

# “CONTRATO DE CONSUMO, PROTECCIÓN MÍNIMA DEL CONTRATO DE CONSUMO Y CLÁUSULAS ABUSIVAS”

Por Marco Antonio Villota Cerna

## 1. EL CONTRATO DE CONSUMO

### 1.1. Definición

El contrato de consumo es una categoría general de contratos<sup>1</sup> o un grupo de contratos que guardan una particularidad en relación al contrato en general. Su nota característica es que interviene como parte un consumidor, quien se encuentra en una situación de asimetría frente al proveedor, lo cual genera un régimen especial de protección. A diferencia del derecho civil que está estructurado bajo el principio de igualdad entre las partes, salvo claro está algunos casos de *favor debitoris*<sup>2</sup>, el derecho de consumo parte de una situación de asimetría o de desequilibrio entre el consumidor y el proveedor. La situación de desequilibrio puede obedecer a una asimetría informativa, contractual o de cualquier otro tipo relevante para la relación de consumo, conforme lo establece el principio de corrección de asimetría a que se refiere el inciso 4 del artículo V del Título Preliminar del Código de Protección y Defensa del Consumidor (en adelante el Código).

El contrato es definido por el artículo 1351 del Código Civil como “*el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial*”; mientras que el artículo 45º del Código define el contrato de consumo como aquél que tiene “*como objeto una relación jurídica patrimonial en la cual intervienen un consumidor y un proveedor para la adquisición de productos o servicios a cambio de una prestación económica*”. En ambos casos el contrato incide sobre una relación jurídica patrimonial u obligación, pero la diferencia radica en que en el contrato de consumo intervienen como partes un consumidor y un proveedor y hay una contraprestación económica. En el caso de España el artículo 59 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, define al contrato de consumo en base a las partes que intervienen en él, sin hacer mayor referencia a su objeto, considerando que “*son contratos con consumidores y usuarios los realizados entre un consumidor o un usuario y un empresario*”. Stiglitz tiene una definición de contrato de consumo muy parecida a la de nuestro Código (con

---

<sup>1</sup> Mosset Iturraspe, citado por Antonio Juan Rinesi, “La Relación de Consumo y Derechos del Consumidor”, editorial Astrea, 1ª Edición, Buenos Aires, 2006, p. 121.

<sup>2</sup> Efectivamente el principio de igualdad entre las partes es propio del derecho civil y se inspira en el Código Civil de Napoleón de 1804, aunque a lo largo de su desarrollo se han producido algunos criterios a favor del deudor a través de figuras tales como la lesión contractual, la mora *in personae*, entre otras figuras, pero nunca se ha llegado a la concepción del derecho de consumo de ser un derecho de carácter estrictamente tuitivo.

algunas diferencias respecto del concepto de proveedor), al considerar que *“contrato de consumo es el celebrado a título oneroso entre un consumidor final – persona física o jurídica- con una persona física o jurídica, pública o privada, que actuando profesional u ocasionalmente, en calidad de productora, importadora o distribuidora, comercialice bienes o preste servicios, y que tenga por objeto la adquisición, uso o goce de éstos por parte del primero, para su uso privado, familiar o social”*<sup>3</sup>.

El contrato de consumo se distingue del contrato en general por tres motivos: i) por las partes, porque intervienen un consumidor y un proveedor; ii) por su objeto, porque está destinado a la adquisición de productos y servicios a cambio de una contraprestación económica (carácter oneroso); y iii) por su régimen jurídico de protección al consumidor por la situación de asimetría en la que se encuentra éste.

Para que se configure un contrato de consumo no basta que intervengan solamente un consumidor o un proveedor, sino que se requiere necesariamente que intervengan ambas partes, porque puede suceder que una persona sea calificada como consumidor pero la otra parte no sea considerada como proveedor, sea porque no actúa en un ámbito empresarial o profesional o porque no se dedica en forma habitual a este tipo de actividades; o viceversa puede suceder que una persona sea calificada como proveedor pero la otra parte no pueda ser considerada como consumidor porque adquiere productos o servicios para una finalidad profesional o empresarial y no como destinatario final. Un ejemplo del primer caso sería cuando una persona alquila ocasionalmente su inmueble (no podría ser considerado como proveedor); y un ejemplo del segundo caso sería cuando dos empresas contratan (ninguna podría ser considerada como consumidor, salvo que el adquirente sea microempresario y se refiera a actos ajenos a su objeto social).

Existe la discusión respecto del elemento de onerosidad, sobre qué pasa cuando se prometen o entregan productos o servicios de manera gratuita, es decir, sin que se pague nada a cambio. Estos casos no serían considerados como contratos de consumo por el Código, porque faltaría el elemento de onerosidad, salvo claro está que sean adquisiciones producto de un contrato principal o sean efectuadas con el propósito de fomentar el consumo. El inciso 3 del artículo III del Título Preliminar del Código establece como ámbito de aplicación de éste las operaciones a título gratuito que tienen como propósito motivar o fomentar el consumo.

---

<sup>3</sup> Citado por Antonio Juan Rinessi, *op.cit*, p. 115.

Las normas del Código se aplican para cualquier tipo de contrato de consumo, sea que éste se celebre por adhesión o se trate de un contrato negociado. Existe alguna tendencia a considerar que las normas de protección al consumidor y su carácter tuitivo solamente se aplican a los contratos de consumo por adhesión, porque en los contratos negociados habría igualdad entre las partes<sup>4</sup>. Esta posición no ha sido recogida por nuestro Código, que no hace distingo entre contratos de consumo por adhesión y negociados. Es cierto que la mayor parte de contratos de consumo son celebrados por adhesión y que allí se requiere una mayor intensidad de protección al consumidor, porque no puede negociar su contenido, pero esto no excluye de la protección al consumidor en los contratos negociados, porque la situación de asimetría del consumidor no solamente es contractual o económica, sino también informativa y de una mayor especialización del proveedor. Dentro de esta línea nuestro Código contiene normas generales del contrato de consumo, (artículos 45º al 47º); y normas especiales para el contrato de consumo por adhesión (artículos 48º al 52º). Son reglas comunes del contrato de consumo: el derecho de información previa al contrato, protección mínima del contrato de consumo, principio de vinculación de la oferta, promoción y publicidad. Son reglas del contrato por adhesión todo el régimen de cláusulas abusivas.

El contrato de consumo se distingue del concepto de relación de consumo; aunque en algunos pueden coincidir, cuando la relación de consumo es producto de un contrato de consumo. Pero no siempre es así porque pueden generarse relaciones de consumo producto de otras fuentes. Por ejemplo el caso de las promociones de productos y servicios efectuadas a título gratuito con un propósito comercial. De otra parte la falta de contrato o relación de consumo no excluye del régimen de protección del Código, porque existen algunas otras situaciones en las que aunque no exista un contrato o relación de consumo el consumidor es protegido. Son los casos de la discriminación en el consumo, cuando se le impide a una persona ingresar a un local comercial por razones económicas, étnicas, entre otras (Art. 38º); o cuando se produce un accidente dentro del local del proveedor y el consumidor termina lesionado por un hecho previsible o imputable al proveedor; o en los casos de métodos abusivos de cobranza dirigidos al domicilio de terceros (literal g) del artículo 62º); o el reporte indebido a una central

---

<sup>4</sup> Antonio Juan Rinesi sostiene esta posición al comentar la Ley Nº 24.240 de Defensa del Consumidor de Argentina y señalar lo siguiente: *“En cuanto a los primeros – contratos por adhesión – guarda silencio, por lo que debemos interpretar que éstos no se encuentran expresamente excluidos de sus normas, pero lo cierto es, que con respecto a los contratos discrecionales – contratos negociados- desde el momento que los contratantes están en condiciones de integrar el contenido del contrato, y ello ocurre cuando los participantes están en un mismo pie de igualdad socioeconómica, no se vislumbra una suerte de inferioridad de una de las partes contratantes (el consumidor) para aplicar el régimen de la ley 24.240. Ibidem, p. 118.*

privada de información de riesgos (artículo 42º del Código y la Ley Nº 27489). En todos estos casos no existe propiamente un contrato o una relación de consumo con el proveedor, pero el Código protege al consumidor porque se encuentra expuesto a una relación de consumo o por otras consideraciones de índole legal.

## **1.2. ELEMENTOS**

Por elementos del contrato de consumo consideramos a: las partes que intervienen en él y la relación jurídica que se genera producto del acuerdo de voluntades. Estos son los elementos que lo diferencian del contrato en general. El régimen especial de protección del consumidor no es propiamente un elemento del contrato, sino un régimen jurídico que los ordenamientos jurídicos establecen.

### **1.2.1. ELEMENTOS SUBJETIVO: LAS PARTES**

#### **a) El consumidor**

Por consumidores son considerados las personas naturales o jurídicas que adquieren, utilizan, o disfrutan como destinatarios finales productos y servicios, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, actuando así en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional (numeral 1.1. Inc. 1, Art. IV del Código). La definición del Código contiene las dos concepciones de consumidor: por un lado consumidor como destinatario final de productos y servicios, es decir, aquella persona que adquiere un producto o servicio para un fin personal, familiar o social; y por otro lado consumidor como aquella persona que adquiere productos y servicios en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. Generalmente ambas concepciones coinciden, porque la adquisición como destinatario final suele darse en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional; pero esa coincidencia no necesariamente se da en todos los casos.

El concepto de consumidor incluye a las personas jurídicas, pero siempre y cuando sean destinatarias finales de productos o servicios o actúen en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. Un ejemplo de ello serían las asociaciones, fundaciones, sindicatos, respecto de aquellos actos propios de su finalidad no lucrativa. En la Resolución Final Nº 677-2001/CPC la Comisión de Protección al Consumidor del INDECOPI consideró a una asociación religiosa como consumidor, cuando indebidamente se le habían cancelado sus cuentas. Igualmente en la Resolución Final Nº 008-2003/CPC consideró como consumidor a una universidad pública, cuando adquirió un equipo de automatización para sus fines educativos.

No están considerados como consumidores las empresas y los profesionales porque los productos o servicios que adquieren son con fines de intermediación, para producir otros bienes o servicios con la finalidad de ofrecerlos a terceros. Excepcionalmente el Código considera como consumidores a los microempresarios<sup>5</sup>, que evidencien una asimetría informativa con el proveedor respecto de aquellos productos y servicios que no formen parte del giro propio del negocio. Es decir, debe tratarse de la adquisición de productos y servicios ajenos al giro del negocio del microempresario, por ejemplo servicios financieros, adquisición de útiles y otros bienes que no denoten una especialización, porque de formar parte del giro del negocio no existiría asimetría informativa. En la Resolución N° 422-2003/TDC-INDECOPI, caso Reynaldo Moquillaza SRL contra Milne & CO, el Tribunal del INDECOPI consideró como consumidor a la denunciante respecto de la adquisición de un vehículo que presentaba desperfectos, porque no formaba parte del giro propio de su negocio.

Existen algunos casos que son más discutibles como de aquella persona natural que adquiere un bien para un uso personal y lo utiliza también para una actividad empresarial o profesional, por ejemplo, un vehículo que sirve de traslado personal y de taxi, o una máquina de coser que se emplea para uso en la casa y también para prestar servicios de sastrería. En el Documento de Trabajo 001-2000 del Área de Estudios Económicos del INDECOPI se ha considerado que debe estarse a cuál es la actividad principal y en caso de duda debe considerársele como consumidor<sup>6</sup>. Recientemente y a propósito de la Resolución N° 3449-2011/SC2-INDECOPI sobre compensación de sueldos, se ha planteado la discusión si el garante o el avalista de un usuario del servicio financiero tiene la calidad de consumidor, porque el voto en mayoría le ha negado esa calidad al considerar que no sería destinatario final del producto o servicio. Consideramos que ello es un error porque consumidor no es solo el que disfruta del producto o servicio, sino también el que lo contrata con fin personal o social; además el Código engloba dentro del concepto de consumidor no solamente al destinatario final, sino también al que actúa en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional; finalmente como bien lo señala el voto en minoría existen muchos casos en el Código en que propiamente no existe una relación o un contrato de consumo, pero se protege al

---

<sup>5</sup> De acuerdo al artículo 5 del TUO de la Ley de Promoción de la Competitividad, Formalización y Desarrollo de la Micro y Pequeña Empresa y de Acceso al Empleo Decente, aprobado por Decreto Supremo N° 007-2008-TR, son microempresas las que tienen de 1 hasta 10 trabajadores y ventas anuales hasta el monto máximo de 150 Unidades Impositivas Tributarias.

<sup>6</sup> <http://bvirtual.indecopi.gob.pe/doctra/2000/d00001.pdf> , pp. 38-41.

consumidor equiparado o potencial, tales son los casos de la discriminación del consumo o los métodos abusivos en el cobro contra terceros.

## **b) El proveedor**

El Código define al proveedor como *“las personas naturales o jurídicas, de derecho público o privado, que de manera habitual fabrican, elaboran, manipulan, acondicionan, mezclan, envasan, almacenan, preparan, expenden, suministran productos o prestan servicios de cualquier naturaleza a los consumidores”* (numeral 2, Art. IV). Son proveedores los distribuidores o comerciantes, productores o fabricantes, importadores y prestadores de servicios.

