

Pontificia Universidad Católica del Perú

Facultad de Derecho



Programa de Segunda Especialidad en Derecho de Protección al Consumidor

“Las cláusulas abusivas en la contratación masiva y la protección y defensa de los consumidores: una visión a la Resolución de N° 243-2018/SPC”

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

AUTOR

Ernesto Alonso Nájjar Ramal

ASESOR:

Dr. Julio Baltazar Durand Carrión

CÓDIGO DEL ALUMNO:

20110013

2018

RESUMEN

El presente trabajo de investigación busca analizar el auge del tráfico comercial, a través de los contratos por adhesión y de las cláusulas generales de contratación, y su relación con los derechos de los consumidores y la inclusión de cláusulas abusivas. Uno de los objetivos es desarrollar a nivel teórico-doctrinario los alcances y contenido de las Cláusulas Abusivas, partiendo de la propia regulación. Asimismo, un segundo objetivo es llevar el ámbito teórico-doctrinario al ámbito práctico, en el que se analizará la controversial Resolución N° 243-2018/SPC (resolución de la canchita), en lo pertinente al extremo de la cláusula abusiva. Finalmente, otro de los principales objetivos es proponer el sentido social y humanista que también deben tener dichos contratos y no solo brindarle un beneficio al empresario o proveedor, a través de la estandarización y el dinamismo económico que se pueda generar. Por otro lado, con relación a las conclusiones, la principal de ellas es que sí es legítima y necesaria la regulación de las cláusulas abusivas en la contratación masiva a efectos de brindarles protección a los consumidores, ello en tanto el consumidor en el Perú no es diligente y porque a desde el Derecho Romano el principio de buena fe ha sido la columna vertebral de la contratación civil y comercial. En ese sentido, a efectos de que se respeten estándares de equilibrio y de los principios principales y generales de contratación, se debe brindar protección normativa. Con relación a la Resolución propuesta, se concluye que sí significó una cláusula abusiva.

ÍNDICE

1.	RESUMEN	2
2.	INTRODUCCIÓN	4
	CAPÍTULO 1: Marco general, alcances y contenido de las Cláusulas Abusivas	6
3.	¿Qué clase de consumidor existe en el Perú y por tanto se le debe de proteger?	6
3.1	¿Existe una Política Pública por parte del Estado que protege al consumidor de los contratos celebrados con los proveedores?	7
3.2	La piedra angular en el tráfico mercantil: el principio de buena fe	8
4.	Los contratos por adhesión y las cláusulas generales de contratación en el tráfico mercantil	9
4.1	Las ventajas de los Contratos por Adhesión y las Cláusulas Generales de Contratación	11
4.2	Las desventajas de los Contratos por Adhesión y las Cláusulas Generales de Contratación	11
5.	¿Cómo se ha regulado las Cláusulas Abusivas en el Código de Protección y Defensa del Consumidor?	12
5.1	¿Cuáles son los criterios para que se configure una Cláusula Abusiva en el contrato celebrado?	15
5.2	¿Cuáles son las consecuencias de que exista una Cláusula Abusiva en el contrato celebrado?	16
5.3	¿En necesario regular las cláusulas abusivas en la contratación masiva?	18
	CAPÍTULO 2: Análisis concreto de la Sala de Protección y Defensa del Consumidor en lo referente a las Cláusulas Abusivas en la Resolución N° 243-2018/SPC (Resolución de la canchita)	21
6.	¿Bajo qué argumento la Sala de Protección y Defensa del Consumidor calificó el contrato de Cinemark del Perú S.R.L como cláusula abusiva?	21
6.1	¿Se cumplieron con todos los requisitos para que se configure una Cláusula Abusiva en el contrato celebrado con el consumidor?	23
7.	POSTURA PERSONAL	25
8.	CONCLUSIONES	27
9.	BIBLIOGRAFÍA	29

INTRODUCCIÓN

Hoy en día, el tráfico comercial no es el mismo que el de hace unos años. Es decir, en la actualidad hay un crecimiento acelerado del tráfico mercantil, lo cual genera una serie de relaciones de consumo a partir de la contratación en masa, ya sea a través del Contrato por adhesión o de las Cláusulas Generales de Contratación.

Existen muchos mercados en los que la relación de consumo Proveedor – Consumidor se da a través de contratos estandarizados o predispuestos, en los que el consumidor no negocia el contenido del contrato y se ubica en una situación únicamente de aceptar todo lo estipulado por el proveedor o de no celebrar el contrato. Dichos mercados pueden ser por ejemplo la compra de bebidas de una máquina expendedora, el servicio de lavandería, playas de estacionamiento, seguros, contratos de créditos, servicios de telecomunicaciones corretaje de inmuebles, entre otros.

Si bien es cierto, la masificación de los contratos ha generado muchos beneficios al mercado económico, ya que se dinamizan los mercados y se reducen costos de transacción; también ha generado inconvenientes y, sobre todo a los consumidores, ya que al haberse limitado el derecho de la Libertad Contractual, los proveedores pueden aprovechar esa condición para incluir en sus contratos cláusulas abusivas o vejatorias.

El artículo 49 del Código de Protección y Defensa del Consumidor (en adelante, CPDC) señala que 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.

Asimismo, el CPDP ha dividido las cláusulas abusivas en dos grupos. Por un lado, las cláusulas abusivas de ineficacia absoluta (art. 50 CPDC), que están prohibidas per se y se encuentran en una lista cerrada y; por otro lado, las cláusulas abusivas de ineficacia relativa

(art. 51 CPDC), las cuales para configurarse tienen que atenderse al caso en concreto y se mencionan de manera enunciativa y no limitativa.

Debido a dicha situación, la cual puede generarle problemas a una buena parte de consumidores en el país, la pregunta principal que busca analizar y responder el presente trabajo de investigación sería el siguiente: “¿Es legítima y necesaria la regulación de las cláusulas abusivas en la contratación masiva a efectos de brindarles protección a los consumidores?”

Por un lado, parte de la doctrina se encuentra en contra de la regulación de las cláusulas abusivas, ya que se indica que se les quita autonomía a los consumidores y que con el fiel cumplimiento del deber de información por parte de los proveedores, se podría superar cualquier tipo contingencia a generarse posterior a la relación de consumo.

Por otro lado, también se encuentra doctrina a favor de la regulación de las cláusulas abusivas indicando que siempre va a existir un desequilibrio de derechos y obligaciones por lo que es necesaria su equiparación, así como que el ser humano no siempre realiza un análisis costo - beneficio de las relaciones de consumo que realiza.

