

**SOBRE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS: A PROPÓSITO
DE LA LEY COMPLEMENTARIA DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN
AL CONSUMIDOR DE PERÚ**

Por D. CÉSAR CARRANZA ÁLVAREZ*
*Profesor en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Universidad Privada Antenor Orrego, Trujillo (Perú)*

Resumen

En las líneas siguientes el autor centra su atención en un problema acuciante: las cláusulas abusivas. Para ello, alude en primer lugar algunas cuestiones doctrinarias de interés que le permitirán encarar de mejor manera la cuestión desde el plano legislativo. Así, inicia el recorrido por el frustrado Proyecto de Reforma al Código civil peruano, que entre otras modificaciones, incorporaba disposiciones relativas a las cláusulas vejatorias, mejorando cualitativa y cuantitativamente las disposiciones del Código sustantivo. Finalizado este punto, el autor recalca en el tratamiento dual que sobre el particular presenta el derecho peruano. La normativa del Código civil así como la Ley de Protección al Consumidor (y la prevista para el consumidor de servicios financieros) y su reciente modificatoria –Decreto Legislativo 1045–, permiten mostrar un panorama suficientemente amplio de las respuestas del legislador nacional de cara a la tutela del consumidor frente a cláusulas que introducen desequilibrios importantes en cuanto a la atribución de derechos y obligaciones, que por igual, deberían corresponderle en sus relaciones que entabla con el empresario en sede del mercado; y que se ofrece como el contexto más propicio para evidenciar el «sentir» particular que sobre tan álgida problemática tiene el autor de este escrito.

* Coordinador académico de Foro Empresarial, *Revista de la Maestría en Derecho de la Empresa* de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Estudios de postgrado en Derecho de la Empresa, Escuela de Graduados de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Correo electrónico: cesar.carranzaa@pucp.edu.pe.

Abstract

In the following lines the author focuses his attention on a imperative problem: the abusive clauses. He alludes in the first place some doctrinary topics that will allow him to face in a better way the problem from the legislative perspective. Thus, it starts the path by the frustrated Project of the Reformation to the Peruvian Civil Code, that among others modifications, incorporated dispositions regarding the unfair clauses, improving qualitatively and quantitatively the dispositions of the Civil Code. Finalized this topic, the author emphasizes in the dual treatment that the Peruvian Law has of it. The Civil Code normative as well as the Law of Protection to the customer (and the one foretold for the customer of the financial services) and its recent modifying –Legislative Decree 1045– allows to show a wide scenario of the national legislator’s answers facing the trusteeship of the consumer against clauses that introduce important imbalances as far as the attribution of rights and obligations, that also should have to correspond in it’s relations with the businessman in soothes of the market; and that is offered like the most propitious context to demonstrate the individual «feeling» that the author of this text has about this issue.

SUMARIO

- I. UNA HISTORIA PARA EMPEZAR
- II. DELIMITANDO EL CONTEXTO: ALGUNAS CUESTIONES DOCTRINARIAS DE INTERÉS
- III. UN FRUSTRADO INTENTO: EL ANTEPROYECTO DE REFORMA AL CÓDIGO CIVIL
- IV. REGULACIÓN DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN PERÚ
 1. LAS DISPOSICIONES DEL DERECHO COMÚN
 2. LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN EL ÁMBITO DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR
 - A) **El estado de la cuestión antes de la Ley Complementaria**
 - B) **Las cláusulas abusivas en la Ley Complementaria del Sistema de Protección al Consumidor**
- IV. A MODO DE CONCLUSIÓN

I. UNA HISTORIA PARA EMPEZAR

Cierta noche el profesor A., luego de participar de unas jornadas académicas, asiste a la cena que en su homenaje ha preparado un colega. En ella, y por un azar (o revés) del destino, conoce a una dama a quien llamaré M., con quien luego de intercambiar el saludo protocolar programa para el día siguiente un paseo para conocer la ciudad que por primera vez visita. Aquél transcurre sin mayores sobresaltos, pero prontamente descubrirán algo más en esas largas horas compartidas.

Al retornar del viaje, nuestro amigo empezará a entablar comunicación epistolar con su compañera de andanzas, la cual se irá intensificando al aumentar a diario el repertorio de complicidades e intereses comunes. En ese ínterin descubren que la fuerza que los mueve prácticamente a permanecer atados al computador no puede ser otra que la fuerza del amor. Ante tal revelación, el profesor A. decide buscarla para hacerle saber *in situ* sus sentimientos.

Primero, acude a una aerolínea para adquirir boletos ida y vuelta a la ciudad de residencia de M. Luego, y ante la inminencia de la partida, decide pasar por el centro comercial para adquirir algunos presentes, porque no es de caballeros llegar con las manos vacías. Así, escoge un portarretrato, un libro de Sábato y una bufanda con motivos andinos para el frío. Entusiasmado por sus elecciones se dirige a la caja a cancelar el monto total de los productos. Se ve tentado a comentar respecto al precio de la bufanda, que le parece un poco excesivo, pero prefiere callar al darse cuenta que sus palabras no producirán mayor resultado.

Al salir del almacén, toma un taxi rumbo a casa. Al llegar, enciende el computador con la esperanza de encontrar algún nuevo mensaje en la bandeja de entrada del correo electrónico. Mientras accede a él, recuerda que la mañana siguiente es treintiuno, día de aniversario, y entonces decide comprar por Internet un ramo de flores. Seleccionado el más bello para la ocasión y colocado en la canastilla de compras, anota los datos domiciliarios de la destinataria; y como pasos finales, digita el número de tarjeta de crédito, y por último, un *clik* en la opción comprar para concretar la transacción. ¡Y listo!

Horas antes del viaje, el profesor A. reservó telefónicamente una habitación de hotel para cinco días, y ahora se presta a tomar su auto rumbo al aeropuerto. Al llegar, estaciona el vehículo en la zona establecida para pasajeros, e inmediatamente procede a cancelar el importe correspondiente a los días que permanecerá fuera del país. Se sorprende al ver que la empresa concesionaria

se exime de responsabilidad por los daños que el vehículo pudiera sufrir en ausencia del dueño. Sin embargo, como la emoción es tanta apura el paso hacia el *counter* de la aerolínea. Por lo pronto, sólo queda esperar el momento del encuentro definitivo.

Esta historia que puede parecer trivial, aunque no lo sea por cierto, ayuda para distinguir una sucesión de relaciones que a diario una cantidad innumerable de personas entabla en sede del mercado, ese espacio de confluencia entre quienes ofrecen bienes y servicios y quienes están prestos a consumirlos para satisfacer una necesidad particular¹.

Estas relaciones, que son posibles gracias al mecanismo jurídico del contrato, conducen a su vez a admitir en todas sus líneas aquella vieja expresión de Toulemon, según la cual el contrato *está en la persona como el esqueleto en la piel*, pero además a establecer rasgos característicos comunes a todas ellas.

No hay duda que el contrato está presente en cada una de nuestras actividades diarias, pero también es cierto bajo circunstancias y procedimientos que distan mucho de los establecidos por la teoría clásica, en la cual la discusión, el análisis y la ponderación previa a la aceptación de las condiciones contractuales eran imprescindibles para el nacimiento del vínculo.

En el curso de la historia reseñada, nuestro personaje se ha enfrentado a un sinnúmero de necesidades que tenía que satisfacer irremediamente, si es que pretendía el encuentro con su dama. La adquisición de boletos aéreos, regalos, presentes por aniversario; la reserva de un espacio para el cuidado del vehículo y de hospedaje para sus días de viaje, ha sido resuelta apelando al contrato pero bajo un cariz especial y recurrente: en todas las transacciones que efectuó, no tuvo jamás posibilidad alguna de «discutir» el procedimiento de compra, sus condiciones o el monto a pagar, pues eso ya estaba decidido de antemano. En suma, todo quedó resumido a un *lo tomas o lo dejas*.

La explicación tenemos que buscarla en el tiempo. La revolución industrial, el surgimiento de la gran empresa y la producción en serie, ocasionaron que los cimientos sobre los cuales reposaba la contratación privada se vieran seriamente afectados por un hasta entonces fenómeno que exigía la readecuación de sus estructuras: me refiero a la *contratación masiva o estandarizada*².

¹ En palabras de Oppo, el mercado debe ser entendido, además, como «lugar de producción y trabajo». OPPO, Giorgio, «¿Deshumanización del contrato?», en Leysser L. León (selección, traducción y notas), *Estudios sobre el contrato en general. Por los sesenta años del Código civil italiano (1942-2002)*, Ara Editores, Lima, 2003, pág. 348; que se convierte «en el verdadero poseedor del poder soberano en la sociedad de consumidores». BAUMAN, Zygmunt, *Vida de consumo*, Fondo de Cultura Económica, México, 2007, pág. 93.

² Sobre la influencia de éstos, y otros cambios, en el ámbito contractual, puede revisarse con provecho VALLESPINOS, Carlos Gustavo, «Las condiciones generales de los contratos», en Félix A. Trigo Represas y Rubén S. Stiglitz (dirs.), *Contratos*, Libro Homenaje a Jorge Mosset Iturraspe, Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 2001, págs. 120 y ss.

Era incuestionable que la estructura del contrato tradicional no estaba preparada para adecuarse a las nuevas exigencias del mercado que requería celeridad en la circulación de bienes y servicios. No era posible que el empresario discutiera con cada uno de sus potenciales clientes las condiciones mediante las cuales efectuaría la transacción, o que en su defecto, éstos tuvieran a su alcance cierto grado de manejo respecto a ella para celebrarla, por lo que un esquema estandarizado para relaciones entonces masificadas resultaba del todo necesario³. Como expresa Díez-Picazo, «no es posible que la gran empresa económica establezca contratos peculiares con cada uno de sus eventuales clientes. Un mínimo de criterio de racionalización y de organización empresarial explica la necesidad del contrato único o contrato tipo, establecido por medio de formularios e impresos...»⁴.

De tal suerte que no puede negarse que la contratación masiva constituye uno de los signos de nuestro tiempo.

Nacida para viabilizar los desafíos que implicaban las transformaciones advertidas en la producción en masa de bienes y la prestación de servicios, dicho mecanismo ha oscilado entre su aptitud para facilitar el tráfico comercial y las consecuencias gravosas que para el sujeto adherente trae aparejado ese poder del cual se encuentra premunido el empresario de predisponer de manera exclusiva un conjunto de estipulaciones, que si bien permiten el establecimiento de innumerables vínculos contractuales, posibilitan también la incorporación de limitaciones de responsabilidad, así como beneficios o prerrogativas que colocan a quien las acepta en una situación de indefensión absoluta, al estarle vedada toda posibilidad de discusión.