El criterio que recoge el Código para definir al proveedor es la habitualidad, es decir, que de manera frecuente se dedique a realizar sus actividades en el mercado. Se considera que existe habitualidad cuando se realizan las actividades en establecimientos abiertos al público. No será considerado como proveedor aquella persona que ocasionalmente realiza las actividades de brindar productos o servicios. A diferencia del Perú, en otros países como Argentina<sup>7</sup> y España<sup>8</sup> se recoge como criterio para definir al proveedor el que realice sus actividades en el marco de una actividad profesional o empresarial. Generalmente el que desarrolla una actividad habitual lo hace en el marco de una actividad empresarial o profesional, pero no necesariamente se da siempre esa coincidencia.

El concepto de proveedor engloba a distintas clases: puede ser el proveedor directo, que es aquél que vende o presta el servicio directamente al consumidor; o el proveedor indirecto que participa en la cadena de comercialización o producción y asume la responsabilidad de que el producto o servicio que llegue a los consumidores sea idóneo. Como bien lo señala el profesor argentino Juan M. Farina: *“la responsabilidad que la ley le impone a los proveedores no requiere que haya existido una relación directa con el consumidor o usuario afectado, cual es el caso del productor o importador que vende al*

---

<sup>7</sup> El artículo 2 de la Ley N° 24.240 de Defensa del Consumidor de Argentina considera como proveedor aquella persona física o jurídica de naturaleza pública o privada, que desarrolla de manera profesional, aún ocasionalmente, actividades de producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, concesión de marca, distribución y comercialización de bienes y servicios, destinados a consumidores y usuarios.

<sup>8</sup> El artículo 4 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de España define al empresario (proveedor en nuestro caso) como aquella persona física o jurídica que actúa en el marco de su actividad empresarial o profesional, ya sea pública o privada.

*público mediante distribuidores o concesionarios o recurre al otorgante de franquicias*<sup>9</sup>. Existe alguna tendencia en el INDECOPI de considerar como proveedor solamente a la empresa más no al personal dependiente que presta el servicio. En la Resolución N° 0331-2001/TDC-INDECOPI sobre un caso de negligencia médica por haberse detectado gasa en el cuerpo del paciente, el Tribunal del INDECOPI consideró como proveedor solamente al hospital pero no a los médicos responsables, para lo cual invocó la norma que establece que no está incluido en el concepto de servicios los que se prestan en relaciones de dependencia. Sin embargo, consideramos que el concepto de proveedor no puede restringirse a aquella persona con la cual se ha contratado, porque si así fuera no serían considerados como proveedores los proveedores indirectos. El concepto de proveedor incluye a todas aquellas personas que han tenido responsabilidad en la prestación del servicio. El criterio de relación de dependencia está referido al caso cuando el que presta el servicio es un dependiente del que recibe el servicio, pero no a los casos en que diversos responsables han brindado un producto o servicio al consumidor.

Existen algunos casos especiales de proveedor. Tenemos el caso del Estado a quien se le considera como proveedor en aquellas actividades en las cuales ofrece productos o servicios como cualquier proveedor, sea desarrollando una actividad empresarial o una actividad de manera habitual. No están comprendidos en este concepto los servicios administrativos ni los servicios que constituyan el desarrollo de una función pública, porque se considera que en este caso no nos encontramos frente a una actividad de intermediación en el mercado. Otro caso es el de los notarios a quienes el INDECOPI ha considerado como proveedores, porque ha estimado que no son funcionarios públicos y que brindan servicios sin que la ley haga algún distingo (Resolución N° 947-2009/SC2-INDECOPI). En el caso de las cooperativas, el INDECOPI las ha considerado como proveedores, sea para operaciones que realicen con terceros o con sus socios; los que están excluidos de su conocimiento son los actos de organización interna, es decir, la relación como socio cooperativo<sup>10</sup>. Finalmente, son considerados como proveedores los que prestan servicios profesionales. El INDECOPI ha incluido dentro de este concepto a los médicos, abogados, arquitectos, pero considerando su obligación como de medios, porque no pueden garantizar un resultado; en tal virtud, se analiza si han actuado con diligencia o no<sup>11</sup>.

---

<sup>9</sup> Farina Juan M, "Defensa del consumidor y del usuario". Comentario exegético de la Ley N° 24.240, con las reformas de la Ley N° 26.361", editorial Astrea, 4ª Edición, Buenos Aires, 2008, p. 85.

<sup>10</sup> Lineamientos de la Comisión de Protección al Consumidor del INDECOPI, aprobado por Resolución N° 001-2006-LIN-CPC/INDECOPI y modificado por Resolución 001-2007-LIN-CPC/INDECOPI, p. 71.

<sup>11</sup> *Ibidem*, p. 109.

### **1.2.2. ELEMENTO OBJETIVO: (LA RELACIÓN DE CONSUMO)**

El contrato de consumo genera una relación entre un proveedor y un consumidor; con la obligación del primero de brindar un producto o servicio idóneo y del segundo de pagar una contraprestación económica. Se trata de una relación de carácter onerosa, con prestaciones recíprocas, porque existen prestaciones de ambas partes. Excepcionalmente la relación de consumo puede tener un carácter gratuito, cuando, entre otros, el proveedor ofrecer productos o servicios gratuitos con fines de promoción o de fomentar el consumo. En este sentido, el numeral 5 del artículo IV del Título Preliminar del Código establece respecto de la definición de relación de consumo que es sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo III, es decir, de aquellas otras situaciones tales como la adquisición gratuita de productos o servicios con fines de promoción o de fomentar el consumo.

Son elementos de la relación de consumo: las partes, el producto o servicio, y la contraprestación económica. El producto o servicio deben ser física o jurídicamente posible, es decir deben existir y ser permitida su comercialización; no podrían ser materia del contrato productos o servicios prohibidos o de carácter ilícito. En cuanto a la contraprestación económica, no necesariamente tiene que consistir en dinero, sino puede consistir en otros bienes como en el caso de la permuta.

### **1.3. REGLAS APLICABLES**

Al contrato de consumo le son aplicables algunas figuras que no rigen para el contrato en general, tales como el principio de vinculación de la oferta, de la promoción o de la publicidad; el derecho de restitución; las cláusulas abusivas de ineficacia relativa; entre otras. Las normas sobre el contrato de consumo tienen un carácter especial frente a las normas del contrato en general y se puede decir que tienen carácter expansivo en mérito del principio de protección mínima, respecto a que las normas sectoriales no pueden dispensar un nivel de protección menor (Inc. 6. Art. V del Código). Sin embargo, dado que el derecho de consumo es un derecho en formación, existen algunos vacíos que son llenados recurriendo a las normas del derecho común o civil. En dicho caso se debe respetar la naturaleza de los contratos de consumo (asimetría entre las partes) y el carácter tuitivo del derecho de consumo, por lo que cualquier norma de derecho civil no se le puede aplicar a dicho contrato.

#### **a) Carácter expansivo**



Las normas del contrato de consumo se aplican para cualquier modalidad de contrato de consumo, sea que el contrato se celebre a distancia o fuera del establecimiento comercial, se trate de contratos por adhesión, negociados, entre otros. El segundo párrafo del artículo 45º del Código establece que: “*las disposiciones del presente título son aplicables a todos los contratos de consumo, sean celebrados por cualquier modalidad o forma, según la naturaleza y alcances correspondientes*”. Existen algunas normas específicas que se aplican a ciertos contratos de consumo; por ejemplo la figura de las cláusulas abusivas rige para los contratos por adhesión o con cláusulas generales de contratación, lo que no excluye la protección al consumidor en los contratos negociados porque allí existe también una situación de asimetría entre las partes, aunque con una menor vulnerabilidad.

Por el carácter expansivo del derecho de consumo las normas del Código contienen el mínimo de protección a los consumidores y las normas sectoriales no pueden establecer un nivel de protección menor. Aplicando ese principio en el ámbito de los contratos significa que las normas sectoriales deben respetar el mínimo de protección establecido en el Código, lo cual no impide que se pueda dispensar un nivel de protección mayor. Existe la interrogante de ¿cuál es la relación entre este principio y el principio de especialidad? La especialidad se aplica entre normas del mismo rango, pero no entre normas de diferente jerarquía. En el caso de normas de igual rango, la especialidad está dada por la materia que se regula; de manera que si es un tema de consumidor prevalecerá la norma que regula específicamente esta materia; si se trata de un tema estrictamente sectorial prevalecerá dicha norma. En caso de conflicto o de duda insalvable entre normas debe estarse a lo que resulta más favorable para el consumidor, en mérito virtud del principio *pro consumidor* a que se refiere el inciso 2 del artículo V del Código.

## **b) Principio de especialidad**

Las normas del Código y lo previsto en leyes especiales sobre protección al consumidor son de carácter especial y prevalecen sobre cualquier otra norma. Es una ley especial, por ejemplo, la Ley N° 28587 – Ley Complementaria a la Ley de Protección al Consumidor en materia de Servicios Financieros <sup>-12</sup>.

---

<sup>12</sup> Esta norma fue emitida con anterioridad al Código y debe ser concordada con éste, por cuanto contiene una serie de normas específicas sobre servicios financieros, cláusulas abusivas, aprobación administrativa, entre otros. La Superintendencia de Banca, Seguros y AFPs ha emitido la Resolución SBS N° 7897-2011, que ha modificado el Reglamento de Transparencia, para adecuarse a las disposiciones del Código. No obstante, quedan pendientes algunas otras adecuaciones como la acumulación de los minutos o segundos no consumidos en las tarjetas o recargas virtuales de telefonía fija o celular (numeral 66.7, Art. 66).

Por el principio de especialidad rigen en primer lugar las normas del Código y las leyes especiales en materia de protección al consumidor. Esto implica que la materia debe encontrarse regulada en estas normas; y solo si no se encuentran previstas en ellas se puede recurrir supletoriamente a otras fuentes como el derecho civil, pero siempre respetando la naturaleza del contrato de consumo.

El carácter especial de las normas del Código importa que a los contratos de consumo se les aplique no sólo las del Título II sobre contratos, sino las del Código en su conjunto, con sus principios, políticas públicas, derechos, métodos comerciales abusivos, responsabilidad del proveedor, entre otras figuras. Específicamente en materia de interpretación de los contratos rigen los principios *pro consumidor*, transparencia, corrección de asimetría, buena fe, protección mínima, entre otros.

### **c) Carácter supletorio de otras normas**

Cuando el Código o las leyes especiales no prevean una norma específica sobre determinada materia del contrato de consumo, debe recurrirse a otras fuentes supletorias. El Código ha establecido como fuente supletoria primera a las disposiciones del Código Civil, siempre que resulten compatibles con la naturaleza de estos contratos. La referencia a que sean normas compatibles con la naturaleza de estos contratos implica considerar que existe una relación de asimetría entre las partes y que no serían aplicables las normas que parten de una situación de igualdad entre ellas. En este sentido, serían aplicables supletoriamente las normas del Código Civil sobre el contrato por adhesión o con cláusulas generales de contratación, porque son normas que protegen al adherente en contratos en donde existe capacidad de negociación. No serían aplicables las disposiciones del Código Civil sobre el plazo para accionar por vicios ocultos (Artículo 1514)<sup>13</sup> o la renuncia previa al saneamiento por vicio oculto en caso de culpa leve (Artículo 1520)<sup>14</sup>, porque desprotegen al consumidor y no consideran la relación de asimetría entre las partes.

La referencia al Código Civil como fuente supletoria de las normas de contrato de consumo, no es excluyente de otras fuentes supletorias. Estas otras fuentes se aplicarán siempre en defecto de las normas del Código Civil y cuando resulten compatibles con la naturaleza de estos contratos. En otros países se discute si las normas sobre el

---

<sup>13</sup> “Artículo 1514.- Las acciones a que se refieren los artículos 1511º y 1513º caducan a los 3 meses si se trata de bienes muebles y a los seis de inmuebles”.

<sup>14</sup> “Artículo 1520.- La renuncia al saneamiento es nula cuando el transferente actúa con dolo o culpa inexcusable respecto de la existencia de vicios del bien al momento de celebrarse el contrato o de pactada la renuncia”.

comerciante, por ejemplo las del código de comercio, son aplicables a los consumidores; llegándose a considerar que no resultarían aplicables, porque la finalidad de esas normas es regular actos de comercio en las que las negociaciones que efectúan las partes se realizan en condiciones de igualdad.

No hay que confundir aplicación supletoria de la norma (cuando no existe una norma en el Código o en las leyes especiales) con la aplicación específica de ciertas normas que regulan la materia correspondiente. Así por ejemplo existen normas sobre el servicio financiero, servicios públicos, educación, transporte, etc. En este caso se aplicará la norma específica; y en caso de conflicto con una norma de consumo sobre la materia, hay que estarse a lo que resulta más favorable al consumidor.

