

Pontificia Universidad Católica del Perú

Facultad de Derecho



Programa de Segunda Especialidad en Derecho de Protección al Consumidor

“Las consecuencias generadas por las cláusulas abusivas en el ejercicio de derechos y obligaciones en una relación de consumo inmobiliaria”

Trabajo Académico para optar el título de Segunda Especialidad en Derecho de Protección al Consumidor

AUTOR

Silvia Karol Falcón Puchuri

ASESOR:

Dr. Javier Mihail Pazos Hayashida

CÓDIGO DEL ALUMNO:

20102367

2018

RESUMEN

Las relaciones de consumo en el sector inmobiliario traen consigo una serie de particularidades que muchas veces agravan la asimetría informativa y poder de negociación de los consumidores. Más aún, al tratarse de contrataciones en masa, se ha identificado en varias ocasiones que los proveedores de productos inmobiliarios incluyen cláusulas abusivas en los contratos de compra venta de inmuebles, generando perjuicios en contra de los derechos de los consumidores. El presente trabajo tiene como objeto analizar las consecuencias generadas por las cláusulas abusivas en el ejercicio de derechos y obligaciones en una relación de consumo inmobiliaria. Para ello, consta de cuatro capítulos que se resumen a continuación. En el primer capítulo, se analiza el alcance del tratamiento de las cláusulas abusivas en las relaciones jurídicas de consumo, en donde a su vez se indicará la justificación de prohibición de las cláusulas abusivas, se analizará la contratación en masa y su relación con las cláusulas abusivas, y se identificarán las particularidades de las cláusulas abusivas insertas en los contratos inmobiliarios. En el segundo capítulo, se abordará la regulación y tratamiento de las cláusulas abusivas en el Derecho de Consumo, en donde además se explicará lo que señala el Código de Protección y Defensa del Consumidor respecto a las cláusulas abusivas y lo que señala la doctrina para identificar y delimitar las cláusulas abusivas en los contratos de consumo. En el tercer capítulo, se tratará el análisis de las resoluciones de INDECOPI sobre cláusulas abusivas en contratos inmobiliarios, para ello, se identificarán los elementos que configuran una cláusula abusiva según INDECOPI, y se examinarán algunos precedentes de INDECOPI sobre cláusulas abusivas insertas en contratos inmobiliarios. Finalmente, en el cuarto capítulo, se señalarán las modalidades de los sistemas de tutela del consumidor contra cláusulas abusivas, dentro del cual se encuentran la tutela autónoma o paraestatal y la tutela estatal del consumidor.

CONTENIDO

I.	Introducción	4
II.	Alcance del tratamiento de las cláusulas abusivas en las relaciones jurídicas de consumo	5
	2.1. Justificación de prohibición de las cláusulas abusivas	5
	2.2. La contratación en masa y las cláusulas abusivas	9
	2.3. Particularidades de las cláusulas abusivas insertas en los contratos inmobiliarios	11
III.	Regulación y tratamiento de las cláusulas abusivas en el derecho de consumo ..	14
	3.1. Las cláusulas abusivas según el CPC: definición y tipología	14
	3.2. Aportes de la doctrina para identificar y delimitar las cláusulas abusivas en los contratos de consumo	17
IV.	Análisis de las resoluciones de INDECOPI sobre cláusulas abusivas en contratos inmobiliarios	19
	4.1. Elementos que configuran una cláusula abusiva en contratos de consumo según INDECOPI	19
	4.2. Análisis de los precedentes de INDECOPI sobre cláusulas abusivas insertas en contratos inmobiliarios	21
V.	Modalidades de los sistemas de tutela del consumidor contra cláusulas abusivas.....	23
	5.1. Tutela autónoma o paraestatal	23
	5.2. Tutela estatal del consumidor	27
VI.	Conclusiones	30
VII.	Bibliografía	31

INTRODUCCIÓN

La presente investigación tiene como fin establecer las consecuencias que generan las cláusulas abusivas en los contratos inmobiliarios tanto para los consumidores como para las inmobiliarias (proveedores). Lo particular del tema es que en el sector inmobiliario no existe una autoridad administrativa u organismo regulador especializado que revise, valide o haga observaciones a los contratos inmobiliarios suscritos entre los consumidores y las inmobiliarias, dejando la redacción de estos a total discreción de las inmobiliarias.

Ante esta situación, resulta relevante el rol que cumple el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – INDECOPI, ya que es la institución que se ha encargado de iniciar procedimientos administrativo sancionadores contra las inmobiliarias, de oficio o a pedido de parte, cuando estas hayan incluido cláusulas abusivas a los contratos, incumpliendo lo establecido en el Código de Protección y Defensa del Consumidor (en adelante, CPC)

Es relevante tomar en cuenta que estos contratos inmobiliarios son contratos por adhesión, en donde el consumidor solo puede aceptar los términos o rechazarlos, es decir, no tiene capacidad de negociación sobre algunas cláusulas que considere perjudicial para sus intereses.

Además de ello, es importante indicar que el producto ofrecido es un bien inmueble que posee dos particularidades complejas. Por un lado, se trata de un bien cuyo valor económico es alto y la decisión de adquisición comprende el desembolso de una cantidad considerable de dinero, o la obligación de pago de cuotas por el financiamiento, ya que muchas veces es financiada por algún Banco a intereses altos. Ambas situaciones producen que, en caso de no cumplirse con las expectativas generadas, el consumidor se vea sumamente afectado en su patrimonio. Por otro lado, los bienes inmuebles requieren cierto grado de conocimiento técnico, operativo y legal, a efectos de tomar una decisión informada, ya que se encuentra ligado a figuras como el saneamiento, licencias municipales, independización de partidas, etc., información que es costosa. Ante ello, el consumidor no tiene más opción que confiar en el correcto desempeño por parte de la Inmobiliaria para cumplir con sus expectativas.

I. ALCANCE DEL TRATAMIENTO DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LAS RELACIONES JURÍDICAS DE CONSUMO

A continuación, se explicará brevemente la justificación de prohibición de las cláusulas abusivas en los contratos, tanto civiles como de consumo, puesto que el legislador civil y el comercial se encuentran de acuerdo en prohibir la inserción de estas cláusulas debido a que con ellas se vulneran instituciones y principios jurídicos que equilibran nuestro ordenamiento para un ejercicio pleno de derechos.

Posteriormente a ello, se procederá a explicar la modalidad de contratación en masa, la misma que comprende una forma de contratación que hoy en día prevalece en las relaciones de consumo, y el alto riesgo de encontrar insertas cláusulas abusivas en ellas.

Finalmente, se explicarán las particularidades -personalmente consideradas agravantes- de las cláusulas abusivas insertas en los contratos inmobiliarios, ya que una relación de consumo inmobiliario tiene ciertos aspectos técnicos a considerar por los consumidores.

1.1. Justificación de prohibición de las cláusulas abusivas

Para entender el alcance del tratamiento de las cláusulas abusivas en las relaciones de consumo es importante conocer el antecedente de esta institución jurídica en el Derecho Civil. De esta manera, el artículo 1398° del Código Civil¹, señala que, en los contratos celebrados por adhesión no aprobados administrativamente, no son válidas las cláusulas que establezcan a favor de quien las ha redactado exoneraciones o limitaciones de responsabilidad.

Ante ello, conviene pues precisar que “las cláusulas abusivas del régimen del Código Civil tienen como ámbito de aplicación los contratos de adhesión y las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente. En cambio, en el ámbito de Protección

¹ Artículo 1398°.- Estipulaciones inválidas

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

al Consumidor las cláusulas abusivas presentan un régimen general aplicable a los contratos entre consumidores y proveedores”².

