deberán someterse a los términos pactados, reconociendo la plenitud de la libertad de contratación, pero en los contratos entre partes desiguales lo justo será el mantenimiento del equilibrio de la relación de cambio y su reafirmación a favor del

sindicado como débil jurídico. Por lo tanto, en los contratos entre desiguales el legislador debe proteger a la parte más débil de la relación contractual, sin distinguir si éste es un deudor o un acreedor, pues la debilidad del contratante se refiere a una inferioridad en sentido jurídico (SOTO COAGUILA C. A., 2005, pág. 83).

Finalmente es propicio mencionar que la figura jurídica que nos convoca no existió tal como en la actualidad se le conoce, sino que ha derivado de otras figuras jurídicas, en esencia es el contrato, el manantial de la contratación moderna, es por esta razón que, en este capítulo nos ocuparemos en primer término del contrato.

Ahora bien teniendo claro este punto es preciso cuestionarnos lo siguiente ¿si un contrato en el cual las partes contratantes no negocian su contenido, sino que una parte se adhiere al esquema contractualmente predispuesto, integra o parcialmente, por la otra parte?. ¿Acaso no pueden presentarse – como de hecho ocurre – abuso por una de ellas en la preformulación del esquema contractual?. ¿Cuál debe ser la función del Derecho?. Particularmente, considero que el ordenamiento jurídico debe garantizar la libertad y la autonomía privada de las personas y, en consecuencia, respetar los contratos celebrados en base a ellas, pero también es cierto que debe evitar las conductas arbitrarias por medio de formulas que desincentiven tales comportamientos, como sancionando a los contratantes que abusen de su posición jurídica para perjudicar a los contratantes mas débiles, así como imponiendo el deber de información de parte de los predponentes del esquema contractual. En este sentido, es indispensable tutelar, cuando exista, a la parte jurídicamente mas débil de la relación contractual.

Al respecto, mayoritariamente la doctrina sostiene que en los contratos masivos celebrados en base a cláusulas generales de contratación o por adhesión, serán nulas e ineficaces todas las cláusulas abusivas o vejatorias. Así tenemos que la legislación argentina, brasilera, chilena, española, entre otras, han legislado sobre las cláusulas prohibitivas, sin embargo, nuestra Ley de Protección al Consumidor contiene un vacío al respecto. Si bien es cierto, que para controlar el uso de cláusulas abusivas, cláusulas prohibitivas en los contratos de consumo, se utilizan mecanismos, tales como la protección autónoma, el control administrativo, el control legislativo y/o el control judicial; sin embargo, consideramos que debe incluirse o insertarse en nuestra Ley de Protección al Consumidor, los artículos pertinentes indicando una relación de qué cláusulas prohibitivas no deben considerarse en los contratos de consumo, porque perjudica directamente al consumidor que es la parte más débil en la relación proveedor

– consumidor. El control legislativo se efectúa ex ante (antes) de la celebración del contrato. Al respecto, la doctrina y la jurisprudencia han enfrentado el problema de las cláusulas abusivas desde dos ópticas; mediante la inclusión de una “regla general” o de una “lista negra”, o de ambas, las mismas que disponen en qué supuestos serán nulas determinadas cláusulas por considerarse vejatorias.

El sistema de una regla general está referido a una norma de contenido abstracto y de alcance general que comprende a todas las cláusulas del contrato que desnaturalicen la relación jurídica obligatoria, es decir, que alteren el normal equilibrio contractual.

El camino de la lista negra consiste en la enumeración taxativa de una relación, cerrada o abierta, de supuestos en los que determinadas cláusulas o estipulaciones contractuales podrían declararse nulas. Esta lista es cerrada cuando los supuestos enunciados son los únicos, es decir, estamos ante una lista de *numerus clausus*. En cambio, es abierta cuando se permite, además de los supuestos establecidos, otros no contemplados expresamente, lo que doctrinariamente se denomina *numerus apertus*. Si bien es cierto, el Código Civil peruano ha optado por una enumeración limitativa de las cláusulas abusivas o vejatorias, sancionándolas con invalidez y trayendo como consecuencia la ineficacia de dichas cláusulas, sin embargo, sólo serán pasibles de ser consideradas abusivas y, por ende, nulas, las cláusulas generales de contratación que no hayan sido aprobadas por la Autoridad Administrativa competente. De otro lado, la desnaturalización de los contratos de consumo se da justamente porque la Ley de Protección al Consumidor no prescribe la inclusión de cláusulas prohibitivas en dichos contratos, de este modo el proveedor muchas veces sorprende al consumidor y peor aún, que éste último no está debidamente informado de sus derechos como tal, entonces se presentan muchísimos problemas que es necesario abordarlos y solucionarlos. Entonces, el problema estriba en que una ley especial, como es la Ley de Protección al Consumidor, no tiene prescrito estas cláusulas prohibitivas o abusivas y por ello, proponemos su inclusión. Antes de proponer la “lista negra”, es decir, las cláusulas que no deben estar incluidas en los contratos de consumo, debemos hacer un breve análisis respecto a los sistemas que existen en otras legislaciones.

El sistema alemán establece un listado de cláusulas que pueden ser declaradas ineficaces (lista gris) más la llamada fórmula general que, sin mencionar cláusula alguna particular, permite al sentenciador declarar la ineficacia de las condiciones generales que, contraviniendo los imperativos de la buena fe, perjudiquen al consumidor

de manera irrazonable, sin embargo, coincidimos con el jurista (LOPEZ SANTA MARIA J. , 1998, , págs. 25-94.) por un régimen sin lista gris, basado en un estándar legal o norma flexible.

En otras palabras, debe ser un sistema doble, en el cual se halla un listado de cláusulas que el juez debe declarar nulas (las de la lista negra) y una fórmula general que habilita al juez para decidir la ineficacia de otras cláusulas abusivas. Tal aproximación doble es diversa a la alemana, ya que éste es triple (arts. 9, 10 y 11 de la Ley de 9 de diciembre de 1976, sobre las condiciones generales de los contratos); y diferente a la de la Directiva 93-13, del Consejo de las Comunidades Europeas, vigente desde el 1 de enero de 1995, que no es doble sino simple o única, pues carece de lista negra, refiriéndose únicamente a cláusulas que pueden ser declaradas abusivas, agregando un anexo de casos indicativos o no exhaustivos.

Siguiendo a López Santa María, vamos a señalar una lista negra y luego una fórmula general que él propone se incluya en la legislación chilena y que en el Perú también debería insertarse en la Ley de Protección al Consumidor. La lista negra es: Se tendrán por no convenidas: Las cláusulas que importen renuncia a los derechos que esta ley reconoce a los consumidores, las cláusulas que exoneren de responsabilidad al profesional o proveedor, cuando la falta de cumplimiento oportuno de su obligación no derive de caso fortuito o de fuerza mayor, ni de una causa extraña que le sea inimputable, las cláusulas que limiten la responsabilidad, a pesar de la concurrencia de dolo o culpa grave, las cláusulas que modifiquen los plazos legales de prescripción, las cláusulas que inviertan el peso de la prueba en detrimento del consumidor, las cláusulas penales a favor del profesional o proveedor, cuando la indemnización convenida exceda en más del 25% al valor de la obligación principal incumplida. Si esta fuera de monto indeterminado, el juez, prudencialmente, decidirá si la cláusula penal se tiene por no convenida. Las cláusulas que señalen que la obligación del consumidor es un firme o definitivamente estipulada, mientras que la obligación del profesional será supeditada a su voluntad o a un hecho suyo o de sus dependientes, las cláusulas que permitan al predisponente, unilateralmente, poner fin al contrato, si al consumidor no se le reconoce igual facultad, las cláusulas que permitan al predisponente modificar unilateralmente el contenido del contrato, las cláusulas que establezcan incrementos de precios por servicios o por accesorios, salvo que tales incrementos correspondan a prestaciones adicionales precisadas sin ambigüedad en el contrato, y sean susceptibles de ser

aceptadas o rechazadas en cada caso por el consumidor, las cláusulas que impidan al consumidor oponer una excepción procesal, las cláusulas que pongan de cargo del consumidor los efectos de errores, deficiencias u omisiones de terceros, las cláusulas que señalen plazos imprecisos para la ejecución de las obligaciones del proveedor o profesional, las cláusulas que establezcan el arbitraje como única alternativa de solución de las controversias que ocurran entre las partes.

Una fórmula general satisfactoria podría ser la siguiente: Las cláusulas contractuales que no hayan sido individualmente negociadas por las partes podrán ser declaradas abusivas por el juez, y, consecuentemente ineficaces, si causan en detrimento del consumidor un grave desequilibrio entre los derechos y obligaciones generados por el acto jurídico, al extremo que el contrato pase a ser injusto. El hecho de que una cláusula se haya negociado por las partes, no impide que otra u otras cláusulas del mismo contrato puedan ser declaradas abusivas. Incumbe al proveedor o profesional probar su afirmación de que determinada cláusula del contrato fue individualmente negociada. Cuando una o más cláusulas del contrato se tengan por no convenidas, o bien sean declaradas abusivas por el juez, el resto del contrato producirá plenos efectos, debiendo el sentenciador integrar las lagunas que pudieren producirse, para lo cual podrá actuar de oficio.”

Naturaleza jurídica de las cláusulas generales de contratación

Sobre la naturaleza jurídica de las cláusulas generales de contratación, es necesario preguntarse si estas son equiparables a normas jurídicas y, por ende, obligatorias para las partes, o si constituyen una simple forma de contratación.

Para responder esta pregunta han surgido las siguientes teorías:

Tesis normativista o anticontractualista

Para los representantes de esta tesis los alemanes Grossmann-Doerth (1933), Kohler (1934) (GARCÍA AMIGO, 1969., pág. 105 a 107) y Hildebrant (1937), las cláusulas generales forman parte del ordenamiento legal y deben ser consideradas como normas vinculantes, por lo tanto, son obligatorias tanto para quien las predispone como para quienes se vincula con ellas (Lavallo D. L., págs. 101-102.).

En 1962, Joaquín Garrigues expresó que las condiciones generales merecen la calificación de "usos mercantiles" y, como tales, constituyen fuente objetiva de Derecho (GARRIGUES, 1987, pág. 128). Del mismo modo, en 1981 María Costanza manifestó que, ante la carencia de normas dispositivas que regulen las relaciones contractuales

masivas, la difusión y uso de las condiciones generales de contratación van creando contratos atípicos que posteriormente se convierten en normas dispositivas (COSTANZA, Editore, Milano, 1981, p. 274, y “Natura normativa delle condizioni generali di contratto”, en *Le condizioni generali di contratto*, T I, a cargo de Massimo Bianca, Dott. A Giuffré Editor p. 11. Citado por Soto Coaguila, Op. Cit., p.106.).