A mi juicio, sí es necesaria la regulación de las cláusulas abusivas, pues a pesar de que en muchos mercados existe un control administrativo previo a la introducción del contrato masivo en el mercado, en el día a día se pueden apreciar que el mercado es otra realidad que la teoría, pues sí existen situaciones de desequilibrio de derechos y obligaciones de manera bastante controversial entre el proveedor - consumidor, como por ejemplo el contrato de las playas de estacionamiento, los contratos de seguros, los contratos de tarjetas de créditos; máxime si el consumidor en el Perú no es diligente a la hora de realizar una relación de consumo, sino por el contrario, se trata de un consumidor promedio que muchas veces contrata sin saber exactamente y a plenitud las condiciones de la misma.

CAPÍTULO 1: Marco general, alcances y contenido de las Cláusulas Abusivas

3. ¿Qué clase de consumidor existe en el Perú y por tanto se le debe proteger?

Si bien es cierto, a través de los precedentes emitidos por Indecopi y por una alusión de manera indirecta en el segundo párrafo del artículo 104 del CPDC, se protegería al “consumidor razonable”, considero que el consumidor en el Perú no es diligente, pues la gran mayoría de consumidores no llegan a superar la asimetría informativa, económica, tecnológica o de poder respecto de la relación que tiene con el proveedor, a ello sin tomar en cuenta la tasa considerable de analfabetismo que existe en nuestro país. Por lo tanto, considero que el Indecopi debe establecer un criterio claro y concreto, de tal manera que se defienda al “consumidor promedio” o “consumidor real”.

De esa manera, el profesor Julio Durand sostiene que el “consumidor razonable” en nuestro país no existe porque no protegería a los “ciudadanos de a pie” (2008: 327) e indica lo siguiente:

“La figura del consumidor razonable, si se interpreta de forma restrictiva, podría conducir inevitablemente a desproteger a un grueso sector de consumidores, porque de acuerdo con la interpretación y el razonamiento del INDECOPI, la mayoría de consumidores comunes y corrientes de nuestro país que no hacen análisis para comprar y que no tienen las condiciones de diligencia ordinaria en su vida cotidiana, no estarían protegidos por la ley; es decir, que para INDECOPI serían consumidores torpes e irracionales, los que no saben conducirse en el mercado y por lo tanto no merecen tutela jurídica” (Durand 2008: 328).

Vale destacar que los mercados hoy en día se han vuelto más técnicos e implican determinada especialización por los conceptos técnicos y las características propias que posee (por ejemplo, el mercado de seguros, el mercado bancario y en menor medida el mercado de telecomunicaciones), lo cual significa que la asimetría informativa no se llega superar de una manera accesible a la hora de contratar el producto o servicio que podría incluir una cláusula abusiva. De esta manera, “el adherente con su firma muestra su conformidad con la existencia de un condicionado que ni siquiera lee en su totalidad si es que lo lee, no hay examen previo y consciente del contenido documental, mas esto no significa que su actuación pueda y menos deba catalogarse de negligente” (Veiga Copo 2005: 440).

Precisamente, para poder superar todos los problemas que hemos detallado, el CPDC y las normas sectoriales de cada mercado han impuesto una serie de cláusulas, de tal manera que se pueda equiparar la relación consumidor – proveedor. Por ello, se busca que “en materia de protección al consumidor se pretende cautelar el acceso a productos y servicios idóneos, así como al goce de derechos y mecanismos efectivos de protección, reduciéndose la asimetría informativa y corrigiéndose, previniéndose o eliminándose las conductas y prácticas que afecten los legítimos intereses del consumidor” (Ortega 2012: 132).

3.1 ¿Existe una Política Pública por parte del Estado que protege al consumidor de los contratos celebrados con los proveedores, los cuales pueden incluir cláusulas abusivas?

Sí existe una Política Pública de brindarle una protección al consumidor. El Tribunal Constitucional (en adelante TC) en el Expediente N° 0008-2003-AI/TC, indicó lo siguiente:

“El consumidor –o usuario- es el fin de toda actividad económica; es decir, es quien cierra el círculo económico satisfaciendo sus necesidades y acrecentando su bienestar a través de la utilización de una gama de productos y servicios. En puridad, se trata de una persona natural o jurídica que adquiere, utiliza o disfruta determinados productos (como consumidor) o servicios (como usuario) que previamente han sido ofrecidos al mercado”.

Asimismo, respecto del artículo 65¹ de la Constitución, el TC indicó que se “prescribe la defensa de los intereses de los consumidores y usuarios, a través de un derrotero jurídico binario; vale decir, establece un principio rector para la actuación del Estado y, simultáneamente, consagra un derecho subjetivo”.

Adicionalmente, el TC mediante el expediente 3315-2004-AA/TC señaló que uno de los principios que se derivan del artículo 65 de la Constitución es “el principio de proscripción del abuso del derecho”, dicho principio plantea que “el Estado combata toda forma de actividad comercial derivada de **prácticas y modalidades contractuales perversas** que afectan el legítimo interés de los consumidores y usuarios” (el subrayado es nuestro).

Por otro lado, si vamos al artículo 1,1 inciso c) del CPDC se indica que “todos los consumidores tienen derecho a la protección de sus intereses económicos y en particular

¹ Artículo 65°.- El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado. Asimismo vela, en particular, por la salud y la seguridad de la población.

contra las cláusulas abusivas, métodos comerciales coercitivos, cualquier otra práctica análoga e información interesadamente equívoca sobre los productos o servicios”.

Como se puede apreciar, el TC, máximo Intérprete de la Constitución, ha delimitado el contenido del artículo 65 de la Carta Magna, en el cual se debe proteger al consumidor de las relaciones de consumo (las cuales se generan de una relación contractual entre el consumidor y el proveedor) ante cualquier tipo de contingencia o abuso que se genere de la misma.

Asimismo, tenemos al CDPD que menciona explícitamente el derecho de los consumidores a la protección de sus intereses económicos y en particular contra las cláusulas abusivas derivadas de los contratos celebrados.

Considero que dicha política es importante resaltarla porque en una base transversal por lo que tiene el Estado que combatir cualquier práctica contractual que pueda implicar un tipo abuso por parte del proveedor.

3.2 La piedra angular en el tráfico mercantil: el principio de buena fe

El principio de buena fe implica un concepto amplio, en el que incluso ya se encontraba presente desde el Derecho Romano. En cada época, dicho principio ha adquirido un contenido más delimitado y se ha adecuando a las necesidades que se vivían en cada circunstancia del tiempo. En ese sentido, la Dra. Carbajal Arenas señala lo siguiente:

“la buena fe siempre ha tenido un rol principal en la escena mercantil debido a su flexibilidad. Esta aserción no significa aceptar la teoría que caracteriza a la buena fe como un principio exento de significado, acomodaticio a la interpretación que las partes o el jurista deseen atribuirle en el caso particular. Por el contrario, es posible afirmar que la buena fe es un concepto cuyo significado se determina conforme a los acontecimientos históricos de cada época en que este principio se ha desarrollado” (2014).