## **2. PRINCIPIO DE INTEGRACIÓN Y VINCULACIÓN DE LA OFERTA, PROMOCIÓN Y PUBLICIDAD**

### **2.1. INTRODUCCIÓN**

Uno de los principios básicos del derecho de consumo es el de transparencia, el cual se aplica en cualquier etapa de la relación contractual y sobre todo en la etapa previa al contrato, porque el consumidor requiere conocer toda aquella información relevante para contratar, sea sobre las características de los productos y servicios y todo el aspecto relativo a la contratación.

En el derecho civil toda la información previa a contratar debe estar contenida en la oferta. La oferta civil debe ser completa (Art. 1359º del Código Civil) y debe permitir que el contrato quede celebrado con la sola aceptación de la otra parte. Esta oferta obliga al oferente y tiene un carácter *recepticio* porque requiere estar dirigida a una persona en particular<sup>15</sup>. La excepción es la oferta pública, dirigida a un grupo indeterminado de personas, la cual vale como invitación a ofrecer, es decir, no vincula u obliga al oferente, salvo que hubiera expresado lo contrario<sup>16</sup>.

---

<sup>15</sup> De la Puente y Lavalle, Manuel, "El Contrato en General". Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil", Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2ª Edición, Lima, 1993, primera parte, tomo II, p. 223.

<sup>16</sup> Artículo 1388º.- La oferta al público vale como invitación a ofrecer, considerándose oferentes a quienes acceden a la invitación y destinatario al proponente. Si el proponente indica claramente que su propuesta tiene el carácter obligatorio de una oferta, valdrá como tal".

En el derecho de consumo la oferta al público es la generalidad porque el proveedor ofrece sus productos a una serie de consumidores y usuarios, y para ello desarrolla muchas veces una campaña de publicidad y ofrece promociones. Estas ofertas, promociones y publicidad son incompletas, porque no contienen toda la información. Lo que se busca es fomentar la contratación de productos y servicios, para lo cual se destacan sus características más importantes o los aspectos más relevantes de la promoción o de la publicidad. Incluso en la publicidad la información que se ofrece es menos intensa que la información previa a contratar, porque es la primera aproximación del consumidor a los productos y servicios y se busca captar su interés (Resolución 1602-2007-TDC-INDECOPI). Sin embargo, aún cuando en la publicidad la información sea menos intensa, ella no puede contener información falsa o engañosa, porque se defraudarían las expectativas de los consumidores.

Si aplicamos los criterios básicos del derecho civil, de que la oferta debe ser completa y solamente obliga al oferente cuando la ha dirigido a determinada persona, los consumidores quedarían desprotegidos porque todo lo que ofrece o promete el proveedor no lo vincularía. En caso de engaño se le tendría que denunciar para que sea sancionado o recurrir al fuero común para solicitar la anulación del contrato, pero no existiría un remedio directo para corregir la conducta del proveedor. Ante esta situación el principio de integración y vinculación de la oferta, promoción y publicidad busca que el proveedor resulte obligado por todo lo que ha prometido u ofrecido al consumidor.

## **2.2. SIGNIFICADO DEL PRINCIPIO**

El principio se encuentra recogido en el artículo 46º del Código y tiene un doble alcance: por un lado el principio de vinculación o de obligación de la oferta, promoción y publicidad; y por otro lado el de integración de éstas al contrato.

### **a) Principio de Vinculación**

El principio de vinculación de la oferta, promoción y publicidad significa que el proveedor se encuentra obligado por todo lo que ofrece, promete, anuncia o informa al consumidor. De tal manera que éste puede exigir las condiciones ofrecidas o prometidas, sin que el proveedor se pueda excusar de ello. Estas condiciones ofrecidas pueden estar en la oferta, en la promoción o en la publicidad, en los envases, etiquetas, en documento aparte, folletos y, en general, en cualquier otro documento o medio que permita dejar constancia de lo que ha ofrecido el proveedor. El artículo 20º del Código considera como una garantía explícita: *“cuando se deriva de los términos y condiciones*

*expresamente ofrecidos por el proveedor al consumidor en el contrato, en el etiquetado del producto, en la publicidad, en el comprobante de pago o cualquier otro medio por el que se pruebe específicamente lo ofrecido al consumidor”.*

La promesa del proveedor puede estar contenida en la oferta, en la publicidad o en la promoción. La oferta es entendida en un sentido coloquial de cualquier forma bajo la cual el proveedor ofrece sus productos o servicios al consumidor<sup>17</sup>, no se refiere a la oferta civil que requiere que todos los elementos del futuro contrato estén presentes. La publicidad es entendida como una forma de comunicación pública que busca fomentar la adquisición de productos y servicios; tiene un carácter informativo y un propósito comercial de fomentar la contratación de éstos; por ello es que la intensidad de la información es mucho menor, pero sin que ello ocasione engaño o error en el consumidor. La promoción es toda acción destinada a incentivar la transacción en condiciones de ofertas excepcionales y temporales, que aparecen como más ventajosas (Título VIII Glosario del Decreto Legislativo N° 1044, Ley de Represión de la Competencia Desleal), por ejemplo el descuento de los precios, el dos por uno, las liquidaciones, entre otras figuras.

La publicidad y promoción exigen características especiales de protección al consumidor, porque allí se relaja la intensidad de la información y su finalidad es sobretodo incentivar el consumo de productos y servicios. En ese sentido, el Código contiene una serie de normas de prohibición de la publicidad falsa o engañosa (Art. 13º) y de requisitos mínimos de las promociones, para que éstas indiquen su período de duración y las cantidades a ofertar y, en caso se apliquen restricciones, sean informadas en forma clara, destacada y fácilmente advertible por el consumidor en el mismo anuncio o se remita a una fuente de información distinta con indicación de que se aplican restricciones. (Art. 14º).

#### **b) Principio de Integración**

Por el principio de integración todo lo que se hubiera ofrecido en la oferta, promoción o publicidad se entiende integrado en el contrato, aun cuando no se hubiera dicho nada sobre ellos en él. Esto es una manifestación del principio anterior, porque si la oferta, promoción o publicidad obligan al proveedor es lógico que ello sea reflejado también en el contrato y si no lo fuera se entiendan integrados a él. Para que se invoque este principio es presupuesto que se haya celebrado el contrato y que la oferta, promoción o publicidad hubieran estado vigentes antes de esa fecha. La información puede haber

---

<sup>17</sup> El profesor Juan Farina señala que *“la palabra “oferta” se refiere a cualquier modo de invitación a contratar, pues lo común es que la oferta en materia comercial sea dirigida al público, tal como lo expresa el artículo 7º (dirigida a consumidores potenciales indeterminados)”*, *op.cit*, pp. 201-202.

estado contenida en las etiquetas, envases, folletos, avisos, publicidad en medios de comunicación y, en general, en cualquier medio que permita dar constancia de ello.

### **2.3. FUNDAMENTO**

El principio de vinculación e integración de la oferta, promoción y publicidad tiene los siguientes fundamentos:

#### **a) Tutelar la confianza del consumidor**

El profesor José Ramón García Vicente sostiene que el citado principio *“protege las expectativas del consumidor sobre la naturaleza y condiciones de las prestaciones, derivadas de las afirmaciones vertidas en las declaraciones públicas. El consumidor no tiene que soportar el riesgo de decepción que padecería si sólo fueran exigibles las prestaciones prometidas en el contrato y no las afirmadas a través de las declaraciones publicitarias”*<sup>18</sup>. Es decir, tutela la confianza del consumidor de que se cumpla con lo que se le ha prometido y de que no se defrauden sus expectativas, porque no resulta adecuado que se le traslade el riesgo del incumplimiento o del engaño que resulta atribuible a la otra parte.

#### **b) Es un remedio para reprimir la publicidad falsa o engañosa**

Si el consumidor tuviera que denunciar el incumplimiento o el engaño del proveedor tendría que probar que el contrato contiene la promesa o que se ha generado confusión o engaño para en su caso demandar la resolución o el cumplimiento del contrato o la anulación del acto jurídico. Sin embargo, la dificultad de la prueba y el trámite de todo un proceso judicial cuyo resultado no está asegurado, desincentivan al consumidor a seguir dicho trámite, máxime cuando lo que le interesa es que se cumpla con lo prometido más que en su caso se anulen los efectos del contrato. El principio de vinculación e integración de la oferta, promoción y publicidad representa un remedio para reprimir la publicidad falsa o engañosa, porque el proveedor va a encontrarse obligado por todo lo que hubiera prometido y asumirá las consecuencias de ello frente a los consumidores, quienes tendrán, individualmente o colectivamente, una herramienta efectiva para que no se defrauden sus expectativas.

---

<sup>18</sup> García Vicente, José Ramón, “artículo 61. Integración de la oferta, promoción y publicidad en el contrato”, en: Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (coordinador), “Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias”, editorial Aranzadi, 1ª Edición, Madrid, 2009, p. 783.

### **c) Es un mecanismo de defensa de la leal competencia**

La existencia de una publicidad falsa y engañosa genera una competencia desleal entre los proveedores, porque aquellos que actúan con lealtad y transparencia terminan perjudicados por aquellos malos proveedores que en base a estos mecanismos fraudulentos adquieren mayor mercado. El principio de vinculación de la oferta, promoción y publicidad constituye una herramienta para reprimir la competencia desleal, porque aquellos proveedores que ofrecen condiciones más favorables estarán obligados a cumplirlo y de esta manera podrá restablecerse de alguna manera la igualdad de condiciones entre ellos. Aunque claro está hay que tomar en cuenta que no siempre se va hacer efectivo este principio, porque existirán muchos casos que no son denunciados o situaciones que no son sancionadas; por ello resulta importante la labor de la autoridad de consumo para fiscalizar y sancionar la publicidad falsa o engañosa y el papel de los consumidores para hacer respetar lo que se les ha prometido.

## **2.4. ALGUNAS SITUACIONES CONTROVERTIDAS**

La aplicación del principio de vinculación e integración de la oferta, promoción y publicidad presenta algunas situaciones controvertidas. A continuación vamos analizar éstas.

### **a) La oferta, promoción o publicidad difieren del contenido del contrato**

Puede presentarse el caso en que la oferta, la promoción o la publicidad difieran del contenido del contrato, es decir, que una cosa se haya ofrecido en aquellas y otra cosa se haya consignado en el contrato. Así por ejemplo cuando en la oferta se ha ofrecido un producto con determinadas características y en el contrato se ha consignado otras. O cuando se ha ofrecido cierta promoción de adquirir a menor precio pero en el contrato no se ha aplicado esa rebaja. A diferencia del caso previsto en el artículo 46º en el que no se ha consignado nada en el contrato y se entiende integrado con la oferta, promoción y publicidad, en el presente caso se ha consignado en el contrato un contenido que difiere de éstas. En ese sentido, se plantea la interrogante: ¿cuál es lo que prevalece: la oferta, promoción o publicidad o el contrato? Existen dos posiciones encontradas: quienes consideran que prevalece la publicidad por el efecto vinculante de ésta, aun cuando difiera del contrato<sup>19</sup>; y quienes consideran que prevalece el contrato porque es un acuerdo que vincula a las partes<sup>20</sup>.

---

<sup>19</sup> En el artículo 21º del Anteproyecto del Código de de Consumo elaborado por la Comisión Consultiva presidida por el doctor Walter Gutiérrez Camacho se consideró lo siguiente: *“la publicidad prevalece sobre el contenido del contrato, incluso cuando el consumidor lo haya firmado”*.

El Código no se ha pronunciado expresamente sobre esta discusión, aunque recoge algunos principios que permiten decantar una posición. El artículo 46º del Código recoge la redacción del artículo 20 de la Ley de Protección al Consumidor, TUCO aprobado por Decreto Supremo Nº 006-2009-PCM, que tiene como antecedente el artículo 61 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de España, Texto Refundido aprobado por Real Decreto 1/2007, que establece que: *“si el contrato celebrado contuviese cláusulas más beneficiosas, éstas prevalecerán sobre el contenido de la oferta, promoción o publicidad”*. La interpretación de la doctrina española es que nada impide que en el contrato se puedan negociar condiciones diferentes, siempre y cuando éstas hubieran sido efectivamente negociadas<sup>21</sup>. En efecto, las partes pueden negociar condiciones distintas de las que originariamente fueron ofrecidas en la oferta, promoción o publicidad. Esto puede incluso favorecer a los consumidores cuando se les ofrecen condiciones más ventajosas o cuando se modifican las condiciones a cambio de otras ventajas. Pero esto presupone que hubiera existido efectivamente una negociación entre las partes y no que simplemente se consigne que se pacta en contrario, porque esto puede encerrar que el proveedor imponga al consumidor el cambio de condiciones sin que hubiera existido un acuerdo, lo cual sería una forma de desconocer el principio de vinculación de la oferta, la promoción y la publicidad. Existen diversos criterios para considerar que existió negociación efectiva, tales como que existió la firme voluntad del consumidor de aceptar esos cambios, que se hayan modificado las condiciones a cambio de otras, que no se haya modificado la esencia de la oferta, promoción y publicidad que motivó al consumidor a contratar; y, en general, que se haya tenido en cuenta el interés del consumidor.