Tal poder es el artífice, o mejor dicho, el causante de la aparición de ciertas cláusulas que van a trastocar el equilibrio que todo contrato supone, con grave desmedro de la equivalencia entre derechos y obligaciones de los contratantes, y que inclinan la balanza hacia el lado del más fuerte. Aquellas, que reciben el nombre de *abusivas* o *vejatorias*, constituyen el enemigo agazapado del contrato, el cáncer que puede afectarlo en parte o en todo, impidiendo con ello la generación de consecuencias que necesariamente debe producir.

³ Pone de relieve Vallespinos, «(...) el medio económico en el cual se ha venido desenvolviendo el individuo en su vida de relación ha ido marcando, al igual que en otras instituciones del derecho, el “tipo contractual” capaz de satisfacer sus necesidades. Por ejemplo, a un hombre de requerimientos sencillos que se movía en un ámbito reducido, formalista y regido por una economía primaria, le correspondió un contrato tipificado, ceremonial, solemne, como lo fue el que estuvo vigente durante los primeros tiempos del derecho romano. Por el contrario, el sujeto de nuestros días, agobiado por la insuficiencia de recursos, a quien le toca desenvolverse en una economía esencialmente dinámica y caracterizada por la presencia de monopolios u oligopolios capaces de controlar la ley de la libre competencia le corresponderá, lógicamente, un mecanismo contractual extremadamente diferente al vigente en el derecho romano o al previsto por las legislaciones liberales e individualistas del siglo pasado». *Ibidem*, pág. 125.

⁴ Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, *Derecho y Masificación social. Tecnología y Derecho Privado (Dos esbozos)*, 2.^a ed., Editorial Civitas S.A., Madrid, 1987, pág. 43.

Sobre este tipo de cláusulas versan las líneas que presento seguidamente, para lo cual nos detenemos en el análisis del Decreto Legislativo n.º 1045 que introduce modificaciones a la Ley de Protección al Consumidor (L.P.C.), pero sin perder de vista la regulación contenida en el Código civil (C.c.) y su Proyecto de Reforma, así como también la existente en las normas de protección al consumidor de servicios financieros.

II. DELIMITANDO EL CONTEXTO: ALGUNAS CUESTIONES DOCTRINARIAS DE INTERÉS

Antes de exponer la regulación existente en el país en materia de cláusulas abusivas, quiero destacar algunas cuestiones que a mi modo de ver concurren a caracterizar estas singulares estipulaciones contractuales.

Tanto las elaboraciones doctrinarias y jurisprudenciales, como los esfuerzos regulatorios en el terreno contractual, encontraron sustento en la idea de *igualdad y proporcionalidad*. En palabras simples: todo aquello que se desprenda del contrato –con las partes situadas en un mismo plano de actuación negocial– debe aplicar siempre por igual a cada uno de los contratantes.

Sin embargo, pronto la igualdad evidenció un retroceso producto de relaciones contractuales en los cuales se presentaba la preeminencia de un sujeto respecto a otro, por lo general quien ostentaba mayor poderío económico.

Similar tesis ocurría con la proporcionalidad. Frente al hecho de vinculaciones surgidas de un plano de desigualdad era posible advertir que las prestaciones nacieran desequilibradas, o que nacidas de un contexto de absoluta equiparidad, con el acontecer de determinada circunstancia se desnivelaran en perjuicio de una de las partes.

Estos desequilibrios prestacionales pueden imputarse a una acción humana o a hechos que la trascienden. El aprovechamiento que efectúa un sujeto de la necesidad apremiante de su par, en el caso de la lesión contractual (art. 1447 C.c.); la alteración de las circunstancias que origina una excesiva onerosidad en la prestación del obligado a cumplir, como acontece en la imprevisión (art. 1440 C.c.), e incluso el pedido del deudor de reducir el monto de la cláusula penal cuando ésta resultare manifiestamente excesiva (art. 1346 C.c.), pueden mostrarse como ejemplos de lo afirmado, pero también como fuente de mecanismos llamados a recuperar el ansiado equilibrio que debe existir entre las prestaciones asumidas por los contratantes.

Ambas cuestiones –igualdad y proporcionalidad– ceden también, desde luego, en los contratos celebrados masivamente. Aunque su finalidad económica sea la de acelerar el flujo de bienes y servicios del empresario a una gran masa de consumidores, la realidad suele mostrar casi siempre un rostro distinto.

La capacidad económica, el contar con toda la información disponible respecto a los bienes y servicios ofertados, o su posición dominante en el mercado,

pueden llevar al empresario a incorporar en sus respectivos contratos estipulaciones que tendientes a reforzar su poderío negocial, ocasionan severos perjuicios para el contratante que adhiere a ellas, como paso previo a la satisfacción de una necesidad particular. Estas cláusulas no son más que las comúnmente conocidas como *abusivas* o *vejatorias*.

No hay mayor discrepancia en doctrina en cuanto a que el rasgo definitorio de esta modalidad contractual es la *redacción previa y unilateral* del contenido del contrato, a la cual se suman, por supuesto, los atributos atrás señalados.

La redacción previa y unilateral nos coloca frente a un abanico de situaciones de preocupación inocultable. La igualdad deja su lugar a la preeminencia de un contratante sobre otro. Ésta, a su vez, deriva en una situación de poderío que se traduce en la eliminación de toda posibilidad para discutir el contenido del contrato y su posterior deliberación para concretarlo, cuando media sobre todo un estado de necesidad⁵. Es decir, un contexto en el cual el contrato no es más el resultado del obrar conjunto sino la actividad exclusiva y excluyente de uno de los sujetos de la relación contractual.

Así entonces, afirmamos con Mosset Iturraspe que «la existencia como regla general de cláusulas de positivo beneficio para una de las partes –el predisponente– y correlativamente gravosas o vejatorias para la otra –el adherente– no es sino la consecuencia de la redacción unilateral y falta de discusión»⁶.

A estas alturas del discurso parece posible tener en claro una caracterización de lo que constituye una cláusula abusiva. Pero antes pasemos revista, brevemente, a lo que nos informa la doctrina.

Según enseña Larroumet, debe hablarse de cláusulas abusivas «...cuando una de las partes, que está en posición ventajosa en un contrato que es de adhesión, ha estipulado, ya sea obligaciones muy gravosas a cargo de la otra, ya sea derechos a su favor, que no se pueden equiparar con los que se asignan a la otra parte»⁷. Nada más claro, pienso, para graficar la ausencia de *igualdad* y *proporcionalidad* en la celebración de estos contratos.

Centrando el análisis en el desequilibrio de las prestaciones que ellas producen, se ha escrito también que «una cláusula abusiva confiere a uno de los contratantes una ventaja desmesurada y, por consiguiente, implica un desequili-

⁵ Se ha señalado, en afirmación que no comparto, que si bien la adhesión elimina la discusión, en ningún modo lo hace respecto a la deliberación, o sea, la posibilidad de sopesar los riesgos y beneficios del contrato. Al respecto, RISOLÍA, Marco Aurelio, *Soberanía y crisis del contrato en nuestra legislación civil*, 2.^a ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1958, págs. 146-147. En modo alguno puede existir «deliberación» cuando la celebración del contrato se vuelve imperiosa para la satisfacción de una necesidad que apremia al adherente.

⁶ MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Contratos*, Ediar, Buenos Aires, 1988, pág. 135.

⁷ LARROUMET, Christian, *Teoría General del Contrato*, Editorial Témis, vol. I, Bogotá D.C., 1993, pág. 310.

brio significativo entre los derechos y obligaciones de las partes»⁸. Y de manera general, «...condiciones generales que agravan la posición del adherente respecto de la disciplina general del contrato»⁹.

Una primera cuestión a resaltar es que las cláusulas abusivas encuentran cabida en aquellos contratos redactados unilateralmente –en el caso de mi país, los celebrados por medio de cláusulas generales de contratación y por adhesión– por una de las partes, que ostenta generalmente una posición ventajosa o de predominio en el mercado, o posee mayor poder económico, informativo o de negociación en comparación con la otra.

Las cláusulas abusivas se incorporan al contrato de manera arbitraria, en flagrante violación del principio de buena fe, entendido en su vertiente objetiva. Si bien fortalecen la posición contractual de quien elaboró el conjunto de estipulaciones, su finalidad última es la obtención de ventajas o beneficios desmedidos, atribución excesiva de prerrogativas, que de otro modo –circunscribiendo su actuación al principio antes referenciado– no se hubieran obtenido.

Aquellas pueden consistir, como se verá más adelante, en una limitación o exclusión de responsabilidad; en facultades para modificar el contrato, suspenderlo, o dejarlo sin efecto en cualquier momento; imponer una vía distinta a la natural para la solución de conflictos; o supeditar los compromisos asumidos al cumplimiento previo de formalidades onerosas, etc. En otras palabras, cuando su inclusión provoca un detrimento importante en el equilibrio que debería existir entre los derechos y obligaciones asumidos por los contratantes.

«No todas las condiciones generales ni las cláusulas impuestas por un contratante unilateralmente –ha escrito el profesor Santos Ballesteros– ostentan, por sí mismas, la condición de abusivas, que sólo lo serán en la medida en que involucren facultades o atribuciones que, en general, desmejoren la situación del contratante más débil, o que limiten el ejercicio de las acciones para hacer efectivo las prestaciones estipuladas a su favor, o que restrinjan el reconocimiento de las indemnizaciones a que tiene derecho por incumplimiento de la parte predisponente...»¹⁰.

Permítanme detenerme brevemente en este punto. Mencione, entre otras consideraciones, que la inclusión de cláusulas de excesivo beneficio para el predisponente fortalece su posición en el contrato. ¿Qué acontece, entonces, con quien

⁸ PIZARRO WILSON, Carlos, «La eficacia del control de las cláusulas abusivas en el Derecho chileno», en Revista *Estudios Socio-Jurídicos*, Universidad del Rosario-Facultad de Jurisprudencia, 6 (2), Bogotá D.C., 2004, pág. 124.

⁹ BIANCA, Massimo, *Derecho Civil. 3. El Contrato*, 2.^a ed., Fernando Hinestrosa y Edgar Cortés (trads.), Universidad Externado, Bogotá D.C., 2007, pág. 373.

¹⁰ SANTOS BALLESTEROS, Jorge, *Instituciones de Responsabilidad Civil*, Pontificia Universidad Javeriana-Facultad de Ciencias Jurídicas, Colección Profesores n.º 21, tomo II, Bogotá D.C., 2005, pág. 116.

sólo dispone de la adhesión como único mecanismo para celebrarlo, en aras a satisfacer su necesidad de bienes y servicios?

Si bien la adhesión constituye una forma peculiar –dadas las características de la contratación masiva– de consentir la celebración del contrato –a pesar de quien cree ver en ella una ausencia de voluntad, que implicaría que no pueda hablarse de contrato tal como se lo concibió antaño, esto es, como el encuentro de dos o más voluntades¹¹ ella trae ínsita algunas consecuencias que a lo largo de las líneas precedentes ha sido posible advertir, y que ahora es menester resumirlas.