En la actualidad, tomando en consideración las circunstancias de tráfico contractual masivo, en donde incluso ya no se habla de una “sociedad de personas” sino de una “sociedad de masas”, la “buena fe debe ser entendido como un principio general el Derecho, tanto del Privado como del Público, que apunta a consagrar los valores más elevados de la escala axiológica: justicia, equidad seguridad, solidaridad. No es un principio que se desprende,

necesariamente, del sistema positivo consagrado en un ordenamiento dado, sino que se ubica fuera del mismo, por encima, iluminándolo, informándolo, integrándolo posibilitando la averiguación del sentido y del alcance de las normas” (Mosset 1997: 485).

Asimismo, nos preguntamos si es que el principio de buena fe debe tomárselo en cuenta como un medio para solucionar problemas de interpretación contractual, o si es que también debe tomárselo como un principio que forma parte de la relación contractual, teniendo un mayor alcance a la mera interpretación. Ante ello, el Dr. Pérez Cázares indica lo siguiente:

“Ante la celeridad en las contrataciones mercantiles y la dinámica del comercio, en especial por vender la mercancía producida, la buena fe debe ser un principio jurídico no solo en la interpretación de los contratos sino en su ejecución, debiendo de prevalecer este principio en toda contratación mercantil como un principio básico cuya legislación debe de tender a protegerla y una regla de conducta existente en la contratación mercantil y obligado a ser un modelo a seguir, reconocida y protegida por el derecho, un presupuesto que incumbe acompañar a las partes en el cumplimiento y ejecución del contrato mercantil y que debe ser intrínseco a la vida del contrato” (2008).

Por todo lo señalado, considero que toda contratación mercantil debe estar regida por el este principio de buena fe y debe ser considerada como la “piedra angular” sobre todo en la contratación en masa, pues es en dicha modalidad de contratación donde existe mayor posibilidad de que los consumidores se vean perjudicados en la relación de consumo efectuada.

4. Los contratos por adhesión y las cláusulas generales de contratación en el tráfico mercantil

El auge del tráfico mercantil, generó que los proveedores de productos o servicios estandaricen sus contratos, de esta manera se genere un mayor dinamismo en la relación contractual proveedor-consumidor. Ante ello, han tomado mayor protagonismo el contrato por adhesión y las cláusulas generales de contratación.

El Código Civil peruano recoge dichas instituciones definiéndolas de la siguiente manera:

Contrato por adhesión 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

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

El Dr. Manuel de la Puente y Lavalle indica que el contrato por adhesión cuenta con dos elementos propios que lo distinguen del contrato paritario o discrecional. Por un lado, “en el contrato por adhesión una de las partes fija unilateralmente las estipulaciones contractuales, sin participación de la otra y; por otro lado, la parte que redacta o fija las estipulaciones plantea a la otra una alternativa inmodificable entre la aceptación íntegra de tales estipulaciones, o sea de su oferta, y el rechazo, también íntegro de ella”. (2007: 652,654).

Asimismo, con relación a las Cláusulas generales de contratación el Dr. De la Puente y Lavalle indica que “se pueda cumplir eficazmente su rol de permitir la celeridad del comercio masivo de bienes y servicios se requiere que tengan una especial aptitud para facilitar la contratación. Ello ha sido posible otorgándoles determinadas características que giran alrededor de tres elementos: su predisposición; su generalidad y abstracción; y su inmutabilidad” 2007: 697).

Enfocándonos en la materia del presente trabajo, el CPDC recoge en su artículo 48² ciertos requisitos indispensables que deben tener todo contrato por adhesión o toda cláusula general de contratación como lo es la concreción, claridad y sencillez en la redacción; la accesibilidad y legibilidad; y la buena fe y equilibrio necesario en los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas (el subrayado es nuestro).

² 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: 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.

Como se puede apreciar, el legislador peruano ha incluido un artículo en donde se realiza la relación de los contratos en masa con la utilización de cláusulas abusivas por parte de los proveedores y su vinculación con el principio de buena, desarrollado en el punto 2.2.

4.1 Las ventajas de los Contratos por Adhesión y las Cláusulas Generales de Contratación

No cabe duda que la contratación en masa, ya sea a través de los Contratos por Adhesión o las Cláusulas Generales de Contratación generan una serie de beneficios o ventajas en el tráfico mercantil.

Como por ejemplo, la reducción de costos de transacción, entendido en que “los sujetos de derecho al momento de contratar no incurren en gastos para la celebración y ejecución de los contratos, de tal manera que la atribución de derechos originaria es indiferente para la transferencia de los bienes y, en todo caso, los contratantes optarán por la solución o transacción más eficiente económicamente” (Torres 2005: 12); brinda una mayor seguridad jurídica, en tanto se “se suministran una reglamentación más exhaustiva, técnica, analítica y clara pues remueven la incertidumbre que, en no pocos casos, provendría del derecho dispositivo, así como sus lagunas” (Vega 2001: 50,51); facilitan la división del trabajo, en tanto “se aprovecha mejor la labor de las personas implicadas, pues se usa de manera eficiente las capacidades jurídicas y gerenciales caras, el trabajo propiamente jurídico se concentra en los asesores mientras que los agentes de venta solo aplican los formularios concentrándose en las ventas” (Alfaro 1991: 28); mejora las condiciones contractuales, sobre todo en lo referido a los precios; generan mayor dinamismo a los mercados; entre otros.

Sin embargo, la discusión no es si es que deben permitir estos tipos de contratos en el mercado, sino más bien sobre su regulación y el control de dichas cláusulas a efectos de evitar que se incorporen cláusulas abusivas perjudiciales para la parte débil de la relación contractual, que vendría a ser el consumidor adherente.

4.2 Las desventajas de los Contratos por Adhesión y las Cláusulas Generales de Contratación

Si bien es cierto, se ha señalado que los Contratos por Adhesión o las Cláusulas Generales de Contratación generan muchos beneficios o ventajas y por ello existen muchos incentivos para estar a favor de que se contrate a través de dichos medios. También existen desventajas.

Unas de las desventajas serían las siguientes: en primer lugar, “la facultad de predisponer el contrato facilita al empresario favorecer su posición contractual o, desde la otra perspectiva, puede agravar la del consumidor, valiéndose de cláusulas abusivas” (Stiglitz y Stiglitz 1985: 55); en segundo lugar, la limitación al derecho de libertad contractual por parte del destinatario; en tercer lugar, los contratos de la referencia dan lugar a que el destinatario se sienta colocado en una posición de inferioridad; finalmente, en cuarto lugar, pérdida por parte del destinatario de la oferta de su libertad de configuración interna, lo que recorta su autonomía privada (De la Puente 1975: 671).

Los contratos por adhesión y las cláusulas generales de contratación tienen ventajas y desventajas. No obstante, considero que existen mayores ventajas, por lo que prohibirlas sería un error.

Ello no significa que el Estado, a través de los organismos competentes, solo deba enfocarse en lo positivo que traen estas figuras contractuales, debido a que, como ya se ha señalado, a través de este medio de contratación los proveedores tienen muchísimos incentivos para aprovecharse de su situación e incluir cláusulas que desequilibre la relación proveedor-consumidor, afectando los intereses y derechos de los consumidores.