#### **b) La publicidad o promoción con valor indicativo o con reserva de estar sujeta a modificaciones**

El principio de vinculación e integración de la oferta, promoción y publicidad exige que éstas tengan un carácter obligatorio, lo que implica que no puedan ser expresadas de forma tal que hagan ver que tienen carácter voluntario o que están sujetas a tantas restricciones o condiciones que desconozcan su naturaleza. Nada impide que la oferta, la publicidad o la promoción establezcan condiciones o restricciones porque el proveedor es libre de ofrecer sus productos y servicios en las condiciones que considere, pero ello no puede conllevar a generar engaño o confusión en el consumidor de que se

---

<sup>20</sup> Esta posición fue recogida en alguna forma en el artículo 85 del Proyecto de Ley Nº 3954/2011-PE, del Poder Ejecutivo, sobre el Código de Protección y Defensa del Consumidor, cuando señala que la publicidad tiene efecto vinculante, salvo pacto en contrario. Es decir, prevalecía lo que se consignaba en el contrato.

<sup>21</sup> García Vicente, José Ramón, *op.cit.*, pp. 786-787.



anuncien productos que no tengan en realidad la naturaleza de oferta, promoción o publicidad.

La oferta, la promoción y la publicidad deben ser respetadas en las condiciones ofrecidas. La pregunta que surge es ¿hasta qué momento se encuentra obligado el proveedor? El proveedor se encuentra obligado por todas aquellas aceptaciones a las ofertas que se hubieran generado durante su plazo de duración o durante el tiempo en que han estado disponibles al consumidor (en el caso de las promociones se exige un stock o cantidad mínima de productos). Otra interrogante es si el proveedor puede cambiar las condiciones de la oferta, de la promoción o de la publicidad. El proveedor puede cambiar las condiciones de la oferta o de la publicidad siempre que se hubiera vencido el plazo fijado o, en ausencia de éste, cuando se hubiera comunicado fehacientemente a los consumidores el cambio de las condiciones; mientras tanto el proveedor se encuentra obligado por todas las aceptaciones a las ofertas que se generen.

Las promociones tienen una regulación especial, porque generan una mayor atención en los consumidores y pueden defraudarse más fácilmente sus expectativas. En ese sentido, el artículo 14º del Código exige que en los anuncios se consigne su período de duración, la cantidad mínima de unidades a ofertar, y en el caso se apliquen condiciones o restricciones, éstas se establezcan en forma clara, destacada y perceptible por el consumidor, pudiendo remitirse a otra fuente de información distinta siempre que se indique en el anuncio que se aplican restricciones. Durante el tiempo de vigencia de la promoción el proveedor no puede cambiar las condiciones ofrecidas ni establecer otras restricciones.

### **c) Las declaraciones publicitarias de terceros**

La publicidad y las promociones son ofrecidas generalmente por el productor o el distribuidor. La pregunta que surge entonces es si el vendedor se encuentra obligado por esa publicidad o promoción frente al consumidor. Generalmente el vendedor aplica las promociones porque el productor o el distribuidor le han ofrecido condiciones más ventajosas para que se las traslade al consumidor. Consideramos que en estos casos el vendedor se encontrará obligado por la promoción porque de alguna manera ha prestado su voluntad y se está beneficiando con ello. En tal sentido, el consumidor podrá exigirle el cumplimiento de la promoción o dirigirse directamente contra el productor o distribuidor. Una situación distinta sería que el vendedor no ha recibido condiciones más favorables ni ha aceptado aplicar la promoción, en cuyo caso no se encontrará obligado

frente al consumidor, quien podrá dirigirse únicamente contra el productor o distribuidor.

Puede suceder que la publicidad o la promoción sean efectuadas por el vendedor y que no haya participado el productor o distribuidor. Por ejemplo, una liquidación de ropa en una tienda específica. Estos hechos no vinculan al productor o distribuidor, porque no han intervenido en dichas ofertas ni han prestado su voluntad para que se realicen las promociones.

### **3. PROTECCION MÍNIMA DEL CONTRATO DE CONSUMO**

El artículo 47º del Código contiene un conjunto de reglas que se aplican al contrato de consumo. No son reglas para el contrato en general, sino para situaciones específicas de contratación o modalidades de contratación. Se denomina protección mínima porque es inderogable por las partes, quienes deben observar necesariamente estas reglas, bajo la sanción de que las cláusulas, condiciones, o estipulaciones contrarias a ellas sean declaradas inexigibles. Es discutible aplicar la sanción de inexigibilidad para todos los casos, porque puede suceder que el tamaño de la letra sea inferior al exigido pero sea entendible por las partes, con lo cual resultaría desproporcionado aplicar la sanción de inexigibilidad de la cláusula. Esto no sería óbice para que se sancione al proveedor por infracción de la norma, pero ello no podría llevar a la invalidez de la cláusula, máxime cuando esa situación pueda perjudicar al consumidor. A continuación vamos a desarrollar las reglas de protección mínima que establece el Código.

#### **a) La manifestación expresa de la voluntad en los contratos celebrados por escrito o en algún otro tipo de soporte**

Esta regla se aplica para los contratos celebrados por escrito o en aquellos en que se permita dejar constancia de su celebración mediante algún tipo de otro soporte. Esto último puede ocurrir cuando se permita dejar constancia de la celebración del contrato por cualquier otro mecanismo tales como la reproducción de audio (vía teléfono) o video, medios informáticos como el Internet, o similares. En estos casos la norma exige que deba constar en forma inequívoca la voluntad de contratar. Esta exigencia no resulta aplicable para los contratos celebrados en forma tácita (que se entienden celebrados con la ejecución de las prestaciones) o los celebrados en forma verbal; aunque en estos casos siempre existirá la obligación de entregar comprobantes de pago conforme a la norma tributaria. La norma prevé adicionalmente que es responsabilidad del proveedor establecer en los contratos las restricciones o condiciones especiales del producto o servicio. Es una presunción de que si las restricciones o condiciones especiales no están establecidas en el contrato no rigen para los consumidores, pero nada impide que se pueda probar su existencia mediante otros mecanismos que permitan otorgar convicción.

## **b) Obligación de entregar una copia de los contratos y de las cláusulas generales de contratación**

La norma establece la obligación que cuando los contratos son celebrados por escrito debe entregarse una copia de los mismos, de toda la documentación relacionada con ellos, incluida de las condiciones generales de contratación. Por documentación relacionada con ellos puede entenderse, por ejemplo, la hoja de resumen o la cartilla informativa en los servicios financieros según se trate de créditos o de depósitos. Las cláusulas generales de contratación son aquellas cláusulas tipo que se utilizan en ciertos contratos celebrados en forma masiva, sea en los contratos de servicios financieros, de seguros, de servicios públicos, y similares. Existe el deber del proveedor de hacer constar que entregó todos estos documentos al consumidor. En el caso de la contratación electrónica la norma establece que debe acreditarse que la información fue puesta oportunamente a disposición del consumidor, es decir, en forma previa. Sin perjuicio de ello, existe regulación específica de la contratación a distancia, incluida la contratación electrónica, que establece la obligación de que se permita al cliente obtener una copia del contrato y de la documentación respectiva o que se le remita esa información una vez celebrado el mismo. En el caso de los servicios financieros, la Séptima Disposición Complementaria y Final del Reglamento de Transparencia, aprobado por Resolución SBS N° 1765-2005, establece como uno de los requisitos de la contratación a distancia que debe permitirse al cliente obtener una copia impresa del contrato, cartilla de información u hoja de resumen. En el caso de los seguros los numerales 23 al 29 de la Resolución SBS N° 2996-2010, que aprueba el Reglamento Marco de la Comercialización de Productos de Seguros, establecen que cuando el contrato se celebre a distancia existe la obligación del proveedor de remitir o entregar la póliza de seguro o el certificado correspondiente. Para el caso de los servicios de telecomunicaciones, los artículos 96 y 97 de las Condiciones de Uso de los Servicios de Telecomunicaciones, aprobadas por Resolución N° 116-2003-CD/OSIPTEL, establecen que cuando la modalidad de contratación sea por audio o video o a través de soporte informático o electrónico, debe remitirse al domicilio del abonado el documento donde se consigne el detalle de las condiciones y características del servicio contratado.

## **c) Derecho a desvincularse del contrato utilizando la misma forma que se utilizó para su celebración**

El consumidor tiene derecho a desvincularse del contrato utilizando los mismos mecanismos bajo los cuales los celebró. La norma no otorga al consumidor un derecho a desvincularse del contrato o a ponerle término. Esto sólo será posible si legalmente o contractualmente se le otorga ese derecho; así por ejemplo el artículo 59º del Código otorga el derecho de restitución en caso de métodos comerciales agresivos o engaños, el literal b) del artículo 51º otorga el derecho a desvincularse del contrato cuando te cambian las condiciones establecidas, o el art 57 de las Condiciones de Uso

de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones otorga al abonado el derecho a resolver un contrato a plazo forzoso cuando hay problemas de calidad o se le cambian las tarifas en su perjuicio.

En consecuencia, la norma está referida a que cuando legal o contractualmente el consumidor tenga derecho a desvincularse del contrato, pueda hacerlo utilizando los mismos mecanismos bajo los cuales lo celebró. Es una forma de reducir los obstáculos desproporcionados u onerosos para el ejercicio de los derechos de los consumidores. Específicamente se refiere a utilizar los mismos mecanismos de forma, lugar y medios utilizados para la celebración del contrato. Así por ejemplo si el contrato fue celebrado por vía telefónica o electrónica el consumidor tiene derecho a desvincularse utilizando esa misma forma. Debe considerarse que el objetivo de la norma es que no se restrinja el derecho del consumidor a desvincularse del contrato; por lo que no se pueden generar situaciones absurdas tales como exigir que el derecho a desvincularse se ejerza en determinada oficina porque allí se celebró el contrato, cuando no existe ningún impedimento para que pueda ser efectuado en cualquiera de las oficinas del proveedor; o que se exija que necesariamente el contrato deba ser resuelto en vía telefónica y no en forma presencial, cuando no existe ningún inconveniente para esto último. Es un principio de interpretación “quien puede lo más puede lo menos”. El derecho a desvincularse del contrato utilizando la misma forma bajo la cual se celebró, no solamente se aplica a las prestaciones principales del contrato, sino a prestaciones adicionales o complementarias; de manera tal que puede excluirse o cancelarse estas prestaciones utilizando los mismos mecanismos de celebración del contrato.

#### **d) Tamaño de la letra**

La norma establece que los formularios contractuales deben ser legibles para los consumidores, no debiendo ser inferiores a tres milímetros. Esta misma redacción se encontraba prevista en el Anexo Sexto del Texto Único de la Ley de Protección al Consumidor, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2009-PCM, norma que tiene como antecedente el artículo 3° de la Ley N° 28587, Ley Complementaria a la Ley de Protección en materia de Servicios Financieros, que exige ese mismo tamaño de letra. La finalidad es que los formularios contractuales pueden ser leídos por los consumidores. Por formulario contractual puede ser entendido el modelo de contrato y sus anexos, tal como lo define para el caso de servicios financieros el Reglamento de Transparencia, Resolución SBS N° 1765-2005 (literal e), Art. 2); pero en general es cualquier forma de dejar constancia del contrato o de sus cláusulas, tal como sucede con el ticket de la playa de estacionamiento o el boleto de entrada a los conciertos, entre otros. Debe considerarse que nos encontramos frente a reglas de mínima protección de los consumidores y en esa línea se busca garantizar un mínimo de tamaño de letra para que sea legible por los consumidores. En cuanto al tipo de letra, el Reglamento de Transparencia da algunos ejemplos del tipo de fuentes de letra para computadora que

son compatibles con el mínimo de tamaño de letra exigido (Anexo 3)<sup>22</sup>. La norma exige adicionalmente que la redacción y los términos utilizados deban ser comprensibles por los consumidores, es decir, redactados en forma sencilla que faciliten su comprensión, claro está atendiendo a la naturaleza del producto o servicio contratado, pero siempre dentro de la finalidad de facilitar su comprensión por los usuarios (numeral 2.4, Art. 2º).

**e) Prohibición de cláusulas o prácticas que impongan obstáculos onerosos o desproporcionados para el ejercicio de los derechos de los consumidores reconocidos en los contratos.**

La norma establece que no pueden incluirse o ejercerse prácticas que impongan obstáculos onerosos o desproporcionados para el ejercicio de los derechos de los consumidores reconocidos en los contratos. En estricto, la norma está referida a los derechos contractuales y su finalidad es garantizar su ejercicio para que no se impongan obstáculos onerosos o desproporcionados que hagan declarativo su reconocimiento. El contrato puede establecer limitaciones para el ejercicio de los derechos del consumidor reconocidos contractualmente, pero estas limitaciones deben ser razonables y proporcionadas. Así por ejemplo el otorgamiento del derecho de desistimiento contractual no puede tener como restricción el pago de penalidades en un monto tal que resulte más conveniente al consumidor culminar con el plazo del contrato; o que para su ejercicio se fije todo un procedimiento que resulte desproporcionado, cuando existen otros mecanismos para hacer fácil su ejercicio. Estas restricciones o limitaciones desproporcionadas pueden obedecer no solamente a cláusulas que se establezcan en el propio contrato, sino a prácticas que se impongan en el contexto mismo del ejercicio del derecho. Puede extraerse también de la norma un principio general respecto a que los procedimientos que se establezcan para el ejercicio de los derechos legales de los consumidores deben ser razonables y proporcionados. Los derechos legales de los consumidores no pueden tener en principio ninguna limitación, salvo que sea estrictamente necesaria para su ejercicio y siempre que resulte razonable y proporcional.