Ahora bien, la doctrina nacional y extranjera acepta de manera más o menos pacífica que los contratos de adhesión son verdaderos contratos, pero no es claro que constituyan verdaderos “acuerdos paritarios entre iguales”, como se había concebido el contrato en su forma clásica, puesto que se ha demostrado a lo largo del tiempo que existe la tendencia a abusar del poder de configuración que se le da al predisponente, en nuestro caso al proveedor en una relación de consumo³.

Las cláusulas abusivas, al encontrarse insertas en contratos por adhesión o cláusulas generales de contratación en donde el poder de negociación de una de las partes es nulo, han llevado a que el legislador prohíba su inserción en los contratos en tanto que generan un desmedro en los derechos de la parte débil.

El desequilibrio significativo o manifiesto se explica en los hechos, en el abuso del poder de negociación que ostenta el profesional sustentado en su poder técnico, en la información y en el conocimiento del que dispone sobre el alcance, en ocasiones enigmático, del contenido contractual propuesto o, en la mayor parte de las ocasiones, predispuesto al consumidor⁴.

Es importante resaltar que cuando se habla de desequilibrio significativo, el mismo se presenta en las cláusulas que no hacen parte de los elementos esenciales del contrato, es decir, no se presenta cuando hay una gran diferencia entre el precio y la cosa o el servicio que se está adquiriendo, puesto que estos son elementos definitivos que el consumidor ha de tener en cuenta cuando presta su consentimiento para la formación del contrato. Hace alusión a las cláusulas complementarias que el consumidor ha debido aceptar, porque de lo contrario tendría que haber renunciado a la posibilidad de adquirir el bien o servicio que anhelaba⁵.

² Calderón Rojas, Ximena. Las Cláusulas abusivas. En: Revista Derecho & Sociedad, Vol. 34, pág. 142

³ Echeverri Salazar, Verónica María. “El control a las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión con consumidores”. En Revista Opinión Jurídica Universidad de Medellín, 2011, pág. 127

⁴ Ibidem, pág. 134

⁵ Ídem

No obstante, no solo es el poder de negociación de una de las partes lo que justifica la prohibición de las cláusulas abusivas, que se traduciría en una transgresión al equilibrio entre las partes, sino que también hay una vulneración al principio de buena fe.

El principio general de buena fe, que se encuentra establecido en nuestro ordenamiento, consiste en que las partes, en sus relaciones negociales, incluyendo las tratativas preliminares, la formación y la ejecución del contrato, se deben comportar con honorabilidad, honradez, rectitud y sin ánimo de engañar o lesionar al otro, lo que posibilita que el contratante, a su vez, pueda legítimamente confiar en que su comportamiento es leal, correcto y ajustado a derecho⁶.

Por ello, que una de las partes, teniendo pleno conocimiento de la inclusión de una cláusula que genere perjuicio en el ejercicio de los derechos de la otra parte constituye una transgresión a la buena fe contractual.

En tal sentido, se desprende que en nuestro ordenamiento son reprimibles las estipulaciones de una parte (parte fuerte, que en el Derecho de Consumo sería el proveedor) en atención a sus intereses, pero en desmedro de los derechos de la otra parte (parte débil, que para el Derecho de Consumo sería el consumidor) y contrarias a los principios generales del Derecho, específicamente a la buena fe.

En el caso de las relaciones de consumo existe además un factor adicional: la asimetría informativa. Esta se define en el numeral 7 del artículo IV del Código como “la característica de la transacción comercial por la cual uno de los agentes, el proveedor, suele tener mayor y mejor información sobre los productos y servicios que ofrece en el mercado a los consumidores”.

De acuerdo al criterio desarrollado por la Sala Especializada en Protección al Consumidor y que viene siendo utilizado por la Comisión, “en toda relación de consumo, el consumidor a pesar de ser quien mejor sabe qué le interesa, no necesariamente tiene a su disposición la información que le permita adoptar las decisiones más convenientes. En consecuencia, existe un problema de asimetría informativa entre proveedores y consumidores que puede llegar a generar distorsiones que sitúen al consumidor en la

⁶ Ídem

incapacidad de elegir soluciones adecuadas”⁷. En tal sentido, los proveedores, dada su experiencia en el mercado, tienen mayor y mejor información sobre los productos y servicios que venden.

Así pues, no cabe duda que los proveedores suelen tener mayor y mejor información que los consumidores dada su experiencia en el mercado. Esto es lo que se conoce como asimetría informativa y trae como consecuencia que se eleven los costos de transacción, es decir, aquellos costos que las partes deben asumir para celebrar un contrato acorde a los intereses de ambas. Mientras más costoso o difícil se vuelve contratar, menos dinámico se vuelve el mercado y, en consecuencia, se desarrolla menos.

De esta manera, se concluye precisamente que las cláusulas abusivas son una manifestación del abuso, lo cual exige que se implementen medidas de control por el sistema jurídico, bien sea mediante intervenciones legislativas, administrativas o judiciales⁸. Más aún en el Derecho de Consumo existe el principio pro consumidor, en virtud del cual, en caso de duda en los contratos por adhesión, sus estipulaciones se interpretarán en el sentido más favorable al consumidor, no solamente como consecuencia del principio pro consumidor, sino también del criterio de interpretación “contra stipulatorem”, es decir, que la duda perjudica a quien redactó las cláusulas del contrato⁹.

Por tal motivo, “el Código contiene reglas sobre lo que deben contener las cláusulas contractuales y lo que no deben contener. Si bien analizaremos en detalle las cláusulas consideradas abusivas, es necesario ver lo que el Código considera como el contenido correcto de las cláusulas contractuales”¹⁰. Esto lo vemos en el artículo 48° del CPC:

“Artículo 48.- Requisitos de las cláusulas contenidas en un contrato de consumo por adhesión

En los contratos de consumo celebrados por adhesión o con cláusulas generales de contratación, debe cumplirse con los siguientes requisitos:

⁷ INDECOPI, Lineamientos de la Comisión de Protección al Consumidor 2006, Resolución N° 001-2006-LIN-CPC/INDECOPI

⁸ Echeverri Salazar, Verónica María. Óp. Cit., pág. 127

⁹ Robles Montoya, Juan Manuel. “Algunas reflexiones sobre la consideración del traslado de responsabilidad como cláusula abusiva en el Código de Protección al Consumidor”

¹⁰ Northcote Sandoval, Cristhian. ¿Qué son las cláusulas abusivas y los métodos comerciales prohibidos? En: Actualidad Empresarial N.º 333 - segunda quincena de agosto 2015, pág. X-3

- a. Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, debe hacerse referencia expresa en el documento contractual.
- b. Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo del contenido del contrato antes de su suscripción.
- c. Buena fe y equilibrio necesario en los derechos y obligaciones de las partes, **lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas**. Lo dispuesto en el presente artículo resulta de aplicación a los contratos celebrados en base a cláusulas generales de contratación, se encuentren o no sometidas a aprobación administrativa.” (Énfasis propio)

De esta manera, el CPC establece mecanismos que permiten la inaplicación de una cláusula considerada abusiva, a efectos de eliminar los efectos nocivos que colocan al consumidor en situación de desventaja, desigualdad o que anulan sus derechos¹¹.

1.2. La contratación en masa y las cláusulas abusivas

El capitalismo y el desarrollo económico y social que trajo consigo dieron lugar a la formación de la gran empresa y con ella al surgimiento de modalidades de contratación acordes con el gran movimiento comercial de nuestros días y con el poder económico de los empresarios. Aparece así, para facilitar el comercio de bienes y servicios a gran escala, la denominada contratación en masa, traducida en la existencia de figuras como los contratos de hecho, los celebrados por adhesión, las cláusulas generales de contratación, los contratos-tipo, los contratos normativos, etc.¹².