La incorporación de cláusulas abusivas va a trastocar groseramente la atribución de derechos y obligaciones que por igual deben corresponder a los contratantes. Esta situación, sumada a la rapidez del acto, trae como efecto que el adherente no pueda leer detenidamente el clausulado del contrato, o leyéndolo, no esté en condiciones de entenderlo por la inclusión de un lenguaje excesivamente técnico, para sopesar los beneficios y riesgos que su consentimiento puede generar.

Con todo, si a ello le sumamos el estado de necesidad que generalmente suele rodear la celebración de este tipo de contratos, nos encontraremos con un mecanismo que por un lado facilita el comercio de bienes y servicios en el mercado, pero al mismo tiempo acrecienta la condición de parte débil de quien sólo tiene la posibilidad de contratar o de no hacerlo.

Frente a ello el Estado reacciona oponiendo fórmulas idóneas en pro del restablecimiento del equilibrio del contrato y sanción contra prácticas de tal naturaleza. La inclusión de reglas interpretativas particulares, la prevalencia de ciertas cláusulas respecto a otras redactadas anteladamente¹² y la eliminación del entramado contractual, mediante la declaración de invalidez, de las cláusulas gravosas, entre otras, forman parte del esfuerzo legislativo por contrarrestar los efectos perniciosos de la redacción unilateral por parte del empresario.

La consideración de una cláusula como abusiva parte por una respuesta del legislador en cuanto a señalarla exhaustivamente, o por el contrario, a incorporar fórmulas abiertas que permitan al Juzgador declararla como tal, sobre la base de su sano criterio.

Se ha escrito que la opción del legislador por una lista taxativa favorece la seguridad jurídica y la función interpretativa del Juez, puesto que resulta más sencillo determinar si una cláusula es o no abusiva recurriendo a un repertorio

¹¹ Tal pensamiento corresponde a DE BUEN LOZANO, Néstor, *La decadencia del contrato*, 2.ª ed., Editorial Porrúa S.A., México D.F., 1986, pág. 289; con específica referencia al «contrato por adhesión».

¹² Sobre estos temas, véase el apartado 4.1, referente a la regulación de las cláusulas abusivas en el Derecho común.

preestablecido, que acudir a otro tipo de consideraciones basadas en formulaciones genéricas¹³.

Del mismo modo, se le atribuye una *función preventiva*. Al contarse con una «lista negra» de cláusulas abusivas, y al ser consciente el empresario del riesgo que correría de incorporar una estipulación semejante a las previstas en la norma, entonces, por el fundado temor a su declaración de ineficacia, prácticamente se vería constreñido a no imponerla a su par en el contrato¹⁴.

Por su parte, las formulaciones *latas* o *genéricas* presentan la ventaja de encauzar en ellas aquellas que el mercado va generando periódicamente por medio de las transacciones realizadas en él. No constituyen un compartimiento estanco sino por el contrario, permiten ir a la par del tráfico mercantil, siempre cambiante, siempre por delante de las previsiones legislativas.

Más que en los catálogos taxativos de cláusulas abusivas, aquí juega un rol preponderante la actividad del Juez, quien sobre la base de las cláusulas impugnadas, los principios de Derecho concurrentes, la peculiar connotación de los contratos masivos y su juicio particular, resolverá la cuestión litigiosa.

La labor del Juez en este aspecto puede generar preocupación, por no existir vallas legales que limiten su función jurisdiccional en el caso concreto. Sin embargo, considero que al momento de efectuar el control sobre las cláusulas llamadas a declararse ineficaces, debe atender no sólo al interés del adherente –muy válido por cierto– sino correlativamente al del empresario, y aún, a los objetivos del negocio celebrado; y claro está, ponderar debidamente el impacto que su decisión puede generar en el mercado.

Cotejando ambas soluciones, se ha escrito que «Es insuficiente la propuesta de listas de cláusulas prohibidas por no contemplar una cláusula general que pueda subsumir aquellas estipulaciones abusivas que vaya creando el tráfico mercantil y que reconozca una labor activa a los tribunales en el control de dichas nuevas cláusulas. Lo contrario (...) implica una rigidez del sistema de protección que dará lugar con el tiempo, a un modelo anquilosado»¹⁵.

Pienso que entre una y otra opción legislativa, la incorporación de una norma general puede convertirse en una válvula de oxígeno para el control efectivo de las cláusulas abusivas, dentro de un sistema de contratación que, día tras día, adquiere fisonomías distintas en base a las exigencias de un mercado en constante cambio, que puede ocasionar la elaboración de estipulaciones, que ajenas a las previstas por la regulación particular, trastocan igual el equilibrio

¹³ BOSCH CAPDEVILA, Esteve y GIMÉNEZ COSTA, Ana, «Las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores», en *Revista crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 692, año LXXXI, noviembre-diciembre 2005, pág. 1773.

¹⁴ *Loc. cit.*

¹⁵ PIZARRO WILSON, Carlos, *op. cit.*, pág. 139.

del contrato con severo perjuicio para la parte más débil. La labor judicial juega aquí un rol estelar, como ya mencioné.

Nuestro Código civil, como tampoco la Ley de Protección del Consumidor, incorporan una definición de cláusula abusiva; aunque de la lectura atenta de sus normas sea posible delinear algunas de sus notas más saltantes. Sin embargo, como lo veremos más adelante, el Reglamento de transparencia de información y disposiciones aplicables a la contratación con usuarios del sistema financiero, si ha previsto una definición legal al respecto.

III. UN FRUSTRADO INTENTO: EL ANTEPROYECTO DE REFORMA AL CÓDIGO CIVIL

En el año 2003, mi país fue escenario de una polémica entre algunos profesores de Derecho que consideraban necesaria la derogación del Código civil, frente a otros que propugnaban tan sólo la expedición de una Ley de enmiendas a ciertas instituciones del mismo, que en casi 19 años de vigencia no habían demostrado mayor operatividad.

Intentando terciar en este cruce de opiniones, que parecía inclinarse por la derogatoria antes que por una modificación parcial del Código, escribí que «(...) antes de decidir si la reforma debe o no ser parcial, habría que preguntarse si es necesario emprender una reforma, si tenemos en cuenta que el Código apenas acaba de cumplir la mayoría de edad». Y agregaba, «Convengo con algunos autores en la afirmación de que el proceso de maduración de un Código es largo, y que en tal proceso desempeñan un papel estelar tanto los estudios doctrinarios como la jurisprudencia emanada de los Tribunales. Sin duda esto es cierto, pero no debemos soslayar el hecho que desde su dación en 1984 hasta la fecha, muchas de sus normas han demostrado no responder ya a las exigencias de los tiempos actuales, lo cual exige su completa revisión a fin de adecuarlas al entorno presente. Por ello creo firmemente en que una reforma del Código es necesaria».

Y finalizaba diciendo: «Adecuemos las normas, deroguemos las que han generado inconvenientes en su aplicación e introduzcamos otras necesarias, para construir así un contrapeso normativo con aquellas que aún conservan actualidad y vigencia plenas»¹⁶. Mi opinión, por tanto, estaba dirigida a proponer una reforma parcial.

Tiempo después, esta discusión mantendría vigencia ahora sobre la base de los trabajos que venía efectuando la Comisión Especial encargada de elaborar el Anteproyecto de Ley de Reforma del Código civil, cuyo resultado fue la publicación de un documento, que entre otras modificaciones, introdujo cambios

¹⁶ CARRANZA ÁLVAREZ, César, «La reforma del Código Civil peruano: ¿de vuelta al dilema?», en Revista *Hechos & Derechos*, Editora Normas Legales, Lima-Trujillo, n.º 4, año I, 2003, pág. 5.

importantes al Libro VII de Fuentes de las Obligaciones, en lo referido a disposiciones generales, consentimiento, contratos preparatorios y con prestaciones recíprocas, obligaciones de saneamiento, entre otros.

En lo que hace al tema de *cláusulas abusivas*, el Anteproyecto mejoraba cuantitativa y cualitativamente la regulación contenida en el Código civil. En primer lugar, se ampliaban los supuestos de abuso contractual en contraposición con los contenidos en el art. 1398 C.c., el cual vio reducido su alcance por medio de la 1.^a Disposición Modificatoria del Código Procesal Civil de 1993, que suprimió del texto sustantivo la referencia a la *fijación de cláusulas compromisorias y sometimiento a arbitraje* por parte del predisponente del contrato.

En segundo término, se introdujo la denominación *cláusulas vejatorias* para referirse a aquéllas que establecen, en favor de quien las ha redactado, beneficios desmedidos en pugna con el ansiado equilibrio que toda relación contractual supone.

Asimismo, el texto ampliaba el espectro del vigente art. 1398, pues disponía que las cláusulas abusivas o vejatorias no sólo tenían lugar en los contratos por adhesión, sino también en los concertados mediante cláusulas generales de contratación, sin importar si éstas habían sido o no aprobadas por la autoridad administrativa; con lo cual se alejaba del enunciado de dicha norma que establece que ellas únicamente pueden presentarse en las no aprobadas administrativamente.

Otro cambio importante es el que se refiere a la sanción por su inserción. Se reemplaza la *invalidez* por la *ineficacia*, al considerarse que esta última es más precisa que la primera, que admite varias modalidades como la nulidad y la anulabilidad¹⁷.

Pero sin duda el aspecto más relevante del Anteproyecto fue el viraje del legislador hacia la inclusión de un catálogo de cláusulas abusivas acompañado de una fórmula abierta que permitía tener como perjudicial cualesquier otra estipulación que implicara para el adherente condiciones desventajosas.

Dicho catálogo consideraba abusivas o vejatorias las cláusulas que establecieran:

- a) Exoneraciones o limitaciones de responsabilidad;
- b) Facultades de suspender la ejecución del contrato o de resolverlo; salvo en los casos previstos en la ley;

¹⁷ Exposición de Motivos, Anteproyecto de la Ley de Reforma del Código civil. Claramente se ha escrito que «(...) la invalidez es la ineficacia producida por vicios intrínsecos al acto, en tanto que la ineficacia en general, es cualquier situación en la que el acto deja de producir efectos». RUBIO CORREA, Marcial, *Nulidad y anulabilidad: la invalidez del acto jurídico*, 5.^a ed., en Biblioteca para leer el Código Civil, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, vol. IX, Lima, 2001, pág. 18.