#### **4. CONTRATO DE CONSUMO POR ADHESIÓN**

##### **4.1. DEFINICIÓN**

El contrato por adhesión o con cláusulas generales de contratación (CGC) es una expresión de la contratación masiva, por la cual se realizan una gran cantidad de transacciones y una de las partes del contrato se limita a aceptar su contenido, sin que existiera una negociación entre ellas. Se distingue entre contrato por adhesión y el celebrado con CGC: en el primero el adherente se limita a aceptar el contenido del contrato, sin que se pueda en ninguna circunstancia modificar su contenido (Art. 1390º

---

<sup>22</sup> Arial Narrow 11, Arial 11, Tahoma 11, Verdana 11, Trebuchet 11, Latha 11, Tunga 11, Century Gothic 11.

del Código Civil); en cambio, en el segundo caso están incorporadas cláusulas redactadas unilateralmente en forma general y abstracta y que excepcionalmente pueden ser negociadas por las partes. En realidad no existe en la actualidad una distinción sustantiva entre el contrato por adhesión y el celebrado con CGC, porque los contratos por adhesión son celebrados generalmente con CGC y la posibilidad de negociar algunas de éstas es casi residual y no desvirtúa la naturaleza del conjunto de contrato de que se celebra por adhesión.

El contrato por adhesión y las CGC se encuentran regulados en el Código Civil. Esta regulación resulta aplicable para la adhesión a cualquier contrato con estas características, independiente de quienes sean las partes, basta que una de ellas se adhiera al contenido del contrato y no exista una negociación entre las partes. En ese sentido, puede tratarse de un contrato celebrado entre personas naturales (un empresario y una persona natural cualquiera), entre personas jurídicas (entre empresas), o entre ambas (una empresa y una persona natural cualquiera).

A diferencia de lo expresado anteriormente, el contrato de consumo por adhesión es aquel celebrado entre un proveedor y un consumidor, es decir, tiene la particularidad de las partes que intervienen en él. Adicionalmente, existe todo un régimen especial que se les aplica como resultado de su naturaleza de contrato de consumo y algunas otras normas que le son propias como es el régimen de las cláusulas abusivas. Una definición integral del contrato de consumo por adhesión se encuentra recogida en el artículo 23 de la Ley Modelo de Consumers International para la Protección de los Derechos del Consumidor de América Latina y el Caribe, el cual establece lo siguiente: *“se entenderá por contrato de adhesión aquel cuyas cláusulas han sido aprobadas por la autoridad administrativa competente o establecidas unilateralmente por el proveedor de bienes o servicios sin que el consumidor pueda discutir o modificar sustancialmente su contenido al momento de contratar”*. La norma hace la distinción de que hay contratos por adhesión que se pueden celebrar con CGC aprobadas previamente por la autoridad administrativa y otras no. Esta distinción también se encuentra recogida en los artículos 1393º y 1397º del Código Civil y en el Código; residiendo su importancia en el control de las CGC, para que sea en forma preventiva a través de la autoridad administrativa.

El contrato de consumo por adhesión o con CGC tiene algunas reglas particulares de interpretación, unas propias de su naturaleza de contrato por adhesión y otras de su naturaleza de contrato de consumo. Son reglas de interpretación del contrato de consumo por adhesión o con CGC las siguientes: i) interpretación *“contra proferentem”*, llamada también *“contra stipulatorem”*, que significa que en caso de duda sobre el sentido de una cláusula, debe prevalecer la que resulta más favorable al consumidor, criterio que se encuentra recogido en el numeral 2 del artículo V del Título Preliminar del Código y, de manera general, en el artículo 1401º del Código Civil<sup>23</sup>; ii) cuando existe

---

<sup>23</sup> “Artículo 1401.- Interpretación de las estipulaciones

contradicción entre las cláusulas generales de contratación y las particulares incorporadas por las partes, prevalecerán estas últimas<sup>24</sup>, siempre y cuando hubieran sido producto de una negociación efectiva entre las partes; iii) en cualquier caso siempre se efectuará una apreciación en conjunto de las cláusulas del contrato, conforme a los criterios generales de interpretación del acto jurídico previstos en los artículos 168 y 169 del Código Civil; resolviéndose la duda a favor del consumidor.

## **4.2. REQUISITOS**

El artículo 48º del Código establece los requisitos del contrato de consumo por adhesión o celebrado con CGC. Son requisitos de estos contratos: los requisitos de transparencia y los de contenido. Los primeros inciden en el derecho a la información que tienen los usuarios y los segundos en el equilibrio necesario en los derechos y obligaciones de las partes. La falta de este último es un presupuesto para la configuración de una cláusula abusiva y su regulación es una de las novedades más importantes del Código, porque explica todo el régimen de las cláusulas abusivas. Estos requisitos son aplicables para cualquier tipo de contrato de consumo por adhesión, se encuentren sujetos o no a aprobación administrativa. A continuación vamos a desarrollar cada uno de estos requisitos.

### **4.2.1. REQUISITOS DE TRANSPARENCIA**

Los requisitos de transparencia buscan que el consumidor conozca y comprenda el contenido de las cláusulas contractuales. Son requisitos de transparencia: los requisitos de redacción y los de accesibilidad y legibilidad.

#### **a) Requisitos de redacción**

El literal a) del artículo 48º del Código establece que las cláusulas de los contratos por adhesión o con CGC deben ser redactadas de manera clara, concreta y sencilla. Esto implica que las cláusulas deben ser legibles, es decir, con un tamaño de letra mínimo de 3 milímetros, y ser comprensibles intelectualmente. El artículo 2º del Código establece como características de la información que sea, entre otros, suficiente, de fácil comprensión y apropiada. Aplicado a los contratos significa que las cláusulas deben contener toda la información que sea necesaria para conocer las condiciones

---

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

<sup>24</sup> “Artículo 1400.- Prevalencia de las cláusulas agregadas al formulario

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

económicas y jurídicas del contrato, incluido la terminación y las modificaciones contractuales; adicionalmente esa información debe ser fácilmente comprensible o entendible por los consumidores a los cuales van dirigidos los productos y servicios. El requisito de redacción rige no solamente para las cláusulas individualmente consideradas, sino para el contrato en su conjunto; así que debe evitarse la confusión y la contradicción entre las cláusulas. No se cumplirá con este requisito cuando las cláusulas sean ilegibles, ambiguas, oscuras o incomprensibles; y atendiendo a su intensidad, puede considerarse que simplemente no obligan al consumidor o interpretarse en caso de duda a favor de éste.

#### **b) Requisito de accesibilidad y legibilidad**

El requisito de accesibilidad se encuentra recogido en el literal b) del artículo 48º del Código e implica que el consumidor debe tener conocimiento del contrato y de sus cláusulas antes de su suscripción. Es decir, la información sobre el contrato debe ser brindada en forma oportuna o de manera previa, para que el consumidor tenga la posibilidad de revisar su contenido y ser consciente de las obligaciones que está asumiendo. El literal a) del artículo 48º del Código establece que la información contractual no debe implicar reenvío a textos o documentos que no se faciliten de manera previa o simultáneamente a la conclusión del contrato. Incluso la misma norma exige que se haga referencia expresa a ellos en el documento contractual. La ausencia del requisito de accesibilidad conlleva a que el consumidor no se encuentre obligado por las cláusulas que no se le han informado oportunamente o a las que no ha podido tener acceso.

#### **4.2.2. REQUISITOS DE CONTENIDO**

Son requisitos de contenido la buena fe y el equilibrio necesario en los derechos y obligaciones de las partes. Este último requisito tiene como antecedente el artículo 4º de la Ley N° 28587, que establece como requisito de los contratos sobre servicios financieros celebrados con CGC que exista un equilibrio contractual necesario entre las empresas y los usuarios. Con el artículo 48º del Código este requisito va ser para cualquier contrato de consumo por adhesión o con CGC, se encuentre sujeto o no a aprobación administrativa.

Los requisitos de contenido tienen una naturaleza distinta a los requisitos de transparencia, porque mientras éstos buscan que el consumidor conozca las cláusulas contractuales, aquellos inciden sobre el contenido de las cláusulas y su exigencia se da conozca o no el consumidor las cláusulas contractuales. De hecho se ha llegado a afirmar que incluso está permitida una cierta ignorancia racional del consumidor, por cuanto en los contratos por adhesión el conocimiento o no de las cláusulas contractuales incide muy poco en su contenido debido a que no hay posibilidad de negociación.



La sanción que se establece en caso se incumpla con los requisitos de contenido es que las cláusulas serán consideradas como abusivas y, por tanto, podrán ser declaradas inexigibles, sea por la autoridad administrativa en el caso del control preventivo, o por la autoridad de consumo (INDECOPI) en vía de control posterior cuando conozca un caso en concreto.

#### **a) Buena fe**

Es un principio general del derecho. En el ámbito del derecho de consumo significa que debe existir lealtad y confianza entre las partes (numeral 5, Art. V del Código); y en los contratos por adhesión o con CGC exige tratar al consumidor en forma leal y equitativa y no aprovecharse de la situación de desequilibrio contractual en la que se encuentra. En el Preámbulo de la Directiva 93/13/CEE del Consejo Europeo, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores, se considera lo siguiente respecto de la buena fe: *“que en la apreciación de la buena fe hay que prestar especial atención a la fuerza de las respectivas posiciones de negociación de las partes (...)”* Para el profesor Díez-Picazo la buena fe en materia de consumo implica lo siguiente: *“para el profesional es un objetivo modelo de comportamiento leal y para el consumidor, el conjunto de expectativas que consumidores con criterios razonables puedan formar sobre el tipo contractual propuesto<sup>25</sup>”*. En consecuencia, el requisito de la buena fe en los contratos por adhesión se entiende como aquél modelo de comportamiento leal del proveedor y que implica efectuar un trato equitativo hacia la otra parte y de no aprovecharse de la situación de desequilibrio contractual. Piénsese que nos encontramos frente a contratos por adhesión en donde el consumidor no ha tenido la posibilidad de negociar su contenido y de lo que se trata es de protegerlo de los abusos que se generen como resultado de ese desequilibrio contractual. La falta de buena fe se configura no solamente cuando concurre dolo, sino también una conducta culposa, porque puede suceder que por negligencia o descuido no se ha tenido un trato equitativo a los consumidores.

#### **b) Equilibrio contractual necesario en los derechos y obligaciones de las partes**

Se encuentra contemplado en el literal c) del artículo 48º del Código. Equilibrio necesario en los derechos y obligaciones de las partes implica que no debe generarse una situación de desventaja en los derechos y obligaciones de éstas. Es decir, no puede suceder que los derechos y las facultades estén distribuidos solamente a favor del proveedor y para el consumidor sean las obligaciones o las cargas del contrato. O que el proveedor se

---

<sup>25</sup> Cita efectuada por Isabel González Pacanowska, “Artículo 82. Concepto de cláusulas abusivas”, en: Bercovitz Rodríguez Cano, Rodrigo (coordinador), “Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias”, editorial Aranzadi, 1ª edición, Madrid, 2009, p. 957.

reserve derechos o facultades sin ningún tipo obligación o limitación, y al consumidor se le otorguen esas facultades pero sujetas a algún tipo de obligación o sobrecarga. De lo que se trata es que las partes se distribuyan los derechos y obligaciones en condiciones de equilibrio y que no represente una situación de desventaja para una de ellas. A diferencia de la legislación española (literal c, apartado 1, Art. 80 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios) que hace referencia al requisito del justo equilibrio de los derechos y obligaciones de las partes, nuestro Código utiliza el concepto de equilibrio necesario en los derechos y obligaciones de las partes. El concepto de justo equilibrio podría llevar a interpretaciones equívocas de que se está revisando el objeto del contrato, de ahí que el Código haya preferido utilizar el término de equilibrio necesario que ya estaba recogido para los servicios financieros en el artículo 4º de la Ley Nº 28587. Ahora bien ¿cuál debe ser la intensidad del equilibrio en los derechos y obligaciones de las partes? O planteada la pregunta en un sentido inverso: ¿Qué tipo de desequilibrio rompe este requisito: uno total, parcial, o cualquier tipo de desequilibrio? El equilibrio necesario en los derechos y obligaciones de las partes no supone un juicio de carácter cuantitativo de que cualquier situación mínima de desequilibrio implica ausencia de este requisito, sino un juicio de carácter cualitativo de que no se genere una situación de desventaja o de desigualdad o que signifique anulación de los derechos de los consumidores. Esto guarda sintonía con el concepto de cláusula abusiva a que se refiere el numeral 49.1 del artículo 49. Para el cumplimiento de este requisito debe analizarse las cláusulas en donde están contemplados los derechos que se atribuyen las partes y las obligaciones relacionadas; sin perjuicio de apreciarse el conjunto del contrato para ver el contexto de los derechos y obligaciones de las partes.