En síntesis, para la teoría normativista las cláusulas generales de contratación son equiparables a normas positivas y; por lo tanto, no tienen una naturaleza contractual. De allí que también se denomine a esta como "teoría anticontractualista".

Tesis contractualista

Para la tesis contractualista las cláusulas generales de contratación forman parte del contrato y constituyen una expresión de la autonomía privada.

Sin embargo, las cláusulas generales sólo adquieren fuerza obligatoria, como estricto contenido contractual (DIEZ-PICAZO, pág. 251), cuando se celebra un contrato en particular y ellas se incorporan al mismo. Esta es la posición mayoritaria de la doctrina, encontrándose entre sus representantes los tratadistas italianos Ascarelli Citado por , (Lavalle M. D.) y Bianca; los españoles Uría, Santos Briz, García Amigo, Martín-Ballester, De Castro y Bravo; en Latinoamérica Alterini y López Cabana de Argentina, López Santa María de Chile y De La Puente y Lavalle y Arias-Schreiber en la doctrina nacional .

Tesis del maestro peruano Manuel De La Puente y Lavalle

Para establecer la naturaleza jurídica de las cláusulas generales de contratación, De La Puente y Lavalle advierte que deben distinguirse las cláusulas generales en sí y el contrato celebrado en base a ellas (CASTRO & BRAVO, 1987, pp.53 y ss.)

Respecto a las cláusulas generales de contratación en sí, las define como declaraciones unilaterales de voluntad del predisponente, careciendo entonces de una naturaleza contractual, por lo que no obligarían a su predisponente con nadie al momento de redactarlas.

Las cláusulas generales de contratación pueden formar parte de un contrato, en particular mediante una oferta formulada por el predisponente o una oferta aceptada por

él, pero en ambos casos la relación jurídica obligatoria no surge de la redacción de las cláusulas generales, sino del contrato particular celebrado entre el predisponente y el adherente, siendo las cláusulas generales parte integrante de ese contrato particular.

Para este autor, las cláusulas generales de contratación tienen una naturaleza contractual, ya que los contratos celebrados sobre la base de cláusulas generales de contratación son el producto de un acuerdo de voluntades, del consentimiento pleno entre predisponente y adherente. Por lo tanto, para la doctrina calificada, los artículos 1392°, 1393° y 1397° del texto civil también se encuentran dentro de la corriente contractual (CÁRDENAS).

Tesis del profesor argentino Juan Carlos Rezzonico

Para Juan Carlos Rezzonico, la esencia jurídica de las cláusulas generales de contratación o condiciones negociales generales, como él las denomina, no es la del contrato, sino la de una realidad independiente (Rezzonico, 1987, pág. 324).

Este autor sostiene que “(...) el problema de la esencia jurídica de las cláusulas generales de contratación, sólo se resuelven por la admisión de sus rasgos propios, que la perfilan como una institución autónoma surgida del moderno tráfico de masa”. Agrega que “(...) asignar carácter contractual a ese fenómeno social, sin más, equivale a ingresar en el terreno de las ficciones; en fin, que el campo de despliegue residual es el del derecho contractual, en cuya afirmación no debe buscarse ninguna contradicción, sino el empleo de un utillaje existente adaptado a la nueva realidad, (...) con conciencia de las limitaciones y posibilidades que ello comporta (...)”.

En consecuencia, para este autor, las cláusulas generales de contratación no tienen una naturaleza contractual (Rezzonico, 1987, págs. 322-323) ni normativista, sino que tienen un carácter autónomo, que él lo concibe como un fenómeno social. Citando a (Demogue, 1923.) señala que el derecho debe interpretarse “no según las ideas antiguas, sino de acuerdo con las necesidades actuales”.

2.1.1. Aspecto legislativo de la seguridad jurídica en los contratos de consumo.

El nacimiento del Derecho del Consumidor¹ BEAUCHARD, Jean citado por (AMAYA, 2004, pág. 45), retornamos al acto de consumo propiamente dicho es como retroceder a los orígenes de nuestra civilización. “El acto de consumo es tan viejo como

el mundo y obviamente no es propio de los hombre. Sin embargo, es recién cuando nuestras sociedades han hecho del consumo un objeto de derecho que se ha podido instituir el derecho del consumidor.

No se sabe con exactitud cuando surgió la contratación masiva. Para algunos pensadores como (TOFFLER, pág. 262), las categorías de productores y consumidores surgieron con el nacimiento de la sociedad industrial. Jurídicamente, creemos que fue RAYMOND SALEILLES en su obra publicada en Paris en 1902 y destinada al estudio de los numerales 116 a 144 del Código Civil alemán (BGB), quien acuñó el termino *contrats d' adhesión* (SALEILLES, 1969) citado por, (REZZONICO, 1987, pág. 205) Este jurista francés expreso que “ indudablemente hay contratos y contratos...Existen unos pretendidos contratos que no tienen de tales mas que el nombre, y cuya construcción jurídica esta aun por hacer;...se le podría llamar a falta de otra denominación mas adecuada, contratos de adhesión, en los cuales se da un predominio exclusivo de la voluntad de una de las partes contratantes actuando como voluntad unilateral, la cual dicta su ley no ya solo a un individuo sino a una colectividad indeterminada, y que se vincula por anticipado, unilateralmente, salvo la adhesión de quienes deseen aceptar su *lex contractus* y entrar a formar parte de este acuerdo ya creado por su mismo” (SALEILLES, 1969, págs. 4-5).

El consumidor en el Perú se desenvuelve en torno a una economía de mercado. Este tiene libertad de elección ante las distintas opciones que el mercado le ofrece; y en la decisión final del producto habrá considerado las ventajas y desventajas de su elección. Nuestra Constitución en su artículo 65 consagra la defensa de los consumidores, será este dispositivo constituctucional la matriz del Derecho del Consumidor, así como para su continuo desarrollo. “ En el Perú, la protección al consumidor encuentra sus orígenes legales en el DS N° 036-83-JUS del año 1983, normas de carácter publicista que asignaba al Estado una función mas intervencionista que promotora. No obstante, como en el caso norteamericano, la “explosión” adolescente de la protección al consumidor llegara en la década de los noventa del siglo pasado con la promulgación de Decreto Legislativo N° N° 716 y de la Ley de Indecopi¹. Podemos hacer mención a la Constitución de 1979 que en su artículo 110 hacía referencia a que el Estado defiende el interés de los consumidores, tal principio se encuentra recogido en el artículo 65 de la actual Constitución, dispositivo que hace la

¹ MONTROYA, Ulises. “*Derecho Comercial*”, Tomo I, 11° edición. Editora Juridica Grijley. Lima. p.14.

distinción entre consumidor y usuario. El Código Civil Peruano ha optado por una enumeración limitativa de las cláusulas abusivas o vejatorias, sancionadas con invalidez y trayendo como consecuencia la ineficacia de dichas cláusulas; en este sentido, tales cláusulas no se incorporaran a la oferta y menos al contrato celebrado. Del mismo modo, debemos reiterar que solo serán pasibles de ser consideradas abusivas y, por ende, nulas, las cláusulas generales de contratación que no hayan sido aprobadas por la Autoridad Administrativa competente. A ello debemos agregar que también serán ineficaces las cláusulas contrarias a las normas legales de carácter hiperactivo incorporadas por el legislador en cada contrato típico o nominado como refiere el Código Civil.

La regulación para la seguridad jurídica en las transacciones comerciales: En tanto se trata de la unificación del derecho civil y comercial, también se han adoptado decisiones para promover la seguridad jurídica en las transacciones mercantiles. Por eso se regulan contratos de distribución, bancarios, financieros, fideicomisos y muchos otros temas. Para esos fines se ha tenido en cuenta la legislación internacional.

Estos valores y principios deberían estar presentes en nuestra legislación ya que es ausente de manera sistemática en una gran mayoría de los Códigos de otros países.

Debe distinguirse entre el derecho como sistema y la ley, que es una fuente, principal, pero no única. En este sentido, es muy útil mencionar las fuentes del derecho, y fijar algunas reglas mínimas de interpretación, porque creemos que de ese modo se promueve la seguridad jurídica y la apertura del sistema a soluciones más justas que derivan de la armonización de reglas, principios y valores. Con referencia a la ley, hay que establecer normas respecto de su obligatoriedad con relación al espacio y al tiempo, sus efectos en el campo del derecho internacional privado, que no tienen otra sede que la que consideramos.

Tradicionalmente, el título preliminar ha sido considerado solamente para estos fines, es decir, la definición de fuentes y reglas de interpretación. El Código Civil español contiene un título preliminar dedicado a “las normas jurídicas, su aplicación y eficacia”, con capítulos dedicados a las fuentes del derecho, la aplicación de las normas jurídicas, eficacia general, y normas de derecho internacional privado.

Lo que se propone es darle una amplitud mayor, incluyendo reglas para el ejercicio de los derechos, cuyo destinatario no es el juez, sino los ciudadanos, y

nociones generales sobre los bienes individuales y colectivos, que le dan al código un sentido general en materia valorativa.

2.1.2. Aspecto judicial de la seguridad jurídica en los contratos de consumo.

A nadie escapa lo significativo que resultan en los actuales esquemas masivos de Contratación contar con los contratos de consumo, es muy claro que la utilización de este instrumento jurídico brinda grandes beneficios². La Seguridad Jurídica en el ámbito practico comercial, frente a la búsqueda de los empresarios de abatir costos y economizar en los volúmenes altos de su actividad comercial, así como de ahorrar tiempo en la celebración de las relaciones de consumo, emerge la obligación y responsabilidad del Estado de formular el diseño institucional que garantice la certeza y seguridad jurídica en la celebración de las relaciones de consumo, mediante un esquema de equidad e igualdad en las condiciones contractuales masivas.

El diseño institucional atraviesa por el establecimiento y el fortalecimiento de las instituciones protectoras de los derechos de los consumidores. La eficacia de tales institucionales se mide con tras parámetros: 1) por el alcance de las facultades legales otorgadas, 2) por la autonomía de su actuación frente a autoridades y proveedores, 3) por la ejemplaridad de su actuación a favor de las grandes mayorías de consumo, frente a pocos, pero grandes proveedores empresariales de enorme poderío económico.

Así la mediación de la eficacia institucional no debe partir de la actuación que tenga la institución protectora de derechos de los consumidores en asuntos individuales frente a muchos prestadores de bienes y servicios que tiene poco representatividad en el espectro empresarial del país (tintorerías, lavanderías, talleres mecánicos). En este caso, el criterio muestra un enfoque meramente numérico y cuantitativo, siendo que lo relevante es que sea un criterio sustantivo y cuantitativo. Lamentablemente, en nuestro país predomina el criterio numérico en la evaluación institucional de las dos instituciones defensoras de derechos de los consumidores y de usuarios de servicios financieros, a pesar de que tales instituciones se convierten en garantes del debido respaldo jurídico para los consumidores y usuarios en las relaciones de consumo plasmadas en los contratos de consumo.