En estas circunstancias, el principio de la libertad contractual, fundado en la igualdad formal de los individuos, si bien reconocía a todos un idéntico poder jurídico, consentía a la empresa, económicamente más potente, determinar unilateralmente, en su propio beneficio, el contenido y las circunstancias del negocio. Con ello lograba perseguir en modo legítimo sus intereses y desviar hacia el público el mayor número posible de riesgos, pero siempre dentro de límites compatibles con aquellas leyes del mercado.

¹¹ Ídem

¹² Echaiz Moreno, Daniel. “El consumidor en los contratos inmobiliarios”. En Revista de Derecho Foro Jurídico, Tomo 13, Primera Edición. Lima, marzo el 2014, pág. 39

La contratación tradicional, entendida como el despliegue de la autonomía privada, la negociación de las estipulaciones y la posterior autorregulación de intereses entre sujetos de derecho libre e iguales¹³, se ha visto desplazada en el tiempo, debido a otras formas de contratación que implican menos costos de transacción para ambas partes.

De esta manera, surge la contratación en masa, la misma que carece de negociación previa del contenido contractual, ya que las estipulaciones son redactadas unilateralmente, quedando a decisión de la otra parte aceptarlas o rechazarlas¹⁴. Incluso, el consumidor tendría una alternativa adicional, de acuerdo con Manuel de la Puente, en tanto que este “no está obligado a optar entre la aceptación y el rechazo, pudiendo muy bien limitarse a no declarar su voluntad en uno ni otro sentido, o sea a abstenerse de declarar su voluntad”¹⁵.

Como se desprende de lo anterior, un contrato de consumo no tiene la misma naturaleza jurídica que un contrato civil (tradicional), por ello resulta aplicable distinta legislación a cada uno, el Código de Protección y Defensa del Consumidor y el Código Civil respectivamente.

Ahora bien, nuestro Código Civil peruano no contiene una definición de contrato de consumo, pero sí de contrato por adhesión¹⁶, como herramienta jurídica de contratación en masa, según el cual “una de las partes predispone o redacta, en forma anticipada o no, la totalidad del contenido del contrato, y la otra parte solo tiene la posibilidad de adherirse al reglamento contractual o no celebrar el contrato.

Aunque la celebración del contrato no es fruto de la negociación entre las partes, pues no existe libertad contractual del lado de la parte no predisponente, se señala que subsiste la libertad de contratar pues no existe la obligación de contratar¹⁷.

¹³ Barturén Llanos, Tony, “El control de las cláusulas abusivas en el Código de Protección y Defensa del Consumidor”. En Revista de Investigación Jurídica Ius, Vol. 1, núm. 1, 2011, pág. 5

¹⁴ *Ídem*

¹⁵ De la Puente y Lavalle, Manuel, “El contrato en general. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código civil” Tomo I, 2011, Palestra Editores, pág. 667

¹⁶ Artículo 1390°.- El contrato es por adhesión cuando una de las partes, colocada en la alternativa de aceptar o rechazar íntegramente las estipulaciones fijadas por la otra parte, declara su voluntad de aceptar

¹⁷ Barturén Llanos, Tony, Óp. cit., pág. 7

Pero, independientemente de que uno considere que las cláusulas abusivas se presentan únicamente en los contratos de adhesión, en ellos se da un caldo de cultivo especialmente propicio para el abuso, puesto que se cede más fácil a la tentación de desequilibrar de manera excesiva el contrato estipulando un mayor número de beneficios para el predisponente y trasladando buena parte de los riesgos y de las desventajas para el adherente¹⁸.

En suma, en los contratos de adhesión ya hay una desproporción en cuanto a la paridad de las partes, y las cláusulas abusivas la acentúan. “El adherente, en consecuencia, merece la protección del ordenamiento jurídico en su conjunto, teniendo en cuenta que es la parte débil del contrato. Ello se encontrará especialmente justificado si el adherente, además, es consumidor”¹⁹

1.3. Particularidades de las cláusulas abusivas insertas en los contratos inmobiliarios

A continuación, se expondrán dos factores que agravan la posición de los consumidores respecto a la inclusión de cláusulas abusivas en una relación de consumo inmobiliaria. Por un lado, se encuentra el tecnicismo del sector inmobiliario, y por el otro, la ausencia de una autoridad administrativa que apruebe los contratos inmobiliarios.

Por un lado, el desarrollo de la actividad inmobiliaria en el Perú ha redefinido el tradicional y conservador mundo de los Derechos Reales, rescatando antiguas instituciones como el derecho de superficie, incorporando nuevas instituciones como la multipropiedad y acercándose a emergentes y modernas figuras contractuales como los contratos de leasing inmobiliario, lease-back inmobiliario, shopping center, management inmobiliario, real estate service y real estate consulting, así como los contratos de engineering y B.O.T. (build, operate and transfer) en modalidades llave en mano, a suma alzada, etc.²⁰

¹⁸ Echeverri Salazar, Verónica María. “El control a las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión con consumidores”. En Revista Opinión Jurídica Universidad de Medellín, 2011, pág. 128

¹⁹ Ídem

²⁰ Echaiz Moreno, Daniel. Óp. cit., pág. 39

Lo indicado demuestra pues que la actividad inmobiliaria se tecnicizó, volviéndose más compleja y entonces la asimetría informativa es potencialmente más aguda, de ahí que el Código de Protección y Defensa del Consumidor (Ley N° 29571) se preocupe en regularla en el Capítulo IV (Productos o servicios inmobiliarios) dentro del Título IV (La protección del consumidor en productos o servicios específicos), dedicándole cinco artículos: 76° (Protección del consumidor en contratos inmobiliarios), 77° (Información mínima en el proceso de compra), 78° (Información mínima del contrato de compraventa), 79° (Obligación de saneamiento del proveedor) y (Servicio posventa).

El derecho del consumidor a la información obliga al proveedor de productos y servicios inmobiliarios a informar sobre las características del inmueble que está adquiriendo así como a proporcionar toda aquella documentación que acredite la existencia de autorizaciones municipales, el área del inmueble, el proceso de titulación, habilitación urbana, saneamiento, materiales empleados en la construcción y en los acabados, inscripciones registrales del terreno y Declaratoria de Fábrica o de Edificación, reglamento interno, independización y toda aquella documentación relevante.

En palabras de Echaiz Moreno, “desde ya una crítica que aflora en base a lo referido anteriormente: la actividad inmobiliaria no se reduce a contratos de compraventa de bienes inmuebles, como parece entenderlo el legislador, sino que hoy en día conoce diversas modalidades contractuales que superan el tradicionalmente privilegiado esquema de la compraventa”²¹.

Ahora bien, “el consumidor inmobiliario suele ser una persona natural o una persona jurídica que, desconociendo la complejidad de la actividad inmobiliaria, subestima los alcances de la transacción y se somete entonces a un mundo desconocido, donde actúa más por intuición que por conocimiento, por lo cual desea no dejar pasar la oportunidad cuando esta real o aparentemente se le presenta ante sí. En un mercado tan convulsionado ni el proveedor inmobiliario ni el consumidor inmobiliario pretende perderse el uno al otro, más aún cuando las expectativas afloran de manera desbordante ante la inminencia del negocio”²².