Debe considerarse que este requisito no supone una revisión del objeto principal del contrato, es decir, la relación entre el producto o servicio y la contraprestación, porque ello supondría un control o fijación de precios. Sin embargo, esto no excluye que se analice algunas otras situaciones admitidas por el derecho, tales como los límites de intereses otorgados fuera del sistema financiero, la prohibición de que el pago de la matrícula exceda a una pensión, la excesiva onerosidad en la prestación, entre otras instituciones. Tampoco excluye de la revisión las condiciones para la fijación de los precios, tales como la modificación de los mismos sin preaviso, el redondeo de precios, o cuando se establezca un parámetro para determinar el precio que no resulte razonable o que sea arbitrario.

## **5. CLAUSULAS ABUSIVAS**

### **5.1. DEFINICION**

Las cláusulas abusivas son una figura de los contratos de consumo por adhesión o con CGC. Esto porque en este tipo de contratos el consumidor no puede negociar su contenido y se limita a aceptar las condiciones establecidas por el proveedor. En ese sentido, la regulación de las cláusulas abusivas busca proteger a los consumidores de la situación de desequilibrio en la que se encuentran en este tipo de contratos.

La figura de las cláusulas abusivas surgió en Europa con la Directiva 93/13/CEE del Consejo Europeo, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores. Existieron algunos otros antecedentes como de la Ley Alemana sobre Condiciones Generales de Contratación de 1976; pero esta Ley se aplicaba para cualquier contrato con CGC, independiente de si se trataba o no de un contrato celebrado con los consumidores. Las cláusulas abusivas han sido reguladas en el artículo 34 del Código de Consumo Italiano, el artículo L132-1 del Código de Consumo Francés, el artículo 82 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de España, el artículo 51 del Código de Consumo Brasileño, el artículo 37 de la Ley de Defensa del Consumidor de Argentina, el artículo 90 de la Ley Federal de Protección al Consumidor de México, el artículo 16 de la Ley de Protección al Consumidor de Chile, entre otras leyes. Con el Código nuestro país se enmarca dentro de la tendencia de los países de proteger a los consumidores frente a las cláusulas abusivas.

El numeral 49.1 del artículo 49º del Código define a las cláusulas abusivas de la siguiente manera: *“en los contratos por adhesión y en las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, se consideran cláusulas abusivas y, por tanto, inexigibles todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que, en contra de las exigencias de la buena fe, coloquen al consumidor, en su perjuicio, en una situación de desventaja o desigualdad o anulen sus derechos”*. La definición de cláusula abusiva del Código guarda relación con los requisitos de contenido del contrato de consumo por adhesión del artículo 48º, respecto a que debe concurrir buena fe y equilibrio necesario en los derechos y obligaciones de las partes, con la diferencia de que en las cláusulas abusivas solo se hace referencia a los contratos por adhesión o con CGC no aprobadas por la autoridad administrativa, más no de aquellas que sí lo están. Ello no excluye el control posterior a los contratos con CGC aprobadas por la autoridad administrativa, porque el numeral 54.3 del artículo 54 del Código expresamente contempla la posibilidad al afectado de recurrir ante la autoridad de consumo, cuando se sienta afectado por la aplicación en concreto de una CGC aprobada por la autoridad administrativa.

No hay que confundir las cláusulas abusivas con las cláusulas vejatorias del artículo 1398 del Código Civil<sup>26</sup> ni con las cláusulas predispuestas del artículo 1399<sup>o</sup> del mismo Código<sup>27</sup>, porque ambas figuras del Código Civil constituyen una lista tasada de cláusulas prohibidas, a diferencia de las cláusulas abusivas que constituyen un concepto amplio al considerar como cláusula prohibida aquellas que en contra de la buena fe generen un situación de desequilibrio o desigualdad en los derechos y obligaciones de las partes. Anteriormente la protección al consumidor en los contratos por adhesión o con CGC estaba circunscrita a aplicar supletoriamente las figuras de las cláusulas vejatorias y de las cláusulas predispuestas, pero ello resultaba insuficiente porque el consumidor quedaba desprotegido ante otras situaciones que no estaban tipificadas expresamente. Con la figura de las cláusulas abusivas se otorga a la autoridad de consumo la facultad para que analice y declare la inexigibilidad de las cláusulas que generan una situación de desequilibrio o desventaja de los consumidores, sin la limitación de las cláusulas tasadas.

## 5.2. ELEMENTOS

Para que se configuren las cláusulas abusivas se requiere que concurren los siguientes elementos:

### a) Contrato de consumo por adhesión o con CGC

Las cláusulas abusivas operan en los contratos de consumo por adhesión o con CGC. Puede suceder que algunas de las cláusulas de estos contratos hayan sido negociadas, en cuyo caso no se les aplicará el régimen de cláusulas abusivas, sino al resto del contrato. El numeral 49.3 del artículo 49<sup>o</sup> del Código establece lo siguiente: *“el hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se haya negociado individualmente no excluye la aplicación de las normas sobre cláusulas abusivas al resto del contrato”*. Para que se excluya del régimen de las cláusulas abusivas la cláusula tiene que haber sido negociada efectivamente y no basta con que simplemente se señale que se pactó en contrario, porque esto reflejaría que nos mantenemos dentro de la línea de un contrato por adhesión. El artículo tercero de la Resolución SBS N<sup>o</sup> 7897-2011, que modificó el numeral 12) del artículo 6<sup>o</sup> del Reglamento de Tarjetas de Crédito, consideró como negociación efectiva: *“cuando pueda evidenciarse que la cláusula no constituye*

---

<sup>26</sup> “Artículo 1398. En los contratos celebrados por adhesión y en las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, no son válidas las estipulaciones que establezcan, a favor de quien las ha redactado, exoneraciones o limitaciones de responsabilidad; facultades de suspender la ejecución del contrato, de rescindirlo o de resolverlo, y de prohibir a la otra parte el derecho de oponer excepciones o de prorrogar o renovar tácitamente el contrato”.

<sup>27</sup> Artículo 1399.- En los contratos nominados celebrados por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, carecen de eficacia las estipulaciones contrarias a las normas establecidas para el correspondiente contrato, a no ser que las circunstancias de cada contrato justifiquen su validez. (...)”

*una condición general contenida en el contrato de adhesión que condicione su suscripción”.*

La negociación efectiva debe reflejar una negociación entre las partes, sea por ejemplo cambiando una condición por otra, excluyendo un beneficio a cambio de otro, ofrecer otras ventajas, etc. Asimismo, que no se haya modificado la esencia de la oferta, promoción o publicidad. En general debe analizarse si se tomó en cuenta el interés del consumidor. Téngase en cuenta que la negociación es una figura excepcional en los contratos por adhesión o con CGC; de ahí que se exija acreditar su existencia para excluir del régimen de cláusulas abusivas. Dentro de esta misma línea la carga de la prueba de la negociación efectiva la tiene el proveedor, no pudiendo entenderse que cualquier pacto en contrario desvirtúa esa exigencia.

#### **b) Falta de buena fe**

La ausencia de buena fe se presenta cuando no se otorga un trato leal y equitativo al consumidor y el proveedor se aprovecha de la situación de desequilibrio contractual en la que se encuentra aquél.

#### **c) Desequilibrio contractual o desventaja en los derechos y obligaciones de las partes**

Este elemento guarda relación con el requisito de contenido del contrato de consumo por adhesión o con CGC respecto del equilibrio necesario en los derechos y obligaciones de las partes. Existirá desventaja en los derechos y en las obligaciones de las partes cuando no exista el equilibrio necesario entre ellos. La doctrina ha desarrollado algunos parámetros objetivos de cuando no existe el equilibrio necesario<sup>28</sup>. Un primer elemento a considerar es la infracción de las normas de carácter imperativo: no habrá equilibrio necesario cuando se desconozca una norma de este tipo; por ejemplo, cuando se exonera de responsabilidad por causa imputable al proveedor o a sus dependientes, cuando se desconocen los derechos legales del consumidor, tales como el derecho al prepago o a la garantía legal, o cuando se autoriza a resolver o prorrogar unilateralmente los contratos. Estos son los casos que se conocen como listas negras o cláusulas abusivas de ineficacia absoluta. Un segundo parámetro a considerar es que la cláusula no resulte acorde con una norma de carácter dispositivo o de derecho dispositivo. Esta norma es tomada en cuenta como un parámetro para analizar si existe ausencia de equilibrio necesario en los derechos y obligaciones de las partes<sup>29</sup>, pues se

---

<sup>28</sup> González Pacanowska, Isabel, *op.cit*, pp. 962-964.

considera que son reglas estándar y se incorporan a los contratos en defecto del acuerdo entre las partes. El alejamiento de una norma dispositiva puede ser un indicativo de que nos encontramos frente a una cláusula abusiva, pero no necesariamente es así, porque en las cláusulas abusivas deben analizarse todas las circunstancias del contrato y éste en su conjunto, de allí que la incorporación de una cláusula distinta a una norma dispositiva puede estar compensada con otras ventajas o beneficios en el contrato. Finalmente, el tercer criterio para tomar en cuenta es analizar el caso específico de la situación de desequilibrio o de desventaja en los derechos y obligaciones de las partes, es decir, si por ejemplo todos los derechos y las facultades se encuentran a favor del proveedor y las obligaciones a cargo del consumidor, si se han establecido los mismos derechos y facultades para las partes pero con obligaciones y cargos solamente del consumidor, si se han establecido derechos y facultades al consumidor pero con obligaciones y cargas desproporcionadas o no razonables que no permiten el ejercicio de los derechos o facultades concedidas. El tercer criterio es quizá el más relevante, porque la mayor cantidad de cláusulas abusivas se presentan en situaciones que no están previstas legalmente y que requieren que la autoridad administrativa y la autoridad de consumo realicen una labor intensa para identificarlas y eliminarlas del mercado.

### **5.3. MODELOS DE CONTROL DE CLÁUSULAS ABUSIVAS<sup>30</sup>**

En nuestra legislación existen tres modelos de control de cláusulas abusivas. Estos modelos se combinan y no son excluyentes. La finalidad es que todos contribuyan a la eliminación de las cláusulas abusivas. Estos modelos son los siguientes:

#### **a) El control legislativo**

En esta forma de control el legislador tipifica expresamente las cláusulas abusivas. Son ejemplos de ello en los artículos 50º y 51º del Código que establecen una serie de cláusulas abusivas específicas. Su finalidad es que las agentes conozcan cuáles son las cláusulas prohibidas y eviten utilizarlas, porque pueden ser pasibles de sanción. Se trata de una tipificación de carácter general y abstracta. Para saber si nos encontramos frente a una cláusula abusiva, se requiere analizar si el supuesto específico se subsume dentro de la tipificación de cláusula abusiva. Este pronunciamiento le corresponde a la autoridad administrativa o a la autoridad de consumo (EL INDECOPI). En caso de

---

<sup>29</sup> *Ibidem*, pp. 963-964.

<sup>30</sup> El doctor Juan Espinoza Espinoza hace la referencia a los modelos de control de las cláusulas vejatorias, dentro de los cuales clasifica al control legislativo, administrativo y judicial, "Las cláusulas vejatorias en los contratos estipulados unilateralmente", en Themis Revista de Derecho, segunda época, 1998, Nº 38, p. 161. Nosotros hemos preferido hacer la clasificación en base a la forma de control en nuestra legislación, con incidencia en la autoridad y en los momentos en los que debe efectuarse el control.

evidenciarse la existencia de una cláusula abusiva, la autoridad administrativa prohibirá su inclusión en los contratos con CGC; y la autoridad de consumo declarará inexigible la cláusula.

#### **b) El control preventivo**

Es una forma de control previo de las cláusulas abusivas, antes de que las mismas salgan al mercado y se incorporen a los contratos finales. Se trata de un control general y abstracto porque se analiza las CGC que van a ser incorporadas a contratos finales. Está a cargo de la autoridad administrativa, sea de la SBS en el caso de los servicios financieros y de los organismos reguladores en el caso de los servicios públicos. Es una forma de control excepcional, solamente para las materias señaladas anteriormente y las que considere la Presidencia del Consejo de Ministros, previa solicitud del INDECOPI. La autoridad administrativa analiza si las CGC cumplen con los requisitos del artículo 48º del Código, sobre los requisitos del contrato de consumo por adhesión o con CGC.