² CHULIA, F. *Compendio crítico del Derecho Mercantil*. t. II, p.51. SERRA RODRIGUEZ, A. Señala que las ventajas son evidentes: el perfil de la conclusión (rapidez, uniformidad) y de la ejecución del contrato (posibilidad de control, prevención de litigio, predivisibilidad de su éxito, el calculo de riesgo y costes, y la elaboración de una regulación contractual mas funcional que legal, *Clausulas abusivas en la contratación. En especial, las clausulas limitativas de la responsabilidad*, p.19.

Nuestra exigencia debe ir de un doble plano. Por un lado, que haya eficacia institucional cualitativa en asuntos de relaciones de consumo de mayor repercusión social, entre ellos las de aquellos contratos de consumo de fuerte impacto social entre los consumidores y usuarios (inmobiliarios, el autofinanciamiento, los servicios telefónicos y los de mutuo con garantía). Por otro lado es preciso mejorar la metodología de revisión y de aprobación de estos modelos de contratos de consumo por parte de las instituciones protectoras de derecho de los consumidores.

La función de seguridad jurídica hace previsible la actuación en el tráfico en general. Las condiciones generales, se ha afirmado, suministran una reglamentación más exhaustiva, técnica, analítica y clara pues remueven la incertidumbre que, en no pocos casos, provendría del derecho positivo.

En esta misma línea de pensamiento que destaca las ventajas, se afirma que promueve un trato uniforme de las relaciones en masa, una interpretación pareja de los alcances de los contratos, con incidencia en la ejecución de estos y en la jurisprudencia, así como una unificación del Derecho Privado Comparado cuando su aplicación desconoce fronteras. Pero así como se ha destacado las bondades de las condiciones generales de contratación, también se ha puesto de manifiesto los riesgos y ventajas que ellas suponen para el adherente.

2.1.3. Análisis de las Cortes Peruanas

El Perú está situado en el número 58 de 178 países en cuanto a *easy doing business*³, esto demuestra que hemos realizado algunas mejoras en el aspecto material pero debemos seguir modificando nuestras estructuras para atraer a las empresas a nuestro país.

La especialización de los órganos jurisdiccionales, y con ello el de los Magistrados, es una sana tendencia -claramente identificable- en el Poder Judicial. De las grandes materias originarias -civil. La reciente creación de la especialidad en lo contencioso administrativo y en lo comercial corrobora lo expresado líneas arriba⁴.

El Poder Judicial en el Estado Peruano ha sido cuestionado siempre por su ineficacia y falta de credibilidad por muchos motivos o factores, tales como:

³ Ver: *Doing Business Perú*, World Bank Group, Washington 2008. Ver también *Analys's View on the Peruvian Economy*, May 2007, Proinversión.

⁴ LAMA MORE, Héctor, Profesor universitario y de la Academia de la Magistratura. Magistrado del Poder Judicial. Integró la Comisión de Juzgados Comerciales encargada de elaborar el Plan de implementación de las Salas y Juzgados Comerciales.

1. Lentitud en algunos procesos judiciales.
2. Falta de moral en algunos Magistrados.
3. Falta de especialización de algunos Magistrados.
4. Excesiva onerosidad de las tasas judiciales.
5. Posible corrupción por parte de algunos Magistrados⁵.
6. Posible parcialización por parte de algunos Magistrados.

En cuanto a la lentitud es necesario dejar constancia que esta se comprende por que la carga procesal es enorme lo que dificulta en cierto sentido que los Jueces puedan actuar con celeridad al resolver todos los conflictos sometidos a su conocimiento.

Somos del criterio que no se debe esperar a sustituir la ley orgánica del poder judicial para crear juzgados especializados en determinada rama del derecho, para nosotros bastaría con modificarse la actual ley orgánica del poder judicial. Además de todos estos factores o motivos mencionados, existe el de la falta de claridad y de fundamentación de las resoluciones judiciales de los magistrados a todo nivel.

⁵ Sobre el tema de corrupción en los magistrados ver estadísticas de la Oficina de Control de la Magistratura OCMA, creada considerando los objetivos básicos de la Reforma Judicial y a fin de asegurar el funcionamiento coherente e integral de las actividades de control en torno a la administración de justicia, con fecha 25 de octubre de 1977, se promulgó el Decreto Ley n. 24912 que instituyó la oficina general de control interno del Poder Judicial. Actualmente se rige por la Resolución Administrativa n. 263-96-SE-TP-CME-PJ. En cuanto a las sanciones disciplinarias del año 2008 podemos señalar lo siguiente: a) apercibimientos 643; b) multas: 230; c) suspensión: 64; d) propuesta de destitución 122.

Consejo Nacional de la Magistratura CNM, se rige por la Constitución Política y por su propia Ley Orgánica n. 26397 del 12 de diciembre 1994. Tiene como misión el seleccionar, nombrar y periódicamente ratificar a jueces y fiscales sólidamente probos, independientes, provistos de irreductibles valores éticos y morales, idóneos para garantizar la plena vigencia de los derechos de la persona y el respeto de la dignidad, a través de una correcta administración de justicia. También tiene como función, procesar disciplinariamente, a jueces, fiscales que, investidos de cualquier jerarquía incurrir en faltas contra los deberes de función, desmereciendo en el concepto público la imagen de probidad, idoneidad e imparcialidad que todo buen juez o fiscal deben observar. Durante el año 2006 se ha destituido 12 magistrados, 5 de ellos pertenecientes a pedidos de destitución correspondientes al año 2006, 4 pertenecientes a pedidos de destitución provenientes del año 2005, pero se han resuelto en el 2006, 2 vocales supremos destituidos a pedido de parte y 1 de oficio; véase

<http://www.cnm.gob.pe/cnm/archivos/gpd/MEMPD2006.pdf>. Además véase: *Project appraisal on a proposed Loan in the amount of us 12 million to the Republic of Perú for a Justice Services Improvement Project*, February 9, 2004, Report N° 27861. Nos señala en cuanto a la posible corrupción en el poder judicial en Perú: A recent WBI report showed that the administration of justice in Peru is particularly afflicted by corruption. Nearly 90% of the enterprises and households surveyed believed that the Judiciary is not independent from political groups, nor that justice has been administered in a fair and equitable manner. In addition, businesses report that bribes are used predominantly to facilitate judicial proceedings, at least twice as often as for other types of procedures. Both managers and public officials alike report that bribes are paid to judicial authorities almost nine times as frequently as those used to obtain Government contracts or public services. Households and businesses overwhelmingly reported that the justice system cannot function effectively and fairly because of the high costs of processing, the lack of credibility and professionalism among judicial staff, and time consuming procedures.

2.1.4. La Jurisdicción Comercial y sus intentos de reforma en los contratos de consumo.

2.1.5. Aspecto político de la seguridad jurídica en los contratos de consumo

Los seres humanos consumimos, y como consumidores que somos tenemos una serie de derechos que deben ser obligatoriamente cumplidos y respetados por quienes nos proveen de bienes y servicios en el mercado. Estos derechos están amparados en primer lugar por el artículo 65 de la Constitución Política del Perú y por el reciente Código de Protección y Defensa del Consumidor (Ley 29571), cuya vigencia es a partir del 2 de octubre del año 2011 y del cual se esperaba coadyuve a la promoción de una cultura de consumo adecuada y de un mercado más transparente y competitivo. Cabe precisar que incluso el propio Estado considera que el respeto del derecho a los consumidores debe ser parte de una política pública, tan es así que está avocado a la promoción y difusión de las bondades de esta nueva ley. La nueva ley de Protección al Consumidor no garantiza el respeto total a los derechos y un completo beneficio para los consumidores porque el mercado peruano es muy complejo, ya que la composición social es heterogénea social, cultural y económicamente.

Para poder establecer el marco conceptual de la llamada Economía de Mercado es preciso revisar las disposiciones jus-económicas establecidas en nuestra Constitución Política, toda vez que es en la carta magna donde se establece y se definen las reglas de carácter económico que gobiernan el país, así el artículo 58 establece la definición de lo que se conoce como economía social de mercado, que es el actual marco dentro del cual se promueve el desarrollo económico del país.

En este contexto es importante conocer el significado y el alcance normativo de la economía social de mercado, para entender su funcionamiento de cara a los derechos del consumidor en un mundo como el de hoy lleno de presiones crecientes y extendidas.

2.2. Marco de la investigación.

Contrato comercial y contrato civil.- La caracterización de cada uno de ellos se establece mediante su diferenciación. Los contratos mercantiles son de dos clases: unos

que pueden llamarse genuinamente mercantiles, porque les dieron vida los mismos mercaderes, no encontrando en la legislación común manera de remediar la necesidad sentida por ellos, y otros, que son los mismos contratos civiles adaptados a las necesidades del comercio. Entre los primeros esta el contrato de cambio, el de transportem el de deposito en los almacenes, de deposito en los Bancos, sobre todo en su forma en cuenta corriente, el de seguros, el de comisión y otros varios. Y entre los segundos están todos los demás, principalmente el de compra venta, el de compañía en sus formas de colectiva y comanditaria. Los primeros presentan gran complejidad y los segundos son de extraordinaria sencillez. Algunos autores señalan que la característica de los contratos comerciales es su onerosidad.

Contrato de adhesión.- La teoría contractual establece que el contrato nace cuando las voluntades después de negociar se han puesto de acuerdo sobre un acto. Pero cuando tales actos son producto de una sola voluntad se denomina contratos de adhesión. Para estar de acuerdo con la Doctrina deberían llamarse actos de adhesión donde se distingue el predominio exclusivo de una sola voluntad que dicta su ley a una colectividad y que se obliga por adelantado, so pretexto de ser un servicio privado de utilidad publica.

Acreedor.- Sujeto activo de una obligación. Dícese del que tiene derecho a exigir el cumplimiento de una obligación o el pago de una deuda.

Distrito Judicial.- Demarcación establecida en las leyes, que regulan el funcionamiento del Poder Judicial para determinar los alcances de la jurisdicción de los Tribunales y Juzgados. En Proceso Civil, dícese de la circunscripción temporal sobre la que se extiende la competencia de una jurisdicción.

Deuda Exigible.- Toda deuda cuyo cumplimiento puede ser reclamado por el acreedor. La deuda, en si misma es una obligación devengada y pendiente de pago.

Justicia.- En sentido estricto se refiere a lo que es conforme a Derecho. Es dar a cada quien lo suyo. Virtud ideal que se refiere a dar a cada uno lo que le corresponde. Lo que debe hacerse con arreglo a Derecho, a razón. Concepto normativo de la moral que desempeña un importante rol en la conciencia social política de las masas.