- c) Facultades de prohibir a la otra parte el derecho de oponer excepciones;
- d) Facultades de prorrogar o renovar tácitamente el contrato;
- e) Renuncias o limitaciones al derecho de la otra parte de resolver el contrato en los casos previstos por la ley;
- f) Renuncia a la competencia de la autoridad judicial o administrativa, limitaciones a los medios de prueba o inversiones de la carga de la prueba que, conforme a la legislación aplicable, correspondería al predisponente.

Recordemos que la referencia a la cláusula de sometimiento a arbitraje fue suprimida por una modificación legislativa introducida al Código civil. El Anteproyecto, por su parte, en una feliz solución, la reincorporaba por medio del inciso f) arriba anotado, lo cual permitía la protección de aquellos que al verse impedidos de acceder a este mecanismo de resolución de disputas por su excesivo costo, sufrían las consecuencias del poder económico y negociador del empresario. Como se anotaba en la Exposición de Motivos de dicho documento, la inclusión de una cláusula de arbitraje en contratos celebrados con arreglo a cláusulas generales de contratación coloca al adherente en una verdadera situación de indefensión en la mayor parte de las relaciones de consumo, cuya magnitud económica no lo justifica.

Es indudable que el arbitraje constituye hoy en día la vía más idónea y rápida para la solución de conflictos de índole patrimonial, frente a la lentitud de los órganos jurisdiccionales. Sin embargo, aquel sólo es posible cuando ha sido establecido de común acuerdo por las partes que deciden someter el diferendo a la resolución de un árbitro. Por el contrario, es perjudicial y atentatorio contra el equilibrio contractual forzar a una de las partes a optar por un ámbito que posiblemente desconoce o respecto del cual no posee mayor información y en ciertos casos cuando no dispone de los recursos para costearlo, frente a un sistema como el judicial cuyo acceso supone un costo relativamente bajo y donde además se permite la *defensa gratuita para las personas de escasos recursos* (art. 139, inc. 16, Constitución).

Otras cláusulas insertas en el proyectado dispositivo, pueden mencionarse a continuación:

- a) Prohibiciones o limitaciones al derecho de la otra parte de oponer la compensación al predisponente.
- b) Facultades de modificar unilateralmente el contrato sin previo aviso y sin incluir en el contrato el derecho de la otra parte de resolverlo.
- c) Restricciones a la obligación del predisponente de respetar los compromisos asumidos por sus representantes o supeditar sus compromisos al cumplimiento de formalidades onerosas.

Mencioné que el Anteproyecto representaba un avance respecto al vigente Código civil. En efecto, el art. 1398 introdujo un repertorio de cláusulas abusi-

vas cuya enumeración llevó a un sector de la doctrina a decir que ella era *limitativa* y no simplemente *ejemplificativa* de todas las situaciones de abuso, aunque pasible de interpretarse extensivamente, siempre y cuando la cláusula no prevista de forma expresa participe de la misma *ratio* de aquella codificada¹⁸.

Este hecho quedó a salvo con la fórmula introducida por el Anteproyecto, que permitía declarar ineficaz la cláusula de un contrato no sólo cuando correspondiera a la prevista por el legislador sino a cualquier otra que a criterio del juzgador reportara un perjuicio a la parte adherente.

La inclusión de una fórmula general en el tratamiento del tema que nos ocupa suponía, sin temor a equivocarnos, un paso adelante respecto a la regulación que propuso el legislador de 1984, toda vez que al abrir sus compuertas las denominadas «cláusulas abiertas», capturan las nuevas condiciones gravosas que suministra el desarrollo de las nuevas fórmulas del tráfico mercantil¹⁹.

A pesar que el Anteproyecto no quedó más que en buenas intenciones –*un frustrado intento* como reza el título de este apartado– al no convertirse en Ley de Reforma, lo cierto es que puso sobre el tapete uno de los temas más acuciantes del ámbito contractual y que ha hecho correr mucha tinta por quienes se han detenido en su problemática en sede nacional, al destacar y corregir las deficiencias de la actual norma, sea en cuanto al repertorio de cláusulas, sanción jurídica y la incorporación de una válvula de escape que permita al Juez ampliar su horizonte interpretativo cuando es sometido a su fuero un contenido contractual impugnado por una de las partes contratantes.

IV. REGULACIÓN DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN PERÚ

El legislador nacional ha previsto un sistema dual para el abordaje de las cláusulas abusivas. El primero, constituido por las normas del Derecho común (Código civil); el segundo, por las disposiciones protectivas del consumidor, dentro del cual puede advertirse un subsistema –complementario– referido al consumidor de servicios financieros.

1. LAS DISPOSICIONES DEL DERECHO COMÚN

La regulación de las cláusulas abusivas se engarza dentro de aquella que se dispensa a los contratos celebrados por adhesión y en base a cláusulas generales de contratación²⁰ (Libro VII, Título II, arts. 1390-1401, C.c.).

¹⁸ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, *El contrato en general. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil*, 3.^a ed., en Biblioteca para Leer el Código Civil, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, vol. XI (primera parte), tomo III, Lima, 1996, págs. 210 y 212.

¹⁹ STIGLITZ, Rubén S. y STIGLITZ, Gabriel A., *Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección al consumidor*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1985, pág. 98.

²⁰ En adelante, C.G.C.

De acuerdo a la tónica del Código, se introducen sendas definiciones de las modalidades que comprende la contratación masiva. Es por adhesión –se dice– el contrato según el cual una de las partes, colocada en la alternativa de aceptar o rechazar íntegramente las estipulaciones fijadas por la otra, declara su voluntad de aceptar (art. 1390); en tanto que C.G.C. serán aquellas redactadas previa y unilateralmente por una persona o entidad en forma general y abstracta, con el objeto de fijar el contenido normativo de una serie indefinida de futuros contratos particulares con elementos propios de ellos (art. 1392).

En los contratos por adhesión, como lo indica la propia denominación, nos encontramos frente a un auténtico negocio premunido de todos sus elementos configurativos, que sólo aguarda la adhesión del contratante que no participó en su modelación. Si bien, como afirma De la Puente, es la contratación en masa la que ha propiciado la utilización de este tipo de contratación, no es el único campo donde el contrato por adhesión juega su rol²¹.

Las C.G.C., por su parte, son simples estipulaciones redactadas de manera unilateral y previa a la concreción del contrato. Fuera de éste no tienen mayor relevancia jurídica, la cual adquieren cuando ingresan a formar parte del contrato particular que será «sometido» al sujeto que desee contratar con arreglo a ellas. Es por esa razón que el primer párrafo del art. 1398, referido a las cláusulas abusivas, presenta un error de concepto. En él se menciona que «En los contratos celebrados por adhesión y en las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente...» no serán válidas ciertas estipulaciones que generen perjuicio en el adherente, con lo cual se estaría asumiendo que, fuera del contrato, dichas cláusulas tienen existencia propia, lo que sin duda es incorrecto, pues sólo por medio del contrato encuentran su razón de ser.

De otro lado, se introducen dos reglas que permiten atemperar el «poder» de quien predispone el contenido del contrato. La primera corresponde a la *interpretatio contra stipulatorem* (art. 1401), que «reconoce su fundamento en el deber de buena fe y de hablar claro (*clare loqui*) que pesa sobre el predisponente»²²; la segunda, a la prevalencia de cláusulas agregadas al formulario sobre las de éste, en caso de existir incompatibilidad entre ambas, lo cual ocurrirá en el supuesto de cláusulas no aprobadas por la autoridad administrativa (art. 1400).

En el primer caso nos encontramos frente al reproche de no expresar con claridad las condiciones del contrato, que permita al aceptante manifestar su

²¹ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, *op. cit.*, pág. 31. Paralelamente, el profesor peruano construye conceptualmente la modalidad denominada *contrato necesario por adhesión*, en el cual se encuentra un sujeto que por la imperiosa necesidad de disfrutar un bien o servicio, acepta sin más (se somete, mejor dicho) a las condiciones establecidas por el empresario. El contrato necesario por adhesión, dada su peculiaridad, no es ajeno tampoco a la inclusión de cláusulas abusivas. *Ibidem*, págs. 30 y ss.

²² MOISÁ, Benjamín, «Las cláusulas abusivas en la República argentina», en Ángel Acedo Penco y César Carranza Álvarez (dirs.), *Las cláusulas abusivas en los contratos, en el Derecho de Iberoamérica*, obra próxima a publicarse.

voluntad sobre la base del conocimiento certero de su contenido, como también en cuanto a las consecuencias jurídicas que de aquél se derivarán. La segunda regla, por su parte, nos coloca ante la preferencia de la voluntad común por sobre la predisposición unilateral, al asumirse que en dichas cláusulas se ha ejercitado en toda su dimensión la libertad de configuración interna por parte de ambos contratantes, y no sólo por uno de ellos, como generalmente suele acontecer.

Tratándose de C.G.C., la propia normativa las clasifica en aquellas que han merecido aprobación administrativa frente a otras que no han traspasado este tamiz. Sólo en estas últimas (y en los contratos por adhesión), asume el legislador, es posible advertir cláusulas contractuales que alteran el correcto equilibrio entre las obligaciones de los contratantes.

El fundamento es el control previo de las estipulaciones insertas en las C.G.C. Se asume que la inexistencia de un filtro que asegure el examen de las cláusulas generales puede conllevar el riesgo que algunas de ellas incorporen un contenido gravoso para la parte que las acepta; lo cual no sucedería en el supuesto de aprobación administrativa, que previo análisis de las mismas, aislarían cualquier posibilidad de establecer en favor del estipulante mayores ventajas respecto a su contraparte. Tal es la razón de su inclusión automática a todas las ofertas formuladas para contratar con arreglo a ellas, según prescripción del art. 1393 C.c.²³. Conviene determinar ahora el alcance del art. 1398 del Código sustantivo.

Es lugar común afirmar que en ejercicio de la autonomía privada, y con el ánimo de satisfacer intereses diversos, los particulares tenderán a relacionarse entre sí por medio del mecanismo jurídico del contrato, del cual derivarán derechos y obligaciones en perfecto equilibrio.

Esta autonomía, que permite decidir no sólo con quién se contrata sino además el contenido de la futura relación contractual (art. 1357 C.c.), suele encontrar algunas vallas que impiden su ejercicio fuera de todo límite, más aún si éste proviene de quien ostenta poder económico, informativo y de negociación, lo cual podría devenir en arbitrario, y por tal, perjudicial o dañoso para el más débil de la relación.

«Si bien es cierto las partes en ejercicio de su autonomía privada pueden determinar libremente los términos del contrato que han convenido (...) también lo es que dicha autonomía privada está sujeta a ciertas limitaciones que le impone la ley»²⁴.

²³ El Código civil permite, a su vez, que las partes acuerden expresamente la exclusión de algunas C.G.C. aprobadas por la autoridad administrativa de la oferta del contrato particular que celebran. Al respecto, el art. 1395.