#### **c) El control posterior (ex post)**

Es una forma de control posterior y concreto de los contratos finales de adhesión o celebrados con CGC. Está a cargo de la autoridad de consumo (El INDECOPI), quien analiza los contratos individualmente celebrados. Para ello examina si la cláusula en concreto se subsume dentro de los supuestos específicos de cláusulas abusivas de los artículos 50º o 51º del Código o dentro del concepto general de cláusula abusiva. En caso considere que nos encontramos frente a una cláusula abusiva, impone la sanción al proveedor, y adicionalmente en vía de medida correctiva complementaria, declara inexigible la cláusula (literal c) del artículo 116º del Código).

### **5.4. CLASIFICACIÓN**

Nuestro Código clasifica las cláusulas abusivas en: de ineficacia absoluta y de ineficacia relativa, dependiendo de si son cláusulas *per se* nulas o se requieren analizar en el caso en concreto. Esta clasificación tiene por antecedente la Ley Alemana sobre Condiciones Generales del Contrato de 1976, que distingue dos listas de cláusulas abusivas: una lista negra que contiene cláusulas abusivas absolutamente prohibidas y que no pueden ser incorporadas en los contratos; y una lista gris, que pueden ser declaradas ineficaces atendiendo al caso concreto.

#### **5.4.1. CLAUSULAS ABUSIVAS DE INEFICACIA ABSOLUTA**

Son cláusulas que infringen una norma de orden público o de carácter imperativo o los derechos legales de los consumidores. Se trata de cláusulas nulas de pleno derecho o

cláusulas ilegales. La autoridad consumo constata su presencia y las declara inexigibles por tratarse de cláusulas que adolecen de nulidad absoluta. Se encuentran recogidas en el artículo 50º del Código, norma que contiene un listado taxativo de cláusulas abusivas con una cláusula general de toda aquella cláusula contraria a una norma de orden público o de carácter imperativa. Estas cláusulas son las siguientes:

**a) Las que exoneren o limiten la responsabilidad por dolo o culpa**

Tiene como antecedente el artículo 1398º del Código Civil de que son cláusulas vejatorias aquellas que limiten o exoneren la responsabilidad de aquél que ha redactado las cláusulas o hace uso de ellas. La prohibición de la exoneración o limitación de responsabilidad comprende no solamente por los hechos dolosos o culposos del proveedor, sino también de sus dependientes, porque a través de éstos ejecuta la prestación. Debe tratarse de hechos dolosos o culposos, sin que se distinga entre culpa leve o culpa grave. La cláusula no será abusiva en caso que la exclusión de responsabilidad sea por hechos que constituyan efectivamente caso fortuito, fuerza mayor, o hecho determinante de tercero.

**b) Las que faculen al proveedor a suspender o resolver unilateralmente un contrato, salvo disposición legal distinta o la aplicación de normas prudenciales**

El contrato es obligatorio entre las partes (Art. 1361º del Código Civil) y la figura de la resolución del contrato generalmente se aplica cuando hay incumplimiento, cumplimiento de una condición, imposibilidad de la prestación, entre otros hechos similares. La suspensión o resolución unilateral de un contrato es excepcional porque se efectúa sin una justa causa. De allí que en los contratos por adhesión o con CGC se considere como una cláusula abusiva aquella que faculte al predisponente a suspender o resolver unilateralmente el contrato. El Código ha hecho explícita esta prohibición para los contratos de consumo celebrados por adhesión o con CGC, con la excepción de que exista una disposición legal en contrario o la aplicación de normas prudenciales por parte de la SBS. De acuerdo a la Circular N° B-2197-2011 son normas prudenciales: las referidas a la administración del riesgo de sobreendeudamiento de deudores minoristas, por consideraciones del perfil del cliente vinculadas al sistema de prevención del lavado de activos o del financiamiento del terrorismo, o por falta de transparencia de recursos. Esta última situación se presenta cuando en la evaluación realizada a la información señalada o presentada por los usuarios antes de la contratación o durante la contratación, se desprende que dicha información es inexacta, incompleta, falsa o inconsistente con la información previamente declarada o entregada por el usuario y repercuta negativamente en el riesgo de reputación o legal que enfrenta la empresa.



**c) Las que faculden al proveedor a resolver un contrato sin una comunicación previa o a poner fin a un contrato de duración indeterminada sin un plazo de antelación razonable, salvo disposición legal distinta o la aplicación de normas prudenciales.**

La información es un derecho del consumidor, la cual rige no solamente antes de contrato, sino durante su vigencia y ejecución. El artículo 1374º del Código Civil señala que cualquier comunicación contractual dirigida a determinada persona se entiende conocida por ésta cuando se dirige a su domicilio. Incluso para que se aplique la cláusula resolutoria expresa del artículo 1430º del Código Civil, se requiere que se dirija comunicación a la otra parte. La resolución del contrato sin una comunicación previa es una cláusula nula *per se* porque no se garantiza el derecho de información del consumidor. También se considera nula aquella cláusula que faculta a resolver un contrato de duración indeterminada sin otorgar al consumidor un plazo de antelación razonable para que pueda prevenirse de esa situación. El artículo 1365º del Código Civil facultad al acreedor a resolver un contrato de duración indeterminada, pero sujeto a una comunicación previa y con una antelación de 30 días. Este plazo no necesariamente tendría que aplicarse en materia de consumo, porque la norma hace la referencia a un plazo razonable, que será de acuerdo a las circunstancias o al tipo de contrato. Las excepciones a estas cláusulas son cuando existe una norma legal en contrario o la aplicación de normas prudenciales.

**d) Las que establezcan a favor del proveedor la facultad unilateral de prorrogar o renovar el contrato**

El contrato es un acuerdo entre las partes y cualquier prórroga o renovación debe obedecer a la voluntad éstas, no puede depender de la voluntad unilateral del proveedor, porque sino el contrato sería indefinido y el consumidor podría verse vinculado sin ningún término. En tal sentido, el Código considera como cláusula abusiva que el proveedor se reserve la facultad de prorrogar o renovar unilateralmente el contrato. Están fuera de los alcances de la norma las disposiciones legales en contrario.

**e) Las que excluyan o limiten los derechos legales concedidos a los consumidores**

Los derechos legales de los consumidores están consagrados en normas legales y no pueden ser desconocidos por las partes. La voluntad de las partes no puede ir en contra de una norma legal de orden público o de carácter imperativo. Son derechos legales de los consumidores algunos previstos en el Código, tales como el derecho a la información, a la salud, a la protección de sus intereses económicos y sociales, a efectuar pagos anticipados o prepagos, el derecho de restitución, a las garantías legales, entre otros. En el Código Civil están recogidos algunos otros derechos legales de carácter sustantivo,

tales como el derecho a oponer la excepción de incumplimiento, a ejercer el derecho de retención o consignación, entre otros.

**f) Las que importen una violación de normas o derechos concernientes al debido proceso**

El debido proceso es una garantía constitucional y no puede ser limitado por acuerdo de las partes. En este sentido, serán consideradas como cláusulas abusivas todas aquellas cláusulas que limiten o restringen los derechos o las normas que componen el debido proceso, tales como la facultad de oponer excepciones procesales, limitaciones a la presentación de pruebas, inversión de la carga de la prueba, entre otros.

**g) Las que establezcan la renuncia del consumidor a formular denuncia por infracción a las normas del Código**

Es un derecho del consumidor el formular denuncia por infracción a las normas del Código. En caso que su denuncia sea admitida por el INDECOPI, el consumidor será considerado como parte afectada o tercero legitimado dentro del mismo procedimiento y pueden aplicarse a su favor medidas correctivas, independientemente de la sanción que se imponga al proveedor. De esta manera será considerada como abusiva una cláusula que limite su derecho a formular denuncia. La excepción será el caso que se ha sometido a arbitraje, en cuyo supuesto el fuero arbitral será el que resuelva el conflicto de consumo. El artículo 145º del Código establece que el sometimiento voluntario del consumidor al arbitraje excluye la posibilidad de que éste inicie procedimiento administrativo por infracción a las normas del presente Código o que pretenda beneficiarse con una medida correctiva. El sometimiento a arbitraje no impide que el consumidor ponga en conocimiento de los hechos al INDECOPI, para que en caso considere que se afecten a un grupo de consumidores pueda iniciar procedimiento de oficio en defensa del interés colectivo de los consumidores.

**h) Las que sean contrarias o violatorias a normas de orden público o de carácter imperativo**

Es una cláusula general de que cualquier violación de una norma de orden público o de carácter imperativa constituye una cláusula abusiva.

**5.4.2. CLÁUSULAS ABUSIVAS DE INEFICACIA RELATIVA**

Las cláusulas de ineficacia relativa son aquellas que requieren ser analizadas en el caso en concreto. A diferencia de las cláusulas abusivas de ineficacia absoluta, que son cláusulas ilegales por violar normas imperativas o derechos legales de los consumidores,

las cláusulas abusivas de ineficacia relativa exigen analizar el caso en concreto para ver si existe una situación de desventaja en los derechos y obligaciones de los consumidores. A continuación vamos a tratar las cláusulas abusivas de ineficacia relativa recogidas en el Código. Es una lista con un *numerus apertus*, porque no es excluyente de otras situaciones que puedan configurar cláusulas abusivas de ineficacia relativa.

**a) Las que impongan obstáculos onerosos o desproporcionados para el ejercicio de los derechos reconocidos al consumidor en los contratos**

El ejercicio de los derechos reconocidos a los consumidores en los contratos no puede estar sometido a obstáculos onerosos o desproporcionados, tales como cargas excesivas, condiciones o limitaciones que no son razonables o que resultan desproporcionadas, porque ello significaría una forma de desconocimiento del derecho concedido.

**b) Las que permitan al proveedor modificar unilateralmente las condiciones y términos de un contrato de duración continuada**

Los contratos de duración continuada son aquellos que se ejecutan en el tiempo, en prestaciones periódicas que se liquidan mensualmente o en otra fecha. Son contratos de duración continuada los de servicios públicos, de servicios financieros, de seguros, entre otros. En estos casos se pactan mayormente cláusulas que facultan al proveedor a modificar las condiciones y términos del contrato, incluido muchas veces el precio. Esto perjudica a los consumidores porque desconocen los motivos del cambio de condiciones o se encuentran vinculados a ellos sin que puedan desligarse. El Código ha establecido que los motivos del cambio de condiciones deben estar expresamente consignados en el contrato y se debe otorgar al consumidor el derecho a desvincularse del mismo, sin penalización alguna. Aunque el Código no lo señale expresamente, el cambio de condiciones debe ser comunicado al consumidor en forma idónea. El derecho a desvincularse del contrato no puede ser desnaturalizado con cargas excesivas o desproporcionadas que limiten su ejercicio, por lo que cláusulas de este tipo serán consideradas también como abusivas. Existen algunos contratos cuya variación de precio está sujeta a condiciones objetivas, tales como la adaptación a un índice de ajuste legal o la regulación de tarifas en los servicios públicos domiciliarios. Estos casos están excluidos de la norma.

**c) Las que establezcan la prórroga automática del contrato fijando un plazo excesivamente breve para manifestar la voluntad de no prorrogarlo**

Es una forma de prorrogar tácitamente el contrato, cuando se establece que si dentro de determinado plazo no se manifiesta voluntad en contra, se entiende prorrogado automáticamente por el mismo plazo. En este caso existe una manifestación de voluntad

tácita porque el silencio importa manifestación de voluntad de prorrogar el contrato. El problema que se presenta es cuando se fija un plazo excesivamente breve para que el consumidor manifieste su voluntad en contra, lo que hace imposible que ejerza este derecho. A este tipo de cláusula se le considera como abusiva.

**d) Las que establezcan cargas económicas o procedimientos engorrosos para que el consumidor formule quejas ante el proveedor o para la reparación de un producto o servicio no idóneo**

El consumidor tiene derecho a formular quejas y reclamos frente al proveedor. Este derecho no puede ser limitado ni condicionado por el proveedor al pago de cargas económicas. Concordante con ello el numeral 24.3 del artículo 24º del Código establece que no puede condicionarse la atención de los reclamos de los consumidores o usuarios al pago previo del producto o del servicio materia del reclamo o del monto que hubiera motivado ello, o de cualquier otro pago. De acuerdo al Reglamento del Libro de Reclamaciones, aprobado por Decreto Supremo Nº 01-2011-PCM, por medio de la queja el consumidor expresa su descontento en la atención o su disconformidad que no está relacionada con el producto o el servicio brindado; en cambio, el reclamo es la expresión de disconformidad con éstos para que la situación sea corregida y exige el pronunciamiento del proveedor. Aunque la norma considere como cláusula abusiva cuando se impongan cargas económicas o procedimientos engorrosos para el ejercicio del derecho de queja, debe entenderse que ello comprende también cuando se refieran al ejercicio del derecho del reclamo. Por procedimiento engorroso debe entenderse cuando se establezcan procedimientos innecesarios o irrazonables con la finalidad de obstaculizar el ejercicio del derecho de reclamo o de queja del consumidor. La norma comprende también como cláusula abusiva, cuando se establezcan procedimientos engorrosos para proceder a la reparación del producto o cuando de otra manera no se facilite o se imposibilite que el consumidor ejerza sus derechos. En general se considera como cláusula cualquier procedimiento engorroso o irrazonable que se establezca con la finalidad de dificultar o imposibilitar el ejercicio de los derechos de los consumidores.