Seguridad Jurídica.- Son los factores: político, legislativo y judicial que la empresa nacional y extranjera analiza con la finalidad de atraer y hacer que el capital permanezca en el territorio nacional.

Política.- Es el arte, doctrina u opinión referente al gobierno de los Estados. Es la actividad de los que rigen o aspiran a regir asuntos públicos. Es la actividad del ciudadano cuando interviene en asuntos públicos con su opinión, con su voto, o cualquier otro modo. En cuanto a la política económica, son las directrices económicas que guían la economía del país en todos sus aspectos, desde la política cambiaria, del comercio internacional, incentivos, etc.

Legislación.- Es la legislación que tiene como objetivo principal la legislación comercial en todos sus aspectos. Comercio nacional, empresarial, nacional y el comercio exterior. La empresa desde su creación, ingreso, salida del mercado, transformación y todos los aspectos colaterales a su actividad.

Poder Judicial.- En el Perú el ente estatal encargado de la administración de justicia es el Poder Judicial. Quién con procedimientos preestablecidos y con jueces pre designados brinda solución a los conflictos. En el Poder Judicial Peruano podemos encontrar la especialidad comercial, para la solución de conflictos comerciales.

Juzgados Comerciales.- Es la dependencia del Poder Judicial peruano con competencia para los casos de origen comercial. Estos juzgados fueron creados por iniciativa de Iris Center, el Poder Judicial, USAID, Asbanc y el IFB. Los juzgados cumplieron su objetivo inicialmente, pero actualmente debido a la carga procesal los casos presentan demoras, como en la justicia ordinaria, es por esto que urge una modificación de estos juzgados o la creación de juzgados especiales para la inversión extranjera.

III. FUNDAMENTOS ÉTICOS, FILOSÓFICOS Y SOCIOLOGICOS DE LA INVESTIGACIÓN

➤ MARCO ÉTICO DE LA INVESTIGACIÓN

El marco ético⁶ de la investigación analizará la conducta de las personas para una adecuada forma de contratar los diferentes servicios.

La ética de la relación comercial entre consumidores y productores debe estar basada en los siguientes principios éticos básicos⁷ ya vistos cuando tratamos de los fundamentos de la ética: 1) **Principio de Autonomía.** Es el derecho y deber de respetar la autonomía del otro. La práctica de los negocios debería promover la potencialidad de decisiones autónomas de los individuos. Para esto el consumidor debe disponer de información veraz y educación suficiente para analizar tal información. Suprimir la información o imposibilitar la educación del consumidor transgreden un derecho humano básico; 2) **Principio de equidad.** Es el derecho a la equivalencia de bienes que se intercambian y el deber de no abusar de la escasez para la especulación y la usura. Esto significa que el precio debe ser proporcionado al bien necesitado y a su costo de producción, para lo cual deberá asegurarse siempre la máxima competencia entre empresas. El imperativo de equidad implica que los seres humanos no deben discriminar a otros seres humanos por causa de su condición ideológica o económica. De ahí la responsabilidad del Estado de establecer políticas que favorezcan la superación de las desventajas a las que están sometidos los menos desfavorecidos; 3) **Principio de Beneficencia.** Es el derecho de la persona humana a no verse perjudicada arbitrariamente, y el deber de todo proveedor, de evitar los perjuicios intencionales. Por otra parte, el consumidor tiene necesidades básicas relacionadas con la sobrevivencia,

⁶ La ética es la ciencia práctica del bien, y el bien es lo que todos desean, ya que nadie actúa pretendiendo el mal. El bien propio del hombre es la inteligencia y, por lo tanto el hombre ha de vivir según la razón, ver GARCÍA SALIER, Alcides, *Ética y Deontología Profesional*, UIGV, Lima 2005, pp. 34-46.

⁷ Sobre esto puede leerse a P.Kotler, *Mercadotecnia*. México: Prentice Hall, 1989, 696-699. Este autor formula así los imperativos éticos hacia el consumidor: 1. Principio de la libertad del consumidor y del productor: las decisiones de mercadotecnia la deberían tomar los consumidores y los productores bajo una libertad relativa; 2. Principio de contención del daño potencial: el sistema político debe intervenir si pudiera ocurrir un daño serio en ausencia de una intervención; 3. Principio de la satisfacción de las necesidades básicas: la mercadotecnia debería servir tanto a los consumidores pobres como a los ricos; 4. Principio de la eficiencia económica: el sistema de mercadotecnia intenta suministrar bienes y servicios eficientemente y a precios bajos; 5. Principio de educación e información del consumidor: la mercadotecnia invierte mucho en educación e información para el consumidor a fin de que acreciente su bienestar a largo plazo. 6. Principio de protección al consumidor: la mercadotecnia protege al consumidor en ciertos productos y áreas de práctica del mercado.

tales como la alimentación adecuada, el vestido, la vivienda, la atención médica, educación y seguridad, que deben ser correctamente atendidas y proporcionadas en forma mínimamente adecuada. Si las empresas no aseguran este principio por su propia iniciativa o decisión, es deber del Estado garantizarlas de la forma más eficaz e inmediata posible.

2.3. Marco filosófico de la investigación.

La filosofía⁸ es muy importante en nuestra investigación visto que analizamos el porqué de la existencia de las instituciones, el estudio de las instituciones es analizado histórica y comparativamente. Muchas respuestas sobre el origen y constitución de las instituciones son analizadas científicamente.

Por una ética del consumo⁹, a saber: la necesidad de construir y promover una teoría de la ciudadanía y la obligación moral de comprender el fenómeno del consumo como elemento antropológico cardinal. De ellas se desprenderán varios asuntos relacionados con la economía, la historia, la sociología y la psicología, pero sobre todo con la filosofía; más específicamente, con la ética. La obra de CORTINA, Adela es ya muy amplia.¹⁰ Es importante destacar que uno de los espacios en los que más ha incursionado nuestra filósofa, algo inédito e insólito para el medio filosófico mexicano, es el de la empresa. En efecto, Cortina ha creado una fundación que desde hace tiempo asesora e imparte cursos a uno de los grupos menos pensados: el de los empresarios, con quienes promueve espacios de reflexión. Dado que el pensamiento liberal, en el que se inserta nuestra pensadora, es con mucha frecuencia de izquierda, los filósofos de esta

⁸ Ver SALAZAR BONDI, Augusto, *Iniciación Filosófica*, Studium, Lima 1984, p. 25. Sobre la filosofía moral ver WILLEMS, C., *Lecciones de Filosofía*, Sanmarti, Vol., III, Lima 1939. Ver también MIRÓ QUEZADA, Francisco, *Para Iniciarse en la Filosofía*, UL, Lima 1981, pp. 26-27. La filosofía comienza cuando surge el afán de utilizar la razón para tratar de resolver los grandes interrogantes que encuentra el hombre en su existencia. Ver DORIGA, Enrique, *Lecciones de Filosofía*, CIUP, Lima 1998, pp. 21-24.

⁹ CORTINA, Adela. *Por una ética de consumo*. Taurus, Madrid, 2002.

¹⁰ Sin ánimo de ser exhaustivo, cito aquí algunos de sus textos: Cortina, Adela. *Ética aplicada y democracia radical*, Tecnos, Madrid, 1993; *Ciudadanos del mundo. Hacia una teoría de la ciudadanía*, Alianza, Madrid, 1997; *Hasta un pueblo de demonios. Ética pública y sociedad*, Taurus, Madrid, 1998; *Los ciudadanos como protagonistas*, Galaxia Gutenberg, Barcelona, 1999; *Alianza y contrato. Política, ética y religión*, Trotta, Madrid, 2001; *Democracia participativa y sociedad civil. Una ética empresarial*, Siglo del Hombre Editores, Santafé de Bogotá, 1998 (conversaciones junto con su esposo, el también filósofo Jesús Conill).

corriente suelen tener profundos prejuicios contra los dueños del capital. Pero en España, desde el triunfo del Partido Socialista Obrero Español (PSOE), el liderazgo de Felipe González combatió dichos prejuicios y encontró que el compromiso social del empresariado era y sigue siendo requisito indispensable para la construcción de una sociedad más justa. ¿De qué manera deberemos tender puentes en nuestro país y nuestra región para derrumbar falsos supuestos y trabajar por una ética de consumo que abra una perspectiva más esperanzadora? De entrada, encuentro encomiable esta manera de poner en marcha proyectos de índole social que debemos imitar a fin de combatir nuestros rezagos sociales. Entre otras cosas, aquí radica el atractivo del pensamiento ético de Cortina. No sólo en la perspectiva social de sus preocupaciones sino en el carácter también propositivo de las mismas. En su texto *Los ciudadanos como protagonistas*,¹¹ en un apartado con el título “Tomarse en serio la construcción de un mundo humano”, propone para las democracias liberales el reto de construir una convivencia fecunda que reniegue tanto de una moral adusta, que sólo prohíbe y desanima, cuanto de una moral frívola que rehúye la profundidad. Propone, entonces, una ética de la responsabilidad que tome en serio la construcción del todo social, ante el hecho de que es nuestro todo y sólo en conjunto lograremos perfeccionarlo. Habrá en este contexto, apunta Cortina, quienes por su experiencia vital o intelectual tengan una opinión más autorizada, pero sólo la podremos aceptar en un marco dialógico, pues el autoritarismo paternalista, dirá en otra parte, no podemos tolerarlo como procedimiento de búsqueda de una mejor sociedad. Termina con la idea de que no avanzaremos sin la convicción firme de que vale la pena la empresa de una sociedad justa. Sin embargo, previene contra la posibilidad de que podamos dogmatizar nuestra lucha con base en determinadas convicciones, que debemos mantenernos abiertos a la crítica ajena y a la autocrítica permanente. Aquí encuentra cabida la tesis de la ética discursiva que afirma: “Es el mundo de los afectados el que ha de tomar las decisiones”.¹² Pues, ¿quién sabe más de sus necesidades que uno mismo?. Estamos ya en uno de los problemas que Adela Cortina trata en *Ética del consumo*, que nos llevará a lo que la manipulación que los medios de comunicación y la mercadotecnia adjunta pueden introducir en el campo de nuestras necesidades y deseos. Vayamos al texto aludido, del cual leeremos más adelante un fragmento. La perspectiva antropológica de la que parte Adela Cortina en

¹¹ Cortina, Adela. «Tomarse en serio la construcción de un mundo humano», en *Los ciudadanos como protagonistas*, op.cit, pp.78-79.

¹² CORTINA, Adela. «Ética comunicativa», en *Concepciones de la ética*, Trotta, Madrid, 1992.