²⁴ Cas. n.º 984-2000 / Cajamarca, Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia. En: CARRANZA ÁLVAREZ, César (ed.), *Jurisprudencia Civil*, Editora Normas Legales, tomo I, Trujillo, 2002, págs. 266-267.

Estas barreras son la moral, las buenas costumbres y el cumplimiento estricto de normas de orden público (art. V, Título Preliminar y 1354 C.c.), a las cuales podríamos sumar la buena fe y el abuso del derecho.

Todo esto nos indica, pues, que frente al vasto campo de actuación negocial que confiere la ley a los particulares se imponen barreras infranqueables fuera de las cuales la relación jurídica entablada no tendrá mayor eficacia o la conservará provisoriamente en tanto no sea declarado el cese de sus consecuencias. Ello con el fin de preservar las libres decisiones de las partes, el respeto de las formalidades exigidas, y lo más importante, morigerar el poder del cual puede estar premunido una parte del contrato y su correlato de evitar la configuración de un contenido contractual atentatorio para la contraparte, por lo general, desprovista de los atributos ya mencionados con anterioridad.

Consecuentemente nos alineamos con quien menciona que «(...) se ha producido un cambio significativo respecto del siglo XIX, en la medida en que la autonomía privada está más amenazada, o al menos lo está más visiblemente por situaciones de poder unilaterales y se ha agudizado la conciencia de que no es posible hablar de una configuración de relaciones jurídicas con autodeterminación si existe una situación de poder unilateral. Numerosas limitaciones del campo de vigencia de la autonomía privada en la moderna evolución jurídica encuentra su explicación en ello»²⁵.

Conforme a dicha tesis aparece la prescripción contenida en el art. 1398, que no es más que una limitante de la autonomía privada –en estricto, de la libertad de configuración interna–, según la cual «En los contratos celebrados por adhesión y en las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, no son válidas las estipulaciones que establezcan, en favor de quien las ha redactado, exoneraciones o limitaciones de responsabilidad; facultades de suspender la ejecución del contrato, de rescindirlo o de resolverlo, y de prohibir a la otra parte el derecho de oponer excepciones o de prorrogar o renovar tácitamente el contrato».

Sobre el particular, encontramos dos posiciones que pretenden explicar la «excepcionalidad» de esta norma. En efecto, se argumenta que el art. 1398 es norma de excepción si la cotejamos con lo previsto por el art. 1354 C.c., que consagra la libertad que tienen las partes para modelar el contrato que celebran de acuerdo a sus más supremos intereses y necesidades, el que a su vez debe conjugarse con lo dispuesto por el art. 1362 que contempla la observancia del principio de buena fe en la negociación, celebración y ejecución del contrato. Por constituir norma de excepción, no sería posible su aplicación analógica a situaciones o hechos distintos, pues tal es la prohibición del art. IV del Tí-

²⁵ La cita pertenece a Werner Flume. Tomado de: SANTOS BALLESTEROS, Jaime, *op. cit.*, págs. 103-104.

tulo Preliminar del Código sustantivo, pero sí susceptible de interpretación extensiva²⁶.

En la orilla contraria, quien argumenta que el art. 1398 no constituye norma de excepción en relación al art. 1354, por cuanto este último se refiere a la libertad de ambas partes para modelar el contrato, situación que no se presenta en los contratos concertados bajo C.G.C. y por adhesión; ámbito éste donde opera ciertamente lo contemplado por el art. 1398. Así pues, nos encontraríamos frente a situaciones totalmente distintas²⁷.

Estimo que la cuestión, en tales términos, puede merecer otra interpretación. Si bien el art. 1354 es aplicable a aquellos contratos en los cuales las partes concurren por igual a la determinación de su contenido, y a cuya libertad de configuración el legislador impone límites, lo mismo puede pensarse para el caso de contratos celebrados mediante C.G.C. y por adhesión, en los cuales también se establecen barreras a la actuación del empresario en cuanto a la inclusión de ciertas cláusulas en los contratos que aspira celebrar.

Se ve, entonces, que en ambos casos hay un recorte a la libertad contractual. Por ello no veo dificultad alguna en ampliar el espectro del art. 1354 C.c. para conectarlo al supuesto de contratos estipulados unilateralmente, guardando reserva, por supuesto, de sus peculiares características. De esta forma, la disposición a que se refiere el art. 1398 puede considerarse de excepción respecto de aquélla.

Por otra parte, el artículo en examen contempla un listado de cláusulas que el legislador las sanciona como inválidas por alterar la equivalencia entre los derechos y obligaciones de las partes. Interesa saber si esta relación de cláusulas tiene la connotación de un catálogo taxativo o, por el contrario, opera únicamente de manera ejemplificativa.

La doctrina nacional no parece concordar sobre el punto. Por un lado, se sostiene que tal relación es taxativa, descartando la posibilidad de considerar abusiva a cualquier otra cláusula distinta a las previstas en la norma²⁸. En el otro extremo, quien sostiene que sólo nos encontramos ante una relación abierta, habida cuenta de la orientación del Estado por defender el interés de los consu-

²⁶ A favor de esta posición: DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, *op. cit.*, pág. 211; y CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos, «Las cláusulas generales de contratación y el control de las cláusulas abusivas», en *Ius et Veritas*, Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, n.º 13, año VII, pág. 24.

²⁷ ESPINOZA ESPINOZA, Juan, «Las cláusulas vejatorias en los contratos estipulados unilateralmente», en *Derecho de los Consumidores*, Editorial Rhodas, Lima, 2006, págs. 153-154.

²⁸ Comparten esta posición DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, *op. cit.*, pág. 210; CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos, *op. cit.*, pág. 24; y MORALES ACOSTA, Alonso, versión grabada de la conferencia pronunciada en el Seminario Internacional «Derecho de Consumo y Protección al Consumidor», organizado por el Colegio de Abogados de La Libertad, el 8 de agosto de 2008, en el cual tuvimos el honor de participar.

midores y usuarios, y en virtud además del principio pro consumidor (arts. 65, Constitución y 2 L.P.C.²⁹, respectivamente)³⁰.

Convengo en que la segunda orientación es la correcta, y la que más se ajusta al espíritu que alimenta las normas protectivas del adherente en las relaciones contractuales masivas, aunque esto amerite modificar una postura anterior, que con el correr de los días, los debates en clase, y el inevitable volver tras los pasos para confirmar, ampliar o rebatir las propias ideas, se ha revelado extremadamente incompleta, y por ende, equívoca.

Así, mencioné con referencia a dicho artículo que se «...ha optado por un repertorio cerrado. Esto quiere decir que con prescindencia de otras posibilidades, el codificador nacional sólo tiene como tales a las expresamente consignadas en su texto»³¹.

No es posible mantener esta idea, porque la norma bajo análisis no puede entenderse aisladamente, sino como parte de un contexto en el cual la figura del consumidor cobra especial relevancia. Por tal razón, me parece pertinente la alusión a la norma constitucional y a la L.P.C. que efectúa dicho sector doctrinario; pero sin descartar otro conjunto de normas contempladas por el Código civil, precisamente respecto a la disciplina de los contratos masivos, destinadas a equilibrar la situación de desventaja en que se encuentra el adherente. Piénsese en las disposiciones relativas a la prevalencia de ciertas cláusulas respecto a las que presenta el formulario, la interpretación *contra proferentem*, o a la ineficacia –en contratos nominados celebrados por adhesión o por C.G.C. no aprobadas administrativamente– de estipulaciones que contraríen las normas establecidas para el correspondiente contrato (art. 1399 C.c.). Si por un lado el legislador protege, sería ilógico pensar que en el caso del art. 1398 esta protección se quiebre de un plumazo.

Estas disquisiciones podrían superarse con la inclusión de una fórmula genérica, en el modo que lo propuso el Anteproyecto de Reforma, para permitir así que el Derecho camine a la par de un tráfico comercial en permanente evolución. Mientras esto sucede, debemos convivir con la actual regulación.

2. LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN EL ÁMBITO DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

Señalé al inicio del numeral 4) que el legislador peruano ha previsto un sistema dual para el tratamiento de las cláusulas abusivas. El primero, integrado por las normas del Código civil, concretamente el art. 1398. Veamos ahora el que corresponde al ámbito de protección al consumidor.

²⁹ Ley de Protección al Consumidor.

³⁰ ESPINOZA ESPINOZA, Juan, *op. cit.*, pág. 153.

³¹ Véase mi escrito, «La Justicia contractual en el contrato de hoy», publicado en *Boletín de Información*, Ministerio de Justicia, Gobierno de España, n.º 2057, año LXII, pág. 18; y *Vox Iudex*, Revista de la Corte Superior de Justicia de La Libertad (Perú), n.º 1, año I, pág. 18.

A) El estado de la cuestión antes de la Ley Complementaria

En el ámbito de tutela al consumidor es dable referir a un *antes* y un *después*, cuya línea divisoria lo constituye el Decreto Legislativo n.º 1045 que introduce reformas a la L.P.C.

Antes de la modificación legal, la L.P.C. no dio cabida a las cláusulas abusivas. Sí, en cambio, en lo atinente al principio *pro consumidor* (art. 2), y de manera general, a la obligación del proveedor de brindar la información necesaria respecto a los bienes y servicios ofertados en el mercado (arts. 5, inc. b y 15), incluso en aquellos supuestos de operaciones comerciales donde se concedía crédito al consumidor (art. 24)³², y a la protección contra métodos comerciales coercitivos³³.

Por esa razón centraré la atención en las disposiciones relativas a la protección del consumidor en materia de servicios financieros, en especial la Ley n.º 28587 (la Ley, en adelante) y su Reglamento, Resolución S.B.S. n.º 1765-2005 (el Reglamento), por incorporar normas vinculadas a las cláusulas abusivas.

La Ley n.º 28587, Complementaria a la Ley de Protección al Consumidor en materia de Servicios Financieros, parte por una exigencia fundamental: la obligación, por parte de los proveedores del servicio, de brindar a los usuarios *toda la información que sea necesaria, de manera previa a la celebración del contrato* (art. 2), la cual se satisface cuando:

- a) El proveedor pone a disposición de los usuarios –sea en su página web o en sus locales– los formularios contractuales.
- b) Se designe a personal especializado para asesorar a los clientes respecto al alcance de los mismos.

Dicha disposición guarda estrecha relación con lo prescrito en el art. 3 del Reglamento en cuanto a la *transparencia en la información*, la cual se considera «un mecanismo que busca mejorar el acceso a la información de los usuarios y público en general, con la finalidad que éstos puedan, de manera responsable, tomar decisiones informadas con relación a las operaciones y servicios que desean contratar y/o utilizar con las empresas».

³² Modificado por art. 8, D. Leg. n.º 1045, de 26 de junio de 2008.