**e) Las que faculden que el proveedor pueda realizar la prestación por un tercero cuando aquél fue elegido por sus cualidades personales**

La obligación "*intuitu personae*" es aquella en la que el deudor es el obligado a realizar personalmente la prestación, porque ha sido elegido por sus cualidades personales. Por ejemplo, cuando se contrata un famoso pintor, cantante, actor, etc. Será considerada como abusiva la cláusula que faculte al proveedor que pueda realizar la prestación a través de terceros. Nada impide que el proveedor pueda recibir la colaboración de terceras personas, pero dada la naturaleza del contrato él es obligado a realizar la prestación principal y no puede valerse de terceros para ello.

#### **f) Las que establezcan que el proveedor pueda cambiar unilateralmente el tipo de moneda en perjuicio del consumidor**

Esta cláusula se presenta cuando en los contratos de duración continuada se establece la facultad del proveedor de cambiar el tipo de moneda con la cual se pactó se pague el producto o el servicio. El cambio del tipo de moneda debe ser en perjuicio del consumidor, por ejemplo cuando se pactó el pago en moneda extranjera y luego se cambia a moneda nacional, porque el tipo de cambio bajó; o cuando se celebra en moneda nacional y luego se cambia a dólares, porque la moneda nacional se devaluó. Este tipo de cláusula se presenta generalmente en contratos de servicios públicos y otros similares en donde la prestación se ejecuta periódicamente. No se impide que el cambio del tipo de moneda sea en beneficio del consumidor.

#### **5.4.3. SANCIONES FRENTE A LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS**

Las cláusulas abusivas requieren un pronunciamiento de la autoridad administrativa para ser consideradas como inexigibles, sin perjuicio de lo que resuelva la autoridad judicial o arbitral sobre la nulidad de la cláusula. Para el caso de las CGC que requieran aprobación administrativa, la autoridad denegará su aprobación y no se podrán incorporar a los contratos finales. En los casos en que las cláusulas se han incorporado a los contratos finales, corresponde a la autoridad de consumo (el INDECOPI) declararlas inexigibles mediante una medida correctiva complementaria dentro de un procedimiento administrativo. El literal b) del artículo 116º del Código considera como medida correctiva complementaria aquella que declara inexigibles las cláusulas que han sido identificadas como abusivas en el procedimiento. La interrogante que se plantea es si estas cláusulas son inexigibles solamente para las partes involucradas en el procedimiento o en general para cualquier persona que se encuentran en esa misma situación. Si nos encontramos frente a un procedimiento individual o colectivo, lo que resuelva la autoridad de consumo alcanzará a todas las partes vinculadas a él. En caso que la autoridad de consumo fije un precedente administrativo, éste será aplicado en situaciones similares.

La norma establece que la autoridad de consumo declarará inaplicables las cláusulas abusivas, es decir, las declarará como inexigibles o ineficaces; pero no se ha puesto en el caso que la declaratoria de ineficacia produzca un vacío en el contrato que requiera ser completado. En el caso de España el artículo 83.2 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, otorga al Juez facultades integradoras. Nuestro Código no ha previsto nada y se cuestiona que una autoridad administrativa pueda tener esas facultades. Nosotros consideramos que cuando la integración del contrato es clara porque fluye de éste, la autoridad de consumo podrá

resolver el tema vía una medida correctiva con el objeto de revertir la conducta infractora, de lo contrario se exigiría que sea la autoridad judicial.

## **6. LA APROBACIÓN ADMINISTRATIVA**

### **6.1. FINALIDAD**

Es una forma de control preventivo de las cláusulas abusivas. La autoridad administrativa es la encargada de identificar las cláusulas abusivas cuando aprueba las CGC. El numeral 54.5 del artículo 54º del Código establece que en la aprobación administrativa la autoridad identifica las cláusulas abusivas y emite normas de carácter general que prohíban su inclusión en futuros contratos. Esta norma tiene como antecedentes los artículos 4º y 11º de la Ley N° 28587, Ley complementaria a la Ley de Protección al Consumidor en materia de Servicios Financieros, respecto a que la finalidad de la aprobación administrativa es establecer el equilibrio contractual necesario entre las empresas y los usuarios; y que la SBS identifica las cláusulas abusivas en materia de intereses, comisiones y gastos. Estas normas no establecieron expresamente la obligación de la SBS de identificar las cláusulas abusivas en general; aunque ella ha estado emitiendo recomendaciones para que no se incluyan ciertas cláusulas en los contratos con los usuarios<sup>31</sup>. El Código ha eliminado cualquier duda y ha fortalecido la obligación de identificar las cláusulas abusivas en general para cualquier autoridad administrativa que apruebe CGC.

De acuerdo al profesor Manuel de la Puente y Lavalle es también finalidad de la aprobación administrativa regular el tráfico de masas<sup>32</sup>, es decir, que las CGC cumplan con los requisitos de generalidad y de abstracción para ser incorporadas en futuros contratos y agilizar de esta manera la contratación masiva.

Las CGC aprobadas administrativamente y las cláusulas abusivas identificadas deben ser publicadas en el portal institucional de la autoridad administrativa y, en su caso, debe difundirlas a través de otros medios de difusión. Sin perjuicio de ello, el INDECOPI como autoridad de consumo debe mantener enlaces con las direcciones electrónicas de las autoridades administrativas en donde se publique la información señalada

---

<sup>31</sup> Puede verse el documento “cláusulas que no corresponden ser incluidas en cláusulas generales de contratación que regulen operaciones y servicios con usuarios de servicios financieros”. Véase la siguiente dirección: [www.sbs.gob.pe/repositorioaps/0/.../clausulas\\_prohibidas\\_SBS.doc](http://www.sbs.gob.pe/repositorioaps/0/.../clausulas_prohibidas_SBS.doc)

<sup>32</sup> De la Puente y Lavalle, Manuel, “El Contrato en General”. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 1ª edición, Lima, 1991, primera parte, tomo III, p. 148.

anteriormente. Esto con la finalidad de que los usuarios y las empresas conozcan cuáles son las cláusulas aprobadas y las prohibidas y desincentivar el uso de estas últimas.

La aprobación administrativa de las CGC no excluye del control posterior de las cláusulas abusivas, porque una cosa es la aprobación general y abstracta de las CGC que tiene un carácter preventivo y en donde el consumidor o usuario no interviene; y otra cosa es la cláusula en concreto que se incorpora al contrato final y en el que el consumidor tiene el derecho a recurrir a la autoridad administrativa o judicial para que emita pronunciamiento en el caso en concreto. El numeral 54.3 del artículo 54º del Código establece que la aprobación general de la CGC solo puede ser cuestionada en la vía judicial; y que el consumidor o usuario afectado respecto de la aplicación concreta de la referida cláusula puede recurrir ante la autoridad administrativa o judicial competente para que emita pronunciamiento en el caso en concreto<sup>33</sup>. El cuestionamiento de la aprobación general de la CGC será vía un proceso contencioso administrativo. Para el caso de la cláusula en concreto el consumidor o usuario afectado puede recurrir ante la autoridad de consumo para que emita pronunciamiento en un procedimiento administrativo; o a la vía judicial si es que solicita la nulidad del acto jurídico.

## **6.2. MATERIAS SUJETAS A APROBACIÓN ADMINISTRATIVA**

La aprobación administrativa de las CGC tiene un carácter residual, solamente para aquellos casos establecidos expresamente o cuando se considere la necesidad de la aprobación previa. Esto porque si todos los contratos estuvieran sujetos a aprobación administrativa podría retrasarse la contratación y disminuir el número de ellas. En ese sentido, la aprobación administrativa debe darse en casos justificados, cuando exista una vulnerabilidad de los consumidores por las características propias del mercado en el cual se brinda el producto o el servicio. Dentro de esta línea el Código ha regulado la aprobación administrativa en los contratos de servicios públicos y de servicios financieros; con la atinencia de que en el caso de los servicios públicos la aprobación administrativa previa comprende los servicios sujetos o no a regulación económica; y que la Presidencia del Consejo Ministros es la encargada de decidir la necesidad de someter o no a aprobación administrativa CGC, previa recomendación del INDECOPI. A continuación vamos a tratar las materias sujetas a aprobación administrativa.

### **a) Los servicios públicos**

---

<sup>33</sup> El artículo 42º del Reglamento de Transparencia ya había considerado que la aprobación administrativa de la CGC no impide a los usuarios recurrir ante las autoridades administrativas o judiciales para salvaguardar sus derechos.

Los servicios públicos a los que se refiere el Código son aquellos servicios públicos finales, que se encuentran bajo el ámbito de supervisión o regulación de un organismo regulador (numeral 54.1 del artículo 54º). De acuerdo a la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, son organismos reguladores: i) OSIPTEL, para el servicio público de telecomunicaciones; ii) OSINERGMIN, para el servicio de energía eléctrica y gas natural; iii) OSITRAN, para la infraestructura de transporte de uso público, tales como puertos, aeropuertos, carreteras, red ferroviaria; iv) SUNASS, para los servicios de saneamiento. El Código ha establecido que la aprobación administrativa de las CGC sea para los servicios públicos se encuentren sujetos o no a regulación económica, es decir, de aquellos servicios sujetos a fijación de tarifas como la telefonía fija o el peaje en el uso de las carreteras; y de aquellos que no lo están, tales como los servicios del telefonía móvil, el Internet, el cable, entre otros. Se ha comprendido a ambos tipos de servicios porque los consumidores pueden ser afectados en ambos casos y no se trata de la fijación de ningún precio, sino de preservar el equilibrio necesario en los derechos y obligaciones de las partes. La aprobación administrativa será conforme al Código y a las normas que emita el organismo regulador para dicho efecto.

#### **b) Servicios financieros**

La aprobación administrativa de las CGC en los servicios financieros es de aquellos contratos celebrados por las empresas financieras sujetas a supervisión de la SBS. Es decir, comprende a las empresas de operaciones múltiples (bancos, financieras, cajas rurales y municipales, Edpyme, cooperativas de ahorro y crédito autorizadas a captar recursos del público), el Banco de la Nación, el Banco Agropecuario, FOGAPI, y a las empresas especializadas en lo corresponde; conforme lo establece el artículo 1º de la Ley N° 28587 y el Reglamento de Transparencia. No están comprendidas las casas comerciales, las cooperativas que captan recursos de sus socios, entre otros.

Ahora bien no todas las materias de los contratos ni operaciones de las empresas supervisadas están sujetas a aprobación administrativa, solamente algunas de ellas. El artículo 4º de la Ley N° 28587 delegó en la SBS la facultad de establecer qué contratos debían ser materia de aprobación administrativa. El Reglamento de Transparencia estableció que están sujetas a aprobación administrativa las estipulaciones que versen sobre: i) resolución de contrato por causal distinta al incumplimiento; ii) conclusión del contrato de manera anticipada; iii) limitación o exoneración de responsabilidad por parte de las empresas; iv) limitación o exclusión de los derechos de los usuarios; v) centralización de las cuentas del cliente, salvo que se trate del derecho de compensación (Art. 43º). Las operaciones que requieren está aprobación son: i) operaciones activas:



crédito mediante tarjeta de crédito, crédito hipotecario para vivienda, préstamo o mutuo dinerario; ii) operaciones pasivas: depósito de ahorro, depósitos a plazo, depósito de CTS, depósito en cuenta corriente; iii) contrato de cajas de seguridad, contrato de custodia.

La SBS ha emitido algunos lineamientos respecto de algunas estipulaciones que no deben ser incorporadas en los contratos con los usuarios finales de los servicios financieros<sup>34</sup>. Específicamente en cuanto a las cláusulas abusivas, el artículo 11º de la Ley N° 28587 estableció la obligación de identificarlas en materia de intereses, comisiones y gastos (para que estos últimos obedezcan a un servicio efectivamente realizado); y el Reglamento de Transparencia ha establecido qué cláusulas se consideran como abusivas (Anexo 5). Con el Código la obligación de la SBS de identificar las cláusulas abusivas se ha hecho extensiva para las CGC sujetas a aprobación administrativa.

### **c) En otros servicios**

El artículo 1394º del Código Civil estableció que el Poder Ejecutivo debía señalar qué productos y servicios debían ser contratados con arreglo a CGC aprobadas administrativamente. Sin embargo, esta norma no fue desarrollada. El numeral 54.4 del artículo 54º del Código establece que la Presidencia del Consejo de Ministros es la encargada de determinar qué otras estipulaciones deben estar sujetas a aprobación administrativa y a cargo de qué entidad, previa información del INDECOPI como producto de investigaciones preliminares o de procedimientos a su cargo. Se ha establecido que sea la PCM la encargada de decidir ello porque es un órgano intersectorial y bajo cuyo ámbito se encuentra el INDECOPI y los organismos reguladores de los servicios públicos.

---

<sup>34</sup> [www.sbs.gob.pe/repositorioaps/0/.../clausulas\\_prohibidas\\_SBS.doc](http://www.sbs.gob.pe/repositorioaps/0/.../clausulas_prohibidas_SBS.doc)