²¹ Ibidem, pág. 40

²² Ibidem, pág. 43

Por otro lado, en el sector inmobiliario, a diferencia de otros sectores que brindan servicios públicos, no existe una autoridad administrativa que revise, dé el visto bueno, valide, analice y supervise los contratos inmobiliarios²³. Tal situación resulta una desventaja para los consumidores de productos inmobiliarios, en tanto que se enfrentan a un contrato de adhesión en el que no hay ningún tipo de intervención por parte de la autoridad administrativa.

Ahora bien, acertadamente el Dr. Julio Durand Carrión señala que debería elaborarse un modelo de contrato de adhesión, con la participación del gremio de la industria de la construcción que puede ser CAPECO O ASEI, y del INDECOPI, para que a través de la Dirección Nacional del Consumidor, se valide un clausulado general o un conjunto de cláusulas generales de contratación que sirvan de base, modelo o formato, para los contratos por adhesión en materia de contratación inmobiliaria, y que además en este clausulado general se incorporen definiciones o un glosario de términos, donde se definan por ejemplo los conceptos de fisura, instalación sanitaria, eléctrica, planos de arquitectura, etc., atendiendo a la complejidad de elementos que comprenden una compra venta de bien inmueble o bien futuro²⁴.

Si bien a la fecha de elaboración del presente artículo no existe una autoridad administrativa que valide las cláusulas generales de contratación o contratos de adhesión, existe una herramienta que podría ayudar a desincentivar la incorporación de cláusulas abusivas en el sector inmobiliario, puesto que en el año 2014 se promulgó la Ley N° 29203 – Ley que crea la central de información de promotores inmobiliarios y/o empresas constructoras de unidades inmobiliarias, que funciona en la realidad como una especie de Central de Riesgos del sector inmobiliario, en palabras del profesor Durand.

La mencionada central de información tiene por finalidad la recopilación, procesamiento y difusión de información sobre los antecedentes y evolución de los promotores inmobiliarios y/o empresas constructoras de unidades inmobiliarias, indicando el nombre de los accionistas, la frecuencia y calidad de las transacciones comerciales, la existencia

²³ Durand Carrión Julio Baltazar, “¿Derecho Inmobiliario? ¿Por qué no?”. En: Blog Julio Durand Carrión, 23 de noviembre de 2016.

<http://blog.pucp.edu.pe/blog/competenciayconsumidor/derecho-inmobiliario-por-que-no/>

²⁴ *Ibidem*

de las sanciones impuestas, los indicadores de calidad o el cumplimiento de normas técnicas, y otros criterios de similar naturaleza que serán precisados por vía reglamentaria.

Dicha central de información es de acceso público y gratuito, y es implementada y gestionada, en teoría, por el Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento. En la práctica, esta central de información no tiene mucha promoción ni es utilizada correctamente en el mercado inmobiliario por parte del Estado ni de la sociedad civil, por lo que no es utilizada como una herramienta para desincentivar las prácticas de las inmobiliarias contrarias a la ley.

En la actualidad, existen algunos bancos que, al requerimiento de empresas inmobiliarias solicitando financiamiento para sus proyectos, acceden a la central de información previamente a fin de verificar los récords de multas impuestas por la autoridad, como un indicador antes de desembolsar el dinero para concretar los proyectos.

II. REGULACIÓN Y TRATAMIENTO DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN EL DERECHO DE CONSUMO

2.1. Las cláusulas abusivas según el CPC: definición y tipología

El CPC define a las cláusulas abusivas como 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. Además de ello, se indica que, para la evaluación de las cláusulas abusivas, se tiene en cuenta la naturaleza de los productos o servicios objeto del contrato, todas las circunstancias que concurren en el momento de su celebración, incluida la información que se haya brindado, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que este dependa.

Asimismo, el CPC hace una distinción entre las cláusulas abusivas que son ineficaces en forma absoluta, es decir, que no ameritan un análisis de cada caso particular, sino que son inaplicables de manera general y las cláusulas abusivas que son ineficaces en forma relativa, que son aquellas que requieren de un análisis del caso concreto para determinar si efectivamente constituyen un abuso del proveedor en perjuicio del consumidor.

Los supuestos de cláusulas abusivas de ineficacia absoluta son los siguientes:

- a. Las que excluyan o limiten la responsabilidad del proveedor o sus dependientes por dolo o culpa, o las que trasladen la responsabilidad al consumidor por los hechos u omisiones del proveedor.
- b. Las que faculten al proveedor a suspender o resolver unilateralmente un contrato, salvo disposición legal distinta o la aplicación de normas prudenciales debidamente sustentadas emitidas por la autoridad correspondiente.
- c. Las que faculten al proveedor a resolver un contrato sin 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 debidamente sustentadas emitidas por la autoridad correspondiente.
- d. Las que establezcan a favor del proveedor la facultad unilateral de prorrogar o renovar el contrato.
- e. Las que excluyan o limiten los derechos legales reconocidos a los consumidores, como el derecho a efectuar pagos anticipados o prepagos, o a oponer la excepción de incumplimiento o a ejercer el derecho de retención, consignación, entre otros.
- f. Las que establezcan respecto del consumidor limitaciones a la facultad de oponer excepciones procesales, limitaciones a la presentación de pruebas, inversión a la carga de la prueba, entre otros derechos concernientes al debido proceso.
- g. Las que establezcan la renuncia del consumidor a formular denuncia por infracción a las normas del presente Código.
- h. Las que sean contrarias o violatorias a normas de orden público o de carácter imperativo.

Otra diferencia entre las cláusulas abusivas de ineficacia relativa y las de ineficacia absoluta es que la lista de la primera es enumerativa, no admitiéndose otros supuestos adicionales a los señalados. Mientras que la lista de las cláusulas abusivas de ineficacia

relativa se establece de manera enunciativa y no limitativa, y atendiendo al caso concreto, serán las siguientes:

- a. Las que impongan obstáculos onerosos o desproporcionados para el ejercicio de los derechos reconocidos al consumidor en los contratos.
- b. Las que permitan al proveedor modificar unilateralmente las condiciones y términos de un contrato de duración continuada, en perjuicio del consumidor, salvo que obedezca a motivos expresados en él y el consumidor goce del derecho a desvincularse del mismo sin penalización alguna. Lo dispuesto en el presente literal no afecta las cláusulas de adaptación de los precios a un índice de ajuste legal ni la fijación de tarifas de los servicios públicos sujetos a regulación económica.
- c. Las que establezcan la prórroga automática del contrato fijando un plazo excesivamente breve para que el consumidor manifieste su voluntad de no prorrogarlo.
- d. Las que establezcan cargas económicas o procedimientos engorrosos para efectuar quejas ante el proveedor, así como las que establezcan procedimientos engorrosos para proceder a la reparación del producto no idóneo, o supongan cualquier acto previo o acción por parte del consumidor que imposibilite la debida protección de sus derechos.
- e. Las que permitan al proveedor delegar la ejecución de su prestación a un tercero cuando aquel fue elegido por sus cualidades personales.
- f. Las que establezcan que el proveedor puede cambiar unilateralmente en perjuicio del consumidor el tipo de moneda con la que fue celebrado el contrato.

De esta manera, el legislador estableció distintos supuestos de hecho de las cláusulas abusivas, atendiendo al perjuicio que se causa en desmedro de los derechos de los consumidores, no requiriéndose análisis previo para el caso de las cláusulas de ineficacia absoluta, procediendo a su inaplicación inmediatamente.

2.2. Aportes de la doctrina para identificar y delimitar las cláusulas abusivas en los contratos de consumo

Precedentemente se indicó la definición de las cláusulas abusivas en el CPC, la misma que no dista de la definición que el Código Civil y la doctrina han establecido.