5. ¿Cómo se ha regulado las Cláusulas Abusivas en el Código de Protección y Defensa del Consumidor?

A nivel doctrinario a las cláusulas abusiva se las debe entender como “un fenómeno dañino vinculado a la situación de disparidad socio-económica en la cual se encuentran los adherentes, sometidos a los abusos de quien detenta el poder de hecho de predisponer a su arbitrio la disciplina del contrato. La intervención pública dirigida a reprimir tales abusos es ahora constitucionalmente legítima y también obligatoria, en cuanto está dirigida a tutelar una categoría débil” (Espinoza 1998: 143).

El CPDC ha desarrollado en su artículo 49, inciso 1³, una definición, entendiéndola 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”.

A su vez, el artículo 49, inciso 2⁴ y el inciso 3⁵, brindan contenido a dicha institución respondiendo a la pregunta ¿qué elementos deben tomarse en cuenta a la hora de analizar la existencia de una cláusula abusiva? vinculándola con la naturaleza o de los productos o servicios objeto del contrato. A su vez, desarrolla el supuesto de que ciertos elementos de una cláusula negociación aisladamente no afecta al resto del contrato, respecto de la aplicación de las normas sobre cláusulas abusivas al resto del contrato.



³ Artículo 49.- Definición de cláusulas abusivas

49.1 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.

⁴ 49.2 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.

⁵ 49.3 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. El proveedor que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente asume la carga de la prueba.

El legislador peruano ha visto preferible dividir las cláusulas abusivas en dos grandes grupos. Por un lado las cláusulas abusivas de ineficacia absoluta, reguladas en el artículo 50⁶. Por otro lado, las cláusulas abusivas de ineficacia relativa, reguladas en el artículo 51⁷.

Se debe entender a las cláusulas abusivas de ineficacia absoluta como “aquellas estipulaciones que desde su génesis, desde su origen, son nulas de pleno derecho, siendo inválidas per se” (Torres 2005:75).

Sin perjuicio de que existan diferencias entre ambas figuras como por ejemplo, el origen de la nulidad, el reconocimiento para el derecho, el grado de reproche y rechazo, si se trata de una lista taxativa o de una lista abierta, entre otros; la gran diferencia entre las cláusulas abusivas de ineficacia absoluta respecto de las relativas radica en que son consideradas inválidas per se.

⁶Artículo 50.- Cláusulas abusivas de ineficacia absoluta Son cláusulas abusivas de ineficacia absoluta las 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 Código de Protección y Defensa del Consumidor 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.

⁷ Artículo 51.- Cláusulas abusivas de ineficacia relativa De manera enunciativa, aunque no limitativa, son cláusulas abusivas atendiendo al caso concreto, 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.

A efectos de dejar en claro las diferencias, proponemos un cuadro de resumen:

Cláusulas abusivas de ineficacia absoluta	Cláusulas abusivas de ineficacia relativa
<ul style="list-style-type: none"> - Estipulaciones que desde su génesis, origen son nulas de pleno derecho, siendo inválidas per se. - No han nacido para el Derecho. - Son merecedoras del mayor reproche y rechazo, por lo que la sanción de nulidad es inmediata e irreversible. - Constituyen una lista taxativa. 	<ul style="list-style-type: none"> - Estipulaciones que su validez está supeditada al análisis de razonabilidad y legalidad en cada caso en concreto. - Sí han nacido para el Derecho. - No son merecedoras de reproche y rechazo hasta analizar su validez. - Se establece de manera enunciativa aunque no limitativa.

Cabe destacar que, si bien el legislador peruano optó por la división de Cláusulas abusivas de ineficacia absoluta y Cláusulas abusivas de ineficacia relativa, “atendiendo a un criterio de identificación de las partes sobre las que recae las situaciones jurídicas de ventaja y de desventaja que pretendan determinar las cláusulas abusivas, las podemos dividir, en nuestro sistema jurídico, en los siguientes dos grupos. Por un lado, aquellas que operan en beneficio del predisponente, como las exoneraciones o limitaciones de responsabilidad, la facultad de suspender la ejecución del contrato, y el derecho potestativo de “rescindirlo” o “resolverlo”; y el segundo lugar, aquellas que actúan en perjuicio del adherente: como la prohibición de oponer excepciones o de prorrogar o renovar tácitamente el contrato” (Calderón, Valdez, Obando 2010:152).

5.1 ¿Cuáles son los criterios para que se configure una Cláusula Abusiva en el contrato celebrado?

Tomando en consideración lo señalado en el artículo 49,1 del CPDC y de acuerdo al Dr. Robles Montoya, los criterios para que se configure una cláusula abusiva serían las siguientes:

- “Son redactadas unilateralmente por un proveedor.
- Vinculan el contrato de consumo a los intereses del proveedor en perjuicio del consumidor.
- No son negociadas, pues el consumidor o usuario suele plegarse o adherirse a las cláusulas pre redactadas por la empresa.

- Van en contra de los principios de buena fe, transparencia, justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes” (2011: 95-96).

Es decir, deben concurrir todos los criterios señalados para que se configure una cláusula abusiva en un contrato de consumo

Cabe mencionar que mediante la Resolución N° 078-2012/SC2-INDECOPI⁸, la Comisión de Protección al Consumidor, estableció los siguientes criterios para la determinación de una cláusula abusiva:

- Falta de negociación.
- No hay alternativas distintas para los consumidores, por lo que no existe otro proveedor ofreciendo una cláusula diferente a la que es objeto de cuestionamiento.
- Que exista desproporción injustificada entre los beneficios, riesgos y costos asumidos por ambas partes, en perjuicio del consumidor.

Si bien dicha resolución no significa un precedente de observancia obligatorio, sí resulta importante tomarla en consideración a la hora de determinar lo abusivo que pueda significar la inclusión de una cláusula en un contrato de consumo.

5.2 ¿Cuáles son las consecuencias de que exista una Cláusula Abusiva en el contrato celebrado?

Tomando en consideración el artículo 52 del CDPD: “las cláusulas abusivas ineficaces a que se refiere el presente Código son inaplicadas por la autoridad administrativa” y la forma de regulación en el CPDC, por un lado tenemos a las Cláusulas Abusivas de ineficacia absoluta, que se caracterizan por “sancionar con la nulidad o ineficacia a las cláusulas abusivas que se hallen comprendidas en dichos supuestos o simplemente se las tiene por no puestas en el contrato respectivo. De allí que se sostenga que dicha sanción legal hace innecesaria la

⁸ Exp. 2081-2010/CPC. Baldo Kresalja vs Foto Digital

intervención judicial para determinar el carácter abusivo de las cláusulas, pues la ley ya las ha calificado como tales” (Herrera 2015: 128).