Ética del consumo inquiere si somos ahora un homo consumens que desplazó a los anteriores faber, sapiens y ludens. Al parecer, al menos en las sociedades de alto y ostentoso consumo de los países altamente industrializados, la respuesta es afirmativa. En dicho contexto del capitalismo posindustrial el consumo se ha constituido en la esencia del ser humano (al menos en su imaginario, añadiría). De esta manera, el diagnóstico marxista que hacía recaer en el trabajo la clave de comprensión de la naturaleza humana, en su situación de explotación y a la vez de liberación, no resultaría hoy eficaz para explicar a las sociedades del siglo XXI. Pero no sólo no explica a las industrializadas, como se dijo, sino tampoco a las menos desarrolladas, que copian los modelos de consumo del mundo desarrollado. Así, concluye Cortina, el modelo de vida del obrero del siglo XIX es sustituido por el modelo de vida de las clases medias del siglo XX y del presente. Una ética del consumo se arraiga aquí a partir de buscar la comprensión de los mecanismos de control a través de un tipo de consumo que nunca satisface, y propone también caminos para un consumo justo, libre, solidario y felicitante.

2.4. Marco sociológico de la investigación.

Cuando aludimos al “consumo”, lo hacemos desde un lugar histórico: desde la modernidad; en tal sentido, THERBON nos dice: “comprender la modernidad como nuestra historia, como nuestro contexto social significa analizar como proceso multidimensional, multilineal y dialéctico intrínsecamente contradictorio. Sus dimensiones tienden a desbordar los esquemas interpretativos simples y bien proporcionados. Estos pueden trazarse solamente en formas generales y amplias como la sociología. Los sociólogos analizar el mundo social, las acciones y las relaciones de los hombres y de las mujeres desde dos puntos de vista fundamentales: su cultura y su estructura. También lo hace en función de un modo de producción determinado: desde la fabricación de serie¹³. AGLIETTA apunta al respecto que “ la formación de la norma social de consumo obrero supone así una amplia socialización de la financiación, y correspondientemente, un control muy estricto de los recursos y gastos de los trabajadores. Resulta imprescindible, en efecto, que el proceso de consumo individual

¹³ THERBON, Goran. *Peripecias de la modernidad*. Buenos Aires: Imago Mundi, 1992.p.27.

sea ordenado y estabilizado, pero de forma compatible con la relación individual – en apariencia libre- que es la relación mercantil de intercambio. Ello se logro mediante la generalización, en la clase obrera, de la estructura social que era la condición de integración social en la nación, a saber: la familia restringida u hogar. En el hogar estabilizado, la clase obrera adquiriría un status que funcionaba como regulador de la norma de consumo a través de la formación de hábitos de gastos”¹⁴.

La norma jurídica esta cargada de potencialidad de determinación de la conducta humana. Lleva consigo un mensaje a los miembros de la comunidad, a la par que determina su conducta en tal o cual sentido. La norma jurídica indica que los individuos deben comportarse de determinada manera. En este sentido, la norma es funcional, pues esta al servicio de la obtención de determinados fines y a la satisfacción de diversos intereses. La norma jurídica entonces, es capaz de movilizar la acción.

¹⁴ AGLIETTA, Michel. *Regulacion y crisis del Capitalismo*. Mexico: Siglo XXI, 1986.p.136

III. METODO

3.1. Tipo de investigación.

Descripción del Tipo de Investigación.

Tipo de Investigación.

Básica.

Descripción del Nivel de Investigación.

Nivel de Investigación.

Descriptiva – Comparativo, Causal.

Descripción del Método de Investigación.

Analítico – inductivo, Histórico Comparativo

Descripción del Diseño de Investigación.

Causal

Método de estudio

El tipo de investigación de acuerdo a las variables y el objetivo general y específicos de la investigación es de tipo: DESCRIPTIVO-EXPLICATIVO en la modalidad CAUSAL.

3.2. Población y muestra

Legislación peruana, Políticas peruanas, Poder Judicial.

3.2.1. Población

Legislación comercial, Política económica, Juzgados Comerciales.

3.2.2. Muestra

Legislación sobre inversión extranjera, Políticas sobre inversión extranjera, Juzgado sobre inversión extranjera.

3.3. Operacionalización de hipótesis, variables e indicadores

Variable Independiente: Las cláusulas prohibitivas.

Variable Dependiente: Los contratos de consumo.

Indicadores: significación del contenido normativo, precisión conceptual, alcances jurídicos.

- **Hipótesis específicas**

1. Primera hipótesis:

El aspecto legislativo de las cláusulas abusivas influye en los contratos de consumo.

▪ **Variable de estudio**

- La seguridad jurídica en los contratos de consumo.

2. Segunda hipótesis:

• El aspecto judicial de las cláusulas abusivas influyen en los contratos de consumo.

Variable de estudio

- Aspecto judicial en los contratos de consumo.

Indicadores: Poder Judicial, Juzgados Comerciales.

3. Tercera hipótesis:

• El aspecto político de las cláusulas prohibitivas influye positivamente en los contratos de consumo.

Variable de estudio

- Aspecto político.

Indicadores: Política económica, Constitución.

3.4. Instrumentos

- Análisis bibliográfico
- Evaluación documental
- Análisis cualitativo
- Comparación
- Entrevistas

Se utilizará como instrumento: Fichas bibliográficas, Registro, Expedientes, Registro anecdótico, Registro de casos, Encuestas, Guía de Entrevistas.

Fuentes:

- Jueces especializados en lo comercial.
- Profesores universitarios nacionales e internacionales especialistas en Derecho Civil.

3.5. Procedimientos

- Selección y Representación por Variables.
- Matriz Tripartita de Datos:

UNIVERSO	POBLACIÓN	MUESTRA
Legislación peruana, Políticas peruanas, Poder Judicial	Legislación comercial, Política económica, Juzgados Comerciales.	Legislación sobre contratos de consumo y cláusulas prohibitivas, Políticas sobre contratos de consumo y cláusulas prohibitivas, Juzgado sobre contratos de consumo y cláusulas prohibitivas.

- Utilización del Procesador Sistematizado Computarizado sistema SPSS.
- Pruebas Estadísticas: pruebas de medidas de tendencia central y de correlación múltiple.

3.6. Análisis de datos

Análisis cualitativo de datos. Para el análisis de los datos se utilizará el método analítico y comparativo para la deducción respectiva de las diferencias y la relación de los estilos en función a la especialidad profesional en la que vienen estudiando.

IV. RESULTADOS

4.1. Sistemas comparados

El presente capítulo estudiará los sistemas comparados¹⁵ de manera sistémica y siguiendo el orden lógico de los factores de la seguridad jurídica en los contratos de consumo, como son el legislativo, el judicial y el político, al final del capítulo se concluye señalando cual modelo comparado es el más adecuado al Perú.

Los Comparatistas estudian el Derecho Comparado desde dos puntos de vista: en la realidad jurídica, que estudia instituciones específicas y son comparadas con las diversas instituciones o cómo esta institución es abordada en las distintas legislaciones. El otro es la norma que regulan los contratos de servicio, donde los juristas estudian el Derecho Comparado de manera global, analizando las familias del derecho y sus principales características. Entre las principales familias del derecho podemos señalar: la familia del Derecho Romano Germánico, Anglosajón o del Common Law, etc.

En la presente investigación se analizarán los sistemas comparados, desde el aspecto legislativo, judicial y político, estudiando de manera macro las instituciones de los demás países para analizar cuál será la más favorable para el Sociedad.

¹⁵ Sobre el concepto de derecho comparado ver: ZWEIGERT, Konrad, KÖTZ, Hein, *Introduzione al Diritto Comparato*, Giuffrè, Milano 1998, pp. 2-14; Si tratta di un processo intellettuale, il quale ha il diritto come oggetto e la comparazione come strumento. Il diritto comparato concerne la comparazione di diversi sistemi giuridici nazionali. Ciò può avvenire, in generale, nel senso che lo spirito e lo stile di diversi sistemi giuridici, i modi di pensare ed i metodi di procedere a loro usuali vengono tra loro comparati. Si parla a questo proposito di *macrocomparazione*, intendendo che l'oggetto dell'indagine comparatistica sono qui i metodi con i quali si analizza normalmente la materia giuridica, i procedimenti mediante i quali si effettua la comparazione e la decisione, di controversie, o i metodi di lavoro dei giuristi che si occupano di diritto, mentre non appartengono a quest'ambito i singoli problemi e le loro soluzioni. Sobre la función del derecho comparado véase: DAVID, René, JAUFFRET-SPINOSI, Camile, *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, 4ta Ed., Cedam, Padova 1994, p. 14; il diritto comparato ha una funzione di primo piano da assolvere nella scienza del diritto, esso tende, infatti, in primo luogo, a illuminare il giurista sulla funzione e il significato del diritto, mettendo a profitto a questo scopo l'esperienza di tutte le nazioni. Il suo secondo obiettivo è quello di facilitare, su un piano più pratico, l'organizzazione della società internazionale mostrando le possibilità di accordo e suggerendo formule per l'ordinamento delle relazioni internazionali. Esso permette in terzo luogo ai giuristi di diverse nazioni, per quel che riguarda il loro diritto interno, di concepirne il miglioramento uscendo fuori dalle abitudini acquisite.

➤ ASPECTO LEGISLATIVO

El control de las cláusulas abusivas en el Derecho comparado

En la legislación comparada podemos encontrar diversos mecanismos de control de las cláusulas abusivas o vejatorias, desde mecanismos de autorreglamentación y concertación, hasta controles administrativos preventivos, control positivo legislativo y control negativo judicial.¹⁶

En Alemania la Ley (01.04.77) sobre condiciones generales del contrato (Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, AGBG), regula un modelo de control judicial de las cláusulas vejatorias a través de la implementación de un doble mecanismo de control: una lista de cláusulas que el juez discrecionalmente puede declarar ineficaces (lista gris); y una lista de cláusulas consideradas a priori como absolutamente prohibidas y que por tanto no pueden ser incorporadas en los contratos de consumo (lista negra).¹⁷

En Francia con la aprobación de la Ley N° 78-23 de 1978 se estableció un control administrativo sobre las cláusulas abusivas, pues ciertas cláusulas podían ser prohibidas, limitadas o reglamentadas por decreto emitidos por el Consejo de Estado, previa opinión de una Comisión sobre cláusulas abusivas. Posteriormente, por Ley N° 93-949 del 26.07.93 se aprueba el Code de la Consommation, el mismo que es modificado por la Ley N° 95-96 del 01.02.95 para adecuarse a la Directiva Comunitaria 93/13/CEE; así se incorpora a través de un anexo, una relación indicativa pero no exhaustiva de cláusulas que podrían ser calificadas como abusivas, señalándose que las mismas deben ser consideradas como no puestas, resultando el contrato vigente en sus demás estipulaciones salvo que no pudiera subsistir sin dicha cláusula abusiva. La eliminación de las cláusulas abusivas se deja a la acción de los jueces, quienes podrán solicitar de la Comisión para las cláusulas abusivas, la emisión de un dictamen -no vinculante- sobre el carácter abusivo de una cláusula contractual.¹⁸

¹⁶ MERINO ACUÑA, Roger Arturo, *El sistema de desprotección al consumidor, apuntes críticos desde la comparación jurídica*, En Actualidad Jurídica, N° 186, Lima, Perú, p. 68.ob. cit., pag.11.