Así pues, el artículo 1398° del Código Civil peruano se inspira en el artículo 1341 del Código Civil italiano, cuya aplicación se da a los contratos celebrados por adhesión²⁵. En palabras del Doctor De la Puente citando a Messineo, “las cláusulas a las que se refiere el artículo 1398 de nuestro Código Civil pueden ser llamadas ‘vejatorias’ porque están dirigidas a mantener a la contraparte en condiciones de inferioridad jurídica o, peor, a agravar esta inferioridad”²⁶. Más aún, el autor continúa refiriendo que la finalidad de esta norma es proteger al contratante ‘débil’ contra la prepotencia del contratante ‘fuerte’, siendo el carácter vejatorio de aquella desfavorecedor de la parte débil²⁷.

Más aún, Gabriel Stiglitz asevera que “las cláusulas abusivas se caracterizan, entre otras razones, porque desnaturalizan (alteran, desfiguran) el vínculo obligacional, el que presupone dos centros de interés, dos partes sustanciales”²⁸. Dicha ‘desnaturalización’ se entenderá en un sentido de desequilibrio de los derechos y las obligaciones, comprometiéndose el principio de la máxima reciprocidad de intereses, al afectarse la relación de equivalencia²⁹

Por su parte, Torres Carrasco, asevera que cláusula abusiva es toda aquella estipulación no negociada individualmente que, en contra de las exigencias de la buena fe, causa un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato, en perjuicio del consumidor”³⁰

En el derecho colombiano, Posada Torres indica que, de acuerdo con la jurisprudencia y la doctrina, las características generales de las cláusulas abusivas son las siguientes.

²⁵ De la Puente y Lavallo, Manuel, “El contrato en general. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código civil” Tomo I, 2011, Palestra Editores, pág. 782

²⁶ *Ibidem*, pág. 783

²⁷ *Ídem*

²⁸ Stiglitz, Gabriel “Defensa de los consumidores de productos y servicios. Daños Contratos”, 2001, p. 47

²⁹ *Ibidem* pág. 48

³⁰ Torres Carrasco, Manuel Alberto, “Cláusulas abusivas en el Nuevo Código de Defensa y Protección del Consumidor”, 2011, pág. 65

En primer lugar, que la cláusula sea predispuesta, es decir, que sea impuesta por el predisponente al adherente, sin posibilidad alguna de discutirla ni modificarla. En otras palabras, se trata de una cláusula que no es negociada por las partes, sino que, por el contrario, es impuesta por el predisponente al adherente, como sucede normalmente en los contratos de adhesión, entendiéndose ellas como aquellas que modifican elementos de la naturaleza o accidentales del contrato particular que celebran las partes, que usualmente están consagradas en normas dispositivas respecto de las cuales la ley permite al predisponente apartarse de ellas, con el fin de fijar las reglas a las que se someterán voluntariamente tanto él como el adherente para satisfacer sus respectivos intereses individuales³¹.

En segundo lugar, que la cláusula genere un desequilibrio jurídico en el contrato. El equilibrio jurídico del contrato consiste en que las partes, como consecuencia del perfeccionamiento del contrato, adquieran derechos y contraigan obligaciones recíprocas y equivalentes entre sí. Para que se pueda hablar de cláusulas abusivas, estas tienen que generar un desequilibrio jurídico en el contrato, entendido como una alteración que rompa el equilibrio que debe existir en relación con los derechos adquiridos, las obligaciones contraídas y las responsabilidades asumidas por las partes con ocasión del perfeccionamiento del contrato³².

En consecuencia, “no serán consideradas como cláusulas abusivas aquellas que alteren el equilibrio económico de las prestaciones del contrato, porque normalmente estas cláusulas son negociadas entre las partes; sin embargo, cuando una cláusula rompa el equilibrio contractual alterando tanto el equilibrio jurídico del mismo como el equilibrio económico de las prestaciones contractuales, estaremos frente a una cláusula abusiva en razón de la alteración del equilibrio jurídico del contenido contractual”³³.

En tercer lugar, que el desequilibrio sea injustificado, esto es, que no cualquier desequilibrio jurídico que sufra el contrato implicará la existencia de cláusulas abusivas, pues para que esta se pueda predicar es necesario que se trate de un desequilibrio relevante

³¹ Posada Torres Camilo, Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión en el derecho colombiano. En Revista de Derecho Privado N° 29, julio – diciembre 2015, pág. 157

³² *Ibidem*, pág. 159

³³ Posada Torres, *Óp. Cit.* Pág. 160

que altere el equilibrio que debe existir entre los derechos adquiridos y las obligaciones contraídas por las partes como consecuencia de la celebración y perfeccionamiento del contrato³⁴. De esta manera, se ha considerado que, en todos los casos en que no existe ninguna razón legítima que le permita al predisponente justificar la inclusión de alguna o algunas cláusulas que implican una alteración del equilibrio jurídico del contrato, apartándose de las normas dispositivas que establecían un contenido equilibrado, se presenta un desequilibrio relevante del mismo³⁵.

Y, finalmente, que la cláusula sea contraria al principio de la buena fe. El principio de la buena fe contractual no solo impone a las partes tener conciencia e intención de obrar correctamente durante todas las etapas del iter contractus, sino, adicionalmente, el deber de actuar con lealtad, confianza, honestidad y transparencia en todas ellas para asegurar la satisfacción tanto de sus propios intereses individuales como de los del otro contratante³⁶.

Por ello, cuando el predisponente inserta cláusulas abusivas en el contenido predispuesto del contrato de adhesión defrauda la confianza del adherente, consolidándose así la contrariedad con la buena fe³⁷.

III. ANÁLISIS DE LAS RESOLUCIONES DE INDECOPI SOBRE CLAUSULAS ABUSIVAS EN CONTRATOS INMOBILIARIOS

3.1. Elementos que configuran una cláusula abusiva en contratos de consumo según INDECOPI

La Sala de Protección al Consumidor de INDECOPI formuló un criterio para identificar a las cláusulas abusivas en un contrato. De esta forma, estableció tres requisitos: “(i) cuando la cláusula ocasione una desventaja al consumidor; (ii) esté inserta en un contrato que, interpretado en conjunto, no justifique la desventaja impuesta al consumidor; y (iii) genere una desventaja que sea significativa, en el sentido que desequilibre la relación

³⁴ Posada Torres, Óp. Cit. Pág. 161

³⁵ Posada Torres, Óp. Cit. Pág. 162

³⁶ Ídem

³⁷ Ídem

entre la posición del proveedor y la posición del consumidor”³⁸. Este criterio se aplica a las cláusulas abusivas de ineficacia relativa, en tanto que las de ineficacia absoluta se inaplican automáticamente.

Ahora bien, aplicando el criterio establecido por la Sala, en primer lugar, se deberá evaluar el contenido del contrato a efectos de identificar si la cláusula en mención ocasiona una desventaja al consumidor.

En segundo lugar, se deberá cuestionar si la cláusula en cuestión se encuentra inserta en un contrato que, interpretado en conjunto, no justifica la desventaja impuesta al consumidor. Para establecer en qué eventos el desequilibrio jurídico producido por una cláusula es injustificado, el ordenamiento jurídico impone que para decidir sobre su eventual abusividad deberá realizarse la valoración de las circunstancias que estuvieron presentes al momento de adoptarse una determinada cláusula; valoración que se adelantará a partir de la existencia o no de una razón legítima que permita justificar el desequilibrio jurídico del contrato causado por el apartamiento del predisponente del derecho dispositivo³⁹.