Por otro lado, la consecuencia respecto de las Cláusulas Abusivas de ineficacia relativa es diferente en tanto, como se ha mencionado en el punto 5, su validez está supeditada al análisis de razonabilidad y legalidad en cada caso en concreto, es decir, la calificación de cláusula abusiva y la consecuencia de ello, quedará sujeto a que en una vía administrativa o judicial lo reconozcan como tal, atendiendo a cada caso en particular.

En esa misma línea, el Dr. Herrera Pachari señala lo siguiente:

“Las Cláusulas Abusivas de ineficacia relativa “parten de una suerte de precalificación respecto a su carácter abusivo, pero no son sancionadas preliminarmente con la nulidad o ineficacia por la ley, sino que la sanción está sujeta a la valoración del caso concreto. Esta característica la diferencia de las cláusulas abusivas contenidas en la lista negra [hace referencia a las Cláusulas Abusivas de ineficacia absoluta], pues, puede suceder que se determine su plena eficacia y a razón de ello puedan resultar plenamente válidas en el contrato. Por el contrario, si se determina administrativa o judicialmente su ineficacia, no serán válidas quedando excluida su aplicación al contrato” (2015: 129-130).

Es importante resaltar lo señalado por el profesor Carlos Alberto Soto, quien indica que “las cláusulas abusivas de ineficacia relativa no deben calificarse como tales in abstracto, sino considerando cada contrato específico, pues, cabe la posibilidad que una cláusula sea manifiestamente abusiva para una de las partes en un determinado contrato, en tanto cabe que la misma cláusula pueda no ser vejatoria en otro contrato distinto (2002).

Si vamos a una legislación especial, por ejemplo en la Ley de Contrato de Seguro, Ley N° 29946, señala el artículo 39, inciso V), que: “Las cláusulas abusivas son nulas de pleno derecho por lo que se las tiene por no convenidas”

A diferencia de cómo se regula la cláusula abusiva en el CPDC, en la ley de Contrato de Seguro, no se distingue por cláusulas abusivas de ineficacia absoluta o relativa, por lo que al ser una normal especial debe prevalecer y únicamente debe regir el CPDC en todo lo que no sea regulado por la ley. En ese sentido, que las cláusulas abusivas son nulas de pleno derecho en el contrato de seguro, significa que la nulidad opera automáticamente, por lo que no es

necesario una resolución administrativa o judicial que declare su nulidad. En otras palabras, en el mercado de seguros la consecuencia es similar a lo que ocurre con las cláusulas abusivas de ineficacia absoluta.

Asimismo, es de destacar lo señalado en el artículo 1398 de Código Civil:

“Estipulaciones inválidas Artículo 1398º.- 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”.

Como se puede apreciar, en dicho artículo se hace referencia a la falta de validez de la cláusula abusiva. Asimismo, propone ejemplos de lo que puede delimitarse como abusivo: establecer exoneraciones o limitaciones de responsabilidad, facultades de suspender la ejecución del contrato, la prohibición a la otra parte de oponer excepciones, entre otros.

5.3 ¿Es necesario regular las cláusulas abusivas en la contratación masiva?

Existen dos grandes posturas respecto de la necesidad de regulación de las cláusulas abusivas en los contratos de consumo. Por un lado, aquellos que defienden la tesis de que no es necesario regular las cláusulas abusivas, inclusive que no existen cláusulas abusivas y; por otro lado, aquellos que sí defienden la tesis de que sí es necesaria y legítima la regulación de las cláusulas abusivas en la contratación masiva.

Con relación a los que señalan que no es necesaria la regulación de las cláusulas abusivas en la contratación masiva, la profesora Cecilia O'Neill de la Fuente indica que la “forma de remediar el desequilibrio de posiciones resultante de la contratación masiva, sin poner en riesgo la utilidad de los contratos estándares, es establecer obligaciones de información de cargo del estipulante, no prohibiciones a su libertad de llenar libremente el contenido de su relación contractual” (1998: 830).

Asimismo, la profesora en mención indica que la regulación en la contratación masiva “genera incoherencias en la regulación de los contratos y de la propiedad, y es lo último que

quiere nuestra Constitución económica, teniendo en cuenta que la defensa de la propiedad privada y la protección de la libertad de contratación son los indiscutibles pilares del desarrollo económico. Dicho en otras palabras, la intervención del Estado en el contenido de los contratos, ya no es compatible con el fin declarado por este en la Constitución que hoy nos rige” (1998: 830-831).

En otras palabras, para la profesora O’Neill, el Estado debe garantizar la provisión de información para evaluar la idoneidad de los bienes o servicios y no “metiendo la mano” en el contenido del contrato (1998: 851). Así, como que el régimen económico actual, el cual es de economía social de mercado, en donde el Estado interviene solo de manera necesaria, es decir no es un Estado intervencionista y tampoco es un Estado que “deja hacer”, es incompatible con el hecho de regular lo que se podría solucionar garantizando el correcto deber de información.

Con relación a los que señalan que sí es necesaria la regulación de las cláusulas abusivas en la contratación masiva, uno de los principales argumentos es que el consumidor peruano cuenta con una racionalidad limitada, es decir, no tiene una capacidad cognitiva finita para analizar, en todas sus relaciones de consumo, el costo – beneficio que le puede generar. Asimismo, tiene una voluntad limitada, en tanto el consumidor peruano toma decisiones que entran en conflicto con sus intereses a largo plazo, un ejemplo de ello, es la compra de cigarrillo o de bebidas alcohólicas. Finalmente, se puede afirmar que el consumidor peruano tiene intereses propios limitados, es decir, actúa y celebra contratos de consumo en el interés ajeno antes que el propio.

Con lo mencionado en el párrafo precedente, no hay que olvidar que “la regulación contractual en materia de control de cláusulas abusivas se enfoca directamente a la necesidad de equilibrar las posiciones negociales de las partes en los modernos contratos de consumo y, de esta manera, actuar como compensación al abuso de la posición dominante que comenzó a observarse a medida que se desarrollaba la sociedad de masas” (Laura Pérez 2004: 120).

Uno de los objetivos de la presente investigación es también desarrollar el sentido social y humanista que también pueden tener los contratos masivos, es decir, dejar sentado que el fin económico no es incompatible con el fin social. En esa línea, el profesor Jorge Mosset indica que “la desigualdad, cuando es profunda y agravada por la ignorancia y las necesidades apremiantes, requiere de la tutela del Estado; exige limitar la libertad negocial, poner reparos al dejar hacer y funda una especie de “paternalismo” razonable (2005: 62).