¹⁷ ALPA, Guido, *Derecho del Consumidor*, Gaceta Jurídica, Lima, Perú, 2004, pags.197 y 198.

¹⁸ ESPINOZA ESPINOZA, Juan, *“Derecho de los Consumidores”*, Editorial Rodhas, agosto, 2006, Lima, Perú, pag.42

La Directiva Comunitaria 93/13/CEE del 05.04.93, recoge las disposiciones del modelo alemán y francés. A través de un anexo, se establece una lista indicativa y no exhaustiva de

La Directiva Comunitaria 93/13/CEE del 05.04.93, recoge las disposiciones del modelo alemán y francés. A través de un anexo, se establece una lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas abusivas, a modo de elenco de carácter mínimo, que se podría clasificar de la siguiente manera: Clausulas de desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, entre las que encontramos: a) Clausulas relativas a la disponibilidad del vínculo; b) Cláusulas relativas al régimen de responsabilidad del consumidor; c) Cláusulas relativas al régimen de responsabilidad de la empresa; y Clausulas de sorpresa, sobre el vínculo o sobre la regulación.¹⁹

➤ . ASPECTO JUDICIAL

Como señala Carlos Cárdenas Quiros²⁰, el control judicial puede estar referido a solucionar conflictos relativos a la aplicación e interpretación de cláusulas ambiguas, oscuras o contradictorias, y respecto de la existencia de cláusulas vejatorias.

En el Código de Protección y Defensa del Consumidor se consagra también un mecanismo de control judicial negativo, aun cuando el mismo se extiende también a la autoridad administrativa y a los tribunales arbitrales, quienes podrán declarar ineficaces las cláusulas calificadas como abusivas, resultando por tanto inaplicables e inexigibles al consumidor afectado en el contrato específico, el mismo que sin embargo mantiene su eficacia respecto de las demás clausulas. Al respecto, la declaración de ineficacia no se extiende a todos los demás contratos celebrados que pueda contener idéntica clausula declarada ineficaz, aun cuando por efecto de las decisiones jurisdiccionales, arbitrales o administrativas adoptadas, en la práctica las mismas no serán exigibles y no serán tampoco incorporadas en los futuros contratos de consumo que celebre el proveedor con los consumidores.

¹⁹ ESPINOZA ESPINOZA, Juan, ob. cit. pags.172 a 176.

²⁰ CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. *Las cláusulas generales de contratación y el control de las cláusulas abusivas*. En IUS ET VERITAS, Año VII, Número 13, Lima, Perú, setiembre 1996, pag. 31 y 32.

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

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

➤ ASPECTO POLÍTICO

La política de los consumidores es un elemento esencial para conseguir el objetivo estratégico de la Comisión Europea de mejorar la calidad de vida de todos los ciudadanos de la UE. La ejecución de esta política requiere desarrollar acciones legislativas y de otros tipos, a fin de promover los intereses, la salud y la seguridad de los consumidores en el mercado interior, para asegurar que se tengan en cuenta las exigencias de los consumidores en todas las políticas de la UE y para complementar las políticas de los Estados miembros en este ámbito. En este contexto, la Comisión Europea promueve las organizaciones de consumidores y trata de reforzar el papel de sus representantes en los procesos decisorios. En el ámbito internacional, la Comisión intenta asegurar que los países de próxima adhesión y los países candidatos aplican correctamente los mismos altos niveles de protección y de seguridad de los consumidores que existen en la Comunidad Europea. La Comisión garantiza también la promoción de la política de los consumidores y fomenta la adopción de normas rigurosas en materia de seguridad en los foros internacionales y en sus relaciones con terceros países.

4.2.contraestación de los sistemas comparados

De lo analizado con respecto a los sistemas comparados podemos señalar: que para el autor argentino STIGLITZ, Rubén la cláusula abusiva será aquella “cuyo contenido o elementos esenciales queden al arbitrio del predisponente o las establecidas en su beneficio exclusivo y en perjuicio del adherente, que comprometan el principio de la mayor reciprocidad de intereses que contengan la renuncia por el consumidor, sin fundamentos declarados que lo justifiquen” (Stiglitz, 1998, p.27). Pese a que en Colombia el concepto de cláusula abusiva no ha sido abordado desde el punto de vista legislativo, el tema sí ha sido consagrado en otros países²¹. Ahora, si se quiere hacer la caracterización de lo que se entiende por cláusulas abusivas en Colombia, ello implica partir de la ausencia de definición legislativa por lo que el análisis debe trasladarse al terreno jurisprudencial y doctrinario. Quien ha caracterizado jurisprudencialmente las cláusulas abusivas es la Corte Suprema de Justicia en la citada sentencia de casación del 2 de febrero de 2001, cuando señaló que las características arquetípicas de las mismas son: a) Que su negociación no haya sido individual; b) que lesionen los requerimientos emergentes de la buena fe comercial -vale decir, que se quebrante este postulado rector desde una perspectiva objetiva: buena fe probidad o lealtad-, y c) que genere un desequilibrio significativo de cara a los derechos y las obligaciones que contraen las partes (Corte Suprema de Justicia, 2001)²². (Nótese que la Corte Suprema de Justicia parece acoger entonces la tesis “restrictiva” según la cual, las cláusulas abusivas se presentan únicamente en los contratos de adhesión. Se procederá, entonces, a explicar dichas características, que son la infracción al principio de la buena fe, y que haya un desequilibrio significativo de cara a los derechos y obligaciones que contraen las partes): Antes de adentrarnos en lo que se puede considerar como infracciones al principio de buena fe, es preciso recordar qué se ha entendido como parte de su contenido. El principio general de buena fe, que está

²¹ Para ver un listado de distintas definiciones de carácter legal que se han dado a nivel internacional, ver Stiglitz (1998).

²² En esta sentencia, se estaba discutiendo una cláusula en un contrato de seguro en virtud de la cual, para que la compañía aseguradora se viera obligada a pagar el siniestro, se debía probar la ocurrencia del mismo mediante copia de la sentencia o del laudo ejecutoriado en que se acreditara el hecho. La Corte consideró que la cláusula que limitaba los medios de prueba en contra del beneficiario era abusiva (Corte Suprema de Justicia, 2001).

establecido constitucional²³ y legalmente²⁴, consiste en que las partes en sus relaciones negócias, incluyendo las tratativas preliminares, la formación y la ejecución del contrato, se deben comportar con honorabilidad, honradez, rectitud y sin ánimo de engañar o lesionar al otro, lo que posibilita que el co-contratante, a su vez, pueda legítimamente confiar en que su comportamiento es leal, correcto y ajustado a derecho²⁵.

La Corte Suprema de Justicia Colombiana, en sentencia de agosto de 2001, para definir qué se entendía por buena fe, sostuvo lo siguiente: o beneficios sin una suficiente dosis de probidad o pulcritud... (Corte Suprema de Justicia, 2001A).

En cuanto a lo que se puede considerar infracción al principio de la buena fe, conviene describir lo establecido por la legislación alemana en el párrafo 9 de la Ley para la Regulación del Derecho de las Condiciones Negociales (AGB-Gesetz) del 1.-IV-197714: **I.** Las estipulaciones contenidas en condiciones generales negócias son ineficaces cuando perjudican al adherente de forma no equitativa, en oposición al principio de buena fe (*Treu und Glauben*). **II.** En la duda se presume la existencia de perjuicio indebido, cuando la cláusula: 1) no es compatible con las ideas esencialmente fundamentales de la regulación legal de la cual se aparta o 2) limita de tal forma los derechos y deberes derivados de la naturaleza del contrato que se pone en peligro la consecución de éste (Stiglitz, 1998, p. 34-35). Con respecto al numeral 1) del párrafo anterior, es importante resaltar el papel muy relevante que con ello se le otorga al derecho supletivo (Vega, 2001), es decir, a las normas que regulan determinados contratos y que, en principio, son susceptibles de ser pactadas en contrario en virtud del principio de la autonomía de la voluntad privada. Estas normas, dado que han sido puestas por el legislador y no por ninguna de las

²³ El artículo 83 de la Constitución Política de Colombia (República de Colombia, 1991).

²⁴ El artículo 1603 del Código Civil de Colombia y los artículos 863 y 871 Código de Comercio de Colombia.

²⁵ Para ver otras formas en que se ha entendido el principio de la buena fe, ver por ejemplo, el artículo de Silva-Ruiz, en el que citando a ALABART, Díaz sostiene: “La buena fe no puede ser entendida aquí en un sentido subjetivo (la simple creencia propia y particular de obrar correctamente), tal como aparece en el Código civil (...). Es una buena fe en sentido objetivo (...) La buena fe entendida como un criterio de valoración de determinadas conductas, que tiene en cuenta no sólo la honradez subjetiva de la persona, sino, principalmente las reglas objetivas de la honradez en el comercio o en el tráfico jurídico; (...) La carencia de esa buena fe ocasionará un desequilibrio contractual injustificado favorable a la parte más fuerte: el empresario” (Silva, 2001, p. 58).

partes del contrato, se asumen como la forma más equitativa de distribución de las cargas y las obligaciones entre los contrayentes, de tal manera que el alejarse de ellas, lo cual como se dijo anteriormente es permitido, puede en un momento determinado convertirse en un parámetro a través del cual se pueda valorar si una de las partes está o no infringiendo el deber de buena fe²⁶. En consecuencia, a pesar que desde la perspectiva liberal del contrato, el derecho supletivo no constituía una limitación al dogma de la autonomía de la voluntad privada, vía interpretación del principio de la buena fe, sí podría llegar a constituirse como tal, puesto que en caso de pactarse una cláusula que sea declarada por el juez como abusiva, por ser contraria a dicho principio de la buena fe, tendría como resultado su ineficacia.

En la legislación comparada encontramos descripciones de lo que ha de entenderse por desequilibrio significativo. Tal es el caso del Código de Defensa del Consumidor de Brasil, que afirma que es absolutamente nula la cláusula que coloque al consumidor en desventaja exagerada y que sea incompatible con la buena fe o la equidad (art. 51, ap. IV). Se presume exagerada la ventaja que: 1) Ofende los principios fundamentales del sistema jurídico; 2) Restringe derechos u obligaciones fundamentales inherentes a la naturaleza del contrato, de tal modo que amenaza su objeto o el equilibrio contractual; 3) Se muestra excesivamente onerosa para el consumidor (Stiglitz, 1998, p. 36).