³³ Modificado por art. 6, D. Leg. n.º 1045. Sobre el particular, es conveniente resaltar la Resolución Final n.º 220-2004/C.P.C., expedida en el procedimiento de oficio que siguió la Comisión de Protección al Consumidor de I.N.D.E.C.O.P.I. contra Financiera C.M.R. S.A., en la cual se sancionó a esta última por haber modificado las condiciones originalmente pactadas con los usuarios de su tarjeta de crédito, y que supuso su incorporación a servicios no autorizados previamente. Este fallo, que permite relacionar (y contrastar) la obligación de informar que pesa sobre el proveedor con los denominados métodos comerciales coercitivos, fue posteriormente confirmado por la Resolución n.º 0612-2004/T.D.C.-I.N.D.E.C.O.P.I. Lo resuelto por la Comisión ha merecido el comentario de AMAYA AYALA, Leoni Raúl, «El consumidor y sus operaciones a “ojos cerrados”». La autonomía privada en los tiempos de la contratación en masa», en *Diálogo con la Jurisprudencia* (Actualidad, análisis y crítica jurisprudencial), n.º 75, año 10, Lima, 2004, págs. 85-98.

Fuera de estos dispositivos, que pueden considerarse el marco general de la Ley y el Reglamento, encontramos otros relacionados a cuestiones de *forma* y *fondo*.

En efecto, en concordancia con la obligación arriba señalada y en un afán por eliminar viejas prácticas consistentes en la redacción de contratos en letra diminuta y por medio de un lenguaje difícilmente comprensible para quien deseara contratar con instituciones bancarias y financieras, se incorporan en ambos dispositivos normas relacionadas a la presentación de los formularios y redacción de los términos en ellos incorporados.

El art. 3 de la Ley exige que los formularios contractuales sean presentados con caracteres legibles (3 milímetros) y escritos de manera que los clientes puedan comprenderlos con facilidad. Esta exigencia, planteada en términos muy genéricos, debe complementarse a su vez con el art. 40 y, particularmente, con el Anexo n.º 3 del Reglamento.

El art. 40 referenciado reitera lo señalado en el art. 3, en lo que se refiere a la presentación de los formularios y redacción de sus términos y condiciones. Pero además, el propio Reglamento da cuenta de una «Guía para la determinación de los caracteres que se utilizarán en el texto de las condiciones contractuales» (Anexo n.º 3), en la que se indican los tipos de fuente para computadora que podrán ser utilizados por las empresas en sus contratos. Estas fuentes son: arial arrow, arial, tahoma, verdana, trebuchet, latha, tunga, century gothic, todas en tamaño 11.

Aunque no se puede desconocer el espíritu que encierran estas prescripciones, lo cual se desprende de su simple lectura, se advierte que «No es posible sostener que las reglas de claridad y transparencia en la redacción de los contratos con contenido predispuesto vayan a evitar que los sujetos de derecho se adhieran o acepten condiciones generales abusivas que no están en situación de comparar con otras. En consecuencia, la propuesta de resguardo del consentimiento resulta insuficiente y, en cierta forma, prescindible. Por una parte, la parte débil, por regla general, se encuentra en un verdadero estado de necesidad de celebrar el contrato que le es impuesto y, por otra, las personas que se adhieren o aceptan las condiciones generales rara vez las leen. (...) las posibles ventajas que se pudieran obtener con la lectura y comprensión de las condiciones generales se desvanecen frente a la necesidad de celeridad del tráfico negocial que constituye uno de los factores principales de la práctica de contratos de adhesión»³⁴.

Admito que el margen de reflexión que media entre la lectura del contenido del contrato y su celebración posterior es mínimo, por no decir nulo, y que la rapidez del tráfico comercial camina siempre por delante de cualquier previsión y ponderación que el consumidor pueda oponer con miras al negocio

³⁴ PIZARRO WILSON, Carlos, *op. cit.*, pág. 136.

a concretar. Aún así, considero loable la regulación efectuada en este punto por el legislador nacional, en miras a colocar a las instituciones bancarias y financieras en la obligación de expresarse con claridad, con términos que no induzcan a confusión al usuario del servicio, que lo remitan a formularios que por la celeridad y necesidad de contratar jamás estaría en condiciones de revisar, y lo más grave, modifiquen las obligaciones que por ley le corresponden con severo perjuicio para quien se adhiere a ellos, etc.; y en cuanto al usuario, para generar conciencia de la necesidad de contar con consumidores y usuarios informados, diligentes, prestos siempre a reclamar por un derecho conculcado o una disposición abusiva. Ninguna norma legal relativa a estas cuestiones es prescindible. Cualquier sistema de tutela al consumidor requiere contar con ciertas bases, que con el transcurrir del tiempo y la propia experiencia, pueden corregirse. Tenemos, en lo mencionado, un claro ejemplo de ello.

Tratándose de las cuestiones de fondo, me interesa poner de relieve, en primer lugar y de manera muy breve, lo concerniente a la aprobación administrativa de las C.G.C.

Como he mencionado en este escrito, la celebración de un contrato debe tener necesariamente como correlato la atribución equitativa de derechos y obligaciones para ambas partes contratantes. Sin embargo, en el caso de contratos celebrados por medio de C.G.C. y por adhesión, este equilibrio contractual puede quebrarse cuando quien predispone el contenido logra introducir en él limitaciones de responsabilidad o prerrogativas inadmisibles en perjuicio de la contraparte.

Esta situación da pie a que el legislador introduzca mecanismos tendientes a lograr el ansiado equilibrio, para que el contrato no se convierta así en terreno fértil para el abuso. En el caso que nos ocupa, se ha previsto dentro de aquéllos, la aprobación administrativa de las C.G.C. así como la identificación y prohibición de cláusulas abusivas en materia de intereses, comisiones y gastos (art. 41, Reglamento). La razón que se esgrime es lograr el establecimiento del equilibrio contractual entre empresas y usuarios, garantizar la operatividad del servicio financiero y respeto de los derechos de los usuarios (art. 4, Ley)³⁵.

El propio Reglamento establece un listado de cláusulas que necesariamente deben pasar por el tamiz de la aprobación administrativa³⁶, las cuales están referidas a la resolución del contrato cuando la causal no se refiera al incumplimiento; conclusión anticipada del contrato; limitación o exoneración de responsabilidad de las empresas; limitación y/o exclusión de los derechos de los usuarios; y centralización de las cuentas del cliente, salvo que se trate del

³⁵ Este fundamento sólo parece pensado respecto a la aprobación administrativa de las C.G.C., si nos atenemos al art. 4 de la Ley. Sin embargo, el Reglamento resulta más abarcante al incorporar también la detección y supresión de cláusulas abusivas en los contratos, tal como lo señala el citado art. 41 del Reglamento.

³⁶ Corresponde esta tarea a la Superintendencia de Banca y Seguros (S.B.S.).

derecho de compensación (art. 43). De igual modo, aquellas referidas a actividades activas, pasivas y servicios (art. 44)³⁷.

Por otro lado, hace bien el Reglamento en conceder al usuario del sistema la posibilidad de recurrir ante las instancias administrativas y judiciales –no obstante la aprobación de C.G.C. y la determinación de cláusulas abusivas efectuadas por parte de la S.B.S.– para salvaguardar sus derechos respecto de cualquier aspecto pactado con las empresas, esté comprendido o no en las C.G.C. aprobadas previamente por la autoridad administrativa. Tal es lo dispuesto por el art. 42. Con este dispositivo no se hace sino reforzar aún más la tutela del usuario de servicios financieros.

La regulación que dispensa la Ley al tratamiento de las cláusulas abusivas es bastante discreta. Baste con observar la disposición contenida en el art. 11 para confirmar esta aseveración. En efecto, tan sólo se indica que la Superintendencia de Banca y Seguros y las Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones identificarán las cláusulas abusivas en materia de tasas de interés, comisiones o gastos, emitiendo normas de carácter general que impidan su inclusión en los contratos.

Esta escueta disposición, nuevamente debemos emparentarla con las contenidas en el Reglamento. Entre los aspectos más resaltantes, citamos los siguientes:

- a) Se define las cláusulas abusivas (art. 46), como «(...) todas aquellas estipulaciones no negociadas que en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio de los usuarios, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato»; considerándose que una cláusula no se ha negociado «cuando haya sido redactada previamente y el usuario no haya podido influir en su contenido».
- b) Se incorpora un listado de cláusulas abusivas (art. 46) referentes a tasas de interés, comisiones y gastos; particularmente:
 - Las que faculden a la empresa a variar las tasas de interés, las comisiones y gastos sin previo aviso, cuando ello implique un mayor costo o un perjuicio al usuario, según lo dispuesto en el Capítulo V del Título II del Reglamento.
 - Las que faculden a la empresa a variar las tasas de interés, las comisiones y gastos mediante el establecimiento de mecanismos de información que no cumplan con lo establecido en el Capítulo V del Título II del Reglamento.

³⁷ En el caso de empresas que hayan sometido sus estipulaciones contractuales a la aprobación previa de la autoridad administrativa, y que por alguna razón requieran modificarlas, deberán observar los procedimientos de aprobación previstos en el mismo (art. 43).

- Las que faculden a la empresa a cobrar tasas de interés, comisiones y/o gastos que no cumplan con los criterios establecidos en el marco legal vigente para tener la calidad de tales.
 - Las que faculden a la empresa el cobro de gastos y/o comisiones futuras sin que se establezca la obligación de informar previamente los conceptos y la oportunidad en que resulten exigibles.
 - Las que vayan contra las normas de orden público.
 - Las que identifique la Superintendencia, con opinión previa del I.N.D.EC.O.P.I., de conformidad con las normas sobre la materia, las que serán incorporadas al presente listado mediante norma de carácter general.
- c) La regla según la cual el hecho que ciertos elementos de una cláusula, o que una cláusula aislada se haya negociado, no excluye la aplicación del art. 46 (referente a su carácter abusivo) al resto del contrato, si de él se desprende que se trata de uno por adhesión.

Tanto la Ley n.º 26702³⁸ (art. 9), como la Ley Complementaria (art. 6), conceden a las empresas del sistema financiero la *libertad de poder determinar* los montos relacionados a tasas de intereses, comisiones y gastos. Sin embargo, el art. 11 de esta última prescribe que la S.B.S., con opinión de I.N.D.EC.O.P.I., identificará las cláusulas abusivas en materia de tasas de interés, comisiones y gastos. La pregunta que surge es ¿cómo?, y además, partiendo por la libertad concedida, ¿cuáles serán los parámetros para establecer si una cláusula relativa a intereses, comisiones y gastos es o no abusiva? De hecho, habrá que estar atentos a la forma cómo la S.B.S. resuelve esta clara incongruencia.