Adicionalmente, el profesor Mosset desarrolla un punto que muchos dejan de lado cuando refieren a la contratación masiva y los perjuicios que le pueden generar al consumidor con las cláusulas abusivas, pues la mayoría hace alusión únicamente al progreso económico y a la reducción de costos de transacción y no decimos que ello está errado. Por su puesto que está bien y es un elemento importante para el desarrollo como país. Sin embargo, también debe señalarse que existe un real desequilibrio entre los consumidores y los proveedores de productos y servicios y que también se debe velar por la protección y defensa de los consumidores. Así, sentencia el profesor Mosset: “estamos de acuerdo en que el principio de la autorresponsabilidad es el riesgo de la libertad, pero no frente a contratantes en condiciones de aberrante desigualdad” (2005:62).

Por todo lo señalado, considero que no solo es legítima la regulación de las cláusulas abusivas en la contratación en masa, sino que también es necesaria, ya que es una herramienta más para que el consumidor pueda equilibrar la relación contractual celebrada.

**CAPÍTULO 2: Análisis concreto de la Sala de Protección y Defensa del Consumidor
en lo referente a las Cláusulas Abusivas en la Resolución N° 243-2018/SPC
(Resolución de la cancha).**

6. ¿Bajo qué argumento la Sala de Protección y Defensa del Consumidor calificó el contrato de Cinemark del Perú S.R.L como cláusula abusiva?

La Sala indicó que Cinemark, a través de la colocación de carteles, restringía el acceso de los consumidores a sus salas de cine con cualquier tipo de producto alimenticio que no hubiera sido adquirido en su establecimiento. Si bien dicha prohibición no se encuentra contenido en un contrato escrito, la misma constituye una condición o cláusula contractual verbal, la cual es aplicada a la relación de consumo establecida entre las partes.

Asimismo, la Sala indicó que se trata de un contrato por adhesión, en la medida que una de las partes (proveedor) impone al consumidor una condición o cláusula no negociada de forma bilateral, de tal forma que el consumidor que quiere acceder al cine debe aceptarla necesariamente. La Sala resalta el hecho de que un consumidor podría ser expulsado por parte del empresario en el supuesto que este quisiera consumir productos distintos a los ofertados en el interior.

El Tribunal del Indecopi reconoce que uno de los derechos más importantes del consumidor es el elegir libremente entre productos y servicios idóneos y de calidad, que se ofrecen en el mercado. Así, también se les impone una obligación a los proveedores de no realizar prácticas que afecten la libertad de elección del consumidor o que mermen de manera significativa dicha libertad de elección.

Se hace un análisis de la finalidad que trae la colocación del cartel restringiendo el acceso de los consumidores a sus salas de cine con cualquier tipo de producto alimenticio que no hubiera sido adquirido en su establecimiento, el cual es limitar el derecho de los consumidores a elegir libremente los productos y servicios que se ofrecen en el mercado (productos idóneos y de calidad), así como el lugar donde desea comprarlos.

La finalidad de la cláusula impuesta y la vulneración de los derechos de los consumidores a interpretación de la Sala:

Finalidad	
Cláusula que restringía el acceso de los consumidores a sus salas de cine con cualquier tipo de producto alimenticio que no hubiera sido adquirido en su establecimiento.	1) Vulneración al derecho de los consumidores a <u>elegir libremente los productos y servicios que se ofrecen en el mercado.</u> 2) Vulneración al derecho de los consumidores a <u>elegir libremente el lugar donde desea comprarlos.</u>

Si bien la Sala desarrolla los derechos vulnerados de los consumidores, no desconoce las libertades señaladas en la Constitución respecto de los proveedores, en tanto los artículos 58⁹ y 59¹⁰ brindan el derecho de la libre iniciativa privada y el derecho a la libertad de empresa, respectivamente. No obstante, considera que ello no enerva que dichas libertades deban ejercerse en el marco del respeto a lo establecido en el artículo 65 de la Constitución.

En otras palabras, la Sala reconoce que se pueden desarrollar los derechos de la libre iniciativa priva y el derecho a la libertad de empresa sin afectar el artículo 65 de la Constitución. En el presente caso considera que ello no ocurre, por lo que el consumidor se está viendo afectado. Asimismo, se hizo una alusión directa al Exp.0001-2005-PI/TC del Tribunal Constitucional en el cual se señaló que “los derechos a la libre iniciativa privada y a la libertad de empresa, pueden ejercerse, siempre y cuando estos no colisionen con los intereses generales de la comunidad, respetando los diversos derechos de carácter socio-económico que la Constitución reconoce”.

⁹ Artículo 58°.- La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.

¹⁰ Artículo 59°.- El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad pública. El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades.

Un argumento importante que también recoge la Sala es que Cinemark no ha acreditado que la restricción impuesta obedezca a la existencia de factores objetivos como lo son la higiene, estructura, orden público, el evitar daños y molestias a las personas o bienes y similares.

Al respecto, sobre las molestias a las personas que se puedan generar, hay que mencionar lo indicado por el profesor Julio Durand Carrión: “de una simple inferencia se deja en claro que no vamos a ir a almorzar ni cenar en una sala de cine, no voy a llevar un ceviche solo porque se me antoja. De hecho jamás nadie lo ha hecho” (2018). Es de destacar lo indicado por el profesor Durand ya que han pasado varios meses desde la emisión de la publicación y no se ven en las salas de cines personas que lleven productos no idóneos para el lugar.

Finalmente, el Tribunal del Indecopi hizo referencia a que la actividad económica principal de Cinemark según la revisión de la ficha RUC es “actividades de exhibición de películas cinematográficas y cintas de video”, no apreciándose que tenga alguna actividad referida a la venta o comercialización de productos alimenticios, por lo que la venta de alimentos constituye solo una actividad secundaria.

Por todo lo señalado, la Sala consideró que la restricción consistente en la prohibición de ingresar a las salas de cine con productos alimenticios adquiridos fuera del establecimiento comercial constituye una cláusula abusiva de ineficacia absoluta, la cual se encuentra tipificada en el inciso e) del artículo 50, ello en tanto limita los derechos de los consumidores de elegir libremente entre productos y servicios idóneos y de calidad, contenido en el artículo 1.1 inciso f¹¹ del CPDC.

6.1 ¿Se cumplieron con todos los requisitos para que se configure una Cláusula Abusiva en el contrato celebrado con el consumidor?

La Sala señaló en la resolución dos requisitos que deben evaluarse para determinar si estamos ante una cláusula abusiva o no:

¹¹ Artículo 1.- Derechos de los consumidores 1.1 En los términos establecidos por el presente Código, los consumidores tienen los siguientes derechos: Derecho a elegir libremente entre productos y servicios idóneos y de calidad, conforme a la normativa pertinente, que se ofrezcan en el mercado y a ser informados por el proveedor sobre los que cuenta.

- i) Que no haya existido una negociación entre el consumidor y el proveedor respecto del contenido de la cláusula materia de cuestionamiento. Si el proveedor acredita la existencia de negociación, la denuncia debe declararse infundada; y,
- ii) Que exista desproporción injustificada entre los beneficios, riesgos y costos asumidos por ambas partes en perjuicio del consumidor.