En tercer lugar, se deberá analizar si la cláusula en mención genera una desventaja significativa, de tal manera que desequilibre la relación entre las partes. Ahora bien, “este requisito hace referencia a que no cualquier desequilibrio jurídico que sufra el contrato implica la existencia de cláusulas abusivas, pues para que esta se pueda predicar es necesario que se trate de un desequilibrio relevante que altere el equilibrio que debe existir entre los derechos adquiridos y las obligaciones contraídas por las partes como consecuencia de la celebración y perfeccionamiento del contrato.”⁴⁰

Similar criterio al que establece la Sala, es el indicado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Primera, de 14 de marzo de 2013 (asunto C-415/11. Caso Ariz), cuyo fallo indica que “resulta necesario comprobar si se ha producido un desequilibrio importante en detrimento del consumidor entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato, y, por otro lado, si ese desequilibrio se produce a pesar de la

³⁸ Resolución N°. 1924-2014/SPC-INDECOPI del 11 de junio de 2014

³⁹ Posada Torres, óp. Cit. Pág. 162

⁴⁰ Ídem

buena fe contractual, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor; de forma que podría considerarse razonablemente que éste ha aceptado la cláusula en cuestión en el marco de una negociación individual. Este segundo criterio interpretativo que facilita la sentencia supone valorar si el consumidor habría aceptado la cláusula en cuestión de haber sido negociado”.

3.2. Análisis de los precedentes de INDECOPI sobre cláusulas abusivas insertas en contratos inmobiliarios

INDECOPI se ha pronunciado respecto a la justificación y alcance de las cláusulas abusivas. Así pues, la Resolución Nro. 4202-2014/SPC-INDECOPI, de Expediente Nro. 256-2013/CPC-INDECOPI-LAM, indica que “la finalidad de que el ordenamiento tipifique cláusulas abusivas en tal esquema de contratación, responde a que en estos casos los consumidores solo tienen la libertad de contratar, esto es, la capacidad de elegir con qué proveedor contratan, mas no con libertad contractual, es decir, la potestad de establecer el contenido del contrato, la cual está reservado exclusivamente a los proveedores, no existiendo negociación alguna”⁴¹.

Asimismo, en un pronunciamiento anterior, contenido en la Resolución 078-2012/SC2-INDECOPI del 11 de enero de 2012, la Sala desarrolló la noción de cláusula abusiva, su fundamento económico y jurídico en la dinámica actual del mercado (que impone la contratación masiva como esquema de contratación), precisando que la finalidad de tipificar como abusivas determinadas cláusulas contractuales era corregir la asimetría informativa existente entre proveedores y consumidores, a través de la imposición de un estándar mínimo de calidad del contrato que mejore la situación que el mercado no puede corregir⁴².

Ahora bien, de algunos precedentes de INDECOPI se puede concluir, en primer lugar, que no toda penalidad es considerada cláusula abusiva. De esta manera, la Sala se ha pronunciado indicando que, “contrariamente a lo señalado por la primera instancia, la referida cláusula no tiene como presupuesto la mala fe por parte del proveedor, sino que

⁴¹ Resolución Nro. 4202-2014/SPC-INDECOPI, numeral 56

⁴² ver Resolución 078-2012/SC2-INDECOPI del 11 de enero de 2012

establece una penalidad ante un supuesto de incumplimiento por parte del comprador, es decir, cuando la operación de compraventa no se llega a concretar por una causa atribuible al comprador evitando de esta manera que la parte vendedora vea afectados sus intereses”⁴³. En efecto, continúa la Sala, “resulta una práctica común en el sector inmobiliario que los acuerdos de separación establezcan cláusulas similares puesto que detrás de ello subyace la idea de que ante un incumplimiento de parte del comprador que impida la concreción de la operación de compraventa se busque algún modo de compensación al vendedor por el costo de oportunidad de no vender o transferir el bien a terceros durante el plazo de separación”⁴⁴.

Más aún, en otra resolución, la Sala se señala que “resulta válido y legal que ante el incumplimiento de un acuerdo de partes se establezca la resolución del contrato y se aplique la penalidad pactada, (...) resultando una práctica común establecer cláusulas penales con medidas similares puesto que detrás de estas subyace la idea de que, ante un incumplimiento por parte del consumidor en una relación contractual, se logre algún modo de compensación en favor del vendedor por el costo de oportunidad incurrido al no entablar relaciones contractuales con otros consumidores.”⁴⁵

Asimismo, en la Resolución 311-2016/SPC-INDECOPI, se indica que “es importante considerar que el Código Civil Peruano permite el establecimiento de penalidades en los contratos celebrados entre las partes, pues en su artículo 1341° regula dicha figura señalando que existen casos en los que se puede pactar el pago de una cláusula penal en caso de incumplimiento contractual. Además, se debe tener en cuenta que la mencionada norma permite también la resolución del contrato ante el incumplimiento de las prestaciones de una de las partes, siendo que la resolución se producirá de pleno derecho cuando la parte interesada comunica a la otra que quiere valerse de la cláusula resolutoria”.

⁴³ Resolución 0216-2014/SPC-INDECOPI

⁴⁴ Ídem

⁴⁵ Resolución 06202016/SPC-INDECOPI

IV. MODALIDADES DE LOS SISTEMAS DE TUTELA DEL CONSUMIDOR CONTRA CLÁUSULAS ABUSIVAS

Para efectos del presente trabajo, es importante establecer con qué mecanismo cuenta el consumidor para reprimir las cláusulas abusivas y sus consecuencias. De esta manera, en la doctrina se identifican sistemas de control, definidos como “aquellos mecanismos con relevancia jurídica que de manera preventiva o en forma posterior, pública o privada, y en forma complementaria y coordinada, buscan evitar la existencia de excesos que pudieran generarse por la eventual presencia de cláusulas abusivas, o a contrarrestar aquellos abusos de haberse ya producido, con el único fin de mantener en pie o, en su caso, de restablecer el equilibrio contractual entre los derechos y obligaciones de las partes”⁴⁶.

El control contra las cláusulas abusivas puede darse de dos maneras: autónoma o paraestatal y estatal. A continuación, se explicará brevemente en qué consisten ambas.

4.1. Tutela autónoma o paraestatal

Esta forma de control es ejercida al margen de toda intervención estatal directa. La titularidad corresponde a los particulares, sea individualmente o en forma grupal. De lo que se trata aquí señala Rodríguez, es “de institucionalizar las técnicas participativas de la comunidad, que coloquen en manos de los grupos humanos ciertos poderes eficientes de acción y reacción con relación a los sectores empresariales”⁴⁷. Son los ciudadanos los que, al entrar inevitablemente en relaciones de consumo masivo, se han visto en la necesidad de implementar determinados mecanismos para autoprotgerse de los proveedores que ostentan el mayor poder negocial en el escenario contractual. Este control paraestatal o autónomo es un mecanismo de autotutela de los consumidores que individual o colectivamente a través de sus asociaciones, buscan la posibilidad de imponer su voluntad negocial a la contraparte que se halla generalmente en una situación de

⁴⁶ Rodríguez Chávez, Óp. Cit. 259

⁴⁷ Ídem

superioridad. Existen hasta tres escenarios en los que consumidor puede ejercer una tutela autónoma:

En el primero de ellos, que Rodríguez denomina “Defensa individual del consumidor”, el control autónomo puede ser ejercido de manera individual cuando el propio consumidor perjudicado con el abuso o que se halla en situación de desequilibrio, ejerce determinadas acciones de protección contra cualquier abuso injustificado que se presente en el contrato. “Los Stiglitz postulan que la acción individual corresponde al consumidor afectado que opta por hacer valer de ese modo la fracción del interés grupal que personalmente le compete. Soto afirma que esta defensa individual contra las cláusulas abusivas se realiza mediante el ejercicio de su libertad de contratación, que le permitirá decidir si contrata o no bajo determinadas condiciones, pues nadie está obligado a contratar”⁴⁸. Sin embargo, el mismo autor considera que esta forma de defensa, dadas las características del tráfico masivo, resulta mayormente inviable, pues la necesidad de la adquisición de bienes y servicios básicos, que se encuentran monopolizados, “obligan” a contratar “sí o sí” a los consumidores o usuarios, sin dejar otra alternativa.