En Argentina, el artículo 37 de la ley 24.240 establece lo siguiente: Sin perjuicio de la validez del contrato, se tendrán por no convenidas: (a) las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones¹⁷ o limiten la responsabilidad por daños; (b) las cláusulas que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte; (c) las cláusulas que contengan cualquier precepto que imponga la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor... (República de Argentina, 1993).

En Colombia, dicha característica se ha establecido de manera aislada en la legislación, en la que se menciona pero no se desarrolla ni se explica. Ejemplo de ello constaba en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, en el artículo 98 inciso 4°, modificado por la Ley 795 de 2003 (República de Colombia, 2003).

²⁶ Más acerca del principio de la buena fe en Ospina y Ospina (2000), Valencia y Ortiz (1998)

En Colombia, pese a que el tema no está reglamentado de manera sistemática, se pueden encontrar supuestos aislados de cláusulas que no son toleradas por el ordenamiento con diferentes sanciones que pueden ser la inexistencia, la nulidad, la ineficacia, que se tengan por no escritas o la nulidad. En caso de que un juez encuentre una cláusula que tenga el carácter de abusiva pero que no tenga una sanción expresa en la legislación, aún así podría descartar su aplicación en un caso determinado, decretando la inexistencia (en caso de que el adherente no haya conocido y aceptado la cláusula); la nulidad absoluta cuando considere que por ir en contra del principio de la buena fe es contraria al orden público y, en consecuencia, tiene objeto y causa ilícita o la nulidad relativa, en caso de considerar que esa es la sanción aplicable en los casos que la ley no consagre expresamente una sanción diferente.

➤ **LA SEGURIDAD JURÍDICA EN LOS CONTRATOS DE CONSUMO EN PERÚ**

El contrato, tomado cuantitativamente, es la fuente primordial de obligaciones patrimoniales, pero su concepto no ha permanecido inmóvil en el tiempo y ha receptado las diferentes corrientes filosóficas e históricas como puede observarse en diversos estudios sobre el tema. Es un concepto normativo cambiante según las costumbres e implica diferentes situaciones.

La autonomía de la voluntad y la libertad son la base necesaria del acuerdo de voluntades al que técnicamente denominamos contrato y que persigue en nuestra concepción un fin ético y social²⁷.

En la concepción liberal implica la libertad de contratar o no, la elección de con quién hacerlo y la posibilidad de fijar su contenido. El respeto a la palabra empeñada y la seguridad jurídica llevan a que los contratos no puedan ser revisados o morigerados².

En el derecho argentino con respecto a los alcances de instituto, la doctrina ha sostenido que el artículo 1137 debe unirse necesariamente con los artículos 1167 y 1169, con el fin de completar el concepto, siendo el eje del sistema el artículo 1197, que proveniente del artículo 1134 del Código Civil

²⁷ GARRIDO CORDOBERA, L. M. R., “La buena fe como pauta de interpretación en los contratos” En: *Tratado de la buena fe en el derecho* (Ed. La Ley); Garrido R. F. Zago J. A. *Contratos civiles y comerciales* cit..

francés plasma lo que se ha denominado el dogma de la autonomía de la voluntad, coincidiendo con lo expresado por nuestro codificador en la nota del artículo 943 in fine que dice que el consentimiento libre hace irrevocables los contratos²⁸.

➤ **LA ECONOMIA PERUANA**

En la regulación peruana actual hay varios vacíos legales que tendrían que ser llenados por un Código de Consumo. Uno de los más importantes, y no el único, sería claramente el referido al tema de las cláusulas abusivas. Por ejemplo, en 2005 se aprobó la Ley 28587, Ley Complementaria a la Ley de Protección al Consumidor en Materia de Servicios Financieros, la cual, entre otras cosas, encargó a la supervisión bancaria la identificación de cláusulas abusivas y la emisión de normas generales que prohíban su inclusión en contratos futuros. Sin embargo, en lugar de brindar una mayor protección al consumidor, e ignorando todo lo avanzado en el DL 716 Ley de Protección al Consumidor, tal vez a falta de una mayor experiencia en un tema que no es de su especialidad, la supervisión bancaria emitió un reglamento, el Reglamento de Transparencia de Información en la Contratación con Usuarios del Sistema Financiero, que terminó, entre otras cosas, legalizando varias prácticas y cláusulas abusivas, en lugar de terminar identificándolas y prohibiéndolas, como era el mandato que tenía.

²⁸ GARRIDO R. F. ZAGO J. A. *Contratos civiles y comerciales*

V. DISCUSION DE RESULTADOS

En efecto, la revisión teórica da cuenta que la configuración de las convenciones imperfectas en los contratos por servicios bancarios es una constante en el libre mercado o el neoliberalismo, sobre todo cuando no existe protección por parte del Estado, por tanto su implementación en las transacciones económicas afecta la realidad jurídica socio económica de la población.

En la realidad subdesarrolladas, existe incremento de contratos con formatos preformados debido a una oferta aparentemente facilitada en su acceso al crédito, por tanto, estas características incrementa los conflictos jurídicos y socioeconómicos.

Existe proliferación de contratos con la modalidad de documentos preformados en el Sector Bancario al amparo de un marco normativo débil, por tanto, existen conflictos judiciales en los diferentes tipos de préstamos no pagados.

De este modo, la contrastación teórica, lógica y jurídica comprueban las hipótesis de trabajo, quedando confirmada la hipótesis central que afirma que: Es probable que la falta de precisión legal en las normas que regulan los contratos por servicios genera la existencia de cláusulas abusivas, por tanto, su incidencia jurídica y socioeconómica ha incrementado los conflictos en la realidad de Lima.

Para desarrollar el proceso de contraste de las hipótesis de la presente investigación, resulta apropiado mencionar que a nivel de la casuística en temas de cláusulas generales de contratación en razón de la diversidad de actividades económicas que se desarrollan en el mercado bajo esta modalidad contractual; se han extraído aquellos que constituyen los más representativos; sin embargo, del análisis de la información recolectada también hemos podido advertir que la incidencia de casos de denuncias en cuanto al tema que nos convoca, ha estado en primer lugar conformado por el sector financiero como se podrá observar.

Ahora bien, de la investigación realizada y en mérito al párrafo anterior, entre los casos del sector financiero consultados entre los años 2000 al 2006, que versaron sobre cláusulas generales de contratación, se pudo constatar que

Indecopi, resolvía aplicando los artículos²⁹ 5°, 8° y 15° de la Ley de Protección al Consumidor³⁰.

Durante estas primeras etapas en la aplicación de la normativa especial, el criterio de La Comisión de Protección al Consumidor fue que, en los casos analizados sobre cláusulas generales de contratación en el sector bancario, éstas generaban una posición de desequilibrio de los derechos y obligaciones de las partes en perjuicio del cliente y, por tanto, no eran equitativos. Se aplicó el criterio de consumidor razonable y de idoneidad.

En los pocos casos en que la Comisión analizó las cláusulas generales de contratación bancaria o de seguros, se aplicaron los artículos del Código Civil (artículo 1365° y 1398°), no se calificó la cláusula de abusiva, sino que se la declaró inválida porque no había sido aprobada administrativamente y se había infringido el artículo 8° de la Ley de Protección al Consumidor.

De esta manera y por citar un ejemplo, en el caso de la Resolución N° 200-2003/CPC recaída en el expediente N°989-2001-CPC sobre cierre arbitrario de cuenta corriente, se advierte que se trataba de una cláusula abusiva³¹. La Resolución de INDECOPI, no analizó el carácter abusivo de la cláusula, sino determinó que el Banco no prestó un servicio idóneo, al disponer en virtud de la cláusula séptima del contrato de la cuenta corriente, el cierre unilateral de las cuentas del cliente de manera injustificada³² y por ello consideró que había infringido el artículo 8° de la Ley de Protección al Consumidor.

²⁹ 364 **Artículo 5°** inciso b que incluye dentro de los derechos de los consumidores el derecho a recibir de los proveedores toda la información necesaria para tomar una decisión informada en la adquisición, uso o consumo de sus productos o servicios.

Artículo 8° que regula la responsabilidad del proveedor por la idoneidad y calidad del producto o servicio prestado.

Artículo 15° sobre la obligación del proveedor a brindar la información clara, fácilmente accesible para el consumidor o usuario, veraz y suficiente sobre lo ofertado.

³⁰ Decreto Legislativo 716|°.

³¹ 366 “(...), La Comisión considera que un consumidor razonable que mantiene una cuenta corriente en una entidad financiera no esperaría que la misma sea cerrada unilateralmente por el Banco sin un motivo razonable; esto es, que dicho cierre se realice por petición del propio consumidor, por las causales que específicamente señale el contrato o porque la ley así lo ordene”.

³² La cláusula 7ma del contrato establecía: “El Banco podrá cerrar las cuentas del cliente cuando lo estime conveniente, dando aviso al domicilio señalado”. De acuerdo con la Ley española RDL 1/2007, artículo 85°, esta cláusula sería abusiva tipificada como la facultad del profesional o voluntad del empresario a resolver el contrato.

VI. CONCLUSIONES

1. Al evaluar las normas que regulan los contratos preformados en cuyos contenidos se encuentran las cláusulas abusivas, éstas tienen incidencia negativa en la realidad jurídica y socio económica de Lima.

2. El examen sometido a los conceptos teóricos acerca de los contratos preformados que contienen las cláusulas abusivas revelan su relación con las condiciones políticas propias del mercado libre y la globalización económica, incidiendo negativamente en las economías independientes.

3. La identificación de la tipología contractual en la que existe predominio de las convenciones contractuales denominadas imperfectas se encuentra mayormente en la Banca de Servicios, aun cuando no es exclusiva. Esta favorece a una de las partes en desmedro de la otra mas débil y en condición de crisis, donde prevalecen las necesidades básicas, accediendo con facilidad al compromiso contractual por las facilidades engañosas.

4. Las situaciones conflictivas que generan tales cláusulas en la realidad socioeconómica de la zona en estudio se manifiestan en los altos índices de morosidad, en una casuística elevada de embargos judiciales, y paralelamente, a la desaparición, fusión y/o liquidación de muchas empresas bancarias por efecto de la recesión y la baja capacidad de pago de la población, en esta parte del país.

VII. RECOMENDACIONES

1. Es pertinente un nivel de control estatal en las formas y procedimientos que utilizan los bancos para establecer los contratos, cualesquiera que sea su tipología. Este control no contraviene los lineamientos del libre mercado..

2. Igualmente, se hace necesario una mayor discusión de los postulados jurídicos que se relacionan con los contratos preestablecidos, a fin de procurar que exista una correlación positiva entre la normativa y la realidad contractual del tipo que cuestionamos.