Con respecto al requisito i), me encuentro de acuerdo que sí se cumplió, pues tal como lo indicó el Tribunal del Indecopi el contrato verbal celebrado entre las partes es un contrato por adhesión y una de las características principales de este tipo de contrato es precisamente la falta de negociación, pues es el proveedor quien las redacta unilateralmente y el consumidor se adhiere a todas las condiciones impuestas o las rechaza en conjunto.

Con respecto al requisito ii), también me encuentro de acuerdo con la Sala, en tanto que con la inclusión de dicha cláusula se afecta considerablemente al consumidor y se le beneficia de una manera desproporcionada al proveedor. No queremos dejar de pasar esta oportunidad de mencionar que no creamos que el derecho de los consumidores prevalece respecto del derecho a la libre iniciativa privada y al derecho de la libertad de empresa, en tanto considero que pueden ejercerse todos los derechos mencionados sin que colisionen con los intereses generales de la comunidad; es decir, pueden coexistir todos los derechos sin verse afectado ninguno de ellos, lo cual no ocurre en el presente caso.

Cabe destacar que la Sala no tomó en consideración el requisito de que la cláusula en discusión vaya en contra de los principios de buena fe, transparencia, justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes. Al respecto, considero que la cláusula discutida si atenta contra el principio de buena fe, pues tal como se ha indicado en el punto 3.2 de la presente investigación, el principio de buena fe apunta a consagrar los valores como justicia, equidad seguridad, solidaridad, lo cual recién con la presente resolución lo puedo notar.

POSTURA PERSONAL

Tomando en consideración que el Perú aún es un país en crecimiento y que los consumidores no son diligentes, sino por el contrario son consumidores limitados de información, de poder, de tecnología, de economía, ante la pregunta principal de la presente investigación: “¿Es legítima y necesaria la regulación de las cláusulas abusivas en la contratación masiva a efectos de brindarles protección a los consumidores?” mi postura es afirmativa.

Señalo ello, a parte del tipo de consumidores que considero se encuentran en el país, porque en la contratación masiva, ya sea a través del contrato por adhesión o de las cláusulas generales de contratación, existen mayores incentivos para que los proveedores incluyan cláusulas que generen un desequilibrio considerable de derechos y obligaciones. La propia naturaleza de dichos contratos hace que ello sea así, pues al ser pre redactados unilateralmente por proveedor, sin que involucre algún tipo de negociación, hace que se incluyan condiciones que solo favorezca a una de las partes.

A ello, agregar que el principio de buena fe siempre ha regido históricamente los contratos civiles y comerciales celebrados, por lo que hoy en día es necesario expresarlo en Derecho Positivo, a fin de que no se diluya en el tiempo. Considero que se trata de un principio básico, el cual vela por reflejar el interés de los celebrantes, sin que exista algún tipo de distorsión o abuso de parte de uno sobre el otro.

Considero que los contratos por adhesión y las cláusulas generales de contratación son figuras que favorecen en el régimen económico y jurídico por lo que no es que me encuentre en contra de dichas modalidades de contratación per se. Lo que sí considero es que se las debe regular, de tal forma que se busque su finalidad, el cual es el dinamismo económico y la reducción de costos de transacción sin dejar de lado el sentido social y humanista que también deben tener dichos contratos; es decir, no solo brindarle un beneficio al empresario o proveedor, a través de la estandarización que se pueda generar, sino también pensar en el consumidor y que esa reducción de costos también hace que se le beneficie.

Con relación a los que defienden la postura de que con el correcto deber de suministro de información se supera el problema de las cláusulas abusivas, considera que el correcto cumplimiento del deber de información es un derecho básico del que goza todo consumidor; sin embargo, no es suficiente, pues habrán casos en los que no se cumplirá y el consumidor no tendría tantos elementos de protección ante dicho supuesto. No olvidemos que recién en los últimos meses, el consumidor ha empezado a tomar otro tipo de relevancia en la relación de consumo, haciéndose valer sus derechos.

Por otro lado, con relación a la Resolución N° 243-2018/SPC (Resolución de la canchita), la Sala básicamente basa a su posición de considerar que la cláusula impuesta por Cinemark califica como una cláusula abusiva por los siguientes argumentos:

- i) Vulneración al derecho de los consumidores a elegir libremente los productos y servicios que se ofrecen en el mercado y vulneración al derecho de los consumidores a elegir libremente el lugar donde desea comprarlos.
- ii) No se desconoce los derechos de los proveedores a la libre iniciativa privada y el derecho a la libertad de empresa. No obstante, considera que ello no enerva que dichas libertades deban ejercerse en el marco del respeto a lo establecido en el artículo 65 de la Constitución.
- iii) No se ha acreditado que la restricción impuesta obedezca a la existencia de factores objetivos como lo son la higiene, estructura, orden público, el evitar daños y molestias a las personas o bienes y similares.
- iv) la actividad económica principal del proveedor no relacionada a la venta o comercialización de productos alimenticios, por lo que la venta de alimentos constituye solo una actividad secundaria.

En ese sentido, considero que la Sala acertó en resolver de esa manera, ya que se le está otorgando al consumidor un derecho que había perdido de manera irrazonable e injustificadamente, el cual es el derecho de libertad de elegir los productos y servicios que se ofrecen en el mercado y el derecho de libertad de elegir el lugar donde desea adquirirlos.

CONCLUSIONES

- 1- No solo es legítima la regulación de las cláusulas abusivas en la contratación en masa, sino que también es necesaria, ya que es una herramienta más para que el consumidor pueda equilibrar la relación contractual celebrada.
- 2- El consumidor en el Perú no es razonable, pues la gran mayoría de consumidores no llegan a superar la asimetría informativa, económica, tecnológica o de poder respecto de la relación que tiene con el proveedor, motivo por el cual se le debe brindar mayores herramientas de protección.
- 3- Sí existe una política pública de defensa del consumidor, en tanto el Tribunal Constitucional ha desarrollado el contenido del artículo 65 de la Constitución, insertando el principio de proscripción del abuso del derecho, entendida como que el Estado combate toda forma de actividad comercial derivada de prácticas y modalidades contractuales perversas que afectan el legítimo interés de los consumidores y usuarios. Asimismo, el CPDC recoge en el artículo 1,1 inciso c) que “todos los consumidores tienen derecho a la protección de sus intereses económicos y en particular contra las cláusulas abusivas.
- 4- El principio de buena fe es la piedra angular de contratación mercantil, sobre todo en la contratación en masa, pues es en dicha modalidad de contratación donde existe mayor posibilidad de que los consumidores se vean perjudicados en la relación de consumo efectuada.
- 5- Los contratos por adhesión y las cláusulas generales de contratación traen beneficios como por ejemplo la reducción del costo de transacción y el dinamismo económico. Sin embargo, también traen desventajas como la limitación al derecho de la libertad contractual.

- 6- El legislador peruano reguló las cláusulas abusivas en dos grupos. Por un lado, las cláusulas abusivas de ineficacia absoluta y; por otro lado, las cláusulas abusivas de ineficacia relativa. Ambas figuras cuentan con características propias y con consecuencias diferentes.
- 7- La finalidad de la regulación de la contratación en masa no debe limitarse al ámbito económico, sino también se debe tomar en consideración el ámbito social y humanista, a efectos de brindarle mayor protección a los consumidores.
- 8- Se configurará una cláusula abusiva cuando se configuren los siguientes criterios i) son redactadas unilateralmente por un proveedor, ii) vinculan el contrato de consumo a los intereses del proveedor en perjuicio del consumidor iii) no son negociadas, pues el consumidor o usuario suele plegarse o adherirse a las cláusulas pre redactadas por la empresa iv) van en contra de los principios de buena fe, transparencia, justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes.
- 9- Con respecto a la Resolución N° 243-2018/SPC (Resolución de la cancha), se detalló que el derecho de la libre iniciativa privada y el derecho a la libertad de empresa deben ejercerse en el marco del respeto a lo establecido en el artículo 65 de la Constitución.
- 10- En la Resolución N° 243-2018/SPC (Resolución de la cancha), la Sala resuelve correctamente al considerar que se trataba de una cláusula abusiva, por lo que le devolvió al consumidor el derecho de libertad de elegir los productos y servicios que se ofrecen en el mercado y el derecho de libertad de elegir el lugar donde desea adquirirlos.

BIBLIOGRAFÍA

ALFARO ÁGUILA-REAL; Jesús

1991 *Las Condiciones Generales de la contratación* Segunda reimpresión.
Madrid: Civitas.

CABALLERO SÁNCHEZ, Ernesto

1997 “Cláusulas abusivas, lesivas y limitativas”. *El Consumidor de Seguros: Protección y Defensa*. Madrid: Editorial Mapfre S.A. p.130.

CABELLA PISU, Luciana

1998 “Las Cláusulas de exoneración de Responsabilidad en Italia tras la adopción de la Directiva Europea sobre las Cláusulas Abusivas”. En: *Themis – Revista de Derecho*. Número 38, Lima, p. 163.

CALDERÓN ROJAS, Ximena Raquel, Doris VALDEZ PAREDES y Marco OBANDO FERANDEZ

2010 “Las Cláusulas Abusivas”. En: *Derecho y Sociedad*. Número 34, Lima, p. 151.

CARVAJAL ARENAS, Lorena

2014 “La buena fe mercantil en la tradición jurídica accidental”. *Revista de estudiantes de historia jurídica*. N° 36. Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Consulta: 05/10/2018.

<http://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0716-54552014000100012>

CLEMENTE MEORO, Mario

1998 “El régimen de ineficacia de las cláusulas abusivas”. *Contratación y Consumo*. Madrid: Tirant lo Blanch. p. 309.

DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel

2007 *El Contrato en General*. Segunda reimpresión. Lima: Palestra Editores S.A.C.

DURAND CARRIÓN, Julio

2008 “El consumidor razonable o diligente, el mito que puede crear un cisma entre los peruanos”. En: *Derecho y Sociedad*. Número 31, Lima, p. 328.

DURAND CARRIÓN, Julio

2008 “La Resolución que empoderó a los consumidores y les devolvió su dimensión real de libertad de elección sobre lo que compra y consume en el mercado. Análisis coherente, sistémico y principista”. En: *La cátedra del Consumidor*. Lima. Consulta: 20/09/2018.

<<http://blog.pucp.edu.pe/blog/competenciayconsumidor/2018/02/28/la-resolucion-que-empodero-a-los-consumidores-y-les-delvolvio-su-dimension-real-de-libertad-de-eleccion-sobre-lo-que-compra-y-consume-en-el-mercado-analisis-coherente-sistemico-y-principista/>>

ESPINOZA ESPINOZA, Juan

1998 “Las cláusulas vejatorias en los contratos estipulados unilateralmente”. En: Themis, Revista de la Facultad de Derecho PUCP. Número 38, Lima, p. 143.

HERRERA PACHARI, José Luis

2015 “Análisis Jurídico de las cláusulas abusivas en los contratos de consumo”. Universidad Nacional San Agustín. Arequipa. Pp. 285.

MOSSET ITURRASPE, Jorge

1997 “El principio de buena fe y las cláusulas contractuales abusivas”. En PALOMINO MANCHEGO, Jose F y Ricardo VELASQUEZ RAMIREZ. *Modernas Tendencias del Derecho en América Latina*. Lima: Editora Jurídica Grijley E.I.R.L. pp.485-500.

MOSSET ITURRASPE, Jorge

2005 *Como contratar en una economía de mercado*. Modernas Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores. pp.232.

O’NEILL DE LA FUENTE, Cecilia

1998 “No hay cláusulas abusivas sino mal informadas (o no leídas) ¿Hasta dónde regular la contratación en masa”. En: *Libro Homenaje a Felipe Osterling*. Volumen 1, Lima, p. 826-874

ORTEGA PIANA, Marco Antonio

2012 “Algunos aspectos que se deben tener en cuenta en materia de protección a los usuarios de la actividad aseguradora”. En: *Ius et Praxis, Revista de la Facultad de Derecho*. Número 43, Lima, p. 131.

PÉREZ, Laura

2004 *Derechos del Consumidor*. Buenos Aires: Astrea.

PÉREZ CÁZARES, Martín Eduardo

2008 “El principio de buena fe en el cumplimiento de los contratos mercantiles”.. Pontificia de Guadalajara Consulta: 05/10/2018.

http://academia.edu/28815308/LA_BUENA_FE_EN_LOS_CONTRATOS_MERCANTILES.docx

ROBLES MONTOYA, Juan Manuel

2011 “Algunas reflexiones sobre la consideración del traslado de Responsabilidad como cláusula Abusiva en el Código de Protección al Consumidor”. En: *Círculo de Derecho Administrativo*. Lima, p.p. 93-101.

STIGLITZ, Rubén S. y Gabriel STIGLITZ

1985 *Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección al Consumidor*. Buenos Aires: Ediciones Despalma.

SOTO COAGUILA, Carlos Alberto

2002 *Las cláusulas generales de contratación y las cláusulas abusivas en los contratos predispuestos*. Contratación privada. Lima: Jurista Editores.

SOTO COAGUILA, Carlos Alberto

2005 *Transformación del Derecho de Contratos*. Lima: Editora Jurídica Grijley.

TORRES CARRASCO, Manuel Alberto

2005 *Cláusulas abusivas en el Nuevo Código de Defensa y Protección del Consumidor*. 1ra edición. Lima: Gaceta Jurídica.

VEIGA COPO, Abel B

2005 *Condiciones en el Contrato de Seguro*. Barcelona: Editorial Comares.

VEGA MERE, Yuri

2001 *Contratos de Consumo*. Lima: Editorial Grijley.