Si bien la *abusividad* de una cláusula nos coloca frente al desequilibrio de los derechos y obligaciones de las partes, como reza la definición glosada, para su determinación es necesario apelar a ciertos criterios que parten por la situación de los contratantes al tiempo del contrato, las consecuencias de su celebración e incluso por la forma cómo debe interpretarse el acuerdo para arribar a dicha consideración. Estos criterios responden a:

- a) La situación ventajosa que se genera para la empresa en perjuicio del consumidor.
- b) Naturaleza de los bienes y servicios objeto del contrato.
- c) Circunstancias concurrentes al momento de celebrarse el contrato.
- d) Análisis del conjunto del contrato o de otro del que dependa, para dilucidar el carácter abusivo de una cláusula en particular.

³⁸ Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros.

Una cuestión que ha motivado la preocupación de la doctrina nacional es lo concerniente al *ius variandi* de las empresas del sistema financiero; que no es más que el poder para modificar los términos contractuales originalmente pactados con el usuario, frente a lo cual corresponde a éste aceptarlos o apartarse del contrato.

La Ley permite a las empresas modificar sus contratos, informando de ello al contratante. Sin embargo, dicha norma señala (art. 5) que la variación efectuada no será oponible inmediatamente sino después de transcurridos 30 días calendario. Esto quiere decir, y aquí reside la principal crítica de los especialistas, que cumplido tal plazo, los usuarios quedarán atados a los nuevos términos contractuales³⁹. Es curioso entonces que por un lado se exijan ciertas formalidades en la presentación de formularios contractuales para su cabal entendimiento por los usuarios, y de otro, se les someta sin más a modificaciones unilaterales que bien podrían resultarles perjudiciales⁴⁰.

Este hecho encuentra cierta morigeración en las normas del Reglamento, donde conjuntamente con la modificación unilateral del contrato en lo relativo a tasas de interés, comisiones, gastos y otras disposiciones contractuales, permite el apartamiento del usuario del contrato.

Según el art. 20, las modificaciones unilaterales referidas a los puntos arriba mencionados sólo proceden en la medida que hayan sido previamente acordadas por las partes y comunicadas dentro de los plazos expresamente previstos, salvo el caso de modificaciones (en tasas de interés, comisiones y gastos) que impliquen condiciones más favorables para el usuario. De verificarse esta última situación, y a tenor de la parte final del párrafo primero de este artículo, los cambios efectuados serán aplicados inmediatamente.

A renglón seguido encontramos el contrapeso del poder de modificación unilateral del que dispone la empresa financiera. Así, conjuntamente con la comunicación de la variación de las estipulaciones del contrato, se exige a la empresa la indicación expresa de la alternativa del usuario de dar por concluida la relación contractual, cuanto estime que los nuevos términos no se ajustan a sus reales intereses o lo coloquen en una situación desventajosa, distante de aquella existente a partir de los estipulaciones modificadas (párrafo segundo).

Los medios para hacer efectiva la comunicación al usuario de las modificaciones del contrato, son los mismos que anotamos con anterioridad.

³⁹ Señala Trejo Maguiña: «(...) en efecto, con la Ley Complementaria, sólo bastará que la empresa financiera plantee una modificación (de cualquier tipo) y aunque perjudique al consumidor, deberá esperar el transcurso de 30 días calendario para que proceda a su operatividad», citado por ESPINOZA ESPINOZA, Juan, *op. cit.*, pág. 211.

⁴⁰ Ello (la exigencia de formalidades) no soluciona el verdadero problema del consumidor: «su imposibilidad de enfrentarse al excesivo *ius variandi* que esta ley permite tener al proveedor de servicios en el sistema financiero». *Ibidem*, pág. 212.

B) Las cláusulas abusivas en la Ley Complementaria del Sistema de Protección al Consumidor

Dictada con la finalidad de «(...) dotar al país de un marco institucional que garantice una tutela efectiva de los derechos de los consumidores, en el nuevo entorno de relaciones de consumo que se derivará de la pronta implementación del Acuerdo de Promoción Comercial Perú-Estados Unidos de América»⁴¹, la Ley Complementaria del Sistema de Protección al Consumidor (L.C.S.P.C.)⁴² modifica varios artículos de la L.P.C.⁴³ e incorpora otros de particular interés, aunque para efectos de este escrito centraré la atención en el art. 18, relativo a «Reglas generales sobre contratos de consumo».

Este dispositivo presenta igualmente cuestiones de *forma* y *fondo*. Dentro de las primeras, la reiterada referencia a las exigencias para la presentación de formularios, con el fin de lograr su comprensión por parte de los consumidores que hagan uso de ellos.

Respecto a las segundas, merecen destacarse aquellas que apuntan al respeto irrestricto de los derechos reconocidos al consumidor por medio del contrato, impidiéndose la incorporación de cláusulas que supongan obstáculos onerosos o desproporcionados para su ejercicio; así como el reconocimiento del derecho del consumidor a desvincularse del contrato, en la forma, lugar y medios a través de los cuales el contrato se celebró (literales a y b, art. 18, respectivamente).

Lo concerniente a cláusulas abusivas lo encontramos en el literal d)⁴⁴, que considera como tales, y por ende las tendrá como no puestas en contratos celebrados mediante C.G.C. y por adhesión, las que permitan al proveedor:

- a) Modificar unilateralmente los términos y condiciones del contrato en perjuicio del consumidor;
- b) Sustraerse unilateralmente de sus obligaciones;
- c) Prorrogar el contrato.

⁴¹ A la fecha de conclusión de este escrito, el Acuerdo Comercial arriba anotado se encuentra ya en plena vigencia.

⁴² Aprobada mediante el Decreto Legislativo n.º 1045, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 26.6.08.

⁴³ Las normas modificadas son las siguientes: Literal a) del art. 3; 7A; 8; 11; 12; 13; 19; 24; 24B (modifica literal g e incorpora literal h); 31, primer párrafo; 41.

⁴⁴ El texto completo es como sigue: «En las cláusulas generales de contratación y en los contratos por adhesión, se tendrán por no puestas las cláusulas que, entre otras, tengan por objeto:

Permitir al proveedor modificar unilateralmente las condiciones y términos del contrato en perjuicio del consumidor o sustraerse unilateralmente de sus obligaciones, sin contar con el consentimiento explícito e informado del consumidor; o,

Establecer la prórroga del contrato sin contar con el consentimiento explícito e informado del consumidor».

En todos estos casos, y a efectos que el proveedor pueda ejercitar alguna de las acciones indicadas, se exige el consentimiento explícito e informado del consumidor.

No existe en la norma que revisamos referencia alguna a la aprobación administrativa, como acontece con el art. 1398 del Código civil, en el cual se consideran inválidas ciertas estipulaciones de contratos celebrados mediante C.G.C. no sometidas al filtro de la aprobación previa.

En la evaluación de las cláusulas abusivas señaladas se tendrá en cuenta, reiterando lo prescrito en la Resolución S.B.S. n.º 1765-2005, párrafo cuarto de su art. 46, la *naturaleza de los bienes y servicios objeto del contrato* y las *circunstancias concurrentes al momento de su celebración*; agregándose como «novedad» lo relativo a la información suministrada al consumidor.

Finalmente, y dado que en estas líneas se ha mencionado a la Ley 28587, Complementaria a la Ley de Protección al Consumidor en materia de Servicios Financieros, viene al caso mencionar que de acuerdo a la Única Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo n.º 1045, la aplicación de esta última norma no afectará la vigencia ni aplicabilidad de aquélla, como tampoco sus normas reglamentarias, las que mantienen su vigor y prevalencia respecto a la norma comentada en este apartado. Por tanto, se agrega, las disposiciones del Decreto Legislativo n.º 1045, que se vinculen al sistema financiero, sólo serán aplicadas en concordancia con la Ley n.º 28587 y disposiciones reglamentarias.

Es prematuro hacer un balance del impacto de esta Ley en el sistema de tutela al consumidor peruano. Sin embargo, resalto las señales que emite el Estado en cuanto a mantenerse atento respecto al funcionamiento del mercado en general, y básicamente, en lo que concierne a la actuación de su actor más importante: el consumidor. No cabe duda que esta Ley Complementaria es una buena muestra de ello, aunque queda claro que el esfuerzo no puede cesar y, por el contrario, debe continuar por medio de medidas que refuercen la protección del consumidor frente a los abusos cometidos por las empresas⁴⁵. Esperemos para ver qué nos deparan los meses venideros.

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN

Cierro el discurso con una frase que considero sumamente gráfica para mostrar la realidad con la cual nos enfrentamos día a día, y de la que sin duda

⁴⁵ De acuerdo a un informe publicado en el diario *El Comercio*, entre julio y diciembre de 2008 I.N.D.E.C.O.P.I. registró un ingreso de 1.614 casos nuevos, por concepto de reclamaciones. En el mismo documento, se hace referencia al número de casos denunciados según sectores específicos, siendo el de más alto volumen el concerniente a servicios bancarios y financieros (713), sector inmobiliario (218), educación (201), transporte aéreo (187), vehículos (184), seguros (171), transporte terrestre (147), entre otros. Datos tomados de: diario *El Comercio*, edición del 1 de febrero de 2009, Suplemento *Mi Negocio*, Lima, págs. 8-9.

forman parte las cláusulas abusivas. El texto corresponde al formidable escritor argentino Ernesto Sábato⁴⁶, y es el siguiente:

«El capitalismo moderno y la ciencia positiva son las dos caras de una misma realidad desposeída de atributos concretos, de una abstracta fantasmagoría de la que también forma parte el hombre, pero no ya el hombre concreto e individual sino el hombre-masa, ese extraño ser con aspecto todavía humano, con ojos y llanto, voz y emociones, pero en verdad engranaje de una gigantesca maquinaria anónima».

Usted, apreciado lector, que ha tenido la paciencia de llegar a esta parte del escrito, y que seguramente se desempeña como Litigante, Magistrado, Asesor de empresa, Funcionario Público, o quizá sea al día de hoy un estudiante esforzado que recorre la Facultad de Derecho con la cabeza llena de sueños y el espíritu predispuerto, tal vez se ha enfrentado alguna vez a la adquisición de un bien o servicio, o estampado mecánicamente su firma en decenas de papeles y formularios que le han permitido acceder a un crédito, un seguro, adquirir una tarjeta de crédito o un boleto de avión.

Es posible que por la rapidez con que todo transcurrió sólo haya reparado en que tal proceder le permitía satisfacer una necesidad más, de tantas que suelen agobiarnos cotidianamente, sean éstas reales o vengan impuestas por la publicidad agresiva. O por el contrario, haya opuesto reparos a las condiciones, calidad del producto o servicio, garantías ofrecidas, etc., pero que sin embargo de poco sirvieron pues todo quedaba reducido a contratar o no. ¿Recuerda al personaje de la historia que da inicio a estas líneas?