Por otro lado, Rodríguez continúa señalando que “el control individual no siempre tiene carácter preventivo, dada la limitada fuerza de presión que se tiene frente al empresario, por lo que comúnmente solo queda recurrir después de celebrado el contrato por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación, a los mecanismos de tutela que para tal efecto han previsto las diferentes normas como el CPC”⁴⁹. Sobre este mecanismo de control, conviene recordar pues que el CPC establece en su artículo 107° que el proceso por infracción a los derechos del consumidor ante INDECOPI, como el derecho a que en los contratos de consumo por adhesión o sujetos a cláusulas generales de contratación no contengan cláusulas abusivas, puede ser iniciado a instancia del consumidor lesionado, pudiendo en el proceso participar activamente, e interponer los recursos y solicitudes que crea pertinente a su derecho. Incluso, el consumidor perjudicado podrá formular su reclamo o queja directamente ante el proveedor, solicitando para ello el libro de

⁴⁸ Ídem

⁴⁹ Ídem

reclamaciones, el mismo que debe ser remitido por los establecimientos comerciales al INDECOPI, tal como lo estipula el artículo 152° del CPC.

La segunda forma, denominada por Rodríguez como “Tutela colectiva del consumidor”, implica un control colectivo, que es aquel que se realiza a través de las agrupaciones o asociaciones de consumidores, entidades que encarnan la tarea de protección contra una serie de abusos en las relaciones contractuales masivas, en algunos casos solo a sus asociados o integrantes y, en otros, incluso a quienes se hallan fuera de sus listas.

El presente mecanismo “está caracterizado principalmente porque lo conforman una pluralidad de consumidores, la existencia de una organización colectiva y el respaldo ciudadano e incluso estatal, elementos que en conjunto dotan a esta forma de defensa el soporte necesario para hacer frente a las grandes corporaciones, monopolios o el poder abusivo de los empresarios. La intervención grupal está permitida pues cuando de los derechos de los consumidores se trata, estamos frente a un interés difuso, digno de tutela y amparo”⁵⁰. Generalmente estas agrupaciones de defensa de los consumidores actúan como una fuerza de contrapeso frente al autor de los contratos de consumo, con el objeto de lograr ciertos remedios en los contratos a favor del público consumidor.

Ripert comenta que estas agrupaciones “se han hecho permanentes y organizadas. Agrupaciones de interesados hablan en nombre de todos, se encuentran en relaciones constantes con los parlamentarios, saben rogar, exigir, amenazar”⁵¹. Incluso, como afirma Amaya, este control puede ir desde la redacción previa del modelo del contrato, antes de que sea puesto a disposición del consumidor, hasta la organización de un sistema de acuerdos colectivos de consumo, donde los modelos contractuales que serán utilizados para entablar relaciones contractuales, pueden ser negociados con la coparticipación de empresarios y consumidores⁵². La finalidad de estas asociaciones es proteger los derechos de los consumidores consagrados.

Así pues, el control se da principalmente mediante difusión de la información a los consumidores y usuarios que normalmente les es vedada por el predisponente. Ejercen

⁵⁰ Ídem

⁵¹ Rodríguez, Óp. Cit. 260

⁵² Ídem

presión sobre las empresas que incorporan cláusulas leoninas o abusivas en los contratos masivos, formulan denuncias ante el órgano encargado de la defensa de los consumidores, esto es, INDECOPI”.

Por otro lado, debe precisarse que “el control grupal o colectivo, en esencia tiene un carácter preventivo, en cuanto busca dejar sin efecto los posibles abusos que pueda cometer el proveedor, vigilando que los contratos de consumo no contengan cláusulas abusivas para los consumidores o contribuyendo en la elaboración de los formularios de futuros contratos a colocarse en el mercado”⁵³. Sin embargo, sus alcances no se agotan con la prevención, sino también tienen facultades de defensa posterior, una vez celebrado el contrato y cuando se han evidenciado las cláusulas abusivas. En este caso, las asociaciones de consumidores actúan demandando el restablecimiento del equilibrio en las relaciones contractuales que han sido alteradas por la presencia de cláusulas abusivas y, de no ser posible, podrán solicitar la extinción del contrato celebrado con cláusulas abusivas y, en ambos casos, podrán solicitar el resarcimiento que corresponda al consumidor.

Nuestro CPC ha regulado el tema en el artículo 153° de una manera trascendente. En primer lugar, reconoce el alcance tuitivo de las asociaciones de consumidores en tres esferas: asociativa, individual y colectiva o difusa.

En la esfera asociativa, las asociaciones de consumidores tienen alcance para proteger en forma exclusiva a sus asociados, esto es, a las personas que la han constituido, los que realizan sus aportes periódicos para sustentar a la organización; es decir, aquellos miembros que tienen la capacidad para elegir a los miembros directivos o para ser elegidos como parte de la dirección en el interior de la asociación.

Por otro lado, las asociaciones de consumidores, también tienen facultades para promover acciones en defensa de aquellos consumidores particulares que les hayan otorgado poder para tal efecto.

Finalmente, las asociaciones de consumidores también pueden accionar en defensa de intereses colectivos, es decir de intereses o derechos de grupos determinados de

⁵³ Ídem

consumidores e, incluso, pueden defender intereses difusos, es decir intereses o derechos que pertenecen a los consumidores en general o comunidades indeterminadas de consumidores.

Las asociaciones de consumidores para poder ejercer efectivamente tales medios de tutela, deben estar constituidas como asociación civil sin fines de lucro, estar registrada en el libro de personas jurídicas, cumplir su finalidad de proteger, defender, informar y representar a los consumidores, no recibir financiamiento de los proveedores, entre otros requisitos señalados en los artículos 153° al 159° del CPC.

El tercer mecanismo, denominado por Rodríguez “El autocontrol del proveedor”. Ante este se señala que, como forma de control voluntario a la figura del “control preventivo” y dentro de está a la figura del “autocontrol”, que consiste en la renuncia voluntaria de las propias empresas a imponer unilateralmente sus propias condiciones, para lo cual elaboran ciertos códigos voluntarios de conducta, donde se limitan a enunciar los principios relativos a diversos tipos de condiciones que deben o no utilizarse en los contratos.

En este caso, “los agentes activos del control son los propios empresarios o proveedores, quienes, por propia iniciativa, con el afán de proyectar en el mercado la imagen de una empresa respetuosa de los derechos e intereses de los consumidores, desarrollan programas preventivos, como una suerte de “responsabilidad social en materia de derechos del consumidor”⁵⁴. Para ello elaboran reglamentos, directivas, procedimientos, grupos de trabajo y proveen de espacios para el acceso directo y la discusión mutua con los consumidores.

4.2. Tutela estatal del consumidor

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

⁵⁴ Ídem

Ahora bien, el control administrativo también puede implicar un control ex post, en el caso de INDECOPI, mediante los procedimientos administrativos sancionadores seguidos contra de los proveedores se puede resolver sancionando a estos últimos cuando violen normas imperativas del CPC.

Para efectos del presente trabajo, conviene analizar el control administrativo, tanto ex ante como ex post, cuyo órgano es el INDECOPI.

El control administrativo, lo ejerce el Estado a través de la administración pública. Ahora, la delegación de ese mecanismo de control puede recaer en un ente único de control o, indistintamente, en órganos administrativos de los diferentes sectores que ameriten un control administrativo, como el sector transportes, financiero y de seguros, servicios públicos como agua, luz, teléfono, entre otros. En cualquiera de los supuestos anteriores, sea el órgano único o cada instancia en su sector respectivo, ejercen iguales atribuciones en relación al empleo de los mecanismos que proporciona este control, depurando las cláusulas que a su criterio se estimen abusivas. En el caso del sector inmobiliario, como se señaló líneas arriba, no existe un órgano regulador, por tanto, el INDECOPI, en su calidad de órgano de protección de los derechos e intereses de los consumidores en general, tiene el deber de atender reclamos y denuncias de los mismos, así como de promover una cultura de prevención e información en el mercado.

En atención a lo último, por un lado, el INDECOPI cuenta en su estructura organizacional con la Autoridad Nacional de Protección del Consumidor, ente rector del Sistema Nacional Integrado de Protección del Consumidor, que coordina y dirige el funcionamiento del Sistema, y preside el Consejo Nacional de Protección del Consumidor que está conformado por miembros del Estado, los consumidores y el empresariado. El objetivo de la Autoridad mencionada es brindar una mayor y eficaz protección de los derechos de los consumidores, promoviendo y difundiendo información sobre cómo se deben ejercer los derechos y deberes como consumidor o usuario. Además, se encarga de velar por la seguridad de estos al momento de comprar productos o contratar servicios en establecimientos comerciales o plataformas para la venta en línea en todo el país.

Es importante que INDECOPI cumpla un rol activo de prevención en ese mercado, ya que los consumidores solo podrán hacer valer sus derechos cuando estos ya fueron

transgredidos, debiendo interponer la denuncia correspondiente ante INDECOPI, invertir tiempo y dinero para obtener una resolución favorable. Por tanto, corresponde realizar un autocrítica por parte de INDECOPI respecto a las actividades que la Autoridad ha realizado a la fecha e incluir como parte de su agenda del 2019, las problemáticas derivadas en las relaciones de consumo del sector inmobiliario.

Un tema que es importante determinar en materia de protección del consumidor contra las cláusulas abusivas, sobre todo por los efectos que produce, es respecto a las cláusulas generales de contratación que, no habiendo sido aprobadas administrativamente, por aplicación supletoria del artículo 1397° del Código Civil, pueden ser incorporadas válidamente a las ofertas de contratos de consumo que se pretendan celebrar con arreglo a ellas. Ello en virtud a que los contratos inmobiliarios no cuentan con una entidad administrativa que revise, haga observaciones y/o valide los contratos celebrados entre las inmobiliarias y los consumidores.

Sin perjuicio de ello, la ausencia de la autoridad administrativa como garante de la licitud de las cláusulas en estas modalidades, ha conllevado a que se tutele al consumidor frente a las cláusulas abusivas que puedan presentarse bajo estas circunstancias.

Por otro lado, el INDECOPI cuenta con órganos sumarísimos, Órgano Resolutivo de Procedimientos Sumarísimos 1, 2 y 3, los mismos que se cuentan con diferentes competencias de acuerdo a los productos y servicios materia de denuncia. Asimismo, cuenta con Comisiones de Protección al Consumidor 1, 2 y 3, cuyas competencias se encuentran distribuidas al igual que las ORPS. Y, finalmente, cuenta con la Sala Especializada en Protección al Consumidor, que constituye una segunda instancia respecto a las decisiones impugnadas ante la Comisión.

Estos órganos tienen como función tutelar el cumplimiento del Código de Protección y Defensa del Consumidor y de las leyes que, en general, protegen a los consumidores de la falta de idoneidad de los bienes y servicios, de las deficiencias o falta de información y de la discriminación en el consumo, así como de aquellas normas que complementen o sustituyan dichas disposiciones, salvo en aquellos casos en los que su competencia sea negada por norma expresa con rango de ley.

V. CONCLUSIONES

- ✓ En los contratos por adhesión existe una desproporción en cuanto a la paridad de las partes, y las cláusulas abusivas la acentúan. Es por ello que el adherente merece la protección del ordenamiento jurídico en su conjunto, teniendo en cuenta que es la parte débil del contrato, más aún si el adherente, además, es consumidor.
- ✓ Cuando los proveedores insertan cláusulas abusivas en el contenido predispuesto del contrato de adhesión defrauda la confianza del adherente, consolidándose así la contrariedad con la buena fe.
- ✓ Para determinar cuándo se trata de una cláusula abusiva, es necesario realizar un análisis considerando los criterios establecidos por la Sala de Protección al Consumidor, en tanto que ha quedado demostrado que no todas las cláusulas que comprenden una desventaja para el consumidor son abusivas, ya que pueden tratarse de remedios ante el incumplimiento de obligaciones.
- ✓ Existen diversos mecanismos de tutela de los derechos de los consumidores, no limitándose su ámbito a la esfera estatal, sino además al privado, tales como la autotutela individual y colectiva.
- ✓ Es importante que INDECOPI cumpla un rol activo de prevención en ese mercado, ya que los consumidores solo podrán hacer valer sus derechos cuando estos ya fueron transgredidos, debiendo interponer la denuncia correspondiente ante INDECOPI, invertir tiempo y dinero para obtener una resolución favorable

VI. BIBLIOGRAFIA

- 2011 Barturén Llanos, Tony
“El control de las cláusulas abusivas en el Código de Protección y Defensa del Consumidor”. En Revista de Investigación Jurídica Ius, Vol. 1, núm. 1
- 2011 Caycedo Espinel Giraldo López, y Madriñán Rivera Ramón
“Comentarios al nuevo estatuto del consumidor, Ley 1480 de 2011”
- 1984 Congreso de la República del Perú
Código Civil Peruano. Gaceta Jurídica, Edición 2016
- 2011 De la Puente y Lavalle, Manuel
“El contrato en general. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código civil”
Tomo I, Palestra Editores
- 2014 Echaiz Moreno, Daniel.
“El consumidor en los contratos inmobiliarios”. En Revista de Derecho Foro Jurídico,
Tomo 13, Primera Edición. Lima.
- 2011 Echeverri Salazar Verónica María,
“El control a las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión con consumidores”. En:
Opinión Jurídica - Universidad de Medellín, Vol. 10, N° 20
- 2014 Posada Torres Camilo, “El Equilibrio Contractual en los Contratos de Adhesión:
Mecanismos jurídicos para la preservación y restablecimiento del equilibrio contractual
en los contratos de adhesión”. Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá.
- 2015 Posada Torres Camilo,
“Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión en el derecho colombiano”. En
Revista de Derecho Privado N° 29, julio – diciembre 2015

- 2012 Rodríguez Chávez, Reyler,
“Tutela Del Consumidor Contra Cláusulas Abusivas”. En: Revista Oficial del Poder Judicial: Año 6 - 7, N° 8 y N° 9
- 1998 Stiglitz, Rubén
Contratos Civiles y Mercantiles. (Tomo 2). Buenos Aires, Argentina: Abeledo-Perrot
- 2001 Stiglitz, Gabriel
“Defensa de los consumidores de productos y servicios. Daños - Contratos”