3. La protección del consumidor mediante normas efectivas, así como la del usuario de la Banca de Servicio, es una necesidad en las políticas del desarrollo económico y social de los Gobiernos, tampoco esto contraviene las políticas de acceso a la inversión. Lo contrario, es proteger al recurso más valioso de toda realidad económica: el humano, generador de riquezas y desarrollo solo cuando su capacidad de ahorro no ha sido mermada por las condiciones de lucro desmedido de la inversión foránea. Se recomienda, por ello una legislación aparente para tal protección.

4. Es recomendable una mayor sensibilidad jurídica y social para evitar que los operadores del derecho apliquen las normas en la casuística judicial con desventaja de quienes están precisamente desprotegidos. Esto merece un mayor tratamiento a cargo de los legisladores y estudios del derecho.

5. Como consecuencia de los estudios realizados, es importante implementar a través de una reforma a la Ley de Protección al Consumidor, catálogos de cláusulas abusivas (listas negras) y condiciones presuntamente abusivas (listas grises) que puedan incluirse en los contratos a ser celebrados con los consumidores. Así también cuando se trata de cláusulas generales, no deberá estar ausente la regla de la prevalencia de la cláusula especial, siempre que sea más favorable al consumidor adherente.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- AMAYA, L. (2004). “El sujeto llamado consumidor: Entre el *homo oeconomicus* y el *homo sociologicus*”. . Lima, marzo: Actualidad Jurídica. Tomo 124. Gaceta Jurídica.
- ARIAS, & SCHREIBER PEZET, M. (1984). Exegesis del Código Civil Peruano de . Tomo I, pp.160-161 Op cit., .
- BIOSYN/BIOQUIL. (1997). Por ejemplo, la Sala de Propiedad Intelectual del Tribunal del Indecopi –Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual ha señalado que “ La distorsión en el mercado con actuaciones de mala fe, no solamente puede tener tener.
- CÁRDENAS, Q. C. (s.f.). también es partidario de la naturaleza contractual cuando expresa que “Dado que las CGC se incorporan a la oferta, de modo que la aceptación de ésta comprende la de las CGC, su naturaleza es puramente contractual (...)”. (...)”. Carlos Cárdenas Quirós, Op.Cit., N° 13, p.21.
- CASTRO, D., & BRAVO, F. (1987, pp.53 y ss.). Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes, . Madrid, : Civitas, .
- Cfr. REVOREDO DE DEBAKEY, D. (s.f.). .(Comp.). Código civil, Exposición de motivos y comentarios. Op. Cit., Volumen VI, pp.54-55; y .
- COSTANZA, M. (Editore, Milano, 1981, p. 274, y “Natura normativa delle condizioni generali di contratto”, en Le condizioni generali di contratto, T I, a cargo de Massimo Bianca, Dott. A Giuffré Editor p. 11. Citado por Soto Coaguila, Op. Cit., p.106.). il contratto atípico, Dott. A. Giuffre, Editore, Milano, 1981, p. 274, y “Natura normativa delle condizioni generali di contratto”, en Le condizioni generali di contratto, T I, a cargo de Massimo Bianca, Dott. A Giuffré Editor.
- DE LA PUENTE, M., & ZUSMAN TINMAN, S. (s.f.). El dolo omisivo, llamado también omisión dolosa o reticencia dolosa, es el “ocultamiento sagaz” y no “el simple olvido o descuido”. (Anteproyecto sustitutorio de Reforma del Código Civil de 1936). No es sol: solo el silencio entendido como no sacar a la parte de su error (explotar el error), sino el silencio intencional que tiene

- como finalidad hacer que el otro caiga en error (provocar el error)
 (BARBERO, Domenico. Sistema del Derecho Privad. Tomo I, Buenos.
 Demogue, R. (1923.). Tratié des obligations en général,. París: Rousseau, Citado por
 Juan Carlos Rezzonico, Op. cit., p. 324.
- DIEZ-PICAZO, L. (s.f.). Fundamentos del Derecho Civil patrimonial, Op. Cit.,
 GARCIA AMIGO, M. (1964). La cesion del contrato en el Derecho español.
 Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.
- GARCÍA AMIGO, M. (1969,). Condiciones generales de los contratos civiles y
 mercantiles. . Madrid: Revista de Derecho Privado.
- GARRIGUES, J. (1987). Curso de Derecho Mercantil, Reimpresión de la séptima
 edición, . Bogotá : Editorial Temis, , T I; Luis Diez Picazo, Fundamentos del
 Derecho Civil patrimonial, introducción-Teoría del Contrato, Vol. I, Civitas,
 Quinta Ed, Madri.
- Lavalle, D. L. (s.f.). El contrato en general,. Op Cit., T.III.,
 Lavalle, M. D. (s.f.). El contrato en general, Op., Cit., T.III., p.104.
- LOHMANN LUCA DE TENA, J. G. (1997). El Negocio Jurídico. . Lima,: Editora
 Juridica “Grijley” EIRL., .
- LOPEZ SANTA MARIA, J. (1986). Los Contratos (parte general). Santiago de
 Chile, : Editorial Jurídica de Chile.
- LOPEZ SANTA MARIA, J. (1998,). Los contratos – Parte General, segunda
 edición actualizada,. Santiago de Chile, : Editorial Juridica de Chile,Tomo I.
- MESSINEO, F. (1986,). Doctrina general del contrato,. Buenos Aires, Tomo I,
 p.42.: Ediciones Juridicas Europeas-Americanas, .
- PUIG BRUTAU, J. (1982). Fundamentos de Derecho Civil, Tomo II, Vol. II, .
 Barcelona, Bosch: Casa Editorial, S.A., segunda edición.
- Rezzonico, J. C. (1987). Contratos con cláusulas predispuestas. Condiciones
 negociales generales,. Buenos Aires: Astrea,.
- REZZONICO, J. C. (1987). Contratos con clausulas predispuestas. Condiciones
 negociales generales. Buenos Aires, : Editorial Astrea.
- ROJO AJURIA, L. (1994). El dolo en los contratos. Madrid: Editorial Civitas S.A.
- SALEILLES, R. (1969). De la declaración de voluntad, contribución a l'étude de l'
 acxte juridique dans le Code Civil allemand (Art. 116 á 144). París: Librairie
 Générale.

- SOTO COAGUILA, . C. (2002). Contratación Privada. Contratos Predispuestos.
Lima, Perú: Jurista Editores.
- SOTO COAGUILA, C. A. (2005). Transformación del Derecho de Contratos. Lima:
Grijley.
- TENREIRO, M. (s.f.). “(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 un.
- TOFFLER, A. (s.f.). La tercera ola. Título original: The third wave. New York:
William Morrow and Company.
- TRIMARCHI, P. (1981.). Insituazione di Diritto Privado. Milano,. Citado por
LOHMANN LUCA DE TENNA, Juan Guillermo. Op.cit., p.493.
- VALLESPINOS, C. (1084.). El contrato por adhesión a condiciones generales. Ed.
Universidad.
- VALLESPINOS, C. (s.f.). El contrato por adhesión a condiciones generales. . Ed.
Universidad.

IX.ANEXOS:

ANEXO 1: MATRIZ DE CONSISTENCIA

TÍTULO: LA SEGURIDAD JURÍDICA DE LA INVERSIÓN EXTRANJERA EN LA ECONOMÍA DEL PERÚ
 RESPONSABLE: MG. AARÓN OYARCE YUZZELLI

PROBLEMA	OBJETIVOS	MARCO TEÓRICO	HIPÓTESIS	VARIABLES E INDICADORES	METODOLOGÍA
<p>PROBLEMA PRINCIPAL</p> <p>¿Qué aspectos de las cláusulas abusivas influyen en los contratos de consumo?</p> <p>ROBLEMAS SECUNDARIOS</p> <p>1. ¿En qué nivel el <i>aspecto legislativo</i> de las cláusulas abusivas influyen en los contratos de consumo?</p> <p>2. ¿En qué nivel el <i>aspecto económico</i> de las cláusulas abusivas influyen en los contratos de consumo?</p> <p>3. ¿En qué nivel el <i>aspecto jurídico</i> de las cláusulas abusivas influyen en los contratos de consumo?</p>	<p>OBJETIVO GENERAL</p> <p>Identificar qué aspectos de las cláusulas abusivas influyen en los contratos de consumo.</p> <p>OBJETIVOS ESPECÍFICOS</p> <p>1. Determinar en qué nivel el aspecto legislativo de las cláusulas abusivas influyen en los contratos de consumo. o</p> <p>2. Determinar en qué medida el aspecto judicial de las cláusulas abusivas influyen en los contratos de consumo.</p> <p>3. Determinar en qué nivel el aspecto político de las cláusulas abusivas influyen en los contratos de consumo.</p>	<p>-Estudio de legislación nacional.</p> <p>-Estudio de la doctrina internacional</p> <p>-Estudio de la doctrina nacional</p> <p>-Análisis comparativo de los contratos de consumo.</p>	<p>HIPÓTESIS GENERAL</p> <p>Los aspectos de las cláusulas abusivas influyen en los contratos de consumo.</p> <p>HIPÓTESIS ESPECÍFICAS</p> <p>1. El aspecto legislativo de las cláusulas abusivas influyen en los contratos de consumo.</p> <p>2. El aspecto judicial de las cláusulas abusivas influyen en los contratos de consumo.</p> <p>3. El aspecto político de las cláusulas abusivas influyen en los contratos de consumo.</p>	<p>HIPÓTESIS GENERAL</p> <p>Variable Independiente (X)</p> <p>X1. Las cláusulas abusivas en los contratos de consumo.</p> <p>Indicadores:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Legislación - Poder Judicial - Política <p>Variable Dependiente (Y)</p> <p>Y1. Los contratos de consumo.</p> <p>Indicadores:</p> <ul style="list-style-type: none"> - significación del contenido normativo. - precisión conceptual. - alcances jurídicos. <p>HIPÓTESIS ESPECÍFICAS</p> <p>X1. Aspecto legislativo</p> <p>Indicadores:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Legislación comercial, constitución, <p>X2 Aspecto judicial</p> <p>Indicadores:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Poder Judicial - Juzgados Comerciales <p>X3 Aspecto político</p> <p>Indicadores:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Constitución - Política económica 	<p>- Tipo de Investigación Básica</p> <p>- Nivel de Investigación</p> <ul style="list-style-type: none"> -Descriptivo -Comparativo -Causal <p>- Método</p> <ul style="list-style-type: none"> -Inductivo -Deductivo -Histórico -Comparativo <p>- Técnicas de Recolección de Información</p> <ul style="list-style-type: none"> -Documental -Cuestionario -Entrevista <p>- Instrumentos</p> <ul style="list-style-type: none"> -Fichas bibliográficas -Registro -Expedientes -Registro anecdótico -Registro de casos -Encuestas -Guía de Entrevistas <p>- Fuentes</p> <ul style="list-style-type: none"> -Bibliográficas -Normas -Tratados -Docentes -Investigadores