Se ha expuesto en este ensayo sobre un problema del cual no somos ajenos y que, advierto, está muy lejos de sugerir que el empresario sea el malvado que manipula a su antojo los engranajes de esa gran maquinaria anónima que es el mercado. Pero, claro está, no se puede negar que el mercado presenta grietas por las cuales este mismo empresario puede apartarse del camino de una actuación leal y honesta, con severo perjuicio para quienes deben relacionarse jurídicamente con él.

El asunto es grave: afuera existe alguien que impone las condiciones y otro que debe aceptarlas; alguien que ostenta toda la información frente a quien no la tiene, o la posee de manera deficiente, o simplemente no la entiende⁴⁷. Diversidad de ofertantes, pero enfrentados casi siempre al mismo contenido contractual⁴⁸. Alguien que actúa por necesidad y otro que precisamente puede

⁴⁶ *Antes del Fin*, Seix Barral, 7.^a ed., 1999, pág. 117.

⁴⁷ En el Perú, según cifras ampliamente difundidas por la prensa y el Gobierno, más del 70% de nuestros jóvenes en edad escolar y pre-universitaria, no entienden lo que leen.

⁴⁸ Un sector de la doctrina nacional observa que «(...) la realidad nos muestra cómo los sujetos no suelen tener plena libertad en escoger una oferta contractual de un proveedor u otro, tanto porque las condiciones o términos que lo integran suelen ser los mismos y una oferta no mejora la

satisfacerla. Pero hay que contratar, so pena de quedar al margen, excluido, apartado del sistema. Las necesidades diarias no dejan ningún resquicio posible de escapatoria.

Ante esto, se suele voltear la mirada al legislador como quien alza las manos al salvavidas en busca de la boya milagrosa que lo rescate de las aguas embravecidas.

Más allá de las categorías que hemos revisado aquí, lo que importa es no perder de vista –aunque se piense que la afirmación es más que obvia– que detrás del título de adherente o consumidor, hay una persona humana, de carne y hueso, con carencias, necesidades, angustias económicas, a la que hay que proteger de la actuación deshonestas de quien provee los bienes y servicios.

La regulación actual es importante, pero considero que hay aún mucho camino por recorrer. El mercado es cambiante, como también las necesidades de los particulares, ante lo cual los empresarios amoldan su accionar en busca de maximizar sus ganancias. Se trata, pues, de una tarea que debe hacerse y rehacerse continuamente, sin descanso.

Este esfuerzo no corresponde sólo al legislador. Lo es también de Jueces, Profesores de Derecho, Abogados, Estudiantes, y dentro de este grupo, el Empresario. Los primeros, para mantenerse alertas con las prácticas comerciales que el mercado va renovando a diario y que pueden resultar perjudiciales a la población; y en cuanto al empresario, para que asuma que la obtención de ganancias o beneficios económicos en modo alguno resulta irreconciliable con un proceder ajustado a los parámetros impuestos por la ley y la buena fe.

El objetivo fundamental es uno solo: mantener y actualizar permanentemente un régimen legal que proteja adecuadamente al consumidor, y a quien escape de su noción jurídica estricta⁴⁹; en fin, una regulación que tutele a ese ser de ojos y llanto, necesidades y aspiraciones; ese ser que somos todos, incluido Usted, querido lector.

Trujillo (Perú), otoño de 2009

otra sino muchas veces la empeora, como también se vuelve innegable el hecho que cada persona suele encontrarse en diversas situaciones que le impiden renunciar a la adquisición del servicio o bien deseado». AMAYA AYALA, Raúl Leoni, *op. cit.*, pág. 88.

⁴⁹ Sobre la noción de consumidor, pueden revisarse las Resoluciones n.º 101-96-TDC/I.N.D.E.C.O.P.I., que resolvió el caso *Cheenyi EIRL vs. Kónica S.A.*, y 0422-2003/T.D.C.-I.N.D.E.C.O.P.I., caso *Reynaldo Moquillaza S.R.L. vs. Milne & CO. S.A.* Advirtiendo que la noción de consumidor reposa en una opción legislativa, ha escrito el Profesor Ossola: «cada ordenamiento jurídico brinda su propio concepto legal de “consumidor”, cuyo fundamento y razón de ser es estrictamente económico». OSSOLA, Federico Alejandro, «Las relaciones de consumo en el ordenamiento jurídico argentino. Algunas precisiones acerca del ámbito de aplicación de la Ley 24.240 de defensa del consumidor», en Jorge Oviedo Albán y César Carranza Álvarez (dirs.), *Estudios de Derecho Privado Contemporáneo-Teoría general, contratación predispuesta, de consumo y financiera*, Editorial Industria Gráfica Libertad, tomo I, Trujillo, 2005, pág. 281.

BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA

- AMAYA AYALA, Leoni Raúl, «El consumidor y sus operaciones a “ojos cerrados”. La autonomía privada en los tiempos de la contratación en masa», en *Diálogo con la Jurisprudencia* (Actualidad, análisis y crítica jurisprudencial), n.º 75, año 10, Lima, 2004.
- BAUMAN, Zygmunt, *Vida de consumo*, Fondo de Cultura Económica, México, 2007.
- BIANCA, Massimo, *Derecho Civil. 3. El Contrato*, 2.ª ed., Fernando Hinestrosa y Edgar Cortés (trads.), Universidad Externado, Bogotá D.C., 2007.
- BOSCH CAPDEVILA, Esteve y GIMÉNEZ COSTA, Ana, «Las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores», en *Revista crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 692, año LXXXI, noviembre-diciembre 2005.
- CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos, «Las cláusulas generales de contratación y el control de las cláusulas abusivas», en *Ius et Veritas*, Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, n.º 13, año VII.
- CARRANZA ÁLVAREZ, César (ed.), *Jurisprudencia Civil*, Editora Normas Legales, tomo I, Trujillo, 2002, págs. 266-267.
- CARRANZA ÁLVAREZ, César, «La reforma del Código Civil peruano: ¿de vuelta al dilema?», en Revista *Hechos & Derechos*, Editora Normas Legales, Lima-Trujillo, n.º 4, año I, 2003.
- «La Justicia contractual en el contrato de hoy», en *Boletín de Información*, Ministerio de Justicia, Gobierno de España, n.º 2057, año LXII.
- DE BUEN LOZANO, Néstor, *La decadencia del contrato*, 2.ª ed., Editorial Porrúa S.A., México D.F., 1986.
- DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, *El contrato en general. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil*, 3.ª ed., en Biblioteca para Leer el Código Civil, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, vol. XI (primera parte), tomo III, Lima, 1996.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, *Derecho y Masificación social. Tecnología y Derecho Privado (Dos esbozos)*, 2.ª ed., Editorial Civitas S.A., Madrid, 1987.
- ESPINOZA ESPINOZA, Juan, «Las cláusulas vejatorias en los contratos estipulados unilateralmente», en *Derecho de los Consumidores*, Editorial Rhodas, Lima, 2006.
- LARROUMET, Christian, *Teoría General del Contrato*, Editorial Témis, vol. I, Bogotá D.C., 1993.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Contratos*, Ediar, Buenos Aires, 1988.
- MOISÁ, Benjamín, «Las cláusulas abusivas en la República argentina», en Ángel Acedo Penco y César Carranza Álvarez (dirs.), *Las cláusulas abusivas en los contratos, en el Derecho de Iberoamérica*, obra próxima a publicarse.
- OPPO, Giorgio, «¿Deshumanización del contrato?», en L. León Leysser (selección, traducción y notas), *Estudios sobre el contrato en general. Por los sesenta años del Código civil italiano (1942-2002)*, Ara Editores, Lima, 2003.
- OSSOLA, Federico Alejandro, «Las relaciones de consumo en el ordenamiento jurídico argentino. Algunas precisiones acerca del ámbito de aplicación de la Ley 24.240 de defensa del consumidor», en Jorge Oviedo Albán y César Carranza Álvarez (dirs.),

- Estudios de Derecho Privado Contemporáneo-Teoría general, contratación predispuesta, de consumo y financiera*, Editorial Industria Gráfica Libertad, tomo I, Trujillo, 2005.
- PIZARRO WILSON, Carlos, «La eficacia del control de las cláusulas abusivas en el Derecho chileno», en Revista *Estudios Socio-Jurídicos*, Universidad del Rosario-Facultad de Jurisprudencia, 6 (2), Bogotá D.C., 2004.
- RISOLÍA, Marco Aurelio, *Soberanía y crisis del contrato en nuestra legislación civil*, 2.^a ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1958.
- RUBIO CORREA, Marcial, *Nulidad y anulabilidad: la invalidez del acto jurídico*, 5.^a ed., en Biblioteca para leer el Código Civil, Fondo Editorial Pontificia Univ. Católica del Perú, vol. IX, Lima, 2001.
- SANTOS BALLESTEROS, Jorge, *Instituciones de Responsabilidad Civil*, Pontificia Universidad Javeriana-Facultad de Ciencias Jurídicas, Colección Profesores n.º 21, tomo II, Bogotá D.C., 2005.
- STIGLITZ, Rubén S. y STIGLITZ, Gabriel A., *Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección al consumidor*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1985.
- VALLESPINOS, Carlos Gustavo, «Las condiciones generales de los contratos», en Félix A. Trigo Represas y Rubén S. Stiglitz (dirs.), *Contratos*, Libro Homenaje a Jorge Mosset Iturraspe, Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 2001.

JURISPRUDENCIA

- Resolución n.º 101-96/T.D.C.-I.N.D.EC.O.P.I., caso *Cheenyi EIRL vs. Kónica S.A.*
- Resolución n.º 0422-2003/T.D.C.-I.N.D.EC.O.P.I., *Reynaldo Moquillaza S.R.L. vs. Milne & CO. S.A.*
- Resolución Final n.º 220-2004/C.P.C., Comisión de Protección al Consumidor de *I.N.D.EC.O.P.I. vs. Financiera CMR S.A.* (Procedimiento de oficio).
- Resolución n.º 0612-2004/T.D.C.-I.N.D.EC.O.P.I.

LEGISLACIÓN

- Código civil. Jurista editores, edición actualizada, Lima, 2009.
- Código Procesal Civil. Jurista editores, edición actualizada, Lima, 2009.
- Decreto Legislativo n.º 716. Ley de Protección al Consumidor.
- Decreto Legislativo n.º 1045. Ley Complementaria del Sistema de Protección al Consumidor.
- Ley n.º 28587. Ley Complementaria a la Ley de Protección al Consumidor en materia de servicios financieros.
- Resolución S.B.S. n.º 1765-2005. Reglamento de Transparencia de Información y Disposiciones aplicables a la contratación con usuarios del sistema financiero.
- Ley n.º 26702. Texto concordado de la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros.