

# El Ius Variandi en los Contratos para la Prestación de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones\*

Luciano Barchi Velaochaga\*\*

*En el ámbito de la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones, el acuerdo de las partes que se interrelacionan entre sí se ve reflejada en el Contrato de Abono, en virtud del cual una Empresa Operadora se obliga frente al Abonado o receptor del servicio, a prestar un determinado servicio a cambio de una contraprestación tarifaria. En el presente artículo, el autor analiza con profundidad la posibilidad de aplicar el ius variandi, es decir, el poder de la parte de modificar unilateralmente, sin consentimiento de la contraparte, algún punto de la regulación contractual acordada, con especial incidencia, en el contorno descrito, en la modificación de la tarifa originalmente contratada. Tema el cual resulta controversial, dado que, a diferencia de la contratación común, los Contratos de Abono están sujetos a mayores restricciones a la libertad contractual, a fin de tutelar el interés del Abonado.*

*"...el nuevo paradigma contractual, que se puede entrever detrás de la crisis del viejo, no está para nada completamente definido, es reflejo de una realidad aún magmática, apenas naciente. El estudioso del contrato percibe hoy un proceso llevado a cabo con tendencias no siempre claras, con desarrollos contradictorios, con movimientos desatinados. Un proceso que el civilista puede comenzar a registrar y, tentativamente, a descifrar, pero sabiendo que para lograr resultados analíticos y reconstructivos más seguros y confiables deberá seguir dicho proceso con paciente y constante inteligencia en los años venideros".*

Vincenzo Roppo

## Presentación

La intervención del Estado en el Derecho Privado es un hecho frecuente aunque probablemente para muchos esa frecuencia sea mayor a la estrictamente necesaria. Este fenómeno nos permite advertir diferentes puntos de contacto entre el Derecho Administrativo y el Derecho Privado. Lo dicho es bastante evidente respecto al derecho de propiedad, teniendo en consideración las restricciones legales a su ejercicio<sup>1</sup>, pero también se aprecia ese contacto a propósito de la contratación, particularmente a través de los regímenes de protección de determinadas categorías subjetivas

como es el caso del consumidor. El presente ensayo pretende poner en evidencia, precisamente, este último aspecto, sin duda alguno polémico, haciendo especial referencia a la prestación de los servicios públicos de telecomunicaciones.

### I) Marco Conceptual

#### 1) El Vínculo Contractual

Como regla general cualquier modificación contractual requiere el acuerdo de las partes contratantes, en tal sentido, no es posible la modificación unilateral por alguna

\* El presente ensayo constituye un homenaje al Dr. Miguel Grau Wiesse por sus cien años de vida. Un agradecimiento especial a mis amigos Juan Espinoza y María Arellano por sus comentarios y sugerencias, no obstante, la responsabilidad por los errores es asumida completamente por el autor.

\*\* Abogado. Magister en Derecho con mención en Derecho Civil. Profesor de Derecho Civil en las Facultades de Derecho de la Universidad de Lima y de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Coordinador de la Maestría en Derecho Empresarial de la Universidad de Lima.

1 Ver al respecto PONS CÁNOVAS, Ferran. **La incidencia de las intervenciones administrativas en el Derecho de Propiedad. Perspectivas actuales.** Barcelona: Marcial Pons, 2004.

de las partes sin el consentimiento de la otra. Este principio encuentra consagración legislativa en el artículo 1361 del Código Civil Peruano<sup>2</sup>, el cual establece que “los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos”.

El artículo citado expresa la sujeción de las partes a los efectos del contrato, lo que se conoce como “vínculo contractual”. El sentido del vínculo contractual se descompone fundamentalmente en dos significados:

- 1) La resistencia del contrato al arrepentimiento de una de las partes: el vínculo contractual no se disuelve por voluntad unilateral de una de las partes la cual no desea continuar vinculada (imposibilidad de liberación unilateral o principio de la irrevocabilidad contractual); y,
- 2) La inmodificabilidad de la regulación contractual por decisión unilateral de una de las partes contractuales (imposibilidad de modificación unilateral o principio de vinculación y obligatoriedad).

Como bien reconoce Roppo<sup>3</sup> los principios señalados no son absolutos y, por tanto, admiten excepciones; es decir, los vínculos contractuales no son homogéneos y tienen una escala de intensidad variable. En tal sentido, el vínculo contractual no puede ser disuelto ni modificado unilateralmente por una de las partes, salvo acuerdo de las partes o por causas admitidas por la ley<sup>4</sup>.

## 2) Disolución y Modificación del Vínculo Contractual

### 2.1) Disolución y Modificación del Vínculo Contractual por Acuerdo de las Partes

El mutuo disenso es el contrato en virtud del cual las partes disuelven (dejan sin efecto) un precedente contrato entre ellas, liberándose del vínculo contractual<sup>5</sup>. Teniendo en cuenta su carácter contractual la doctrina reconoce que ello no constituye una derogación al principio enunciado en el artículo 1361 del Código Civil. Del mismo modo las partes pueden, de común acuerdo, modificar un contrato celebrado previamente entre ellas. Así como el común acuerdo de las partes puede crear el vínculo contractual, también puede extinguirlo (contrato extintivo) o modificarlo (contrato modificativo)<sup>6</sup>.

### 2.2) Disolución del Vínculo Contractual por Decisión Unilateral de una de las Partes

El receso es el acto unilateral en virtud del cual una parte del contrato dispone su disolución. El receso es,

en algunas legislaciones, una de las causas admitidas por la ley para la disolución del vínculo contractual por iniciativa de una sola de las partes.

El receso es materia de un derecho potestativo de la parte atribuido directamente por la ley (receso legal) o por una cláusula del contrato (receso convencional). Puede corresponder a ambas partes, o bien, a solo una de ellas.

Los recesos legales son previstos por la disciplina de diversos contratos y tienen una lógica o función distinta entre ellos que permiten su agrupación en varias categorías: recesos de liberación, recesos de autotutela y recesos de arrepentimiento<sup>7</sup>.

Los recesos de liberación son aquellos atribuidos a la parte para disolver un vínculo contractual que de otra manera afectaría de manera intolerable su libertad, como sucede con los contratos de duración indeterminada. Si la parte no tuviera facultad de receso, se encontraría sujeta a un vínculo que no tendría fin, limitando considerablemente su libertad. Así, el artículo 1365 del Código Civil permite a cualquiera de las partes poner fin al contrato<sup>8</sup>.

En algunos casos la ley atribuye a las partes la facultad de receso, para consentirle reaccionar contra eventos sobrevinientes que amenazan sus intereses contractuales: la liberación del vínculo es el medio a través del cual la parte es tutelada. Esta facultad de receso (de autotutela) no se remite al mero arbitrio del titular, sino que es ejercitada en presencia de determinados presupuestos, fuera de los cuales el receso no se justificaría. Este receso de autotutela procede, incluso, respecto de contratos con plazo determinado cuyo término final aún no ha vencido. Pueden ser hechos sobrevinientes que modifican algún elemento significativo del contrato, colocando a las partes o a una de ellas frente a un vínculo contractual distinto al originalmente asumido. Un caso es el previsto en el artículo 1736 del Código Civil que faculta al comodante solicitar la devolución del bien antes de cumplido el plazo si lo necesitara con urgencia imprevista. Hay casos en los cuales el receso está previsto como autotutela de quien sufre el *ius variandi* de la contraparte.

Los recesos de arrepentimiento son aquellos que la ley atribuye a una parte sin vincularla a ningún presupuesto, sino sólo porque considera oportuno consentir a ésta cambiar de idea respecto al contrato concluido, de arrepentirse y convertir este arrepentimiento en un acto capaz de liberarla de un vínculo contractual que ya

2 En adelante Código Civil.

3 ROPPO, Vincenzo. “Il Contratto”. En: **Trattato di Diritto Privato**. Milano: Giuffrè, 2001, p. 535. En el mismo sentido DIENER, María Cristina. **Il Contratto in Generale**. Milano: Giuffrè, 2002, p. 498.

4 La ley admite que en presencia de determinadas «causas» el vínculo contractual pueda disolverse o modificarse en sus contenidos por iniciativa de una de las partes; así por ejemplo, la resolución del contrato por incumplimiento.

5 El artículo 1313 del Código Civil señala que por el mutuo disenso las partes que han celebrado un acto jurídico acuerdan dejarlo sin efecto.

6 Así, el artículo 1351 del Código Civil señala que el contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, **modificar o extinguir** una relación jurídica patrimonial. Asimismo, el artículo 1413 señala que las modificaciones del contrato original deben efectuarse en la forma prescrita para ese contrato.

7 En este sentido ROPPO, Vincenzo. “Il Contratto”. Ob. Cit., p. 550.

8 Carresi no considera este supuesto como una facultad de receso (CARRESI, Franco. “Il Contratto”. En: **Trattato di Diritto Civile e Commerciale**. XXI, t. 2. Milano: Giuffrè, p. 845). Hay casos en que la facultad de receso sólo se atribuye a una de las partes, así en el contrato de trabajo, que es de plazo indeterminado, el empleador no cuenta con la facultad de receso, si bien el trabajador sí goza de dicha facultad (renuncia).

no le agrada. Así, por ejemplo, en el caso del mandato con representación previsto en el artículo 1808 del Código Civil.

El receso inmotivado (*ad nutum*)<sup>9</sup> es admitido en casos específicos en algunos Códigos Civiles. Este es el caso, por ejemplo, del Código Civil Italiano. El artículo 1373 establece que: "Si a una de las partes le es atribuida la facultad de recesar del contrato, tal facultad puede ser ejercitada mientras que el contrato no haya tenido un principio de ejecución". Y más adelante, refiriéndose a los contratos de duración donde comúnmente se presenta esta facultad, dice: "En los contratos de ejecución continuada o periódica, tal facultad puede ser ejercitada también sucesivamente, pero el receso no tiene efecto para las prestaciones ya ejecutadas o en curso de ejecución (...)".

Como hemos visto el Código Civil admite casos de receso inmotivado (*ad nutum*) en los artículos 1365, 1736 y 1808. Asimismo en el caso del pacto de retroventa (artículo 1586) y a propósito de las arras de retractación (artículo 1480). No obstante, nuestro Código Civil no emplea el término receso, el lenguaje no es homogéneo, se habla de resolución unilateral (pacto de retroventa) o de retractación (arras de retractación)<sup>10</sup>, pero se alude con dichas expresiones a un mismo fenómeno: la extinción o terminación de la relación contractual ya constituida, como consecuencia de la voluntad de una de las partes.

Una cuestión distinta es si, fuera de esos casos, es válido, conforme al Código Civil, el acuerdo en virtud del cual se le atribuye a una de las partes la facultad de retirarse de un contrato ya concluido. En otras palabras si es válido el receso convencional *ad nutum*.

De acuerdo con el artículo 1354 del Código Civil<sup>11</sup> parece no haber objeción respecto a la validez del receso convencional *ad nutum*. Asimismo, debe tenerse en cuenta que el receso convencional no es otra cosa que una condición meramente potestativa<sup>12</sup> y que tal condición es válida de acuerdo al Código Civil, puesto que el artículo 172 sólo considera nulo el acto jurídico cuyos

efectos están subordinados a "condición suspensiva que depende de la exclusiva voluntad del deudor".

Sin embargo, no resulta comprensible la razón por la cual el legislador peruano consideró, en el artículo 1480 del Código Civil, que la entrega de arras de retractación "sólo es válida en los contratos preparatorios"<sup>13</sup>. En estricto, el problema para el legislador, no radica en la "entrega de las arras", pues no sería coherente afirmar que el Código Civil admite el receso para cualquier otro tipo de contrato pero siempre que no se entreguen arras.

"(...) el Código Civil admite casos de receso inmotivado (*ad nutum*) (...) No obstante, (...) no emplea el término receso, (...) se habla de resolución unilateral (pacto de retroventa) o de retractación (arras de retractación) (...)"

En realidad el legislador, como lo confirmaremos después, pretendía limitar la "retractación" (léase receso) en los contratos preparatorios excluyéndola para cualquier otro tipo de contrato. Para conceder la facultad de receso no es indispensable la entrega de arras. En la legislación italiana se admite la posibilidad de otorgar la facultad de receso a cambio de una contraprestación<sup>14</sup> (receso oneroso) pero también se admite que puede haber recesos gratuitos. La contraprestación puede ser pagada al momento de la celebración del contrato, en cuyo caso se habla de "multa penitencial", en cambio, si se acuerda que la contraprestación será pagada de ejercerse la facultad de recesar, entonces se habla de "arras penitenciales"<sup>15</sup>.

La Exposición de Motivos del artículo 1480 del Código Civil elaborado por la Comisión Reformadora<sup>16</sup> señala

- 9 La expresión *ad nutum* es análoga a la expresión *ad libitum* y se utiliza para caracterizar una decisión que depende exclusivamente del arbitrio de una de las partes.
- 10 Se habla de revocación para referirse al acto negocial extintivo de actos unilaterales, tal el caso de la revocación del acto de apoderamiento (artículo 149 del Código Civil). Otra expresión utilizada en la doctrina es la de "desistimiento unilateral", ver RODRÍGUEZ MARÍN, Concepción. **El desistimiento unilateral (como causa de extinción del contrato)**. Madrid: Montecorvo, 1991, p. 54 y siguientes. Malinvaud, a la facultad de retirarse en un cierto plazo, de un contrato ya concluido la denomina "arrepentimiento", aunque admite que también se utilizan las expresiones "retractación", "denuncia" o "renuncia" (MALINVAUD, Philippe. "El derecho de arrepentimiento y la teoría general de las obligaciones". En: **Nuevas Tendencias del Derecho Contractual. Libro Homenaje a Manuel de la Puente y Lavalle**. Tomo I. Grupo Peruano de la Asociación Henri Capitant. Lima: Grifley, p. 64).
- 11 "Artículo 1354.- Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo".
- 12 BIANCA, Massimo. **Diritto Civile. 3 Il Contratto**. Milano: Giuffrè, 1998, p. 521. DIENER, Maria Cristina. Ob. Cit., p. 424. Roppo, encuentra una diferencia entre el receso y la condición resolutive meramente potestativa y es que en el Codice Civile la condición tiene efecto retroactivo mientras el receso no (ROPPO, Vincenzo. "Il Contratto". Ob. Cit., p. 618-619). No obstante recordemos que en el Código Civil la condición no tiene efecto retroactivo (artículo 177). Ver también SACCO, Rodolfo y Giorgio De Nova. **Il Contratto**. Tomo secondo. Torino: UTET, 1996, p. 153.
- 13 Se suele criticar este artículo señalando que no tiene sentido que el optante entregue arras de retractación puesto que él tiene la decisión de celebrar el contrato definitivo. Esto es cierto en la medida que el optante no haya asumido obligaciones en virtud del contrato de opción (piénsese, por ejemplo, en el contrato de opción minera donde el optante tiene la obligación de hacer inversiones), pues en este caso será necesario retractarse para liberarse de las obligaciones asumidas. En tal sentido, para nosotros la crítica no es permitir la retractación en los contratos preparatorios, sino limitarla a dichos contratos.
- 14 El pago de la contraprestación constituye para quien recesa no solo una obligación, sino una carga pues el su pago es indispensable para que el receso produzca efectos (RAVERA, Enrico. **Il recesso**. Diritto Privato Oggi. Serie a Cura di Paolo Cendon. Milano: Giuffrè, 2004, p. 208).
- 15 Artículo 1386 del Código Civil Italiano.
- 16 Código Civil. Exposición de Motivos y Comentarios. Tomo VI. Compiladora: Delia Revoredo. Lima: Okura Editores, 1985, p. 156. En este mismo sentido ARIAS SCHREIBER Pezet, Max. Con la colaboración de Carlos Cárdenas Quirós, Ángela Arias Schreiber Montero y Elvira Martínez Coco. **Exégesis. Código Civil Peruano de 1984**. Tomo I. 2ª edición. Lima: Studium, 1987, p. 310.

que el propósito de la restricción de dicho artículo es “fortalecer la contratación”, desalentando “los medios que faciliten el arrepentimiento de los contratantes”. De La Puente y Lavalle nos dice: “Comprendo que con la introducción de las arras de retractación para toda clase de contratos no se está atentando contra los principios del orden público ni de las buenas costumbres y que, por el contrario, se está respetando el principio de la autonomía privada, pero no encuentro razón de peso alguna para propiciar medios de debilitar la fuerza del contrato...”<sup>17</sup>.

En la práctica comercial es frecuente la inclusión de recesos convencionales en los “contratos de duración”, siendo un caso frecuente el de los contratos de distribución. Al respecto Cándido Paz-Ares señala: “La experiencia enseña que en la práctica la totalidad de los contratos de franquicia y concesión (...) contienen cláusulas de terminación *ad nutum*, en cuya virtud pueden ser denunciados en cualquier momento si han sido celebrados por tiempo indeterminado o no renovados cuando llegan a su término de vencimiento si se han concertado por tiempo determinado. El significado de tales cláusulas es manifiesto. Lo que pretenden es garantizar la libertad de salida de las partes mediante la atribución a cada una de ellas de la facultad unilateral de poner término a la relación sin necesidad de indemnizar los daños que experimente la contraria ni de satisfacerle ninguna otra clase de compensación. Las cláusulas de terminación *ad nutum* son cláusulas de terminación sin coste”<sup>18</sup>.

### 3) Modificación del Vínculo Contractual por Decisión Unilateral de una de las Partes: el *Ius Variandi*

Se llama *ius variandi* al poder de la parte de modificar unilateralmente, sin consentimiento de la contraparte, uno o más puntos de la regulación contractual acordada.

La regulación contractual puede ser modificada, como regla general, por acuerdo de ambas partes, que concluyen, para tal efecto, un contrato modificativo (artículo 1351 del Código Civil). Una parte, como regla general, no lo puede hacer, en cuanto se encuentra vinculada al contenido originario del contrato. El *ius variandi* de una parte es, entonces, una excepción, que expone a la otra parte al riesgo de una nueva posición que implica asumir contenidos imprevisibles y diversos a los originalmente convenidos. En tal sentido, el ordenamiento jurídico es más cauteloso para conceder el *ius variandi* que para conceder la facultad de receso.

Hay casos en los cuales el *ius variandi* es atribuido directamente por la ley<sup>19</sup> y en estos casos los criterios legales reducen drásticamente la discrecionalidad de quien lo ejercita, disminuyendo los márgenes de sorpresa de quien está expuesto a sufrir la modificación.

En otros casos la ley no atribuye directamente un *ius variandi* pero prevé que éste pueda ser atribuido por una cláusula contractual, siempre introduciéndose límites a la discrecionalidad de la variación.

Roppo se pregunta “¿Además de los casos previstos por la ley, deben admitirse las cláusulas que atribuyen a una parte el poder de modificar unilateralmente, de manera eficaz y vinculante para la otra parte el contenido original del contrato? ¿O tal posibilidad debe negarse como principio, como repugnante al sistema?”<sup>20</sup>.

Para responder la interrogante el autor italiano sugiere distinguir en relación al interés respecto del cual el *ius variandi* pretende proteger. Si es atribuido a una parte en interés de la contraparte, la cláusula que atribuye el *ius variandi* a una de las partes debe considerarse lícita. Si, en cambio, es atribuido en interés de la parte habilitada a ejercerlo, debe verificarse la formulación concreta, pero no debe considerarse *per se* ilícita. “Si ésta fija criterios y límites idóneos para poner freno a la arbitrariedad del titular y así evitar sorpresas y perjuicios no razonables, la cláusula es lícita, y se valorará si el ejercicio del *ius variandi* excede, en concreto, los límites para ello puestos: en tal caso las pretendidas modificaciones del contrato son ineficaces; y la ejecución, a aquellas correspondiente, es incumplimiento contractual”<sup>21</sup>.

Piero Schlesinger considera que el acuerdo en virtud del cual se atribuye “a una sola de las partes” el poder de incidir sobre la relación contractual (modificando el contenido del acuerdo) llamado *ius variandi*, es “plenamente conforme a la noción de «autonomía contractual» que se halla sobre la base de nuestro sistema: las partes «pueden libremente determinar el contenido del contrato» (art. 1322) y, por lo tanto, bien pueden «libremente» acordar a una de ellas un *ius variandi*, ejercitable *ab libitum* y no condicionado a eventos sobrevinientes” y luego añade “Naturalmente, también esta atribución de poderes unilaterales de modificación de la relación contractual debe sujetarse a los «límites» generales (que se atienen a la necesidad de una justa causa de toda atribución patrimonial, a la nulidad de todo pacto contrario a normas imperativas o a las buenas costumbres, etc.) que condicionan la validez de cualquier acuerdo”<sup>22</sup>.

17 DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El Contrato General. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil*. Tomo III. 2ª. Edición. Lima: Palestra, 2003, p. 378.

18 PAZ-ARES, Cándido. “La terminación de los contratos de distribución”. En: *Avocatus*. No. 8, p. 31.

19 Este es el caso, por ejemplo, del último párrafo del artículo 1237 del Código Civil que permite al deudor pagar en moneda nacional cuando la obligación ha sido contraída en moneda extranjera.

20 ROPPO, Vincenzo. “Il Contratto”. Ob. Cit., p. 557.

21 ROPPO, Vincenzo. “Il Contratto”. Ob. Cit., p. 558.

22 SCHLESINGER, Piero. “Poder unilateral de modificación («ius variandi») de la relación contractual”. En: *Nuevas Tendencias del Derecho Contractual. Libro Homenaje a Manuel de la Puente y Lavalle*. Tomo I, Ob. Cit., p. 169-170.

Lo dicho por el autor italiano guarda correspondencia con el artículo 1354 del Código Civil que establece: "Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo".

#### 4) La Determinación del Precio en el Código Civil Peruano

Como señala Jacques Ghestin "(...) la necesidad estructural de un precio determinado se deduce de la utilidad social del contrato, la protección de una de las partes contra la arbitrariedad de la otra, en condiciones de fijar unilateralmente el precio, se deduce del principio de la justicia contractual"<sup>23</sup>.

Lo expresado por el autor francés se recoge en el artículo 1543 del Código Civil, relativo a la compraventa, el cual establece que "la compraventa es nula cuando la determinación del precio se deja al arbitrio de una de las partes". Resulta obvio, entonces, que es inadmisibles para el Código Civil que se conceda a la voluntad de una de las partes, el poder de determinar un elemento como el precio, ello con el fin de proteger a una de las partes contra el arbitrio de la otra.

Parece lógico, entonces, deducir que también resulta inadmisibles que las partes determinen un precio y acuerden atribuir a una de ellas la facultad de modificar posteriormente el precio convenido.

No obstante, en el caso de contratos de larga duración, por las incertidumbres que reserva el tiempo a estas relaciones que determinan la existencia de un número elevado de circunstancias que afectan los aspectos que las partes tuvieron en cuenta al momento de contratar, debe aceptarse la posibilidad que las partes establezcan algún mecanismo objetivo para modificar el precio inicialmente acordado; vale decir, a través de mecanismos que no dependan de la arbitrariedad de las partes. Así, por ejemplo, teniendo en cuenta la pérdida del valor adquisitivo del dinero por el transcurso del tiempo, puede reajustarse el precio teniendo en cuenta los índices de reajuste automático que fija el Banco Central de Reserva del Perú, a fin de mantener el precio en valor constante (artículo 1235 del Código Civil).

## II) Análisis del Ordenamiento Jurídico Peruano

Como hemos visto el *ius variandi* se torna particularmente necesario en los contratos de larga duración pues parece poco razonable pensar que el precio, se mantendrá inalterable de manera indefinida, a pesar del transcurso del tiempo, estando expuesto a una serie de aspectos que lo afectan, siendo el más importante, la inflación. Corresponde, entonces, analizar si en el ordenamiento jurídico peruano es posible incluir el *ius variandi* en los *Contratos de Consumo* y, en concreto, en los contratos para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones.

### 1) En los Contratos de Consumo

Algunos de los contratos que se celebran con el fin de satisfacer necesidades a través de la cooperación ajena constituyen una categoría especial denominada: Contratos de Consumo. En tal sentido, si se celebra un determinado contrato<sup>24</sup> que cae dentro del supuesto de hecho contemplado en el Texto Único Ordenado de la Ley de Consumidor, aprobado mediante Decreto Supremo No. 039-2000-ITINI (en adelante la Ley de Protección al Consumidor), entonces dicho contrato está sometido a una normativa especial, distinta a la del Contrato de Derecho Común regulada por el Código Civil. Como señala Roppo el Contrato de Consumo es "una categoría autónoma y relevante del derecho contractual"<sup>25</sup>.

Habrá *Contrato de Consumo* cuando dentro de una relación jurídica patrimonial una de las partes califica como consumidor<sup>26</sup> y la otra como proveedor<sup>27</sup> en los términos del artículo 3 de la Ley de Protección al Consumidor, así, mediante el *Contrato de Consumo* el proveedor proporciona al consumidor los productos<sup>28</sup> o servicios<sup>29</sup> que éste requiere para la satisfacción de sus necesidades.

Mediante Resolución No. 101-96-TDC de fecha 18 de diciembre de 1996 se estableció un precedente de observancia obligatoria respecto a lo que debía entenderse por "consumidor" para efectos de la Ley de Protección al Consumidor. Posteriormente, mediante Resolución No. 422-2003/TDC-INDECOPI del 3 de octubre de 2003 se ha modificado el anterior precedente de observancia obligatoria.

23 GHESTIN, Jacques y Marc Billiau. **El precio en los contratos de larga duración**. Buenos Aires: Zavala Editor, 1994, p. 24.

24 En realidad la expresión «relación de consumo» no sólo comprende al que contrata sino también a aquél que usa o disfruta el bien o servicio. Nosotros nos referiremos al contrato de consumo.

25 ROPPO, Vincezo. **El Contrato del dos mil**. Ensayos de la Revista de Derecho Privado No. 1. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 35.

26 Son consumidores o usuarios "las personas naturales o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, productos o servicios". Sobre los alcances del concepto consumidor ver **Ley de Protección al Consumidor** a cura de Juan Espinoza Espinoza. Lima: Rhodas, 2004, p. 27 y siguientes.

27 Son proveedores "las personas naturales o jurídicas que fabrican, elaboran, manipulan, acondicionan, mezclan, envasan, almacenan, preparan, expenden o suministran bienes o prestan servicios a los consumidores". Entre los proveedores se consideran, por ejemplo, los distribuidores o comerciantes, los productores o fabricantes, los importadores y los prestadores. Los prestadores son "las personas naturales o jurídicas que en forma habitual prestan servicios a los consumidores".

28 Producto "es cualquier bien mueble o inmueble, material o inmaterial, producido o no en el país, materia de una transacción comercial con el consumidor".

29 Servicios es "cualquier actividad de prestación de servicios, que se ofrece en el mercado a cambio de una retribución, inclusive las de naturaleza bancaria, financiera, de crédito, de seguridad y los servicios profesionales. Se exceptúan los servicios que se brindan bajo relación de dependencia".

## 2) La Ley de Protección al Consumidor

De acuerdo con el literal a) artículo 13 de la Ley de Protección al Consumidor<sup>30</sup> el derecho de todo consumidor a la protección contra los métodos comerciales coercitivos implica que los proveedores no podrán “modificar, sin consentimiento expreso de los consumidores, las condiciones y términos en los que adquirió un producto o contrató un servicio. No se puede presumir el silencio del consumidor como aceptación, salvo que éste así lo hubiese autorizado expresamente y con anterioridad”.

El artículo bajo comentario regula la protección del consumidor respecto a los “métodos coercitivos” del proveedor, en concordancia con el artículo 5 de la Ley de Protección al Consumidor, considerando como un “método comercial coercitivo” la modificación unilateral de las condiciones contractuales<sup>31</sup>.

La primera parte del literal a) del artículo 13 de la Ley de Protección al Consumidor señala que los proveedores no podrán “modificar, sin consentimiento expreso de los consumidores, las condiciones y términos en los que adquirió un producto o contrató un servicio (...)”. La norma considera como método comercial coercitivo la modificación de los términos contractuales “sin consentimiento expreso de los consumidores”. En tal sentido, se recoge uno de los significados del “vínculo contractual” la imposibilidad de modificación unilateral. Se pone especial énfasis en la necesidad del consentimiento expreso del consumidor. Ello se comprueba claramente al analizar la segunda parte.

La segunda parte del artículo del literal a) del artículo 13 señala que: “No se puede presumir el silencio del consumidor como aceptación, salvo que éste así lo hubiese autorizado expresamente y con anterioridad”. Esto ha generado algunas dudas.

Al respecto Vega Mere al comentar la última parte del artículo indica:“(...) en ella se admite la modificación de las condiciones y términos del contrato de consumo si el consumidor lo habría aceptado expresamente y con anterioridad. Y señalamos que es ésta la parte álgida de la disposición en cuestión, pues el legislador ha olvidado que esa supuesta autorización **expresa** es incluida por los proveedores en los módulos contractuales predispuestos por ellos mismos. De esa manera, atendiendo a que las condiciones son impuestas (y, por lo general, nunca son leídas por los consumidores), la propia Ley No. 27311 ha ofrecido a los proveedores una cómoda salida a cualquier eventual modificación unilateral de los clausulados”<sup>32</sup>.

Adviértase que la segunda parte del artículo 13 de la Ley de Protección al Consumidor<sup>33</sup> guarda concordancia con el artículo 142 del Código Civil; en tal sentido, el silencio importa manifestación de voluntad cuando la ley o el convenio le atribuyen dicho significado. Por tanto, proveedor y consumidor pueden “acordar” darle al silencio del consumidor, frente a una comunicación del proveedor proponiéndole la modificación del contrato, el carácter de aceptación. Sin embargo, adviértase que el consumidor podría no guardar silencio y manifestar expresamente su negativa a dicha modificación.

Pero cabe preguntarse ¿es posible incluir en un *Contrato de Consumo* una cláusula que otorgue el *ius variandi* a favor del proveedor? Creemos que el literal a) del artículo 13 de la Ley de Protección al Consumidor no lo impide. En efecto, si se incluye una cláusula en el *Contrato de Consumo* que faculte al proveedor a modificar los términos contractuales unilateralmente, ello supondría entonces, el “consentimiento expreso del consumidor” a las modificaciones. Lo curioso es que la Ley de Protección al Consumidor no establece ninguna restricción cuando se incluye un *ius variandi* a favor del proveedor.

Algunas resoluciones del INDECOPI admiten las cláusulas que otorgan el *ius variandi* al proveedor. Es el caso de la Resolución Final No. 220-2004/CPC, confirmada por la Resolución 0612-2004/TDC-INDECOPI, donde se admite la validez de las cláusulas que otorgan al proveedor la facultad de modificar las condiciones del contrato, estableciendo una restricción sobre la base del criterio del “consumidor razonable”: “un consumidor razonable que suscribe un contrato de tarjeta de crédito aceptando como una de las condiciones la facultad de la entidad financiera de introducir modificaciones en el contrato, esperaría que dichas modificaciones se encuentren ligadas al objeto del mismo y que no se encuentren referidas a servicios diversos o adicionales”.

Ley No. 28587, Ley complementaria a la Ley de Protección al Consumidor en materia de servicios financieros, en los artículos 5 y 6, se refiere al *ius variandi*, y será analizada más adelante.

## 3) Las Cláusulas Vejatorias o Abusivas<sup>34</sup> en el Ordenamiento Jurídico Peruano

El artículo 1398 del Código Civil<sup>35</sup> señala que en los contratos celebrados por adhesión<sup>36</sup> y en los contratos celebrados con arreglo a Cláusulas Generales de Contratación (en adelante CGC) no aprobadas

30 El artículo 13 del Decreto Legislativo No. 716, Ley de Protección al Consumidor, posteriormente modificado por el Decreto Legislativo No. 807, fue modificado finalmente por la Ley No. 27311, Ley de Fortalecimiento del Sistema de Protección al Consumidor.

31 TREJO MAGUIÑA, Alejandro. “Métodos Comerciales Coercitivos”. En: **Ley de Protección al Consumidor**. A cura de Juan Espinoza Espinoza. Lima: Rodhas, 2004, p. 130.

32 VEGA MERE, Yuri. **Contratos de Consumo**. Lima. Grijley, 2001, p. 122-123.

33 “No se puede presumir el silencio del consumidor como aceptación, salvo que éste así lo hubiese autorizado expresamente y con anterioridad”.

34 En lo sucesivo hablaremos simplemente de cláusulas vejatorias.

35 Texto modificado según la Primera Disposición Modificatoria del Código Procesal Civil promulgado por Decreto Legislativo No. 768.

36 Ver artículo 1390 del Código Civil.

administrativamente<sup>37</sup>, son cláusulas vejatorias y, por tanto, no son válidas, aquellas 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.

Si bien es cierto la norma alcanza a los *Contratos de Consumo*, celebrados por adhesión o con arreglo a CGC no aprobadas administrativamente, no necesariamente debemos identificar al adherente con el consumidor ni al predisponente con el proveedor, esto porque la contratación por adhesión no es una modalidad exclusiva de la contratación de consumo. En este sentido, Espinoza Espinoza señala “la protección al consumidor y el problema de las cláusulas vejatorias no son, necesariamente, coincidentes, ya que existen otros agentes económicos que no son técnicamente consumidores que, al no participar en la negociación de un contrato pre-redactado por la contraparte, pueden ser víctimas del desequilibrio del balance de los derechos y de las obligaciones asumidas por las partes, lo cual tipifica a las cláusulas vejatorias”<sup>38</sup>.

De acuerdo con el artículo 1398 del Código Civil, se consideran cláusulas vejatorias aquellas que establezcan a favor del predisponente:

- 1) Exoneraciones o limitaciones de responsabilidad<sup>39</sup>;
- 2) Facultades de suspender la ejecución del contrato, de rescindirlo o de resolverlo<sup>40</sup>;
- 3) De prohibir al adherente oponer excepciones; y
- 4) Prorrogar o renovar tácitamente el contrato.

El texto original también consideraba vejatorias las estipulaciones que fijaban sometimiento a arbitraje, pero esta indicación fue suprimida por la Primera Disposición Modificatoria del Código Procesal Civil promulgado por el Decreto Legislativo No. 768. Para Cárdenas Quirós “la supresión es inconveniente si se considera que constituye un derecho fundamental de la persona el acceso al juez natural, lo que significa que, en

principio, la solución de las controversias corresponde a los jueces y tribunales comunes. El arbitraje tiene como efecto sustraer el asunto controvertido del conocimiento del órgano jurisdiccional del Estado”<sup>41</sup>. El artículo 51 del Código de Defensa del Consumidor de Brasil considera nula de pleno derecho la cláusula que determine la utilización compulsoria del arbitraje.

¿Se trata de una enumeración taxativa? Como bien lo advierte Juan Espinoza: “se plantea como un problema el carácter de la relación de las cláusulas vejatorias contenidas en el art. 1398, vale decir, si se trata de una disposición de *numerus apertus* o *numerus clausus*”<sup>42</sup>.

Para Manuel de la Puente y Lavalle: “Dado que el artículo 1398 del Código Civil Peruano sigue el mismo sistema que el segundo párrafo del artículo 1341 del Código Civil Italiano, o sea que hace una enumeración de casos sin precederlos por una regla general, es plausible entender que tal enumeración es limitativa”.

Más adelante añade: “Además, el citado artículo 1398, al establecer que no son válidas determinadas estipulaciones de los contratos por adhesión y en las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, constituye una norma de excepción al principio general contenido en el artículo 1354 sobre la libertad de determinar el contenido del contrato. En estas condiciones, como el artículo IV del Título Preliminar de dicho Código dispone que la ley que establece excepciones o restringe derechos no se aplica por analogía, el elenco de cláusulas vejatorias contenido en el artículo 1398, dado su carácter excepcional, no es susceptible de aplicación analógica”<sup>43</sup>. No obstante, luego advierte: “Sin embargo, el hecho de que el citado artículo no sea susceptible de aplicación analógica a cláusulas distintas de las expresadas en él, no excluye su aplicación por interpretación extensiva”<sup>44</sup>.

Arias Schreiber señalaba al respecto: “En el artículo 1398 se han tenido en cuenta aquellas situaciones que son, a nuestro entender, las más notorias; pero admitimos la posibilidad de que puedan haber otras análogas y que no han sido consideradas en el texto”<sup>45</sup>.

Para Espinoza Espinoza: “en materia de cláusulas vejatorias predispuestas en contratos por adhesión y

37 Ver artículo 1392 del Código Civil.

38 ESPINOZA ESPINOZA, Juan. “Las cláusulas vejatorias en los contratos estipulados unilateralmente”. En: **Estudios sobre el Contrato en General. Por los sesenta años del Código Civil Italiano (1942-2002)**. Lima: Ara editores, 2003, p. 546-547.

39 De acuerdo con De la Puente y Lavalle “la norma contenida en el artículo 1398 relativa a la exoneración o limitación de responsabilidad se refiere, sin duda, a la derivada de culpa leve, pues de otra manera tal norma sería absolutamente innecesaria” (DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. “El Contrato en General. Comentarios a la sección primera del libro VII del Código Civil”. En: **Biblioteca Para Leer el Código Civil**. Volumen XI. Primera Parte, Tomo III. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 1991, p. 204).

40 En este caso la cláusula sólo puede ser considerada abusiva si introduce formas de “receso” o de desistimiento y de resolución diferentes a las consideradas por la ley. Así, por ejemplo, la cláusula resolutoria expresa no tienen carácter abusivo puesto que la facultad resolutoria, como consecuencia del incumplimiento, está previsto en el Código Civil (Ver CINTIOLI, Fabio. **Il Contratto in Generale. Problema attuali ed orientamenti di giurisprudenza**. Volume Primo. Milano: Giuffrè, 2003, p. 417-418). En el mismo sentido BIANCA, Massimo. Ob. Cit., p. 354-355.

41 CÁRDENAS QUIRÓS. Carlos. “Las Cláusulas Generales de Contratación y el Control de las Cláusulas Abusivas”. En: **Ius et Veritas** No. 13, p. 24.

42 ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Ob. Cit., p. 542.

43 DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. “El Contrato en General. Comentarios a la sección primera del libro VII del Código Civil”. En: Ob. Cit., p. 210. Posición compartida por CÁRDENAS QUIRÓS. Carlos. “Las Cláusulas Generales de Contratación y el Control de las Cláusulas Abusivas”. En: Ob. Cit., p. 24.

44 DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. “El Contrato en General. Comentarios a la sección primera del libro VII del Código Civil”. En: Ob. Cit., p. 211.

45 ARIAS SCHREIBER PEZET, Max. Ob. Cit., p. 152.

en cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, el Código Civil nos ofrece un elenco ejemplificativo, por cuanto el mismo debe ser interpretado a la luz de los principios de la Constitución<sup>46</sup>.

## “En nuestra opinión el artículo 1398 del Código Civil establece una “lista negra”, en tal sentido, las cláusulas ahí señaladas se consideran vejatorias per sé(...)”

En nuestra opinión el artículo 1398 del Código Civil establece una “lista negra”, en tal sentido, las cláusulas ahí señaladas se consideran vejatorias *per sé*. No obstante, ello no impide considerar vejatorias otras cláusulas no enumeradas que generen contra el adherente (o consumidor) un desequilibrio significativo<sup>47</sup> y creemos que para determinar la “vejatoriedad” de las cláusulas los criterios establecidos en la Directiva 93/13/CEE y recogidos en la legislación italiana, resultan de utilidad.

El legislador italiano no habla de “cláusulas abusivas” sino de “cláusulas vejatorias”<sup>48</sup> y las definió, en el artículo 1469-*bis* del Código Civil Italiano (hoy derogado) como: “las cláusulas que, a pesar de la buena fe, determinan a cargo del consumidor un significativo desequilibrio de los derechos y de las obligaciones derivados del contrato”<sup>49</sup>. Esta definición resalta dos criterios de

la “vejatoriedad”: el significativo desequilibrio<sup>50</sup> y la contravención a la buena fe objetiva.

Como señala Roppo: “la cláusula crea «desequilibrio» cuando modifica, dañando al consumidor, las recíprocas posiciones contractuales de las partes como son definidas por el derecho dispositivo (parámetro del nivel de «equilibrio» de las mismas posiciones). No basta sin embargo cualquier desequilibrio, sino un desequilibrio «significativo»...”<sup>51</sup>.

El artículo 1469-*ter* del Código Civil Italiano indicaba tres criterios para ser aplicados en el juicio de “vejatoriedad”<sup>52</sup>:

- 1) Debe tenerse en cuenta la naturaleza del bien o del servicio objeto del contrato;
- 2) Debe tenerse en cuenta las circunstancias existentes al momento de su conclusión; y
- 3) Debe tenerse en cuenta las otras cláusulas del mismo contrato o de otro conexo o del cual depende. Al respecto Roppo señala: “una cláusula, en sí y por sí fuente de desequilibrio, puede no obstante, ser considerada no vejatoria si resulta reequilibrada por otra cláusula del mismo contrato o de otro contrato conexo con aquél bajo juicio, que dispongan significativas ventajas para el consumidor”<sup>53</sup>. En tal sentido la “vejatoriedad” no debe ser observada en una lectura aislada de la cláusula, sino en la lectura de todo el contrato, así una cláusula podría ser vejatoria vista aisladamente pero no si es vista sistemáticamente. Así, en el mismo sentido, Claudia Marques Lima en Brasil señala: “La actividad del intérprete para reconocer una cláusula abusiva es crucial y debe concentrarse en la visión dinámica y total del contrato”<sup>54</sup>.

46 ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Ob. Cit., p. 543.

47 El principal problema es que el Código Civil no contiene un criterio general de “cláusula vejatoria” como si lo tenía el artículo 1469-*bis* del Código Civil italiano. Esto daría una discrecionalidad muy amplia al juez. Incluso en Italia se considera que el legislador debió establecer parámetros limitativos respecto a lo que debe entenderse por “desequilibrio significativo” (CINTIOLI, Fabio. Ob. Cit., p. 459).

48 En 1996 se modificó en Código Civil Italiano para dar cumplimiento a la Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Posteriormente se derogan los artículos del Codice Civile para dar paso al Codice dei Consumatori. De acuerdo con Alpa: “La expresión «abusiva» es equivocada, extraída por la inexacta versión del texto italiano de la directiva...” (ALPA, Guido. **Derecho del Consumidor**. Lima: Gaceta Jurídica, 2004, p. 222). En el Codice dei Consumatori se habla de cláusulas vejatorias.

49 Ver también artículo 3 numeral 1 de la Directiva 93/13/CE. Artículo 10 bis de la Ley 7/1998 sobre condiciones generales de contratación española (esta norma modificó la Ley 26/1984, Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios). En el Codice dei Consumatori se señala: “Nel contratto concluso tra il consumatore ed il professionista si considerano vessatorie le clausole che, malgrado la buona fede, determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto”.

50 De acuerdo con Alpa: “El «desequilibrio» presenta dos caracteres: debe ser «significativo», y debe referirse a derechos y obligaciones de las partes, es decir, tener naturaleza «jurídica», no económica” (ALPA, Guido. Ob. Cit., p. 225). También se refiere al desequilibrio de derechos y obligaciones entre las partes MARQUES LIMA, Cláudia **Contratos no Código de Defesa do Consumidor. O novo regime das relações contratuais**. 4a edição. Sao Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 148. De La Puente considera que son vejatorias las cláusulas generales de contratación que alteran, en ventaja del predisponente, el equilibrio entre los derechos y obligaciones contractuales de las partes (DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Ob. Cit., p. 202).

51 ROPPO, Vincenzo. “Il Contratto”. Ob. Cit., p. 913.

52 Artículo 4 numeral 1 de la Directiva 93/13/CE. Artículo 10 bis de la Ley 7/1998 sobre condiciones generales de la contratación española. El artículo 34 del Codice dei Consumatori señala:

1. La vessatorietà di una clausola è valutata tenendo conto della natura del bene o del servizio oggetto del contratto e facendo riferimento alle circostanze esistenti al momento della sua conclusione ed alle altre clausole del contratto medesimo o di un altro collegato o da cui dipende.
2. La valutazione del carattere vessatorio della clausola non attiene alla determinazione dell'oggetto del contratto, né all'adeguatezza del corrispettivo dei beni e dei servizi, purché tali elementi siano individuati in modo chiaro e comprensibile.
3. Non sono vessatorie le clausole che riproducono disposizioni di legge ovvero che siano riprodotte di disposizioni o attuative di principi contenuti in convenzioni internazionali delle quali siano parti contraenti tutti gli Stati membri dell'Unione europea o l'Unione europea.
4. Non sono vessatorie le clausole o gli elementi di clausola che siano stati oggetto di trattativa individuale.
5. Nel contratto concluso mediante sottoscrizione di moduli o formulari predisposti per disciplinare in maniera uniforme determinati rapporti contrattuali, incombe sul professionista l'onere di provare che le clausole, o gli elementi di clausola, malgrado siano dal medesimo unilateralmente predisposti, siano stati oggetto di specifica trattativa con il consumatore”.

53 ROPPO, Vincenzo. “Il Contratto”. Ob. Cit., p. 914.

54 MARQUES LIMA, Cláudia. Ob. Cit., p. 149.



El artículo 1469-*bis* del Código Civil Italiano contenía un elenco de “tipos” de cláusulas. Este elenco indica una serie de cláusulas que “se presumen vejatorias salvo prueba en contrario”<sup>55</sup>. Son cláusulas que el legislador considera *prima facie* portadoras de un significativo desequilibrio en desmedro del consumidor, y por tanto vejatorias. Se clasifican en dos categorías<sup>56</sup>: cláusulas de desbalance o de desequilibrio<sup>57</sup> y cláusulas de sorpresa<sup>58</sup>.

Dado que se admite la prueba en contrario, puede demostrarse que la cláusula, la cual se presume vejatoria, en concreto no lo es. Esto califica al elenco del hoy derogado artículo 1469-*bis* del Código Civil Italiano como “lista gris”, en contraposición al elenco del artículo 1469-*quinquies* del Código Civil italiano calificado como “lista negra” que se tiene en la medida que las cláusulas del elenco son calificadas irremediamente vejatorias, sin posibilidad de prueba en contrario<sup>59</sup>. En el modelo de la “lista gris” puede considerarse vejatoria, en base al criterio general, una cláusula ajena al elenco. Esto, sin embargo, en la práctica es poco probable pues la lista es muy exhaustiva.

Una cláusula puede presentar elementos constitutivos de “vejatoriedad” y aún así no ser vejatoria, por la presencia de elementos impositivos de la “vejatoriedad” los cuales según el artículo 1469-*ter* del Código Civil Italiano eran dos<sup>60</sup>:

- 1) No son vejatorias las cláusulas que reproducen disposiciones legales; es decir, cláusulas que prevé derechos y obligaciones del consumidor ya directamente atribuidas por la ley<sup>61</sup>; y
- 2) No son vejatorias las cláusulas o los elementos de cláusula que hayan sido objeto de negociación individual<sup>62</sup>.

Debe tenerse presente que el Anexo de la Directiva 93/13/CE contiene “una lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas que pueden ser declaradas

abusivas” (el subrayado es nuestro), entre ellas podemos citar las siguientes:

- 1) Cláusulas que tengan por objeto o por efecto autorizar al profesional (léase proveedor) a modificar unilateralmente sin motivos válidos especificados en el contrato los términos del mismo;
- 2) Cláusulas que tengan por objeto o por efecto autorizar al profesional a modificar unilateralmente sin motivos válidos cualesquiera características del producto que ha de suministrar o del servicio por prestar; y,
- 3) Cláusulas que tengan por objeto o por efecto estipular que el precio de las mercancías se determine en el momento de su entrega, u otorgar al vendedor de mercancías o al proveedor de servicios el derecho a aumentar los precios, sin que en ambos casos el consumidor tenga el correspondiente derecho a rescindir el contrato si el precio final resultare muy superior al precio convenido al celebrar el contrato.

Del mismo modo el artículo 1469-*bis* del Código Civil Italiano incluía dentro de las cláusulas que se presumen vejatorias, salvo prueba en contrario:

- 1) (3º comma, n. 11) Las cláusulas que tienen por objeto consentir al profesional modificar unilateralmente las cláusulas del contrato, o bien las características del producto o del servicio a prestar, sin un justificado motivo indicado en el mismo contrato<sup>63</sup>; y
- 2) (4º comma, n. 2) Las cláusulas que tienen por objeto consentir al profesional modificar, en caso exista un justificado motivo, las condiciones del contrato, dando aviso dentro de un plazo congruo al consumidor, quien tiene derecho a recesar el contrato.

Como puede apreciarse, en principio el *ius variandi* del profesional (léase proveedor) es reconocido, siempre que al consumidor se le atribuya, en caso de ser ejercido, un derecho de receso como contrapeso<sup>64</sup>. Se produce

55 Ver el artículo 33 del Codice dei Consumatori.

56 ROPPO, Vincenzo. “La nuova disciplina delle clausole abusive nei contratti fra imprese e consumatori”. En: *Rivista di Diritto Civile*. Anno XL, Prima Pare, Padova: Cedam, 1994, p. 287 y siguientes.

57 Cláusulas de desequilibrio son aquellos pactos contractuales que determinan en daño al consumidor un significativo desequilibrio de los derechos y de las obligaciones derivadas de la regulación contractual. Ejemplo: son aquellas cláusulas que hacen al profesional (contrapuesto al consumidor) árbitro de la formación o permanencia del vínculo contractual, sin la posibilidad de autónoma decisión resolutoria, que grava al consumidor (ORICCHIO, Antonio. **Tutela del Consumatore e Servizi Pubblici**. Milano: Giuffrè, 2001, p. 93).

58 Cláusulas de sorpresa son aquellas que toman la ejecución del contrato diferente de manera significativa de aquella que legítimamente el consumidor podía esperar en base a legítimas perspectivas (ORICCHIO, Antonio. Ob. Cit., p. 93).

59 La “lista negra” en el artículo 1469-*quinquies* del Código Civil Italiano, estaba conformada por las cláusulas que tuvieran por objeto: (i) excluir o limitar la responsabilidad del profesional en caso de muerte o daño a la persona del consumidor, resultante de un hecho o de una omisión del profesional; (ii) excluir o limitar las acciones del consumidor frente del profesional o de otra parte en caso de incumplimiento total o parcial, o de incumplimiento inexacto de parte del profesional; y, (iii) prever la adhesión del consumidor a cláusulas que no ha tenido, de hecho, la posibilidad de conocer antes de la conclusión del contrato. Ver ahora artículo 36 del Codice dei Consumatori.

60 Artículo 34 del Codice dei Consumatori.

61 Artículo 1 numeral 2 de la Directiva 93/13/CEE. A propósito la Directiva 93/13/CEE señala: “Considerando que se supone que las disposiciones legales o reglamentarias de los Estados miembros por las que se fijan, directa o indirectamente, las cláusulas de los contratos celebrados con los consumidores no contienen cláusulas abusivas; que por consiguiente, no resulta necesario someter a las disposiciones de la presente Directiva las cláusulas que reflejan las disposiciones legales o reglamentarias imperativas...”.

62 Artículo 3 numeral 1 y 2 de la Directiva 93/13/CEE. Artículo 10 *bis* de la Ley 7/1998 sobre condiciones generales de contratación española.

63 Artículo 33 m) del Codice dei Consumatori: “consentire al professionista di modificare unilateralmente le clausole del contratto, ovvero le caratteristiche del prodotto o del servizio da fornire, senza un giustificato motivo indicato nel contratto stesso”.

64 En este sentido ver COLUZZI, Francesca. “Clausole vessatorie nei contratti del consumatore” a cura di Guido Alpa e Salvatore Patti. En: **Il Codice Civile Commentario**. Fondato da Piero Schlesinger, diretto da Francesco D. Busnelli. Milano: Giuffrè, 2003, p. 457 y siguientes.

una exclusión de la presunción de vejatoriedad, siempre que en la cláusula que consiente al profesional modificar *ex uno latere* los términos contractuales se indique expresamente los motivos que justifican la modificación.

El siguiente párrafo, se refiere a la prestación de "servicios financieros"<sup>65</sup>, y de su lectura se desprende que la cláusula que atribuye el *ius variandi* al prestador de servicios financieros, no se presume vejatoria cuando se den las siguientes condiciones:

- 1) Exista un justificado motivo, aún si no estuviera expresado en el contrato;
- 2) El profesional avise, dentro de un plazo congruo al consumidor de la modificación unilateral<sup>66</sup>;
- 3) El consumidor sujeto al *ius variandi* tenga el derecho de recesar el contrato.

El mismo artículo 1469-*bis* del Código Civil Italiano (3º comma, n. 13) consideraba que debe presumirse vejatoria la cláusula que tiene por objeto consentir al profesional aumentar el precio del bien o del servicio sin que el consumidor pueda recesar si el precio final es excesivamente elevado respecto al originalmente convenido<sup>67</sup>.

Aquí el juicio de "vejatoriedad" está ligado a la falta de previsión del derecho de receso a favor del consumidor, en tal sentido, parecería, dentro de la categorización hecha por Roppo, no tanto una "cláusula de sorpresa" sino una "cláusula de desequilibrio"<sup>68</sup>, pues le otorga al profesional un derecho, el *ius variandi*, sin conceder al consumidor un remedio que equilibre<sup>69</sup>.

Adviértase que en este caso el *ius variandi* se concede sin necesidad de señalar expresamente en el contrato las causas que podrían motivar la modificación. Asimismo, el derecho de receso se concede siempre que el precio sea "excesivamente elevado respecto al original convenido" y, por último que se le comunique al consumidor la modificación dentro de un plazo

razonable para que el consumidor pueda, si así lo considera, recesar.

La legislación española considera vejatoria la cláusula que reserve a favor del profesional facultades de modificación unilateral del contrato sin motivos válidos especificados en el mismo. También es considerada vejatoria la cláusula que faculte al profesional para aumentar el precio final sobre el convenido, sin que en ambos casos existan razones objetivas o sin reconocer al consumidor el derecho a rescindir el contrato si el precio final resultare muy superior al inicialmente estipulado<sup>70</sup>.

Como regla general cualquier cláusula que autorice al proveedor la modificación unilateral del contrato supondría crear a favor del proveedor ventajas unilaterales, no obstante, como bien se desprende de la misma Directiva 93/13/CEE, lo que es recogido por las diversas legislaciones comunitarias, estas cláusulas son admisibles siempre que se establezcan límites a la arbitrariedad del proveedor.

Como puede apreciarse, en la legislación italiana y en la española, sobre la base de la Directiva 93/13 CEE, es posible incluir en los *Contratos de Consumo* celebrados por adhesión cláusulas que faculten al proveedor modificar unilateralmente las cláusulas del contrato y las características del servicio o del producto siempre que se trate de motivos justificados y que éstos motivos hayan sido previstos en el contrato. Del mismo modo es posible incluir cláusulas que consentan al profesional aumentar el precio del bien o del servicio siempre que se le otorgue al consumidor la facultad de receso si el precio final es excesivamente elevado respecto a aquel originalmente convenido.

Tienen una posición más dura el Código de Defensa del Consumidor (Lei No. 8087) del Brasil que en su artículo 51 considera nulas de pleno derecho, entre otras, las cláusulas creadoras de ventajas unilaterales a favor del proveedor, entre ellas, las que autoricen al proveedor a modificar unilateralmente el contenido del contrato o la calidad del producto, después de su celebración (XII) y

65 Ver al respecto COLUZZI, Francesca. Ob. Cit., p. 470. En materia de servicios financieros en Italia rige el Testo Unico Bancario (d.legs. 1 settembre 1993, n. 385). Al respecto de nuestro tema el artículo 118 señala: "1. Si en los contratos de duración es convenida la facultad de modificar unilateralmente las tasas de interés, los precios y otras condiciones, las variaciones desfavorables son comunicadas al cliente de la manera y en los términos establecidos en el CICR. 2. Las variaciones contractuales para las cuales no se hubieran observado las prescripciones del presente artículo son ineficaces. 3. Dentro de los quince días de recibida la comunicación escrita, o bien de efectuadas otras formas de comunicación efectuadas conforme al numeral 1, el cliente tiene derecho de recesar el contrato sin penalidad y obtener, en sede de liquidación de la relación, la aplicación de las condiciones precedentemente aplicadas". Ver el numeral 3 del artículo 33 del Codice dei Consumatori.

66 El Tribunal de Roma en la sentencia del 21 de enero de 2000 consideró abusiva la cláusula del contrato de cuenta corriente que prevé la potestad de modificación unilateral, desfavorable para el consumidor de la tasa de interés (se entiende un aumento de la tasa de interés a ser pagada por el consumidor) sin cursar la comunicación al consumidor que la norma del Código Civil Italiano exige (**Repertorio di Giurisprudenza sulle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori**. A cura di Guido Alpa. Milano: Giuffrè, 2004, p. 87).

67 Artículo 33 o) del Codice dei Consumatori: "consentire al professionista di aumentare il prezzo del bene o del servizio senza che il consumatore possa recedere se il prezzo finale è eccessivamente elevato rispetto a quello originariamente convenuto".

68 Como hemos visto Roppo ordena las cláusulas vejatorias en dos grandes categorías a las cuales llama "cláusulas de desequilibrio" y "cláusulas de sorpresa". La primera categoría comprende las cláusulas agrupadas por una cierta característica, que es aquella de determinar, en perjuicio del consumidor, un significativo desequilibrio de los derechos y de las obligaciones de las partes en el contrato, en contraste con el principio de buena fe. En la segunda categoría, confluyen cláusulas que tornan la ejecución del contrato significativamente diferente de aquella que el consumidor, legítimamente, podría esperar (ROPPO, Vincenzo. "La nuova disciplina delle clausole abusive nei contratti fra imprese e consumatori". En: Ob. Cit., p. 287).

69 En este sentido ver DIURNI, Amalia. "Clausole vessatorie nei contratti del consumatore" a cura di Guido Alpa e Salvatore Patti. En: **Il Codice Civile Commentario**. Fondato da Piero Schlesinger, diretto da Francesco D. Busnelli. Milano: Giuffrè, 2003, p. 484.

70 Disposición Adicional Primera de la Ley 7/1998 sobre condiciones generales de contratación española (esta norma modificó la Ley 26/1984, Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios).

las que permitan al proveedor, directa o indirectamente, la variación del precio de manera unilateral (X). En el mismo sentido la Ley No. 19496 que aprueba las Normas de Protección de los Derechos de los Consumidores en Chile, en cuyo artículo 16 se establece que no producirán efecto alguno las cláusulas que: (i) otorguen a una de las partes la facultad de modificar a su solo arbitrio el contrato y (ii) establezcan incrementos de precios por servicios. En el caso de la Ley No. 24240, Ley de Defensa del Consumidor Argentino, el artículo 19 establece que quienes presten servicios de cualquier naturaleza están obligados a respetar los términos, plazos, condiciones, modalidades, reservas y demás circunstancias conforme a las cuales hayan sido ofrecidos, publicitados o convenidos. Asimismo, el artículo 37 literal b) se considera cláusulas vejatorias aquellas que importen renuncia o restricción de derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte.

Ley No. 28587, Ley Complementaria a la Ley de Protección al Consumidor en materia de servicios financieros, si establece normas relativas a la modificación unilateral. Así el artículo 5 señala lo siguiente:

“Los contratos que celebren las empresas sujetas a los alcances de la presente Ley y los usuarios podrán sufrir en el transcurso del tiempo modificaciones en sus términos y condiciones con arreglo a los mecanismos previstos en los respectivos contratos.

No obstante lo anterior, cuando la modificación contractual sea originada en decisiones unilaterales de las empresas, dicha variación no será oponible a los usuarios de manera inmediata. En estos casos, la nueva estipulación solo vinculará a los usuarios luego de transcurrido el plazo de treinta (30) días calendario desde el anuncio de la modificación. Las modificaciones a que se refiere el presente párrafo deberán ser adecuadamente comunicados al usuario.  
(...)”.

El primer párrafo del artículo citado debe entenderse en el sentido que se consideran cláusulas vejatorias aquellas que establecen a favor del predisponente la facultad de modificar los términos contractuales si no se realizan “con arreglo a los mecanismos previstos en los respectivos contratos”. Y, de acuerdo con el segundo párrafo, siempre que se comuniquen al usuario dichas modificaciones.

Siempre dentro de los servicios financieros, la última parte del artículo 6º señala lo siguiente:

“(…) En los contratos de crédito y depósitos a plazo, en los que se prevea la posibilidad de variar las tasas de interés, comisiones y gastos, las modificaciones a estos conceptos entrarán en vigencia a los quince (15) días de

comunicadas al usuario mediante cualesquiera de las formas previstas en el último párrafo del artículo anterior, salvo que estas variaciones sean favorables al usuario, en cuyo caso podrán hacerse efectivas de inmediato y sin necesidad de aviso previo.”

Estas disposiciones no se aplican a los contratos donde se haya convenido ajustar periódicamente las tasas de interés con factor variable.

La modificación unilateral de las tasas de interés, comisiones o gastos en las operaciones de crédito donde no se haya convenido ajustar periódicamente las tasas de interés con factor variable, serán consideradas vejatorias si no son comunicadas al usuario.

El artículo 20 de la Resolución de la SBS No. 1765-2005 (en adelante Resolución de la SBS) establece que las modificaciones unilaterales referidas a tasas de interés, comisiones, gastos y otras estipulaciones contractuales sólo procederán en la medida que hayan sido previamente acordadas por las partes.

Las modificaciones antes indicadas deben ser comunicadas previamente dentro de los plazos señalados en los artículos 21º, 22º y 23º de la Resolución de la SBS, salvo que se trate de modificaciones en tasas de interés, comisiones y gastos que impliquen condiciones más favorables para el cliente, las que se aplicarán de manera inmediata. En dichas comunicaciones previas deberá indicarse de manera expresa que el cliente puede dar por concluida la relación contractual conforme a los términos del contrato, de ser el caso. Vale decir, que se otorga al usuario del servicio financiero, frente al *ius variandi* otorgado a la entidad financiera, la facultad de receso.

De acuerdo con el artículo 21 de la Resolución de la SBS las empresas deberán informar a sus clientes la modificación de las tasas de interés en forma previa cuando se trate de incrementos en el caso de las operaciones activas y cuando se trate de reducciones en el caso de las operaciones pasivas. Asimismo, deberá comunicar la modificación de las comisiones y gastos en forma previa a su aplicación en caso dichas modificaciones representen un incremento respecto de lo pactado.

La comunicación previa no es exigible cuando la modificación de la tasa de interés o de las comisiones y gastos sea favorable para el cliente, en cuyo caso, la nueva tasa podrá aplicarse de manera inmediata.

En resumen, podemos afirmar que las legislaciones, en general, si admiten la posibilidad de incluir en los *Contratos de Consumo* celebrados sobre la base de CGC, el *ius variandi* a favor del proveedor que le permita modificar unilateralmente el precio del bien o del servicio, las cláusulas del contrato y las características del servicio o del producto siempre que:

- 1) Se trate de motivos justificados y que estos motivos hayan sido previstos en el contrato; o, 2) Si no se indican los motivos justificados, entonces se podrá modificar los términos contractuales (especial referencia del precio) siempre que se le otorgue al consumidor la facultad de receso si el precio final es excesivamente elevado respecto a aquel originalmente convenido. Será necesario que el proveedor comunique al consumidor la modificación dentro de un plazo razonable para que el consumidor pueda hacer uso de su derecho de receso.

En caso de establecer un derecho de receso como contrapartida del *ius variandi* debería establecerse un plazo, contado desde la comunicación del proveedor, para que el consumidor ejerza su facultad de receso puesto que en ausencia de dicho plazo, la eficacia del contrato quedaría indefinidamente subordinada al arbitrio del titular del receso.

#### 4) Los Contratos de Abonado

Los *Contratos de Abonado* son aquellos en virtud de los cuales una *Empresa Operadora*<sup>71</sup> se obliga frente al *Abonado*<sup>72</sup> a prestar un determinado servicio público de telecomunicaciones a cambio de una contraprestación tarifaria.

Los *Contratos de Abonado* se encuentran sometidos al marco de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones<sup>73</sup> y supletoriamente a las normas relativas a la protección al consumidor y del Código Civil.

Lo que se pretende a través de las normas de protección al consumidor es identificar una categoría de sujetos. Como señala Cintioli: "Una de las características de la normativa de la tutela del consumidor consiste en la distinción, bajo el perfil subjetivo, de las partes contratantes, no colocadas en un plano de formalidad..."<sup>74</sup>.

En tal sentido, podemos decir que se trata de un modelo proteccionista basado en un elemento subjetivo, a través de la referencia a las categorías del proveedor y del consumidor. Así, en palabras de Diener: "La nueva disciplina se aplica solamente a los contratos estipulados entre un sujeto que califica como consumidor y un sujeto que califica como profesional, que tienen como objeto la cesión de

bienes o la prestación de servicios, prescindiendo de la circunstancia que se trate de un contrato individual o de un contrato standard"<sup>75</sup>.

Como se señala en la Resolución No. 101-96-TDC de INDECOPI de fecha 18 de diciembre de 1996 "El concepto de "consumidor o usuario" es un control de entrada al procedimiento, una determinación de qué categoría es amparada por las normas de Protección al Consumidor...".

En ese mismo sentido, el concepto de *Abonado* es una determinación de qué categoría es amparada por las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones que no requiere pasar por el control de entrada de la categoría de consumidor, en tal sentido la categoría de *Abonado* puede no coincidir con la de consumidor<sup>76</sup>. No obstante, el *Abonado*, aún si no califica como consumidor bajo los criterios de la Resolución No. 422-2003/TDC-INDECOPI del 3 de octubre de 2003, también es amparado por las normas de Protección al Consumidor<sup>77</sup>.

#### 4.1) Las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones

Las Condiciones de Uso son el marco normativo general dentro del cual se desenvuelven las relaciones entre las *Empresas Operadoras*, *Abonados* y usuarios de servicios públicos de telecomunicaciones. Tienen carácter imperativo, salvo los casos en los que las Condiciones de Uso permitan pacto en contrario. Como puede advertirse constituye un marco normativo especial opuesto al marco normativo general de la contratación en el cual las normas supletorias constituyen la regla y las normas imperativas la excepción.

Los *Contratos de Abonado* están dentro de lo que Díez-Picazo denomina "contratos de la economía intervenida"; es decir, aquellos supuestos donde el Estado asume la tarea de dotar legislativamente o reglamentariamente un contenido imperativo a determinados tipos de contratos. La reglamentación puede alcanzar a las prestaciones contractuales (ejemplo, fijación de precios) y puede alcanzar también al resto del contenido normativo del contrato. La imposición de un contenido contractual predeterminado reglamentariamente obedece a razones de política social, frente a la desigualdad entre las partes.

71 De acuerdo a las Condiciones de Uso de los Servicios de Telecomunicaciones aprobadas por Resolución del Consejo Directivo No. 116-2003-CD/OSIPTEL se entiende por Empresa Operadora: "A aquella persona natural o jurídica que cuenta con un contrato de concesión o registro correspondiente para prestar uno o más servicios públicos de telecomunicaciones".

72 De acuerdo a las Condiciones de Uso de los Servicios de Telecomunicaciones se entiende como Abonado: "A toda persona natural o jurídica que ha celebrado un contrato de prestación de servicios públicos de telecomunicaciones con alguna de las empresas operadoras de dichos servicios, independientemente de la modalidad de pago contratado".

73 Las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones fueron aprobadas por Resolución del Consejo Directivo No. 116-2003-CD/OSIPTEL y entraron en vigencia el 1 de marzo de 2004.

74 CINTIOLI, Fabio. Ob. Cit., p. 441.

75 DIENER, Maria Cristina. Ob. Cit., p. 269.

76 Existe bibliografía que resalta la diferencia aunque con criterios distintos así CINTRA DO AMARAL, Antonio Carlos. "Distincao entre usuario de serviço público e consumidor". En: *Revista Diálogo Jurídico*. Número 13, abril/maio de 2002, Salvador, Brasil.

77 De conformidad con lo señalado en la Resolución No. 0008-2001/TDC-INDECOPI en el caso de los servicios públicos de telecomunicaciones OSIPTEL tiene competencia para conocer y resolver sobre conflictos entre particulares, incluso cuando dichos conflictos estén relacionados con la infracción a las normas del Decreto Legislativo No. 716.

“Las CGC se controlan porque el predisponente disfruta de una posición de monopolio (...) y porque el adherente usualmente no las lee”

#### 4.2) Contrato de Abonado: Cláusulas Generales de Contratación y Cláusulas Adicionales

De conformidad con el artículo 11 de las Condiciones de Uso, el *Contrato de Abonado* estará compuesto por las CGC aprobadas por OSIPTEL y por aquellas cláusulas adicionales en las que el *Abonado* consigne su opción respecto a la de cualquiera de las alternativas de adquisición, arrendamiento u otra modalidad de utilización de equipos, su mantenimiento u otras condiciones inherentes al servicio.

Puede afirmarse entonces que los *Contratos de Abonado* se celebran con arreglo a CGC y por “Cláusulas Adicionales” también llamadas “Cláusulas Especiales” o “Cláusulas Particulares”.

El artículo 1392 del Código Civil dispone que: “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 ellas”.

Como señala Díez-Picazo “Las condiciones generales cumplen una función económica plausible, porque sólo uniformando el contenido contractual es posible una racionalización de las operaciones comerciales, que permita la contratación en masa con la consiguiente reducción de los costos y facilitación de las prestaciones”<sup>78</sup>.

Las “Cláusulas Especiales” son aquellas que afectan aspectos que deben ser negociados o establecidos individualmente, de acuerdo con Messineo dichas cláusulas son objeto de negociaciones normales, ya que respecto de ellas el contratante fuerte no tiene interés de imponer su propia voluntad<sup>79</sup>. En el caso de los *Contratos*

de *Abonados*, estas “Cláusulas Especiales” recogen ciertos aspectos en los cuales el *Abonado* tiene la posibilidad de elegir diversas opciones planteadas por la misma *Empresa Operadora*, en tal sentido, cada *Abonado* podrá optar por algo distinto, así, por ejemplo, la *Empresa Operadora* puede ofrecer el Plan A o el Plan B.

Estas diversas opciones que ofrece la *Empresa Operadora* al *Abonado* no supone una amplia libertad para éste, como señala Vega Mere: “En rigor, no siempre el predisponente da espacio a tanta libertad al adherente sobre estos aspectos; por lo general, tiene alternativas ya preelaboradas que propone a la otra parte, pero inclusive estas alternativas (dentro de una miríada de posibilidades) es, en cierta forma, cerrada. Hay, no obstante, una posibilidad de elección entre ellas”<sup>80</sup>.

En este punto es conveniente distinguir los contratos celebrados por adhesión de los contratos celebrados con arreglo a CGC<sup>81</sup>. La “adhesión” se refiere a la forma de la celebración del contrato, mientras las CGC se refieren a su contenido, en tal sentido, en el contrato por adhesión una de las partes es colocada en la alternativa de aceptar o rechazar íntegramente las cláusulas predispuestas unilateralmente por la otra parte. Pero si bien esas cláusulas son predispuestas, no necesariamente, están redactadas para fijar el contenido normativo de una serie indefinida de futuros contratos particulares, como ocurre en las CGC.

#### III) El Control de Contenidos de las Cláusulas Generales de Contratación

Dos son los argumentos que justifican el control de contenidos de las CGC: el monopolio y la información asimétrica.

Las CGC se controlan porque el predisponente disfruta de una posición de monopolio que le permite imponer sus condiciones a los que desean obtener la prestación que ofrece. Ello es particularmente claro en el caso del servicio de telefonía fija, donde el usuario está en la disyuntiva de aceptar los términos contractuales ofrecidos por la *Empresa Operadora* o quedarse sin servicio.

Por otro lado, las CGC se controlan porque el adherente usualmente no las lee, el costo de leerlas y entenderlas es muy elevado, y esto genera el riesgo de que el predisponente las estructure a su favor, como señala Cándido Paz-Ares “el control tiene por objeto corregir esos abusos y reponer el equilibrio o arreglo contractual que las partes razonablemente habrían establecido en condiciones de información perfecta”<sup>82</sup>.

78 DÍEZ-PICAZO, Luis. **Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial**. Volumen I. 5ª. Edición. Madrid: Civitas, 1996, p. 368.

79 MESSINEO, Francesco. **Doctrina General del Contrato**. Tomo I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1986, p. 443.

80 VEGA MERE, Yuri. “El derecho del consumidor y la contratación contemporánea. Consideraciones Preliminares a favor de la construcción dogmática de los contratos de consumo”. En: **Contratación Contemporánea**. Tomo II. Lima: Palestra, Bogotá: Temis, 2001, p. 549.

81 Ver al respecto DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. “El Contrato en General. Comentarios a la sección primera del libro VII del Código Civil”. En: Ob. Cit., p. 113 y siguientes. Además, REZZONICO, Juan Carlos. **Contratos con cláusulas predispuestas. Condiciones negociales generales**. Buenos Aires: Astrea, 1987, p. 209.

82 PAZ-ARES, Cándido. “La terminación de los contratos de distribución”. En: Ob. Cit., p. 48. Para el autor español, sin embargo, la idea de monopolio es irrelevante.

Esto también se aprecia en el caso del servicio público de telecomunicaciones, donde el lenguaje técnico, contribuye a la dificultad de entender las CGC.

Ahora bien, admitida la necesidad de controlar los contenidos de las CGC la cuestión que se plantea es la mejor forma de hacerlo. Uno de los mecanismos de control adoptado por las diferentes legislaciones es el heterónimo, es decir, el control de las CGC por el Estado.

Como bien lo advierte Bullard González<sup>83</sup> el control heterónimo puede estar en manos del Poder Judicial, de la administración pública o de las normas dictadas por el Poder Legislativo. Nos ocuparemos del control heterónimo dirigido al control de contenidos de las CGC<sup>84</sup>; es decir aquellos mecanismos a través de los cuales el Estado determina si las CGC son vejatorias o no.

El Código Civil emplea, conjuntamente, los mecanismos de control legislativo, administrativo y judicial<sup>85</sup>. Encontramos el control legislativo de los contenidos de las CGC en el caso del artículo 1398 del Código Civil el cual enumera las CGC que son consideradas vejatorias. Sin embargo, debemos advertir que este control no funciona en los casos de CGC aprobadas administrativamente. En efecto, el artículo citado señala "En los contratos celebrados por adhesión y en las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, no son válidas..." (el subrayado es nuestro); es decir, que si las CGC pasan por el control de la autoridad administrativa podrían ser válidos los supuestos enunciados en el artículo 1398. Por otro lado, la autoridad administrativa podría considerar vejatorias otras CGC no consideradas en dicho artículo. El problema es que no existe, como hemos visto, un criterio general por lo que la discreción de la autoridad administrativa para considerar una cláusula vejatoria resulta muy amplia.

Nos ocuparemos a continuación del control administrativo y el judicial

### 1) El Control de Contenido Administrativo de las Cláusulas Generales de Contratación

De conformidad con el Código Civil las CGC pueden requerir aprobación previa por la autoridad administrativa (control *ex ante*). El artículo 1394 del Código Civil establece que "el Poder Ejecutivo señalará la provisión de bienes y servicios que deben ser contratados con arreglo a Cláusulas Generales de Contratación aprobadas por la

autoridad administrativa". Como señala De La Puente "la aprobación administrativa requiere un examen detenido de las cláusulas generales, no sólo para evaluar que ellas son idóneas, por su operatividad, para el tráfico masivo de bienes y servicios, sino también para comprobar que no son lesivas de los legítimos intereses de los consumidores..."<sup>86</sup>. Advertiremos que el control de contenidos de las CGC por la autoridad administrativa sólo ha sido establecido para la protección de determinados sujetos dentro de la categoría consumidor, concretamente para el *Abonado* y el usuario de los servicios financieros.

De acuerdo con el artículo 61 del Decreto Supremo No. 06-94-TCC, Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones, la prestación del servicio telefónico está sujeta a un contrato que suscribirán el concesionario<sup>87</sup> y el *Abonado*, de acuerdo a CGC aprobadas por OSIPTEL. En virtud de esta norma, a nuestro juicio, el Poder Ejecutivo ha determinado que la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones<sup>88</sup> debe ser contratada con arreglo a CGC y que OSIPTEL es la autoridad administrativa encargada de aprobar las CGC que componen los *Contratos de Abonado*. En tal sentido, existe la obligatoriedad de la aprobación administrativa, por tanto se impone a las *Empresas Operadoras* "la obligación de que todos los contratos que celebren lo sean a base de cláusulas generales de contratación aprobadas por la autoridad administrativa"<sup>89</sup>.

Conforme al literal h) del artículo 25 del Reglamento del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones, aprobado mediante Decreto Supremo No. 008-2001-PCM (Reglamento de OSIPTEL), establece que OSIPTEL, en ejercicio de su función normativa, puede "dictar" CGC aplicables a los contratos de prestación de servicios públicos de telecomunicaciones.

Lo establecido en el Reglamento de OSIPTEL es incorrecto. OSIPTEL no debe "dictar" CGC sino debe aprobarlas así las *Empresas Operadoras* antes de incorporar las CGC a todas las ofertas que se formulen para contratar con arreglo a ellas, deberían solicitar su aprobación por OSIPTEL, de manera tal que este organismo pueda ejercer un control de contenidos de las CGC *ex ante*.

Este control *ex ante* por la autoridad administrativa supone, como señala De la Puente, la comprobación por la autoridad que las CGC redactadas unilateralmente

83 BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. "¡Firme primero, lea después! La contratación masiva y la defensa del consumidor". En: **El Derecho Civil Peruano. Perspectiva y problemas actuales**. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1993, p. 38.

84 Otra forma de control sería el establecimiento de "un adecuado proceso de trasmisión de la información" (BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. Ob. Cit., p. 39).

85 BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. Ob. Cit., p. 41.

86 DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. "El Contrato en General. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil". En: Ob. cit., p. 157.

87 Debe entenderse *Empresa Operadora*.

88 Si bien es cierto, el artículo 61 del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones se refiere a la prestación de "servicio telefónico", entendemos que debe comprender a cualquier servicio público de telecomunicaciones. El artículo 4 de la Ley No. 28587, Ley Complementaria a la Ley de Protección al Consumidor en materia de servicios financieros, atribuye a la Superintendencia de Banca y Seguros y Administradoras Privadas de Fondo de Pensiones la aprobación (administrativa) de las CGC que utilicen las empresas sujetas al alcance de dicha ley.

89 DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. "El Contrato en General. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil". En: Ob. cit., p. 157.

por la *Empresa Operadora* no son lesivas de los legítimos intereses de los *Abonados*<sup>90</sup>.

Las CGC deben ser sometidas a la aprobación de OSIPTEL y una vez aprobadas sólo pueden ser utilizadas por la *Empresa Operadora* que las sometió a la aprobación. Ello es así porque si tenemos en consideración que uno de los criterios utilizados para analizar la "vejatoriedad" supone tener en cuenta las otras cláusulas del mismo contrato o de otro conexo o del cual depende, podría ocurrir que una CGC dentro de un determinado contrato no sea vejatoria, mientras que en otro contrato si lo sea.

En la práctica OSIPTEL ha hecho algo diferente, mediante sendas Resoluciones del Consejo Directivo<sup>91</sup> "dictó" las CGC de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones, sin que ellas hubieran sido sometidas a su consideración por alguna *Empresa Operadora*. Dichas CGC deben ser utilizadas por todas las *Empresas Operadoras*, no son entonces cláusulas predisuestas por las *Empresas Operadoras* sino impuestas por la autoridad administrativa para ser aplicadas por todas las *Empresas Operadoras*, con lo cual, desde nuestro punto de vista, tienen carácter normativo.

Al respecto, De Castro y Bravo distingue entre las CGC establecidas por la Administración y aquellas otras redactadas por una empresa privada y aprobadas por la Administración<sup>92</sup>. Las CGC establecidas por OSIPTEL corresponden, sin duda alguna, a las primeras. De tal manera que teniendo en cuenta la facultad reglamentaria de OSIPTEL en la materia, en realidad son normas de carácter general, las cuales en sí mismas, no se diferencian en absoluto de las normas que encontramos en las Condiciones de Uso. En tal sentido las CGC "dictadas" por OSIPTEL sobre la base de literal h) del artículo 25 del Reglamento de OSIPTEL son normas con carácter imperativo que se integran al *Contrato de Abonado*.

Conforme al último párrafo del artículo 11 de las Condiciones de Uso "la empresa operadora deberá remitir a OSIPTEL una copia del modelo de contrato de abonado, con anterioridad a la fecha de inicio de la comercialización del servicio".

Esta norma aparentemente concuerda con el artículo 61 del Reglamento General de la Ley de

Telecomunicaciones según el cual *Contrato de Abonado* es uno celebrado con arreglo a CGC aprobados por OSIPTEL, en tal sentido, parecería que las *Empresas Operadoras* deben remitir a la autoridad administrativa "una copia del modelo de contrato de abonado" con la finalidad, justamente, de ser sometido a la aprobación. No obstante, como ya se adelantó, OSIPTEL no lo ha entendido así, aunque esto puede generar problemas con las *Empresas Operadoras* que pueden haber inferido que, en la medida que OSIPTEL no ha objetado ninguna de las CGC, éstas han sido aprobadas por la autoridad administrativa.

Nosotros somos de la opinión que no se ha dado una aprobación por OSIPTEL de las CGC, sin embargo, creemos que este hecho no puede ser imputado a las *Empresas Operadoras*<sup>93</sup>. Deberá considerarse, entonces, que las CGC que vienen utilizando dichas empresas se encuentran bajo el régimen de las CGC no aprobadas administrativamente y, por tanto, sujetas a un control *ex post* en sede judicial.

## 2) El control de Contenido en Sede Judicial de las Cláusulas Generales de Contratación

El control *ex post* supone la revisión por el poder judicial de las CGC ya incorporadas en un contrato concreto. Se trata de un remedio individual y no colectivo<sup>94</sup>. Si se considera que son vejatorias entonces se declara su "invalidez" conforme al artículo 1398 del Código Civil, respecto al *Abonado* que acude al órgano jurisdiccional, en tal sentido, esta resolución judicial que declara la invalidez no podrá ser opuesta por otro *Abonado* en un contrato similar a la misma *Empresa Operadora*<sup>95</sup>.

¿Qué debe entenderse por invalidez? ¿Son nulas o anulables? De la Puente y Lavalle, considera que la invalidez a la que se refiere el artículo 1398 del Código Civil debe ser entendida como ineficacia<sup>96</sup>. Para Soto Coaguila<sup>97</sup> se trata de un supuesto de nulidad. Esta es la opción española según el artículo 8 de la Ley sobre Condiciones Generales de Contratación.

Para el Código Civil Italiano en su derogado artículo 1469-*quinquies* "las cláusulas consideradas vejatorias en el sentido de los artículos 1469-*bis* y 1469-*ter* del Código Civil son ineficaces mientras que el contrato es eficaz por el resto..." (el subrayado es nuestro). Además añadía que la ineficacia operaba sólo en ventaja del

90 Se parte del supuesto que las autoridades administrativas, conocedoras de las actividades que van a ser reguladas por las cláusulas generales de contratación, están en aptitud de velar por este aspecto, así DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. "El Contrato en General. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil". En: Ob. cit., p. 149.

91 Resolución de Consejo Directivo No. 012-98-CD/OSIPTEL (telefonía fija), No. 002-2000-CD/OSIPTEL (Servicios Públicos Móviles) y No. 015-2001-CD/OSIPTEL (Servicios Públicos de Difusión y de Servicios de Valor Añadido para acceso a Internet).

92 DE CASTRO Y BRAVO, Federico. **Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes**. 2ª edición. Madrid: Civitas, 1987, p. 15.

93 Ver artículo 22 del Decreto Legislativo No. 757, Ley Marco para el crecimiento de la inversión privada, al que nos referiremos más adelante.

94 La tutela inhibitoria en Italia es un instrumento de protección de tipo preventivo y colectivo contra el uso de CGC vejatorias. La opinión prevalente en Italia considera que la inhibitoria no puede incidir en contratos ya estipulados que contienen CGC consideradas vejatorias (CINTIOLI, Fabio. Ob. Cit., p. 483). Sobre tutela colectiva puede revisarse la "class action" (se sugiere "¡Pero si es más caro reclamar! La class action: una alternativa para solucionar conflictos de intereses con pretensiones de reducida cuantía". Grupo de Investigación de Ius et Veritas. En: **Ius et Veritas**, No. 28, p. 341-375. También PRIORI POSADA, Giovanni. "La class action: apuntes metodológicos sobre un trabajo de investigación". En: **Ius et Veritas**, No. 29, p. 338-347).

95 Artículo 123 del Código Procesal Civil.

96 Advértase que el artículo 1399 del Código Civil habla de ineficacia.

97 SOTO COAGUILA, Carlos Alberto. Las cláusulas generales de contratación y las cláusulas abusivas en los contratos predisuestos". En: **Contratación Privada. Contratos Predisuestos. Contratos Conexos. Código Europeo de Contratos**. Lima: Jurista Editores, 2002, p. 243.

consumidor y podía ser declarada de oficio por el juez. No obstante, debe tenerse en cuenta que el interés del consumidor no consiste en la declaración de ineficacia de todo el contrato, sino en la conservación del contrato hecha la depuración de la cláusula vejatoria, por lo que se preveía la figura de la ineficacia parcial<sup>98</sup>. El artículo 36 del Codice dei Consumatori, en cambio, señala que las cláusulas consideradas vejatorias en los términos de los artículos 33 y 34 son nulas mientras el contrato esta válido por el resto. Se precisa, además, que la nulidad opera sólo en ventaja del consumidor y “può essere rilevata d’ufficio dal giudice”.

La referencia del artículo 1398 del Código Civil a “invalidez” es, sin duda, imprecisa, puesto que ella implica los supuestos de ineficacia estructural, vale decir la nulidad y la anulabilidad. En la medida que dicho artículo establece supuestos de cláusulas vejatorias *per se* parecería que el legislador ha querido sancionarlas con nulidad. Sin embargo, creemos que más adecuado habría sido identificar una pocas cláusulas vejatorias *per se* sancionándolas con nulidad y otras que podrían ser vejatorias sancionándolas, de serlo, con anulabilidad, así, en este último caso, la CGC sería válida mientras no sea “impugnada” y de serlo sería un supuesto que daría lugar a una nulidad parcial, como manifestación del principio “*utile per inutile non vitiatur*”, conforme al artículo 224 del Código Civil<sup>99</sup>. En tal sentido, sería un supuesto de “anulabilidad” sólo por la parte en cuyo beneficio se establece (artículo 222 del Código Civil), vale decir del consumidor. La decisión sobre si debe ser “impugnada” se deja a la apreciación del legitimado (el consumidor). Ello se justificaría, en nuestro entender, en el hecho que el análisis de “vejatoriedad” supone una interpretación sistemática del contrato y, por tanto, una CGC puede ser “vejatoria” en determinado contrato y no serlo en otro.

### 3) Control Administrativo ¿Control Ex Ante y Control Ex Post?

La exigencia de aprobación previa de las CGC por la autoridad administrativa supone un control del contenido de cláusulas vejatorias anterior a su incorporación a las ofertas que formulen las *Empresas Operadoras* (control *ex ante*). El control *ex post* supone la revisión de la CGC ya incorporada en un contrato concreto.

#### 3.1) El Control Ex Ante

El control *ex ante* tiene por finalidad, como hemos visto, que la autoridad administrativa compruebe que

las CGC redactadas unilateralmente por la *Empresa Operadora* no son lesivas de los legítimos intereses de los *Abonados*. Si considera que son vejatorias, entonces no las aprueba y la *Empresa Operadora* no puede incorporarlas a las ofertas que se formulen para contratar<sup>100</sup>.

El control *ex ante* no sólo debe limitarse al análisis de la “vejatoriedad” de las CGC, también debe comprender su redacción, la cual deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez. Como bien lo señala Luis Díez Picazo “La protección de los consumidores y de los adherentes exige que éstos puedan comprender fácilmente las reglas que puedan vincularlas. No es admisible que tengan una redacción inasequible para personas del nivel cultural que en los adherentes se supone. No es válida una redacción que sólo puedan entender los peritos en Derecho. Menos todavía, como es lógico, una que ni siquiera estos últimos pudieran comprender”<sup>101</sup>.

“El control *ex ante* (...) también debe comprender su redacción, la cual deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez.”

La redacción de las CGC deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez. ¿Cuál es la sanción para la inobservancia de dichos criterios? Existen dos posibilidades 1) interpretación *contra proferentem*; 2) la nulidad de la cláusula. No son necesariamente excluyentes, como señala Díez Picazo: “Parece razonable permitir la aplicación de ambas vías de reacción, graduando la inobservancia. Se pueden distinguir de esto modo grados de inobservancia o, si se prefiere, distinguir entre cláusulas oscuras y cláusulas incomprensibles, aplicando a las primeras la interpretación *contra proferentem* y a las segundas la nulidad”<sup>102</sup>.

Creemos que hubiera sido deseable incluir en las Condiciones de Uso, un texto parecido al del Artículo 5 de la Directiva Europea: “En los casos de contratos

98 Se recomienda BELLELLI, Alessandra. “La tutela individuale del consumatore: ineficacia o nullità delle clausole vessatorie”. En: **Clausole “Vessorie” e “Abusive”**. A cura di Ugo Ruffolo. Milano: Giuffrè, 1997, p. 221 y siguientes.

99 Artículo 224.- La nulidad de una o más de las disposiciones de un acto jurídico no perjudica a las otras, siempre que sean separables. La nulidad de disposiciones singulares no importa la nulidad del acto cuando éstas sean substituidas por normas imperativas (...).

100 En el caso del artículo 4 de la Ley No. 28587, Ley complementaria a la Ley de Protección al Consumidor en materia de servicios financieros, su redacción deja una duda respecto a si se trata de un control *ex ante*, a pesar de que se habla de “aprobación administrativa previa”. En efecto, se dice que la SBS “identificará en el universo de contratos que las empresas sujetas a los alcances de la presente ley celebran con los usuarios”, en tal sentido parecería un control respecto a contratos ya celebrados (por tanto *ex post*).

101 DÍEZ-PICAZO, Luis. Ob. Cit., p. 377. Como veremos más adelante la redacción de las Condiciones de Uso debería seguir el mismo criterio.

102 DÍEZ-PICAZO, Luis. Ob. Cit., p. 377.



en que todas las cláusulas propuestas al consumidor o alguna de ellas consten por escrito, estas cláusulas deberán estar redactadas siempre de forma clara y comprensible” o semejante al artículo 3 de la Ley No. 28587, Ley Complementaria a la ley de protección al consumidor en materia de servicios financieros, el cual establece que: “Las empresas sujetas a los alcances de la presente ley están obligadas a presentar sus formularios contractuales en caracteres que sean adecuadamente legibles para los usuarios, los cuales no deben ser inferiores a tres (3) milímetros. La redacción y términos utilizados deben asimismo facilitar su comprensión por los clientes”.

Una cuestión complicada de definir es el procedimiento de aprobación de las CGC por la autoridad administrativa. Entendemos que la aprobación constituye un acto administrativo y, por tanto, para su emisión se requiere un procedimiento administrativo que se inicia a instancia de la *Empresa Operadora*. El artículo 182.1 de la Ley No. 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante LPAG) establece que “las normas administrativas prevén la convocatoria a una audiencia pública, como formalidad esencial para la participación efectiva de terceros, cuando el acto al que conduzca el procedimiento administrativo sea susceptible de afectar derechos e intereses cuya titularidad comprenda a personas indeterminadas, tales como (...) derechos del consumidor”<sup>103</sup>. Y el artículo 182.3 de la LPAG establece que “la omisión de realización de la audiencia pública acarrea la nulidad del acto administrativo final que se dicte”.

También debe tenerse en cuenta que conforme al artículo 108.1 de la LPAG las personas naturales o jurídicas pueden “contradecir actos ante la autoridad administrativa competente, aduciendo el interés difuso”<sup>104</sup> de la sociedad”. La contradicción se realiza mediante los recursos administrativos señalados en el artículo 207 de la LPAG. En tal sentido, si la autoridad administrativa aprobara una CGC, el acto administrativo de aprobación podría ser impugnado por cualquier persona aduciendo el interés difuso.

Por último, de acuerdo con el artículo 218 de la LPAG “ los actos administrativos que agotan la vía administrativa podrán ser impugnados ante el Poder Judicial mediante el proceso contencioso-administrativo” y según el artículo 12 de la Ley No. 27584, Ley que regula el proceso contencioso administrativo, cuando la actuación impugnada de la administración pública vulnere o amenace un interés difuso, tendrán legitimidad para iniciar el proceso

contencioso administrativo, entre otros, cualquier persona natural o jurídica.

Puede apreciarse que el procedimiento administrativo para la aprobación de una CGC por la autoridad administrativa puede llegar a ser extremadamente largo ¿Se requerirá audiencia pública para la aprobación de las CGC por la autoridad administrativa? *De lege lata* parecería que si es necesaria; sin embargo, *de lege ferenda*, ello complicaría el procedimiento de aprobación, afectando el tráfico mercantil que se caracteriza, precisamente, por su celeridad y, probablemente afectando con ello a los propios consumidores.

Como quiera que se defina, lo cierto es que OSIPTEL debe incorporar en su Texto Único de Procedimientos Administrativos (TUPA) el procedimiento administrativo de aprobación de las CGC que sometan a su consideración las *Empresas Operadoras*. Debe tenerse en cuenta, al respecto, que conforme al artículo 22 del Decreto Legislativo No. 757, Ley Marco para el crecimiento de la inversión privada, de no ser incluidos en el TUPA, no podrán ser exigibles a los interesados.

### 3.2) El Control Ex Post

¿Podrá realizarse un control *ex post* administrativo? Creemos que ninguna autoridad administrativa tiene facultad para declarar la nulidad de un contrato, sea total o parcial, sino que ésta sólo puede ser declarada en sede judicial o arbitral de ser el caso<sup>105</sup>. La pretensión de nulidad está dirigida a la comprobación de la nulidad del contrato. La resolución que acoge la demanda es una sentencia declarativa en cuanto la causa de nulidad opera de pleno derecho. La sentencia se hace necesaria para hacer valer la nulidad si el contrato se presenta como un título presuntamente válido. Cuando la nulidad es manifiesta el juez puede declararla de oficio<sup>106</sup>.

Debemos preguntarnos también si la aprobación previa de las CGC por la autoridad administrativa supone la imposibilidad de un control *ex post* por la autoridad judicial. Es decir, debe definirse si una cláusula que no es considerada vejatoria por la autoridad administrativa puede ser considerada vejatoria por la autoridad judicial y, por tanto, declarar su nulidad.

El artículo 1398 del Código Civil parecería negar a las CGC aprobadas administrativamente el control judicial *ex post*. Al respecto Soto Coaguila señala: “Particularmente, nos preguntamos si la aprobación de

103 Sobre el tema de las audiencias públicas ver MORÓN URBINA, Juan Carlos. *Comentarios Nueva Ley de Procedimiento Administrativo General*. Lima: Gaceta Jurídica, 2001, p. 376 y siguientes.

104 De acuerdo con el artículo 82 del Código Procesal Civil “interés difuso es aquel cuya titularidad corresponde a un conjunto indeterminado de personas, respecto de bienes de inestimable valor patrimonial, tales como el medio ambiente o el patrimonio cultural o histórico o del consumidor (...). Ver al respecto ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María. “La defensa procesal de los intereses difusos”. En: *Ius et Praxis*, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, p. 121-131.

105 En este sentido LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. “La nulidad manifiesta. Su declaración judicial de oficio”. En: *Ius et Veritas*, No. 24, p. 57.

106 Segundo párrafo del artículo 220 del Código Civil. Respecto a la imposibilidad que el juez pueda introducir en su fallo un extremo que no fue objeto de demanda ver ARIANO DEHO, Eugenia. “Sobre el poder del juez de «declarar» de oficio la nulidad ex art. 220 CC”. En: *Problemas del Proceso Civil*. Lima: Juristas Editores, 2003, p. 141 y siguientes. Ver un punto de vista distinto en LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. “La nulidad manifiesta. Su declaración judicial de oficio”. En: Ob. Cit.

las cláusulas generales de contratación por la Autoridad Administrativa evita que posteriormente puedan ser cuestionadas algunas cláusulas que sean vejatorias y en consecuencia solicitarse su nulidad. Conforme lo dispone el artículo 1398 del Código Civil, no es posible solicitar la nulidad de alguna cláusula general abusiva que haya sido aprobada administrativamente, ya que la invalidez o nulidad de cláusulas abusivas sólo está referida a las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente. Por tanto, una interpretación *contrario sensu*, nos advierte que las mencionadas cláusulas serán válidas siempre que exista la aprobación de la Autoridad Administrativa competente<sup>107</sup>.

Teniendo en cuenta el largo procedimiento administrativo parecería razonable la exclusión que hace el Código Civil del control de contenido judicial *ex post* de las CGC que ya fueron aprobadas administrativamente.

Contrariamente a lo señalado OSIPTEL, mediante la imposición de medidas correctivas, ha ordenado “dejar sin efecto”<sup>108</sup> CGC de los *Contratos de Abonado*, ya celebrados entre *Empresas Operadoras y Abonados*, por considerar que son contrarias a las Condiciones de Uso<sup>109</sup>.

El artículo 11 de la Ley No. 28587, Ley complementaria a la Ley de Protección al Consumidor en materia de servicios financieros establece lo siguiente:

“La Superintendencia de Banca y Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones, con opinión previa de INDECOPI, identificará las cláusulas abusivas en materia de tasas de interés, comisiones o gastos y emitirá normas de carácter general que prohíban su inclusión en contratos futuros, sin que ello signifique fijar límites para este tipo de cobros en concordancia con lo previsto en el artículo 9 de la Ley No. 26702”.

El artículo deja algunas dudas ¿confiere un control *ex post* a la autoridad administrativa? La SBS, con opinión de INDECOPI, identifica las cláusulas vejatorias ya incluidas en los contratos vigentes, para evitar su inclusión en contratos futuros, pero ¿podría actuar respecto a las cláusulas incluidas en los contratos ya celebrados? Creemos que no, la norma señala que la identificación de las cláusulas vejatorias tiene por finalidad prohibir su inclusión en contratos futuros.

#### 4) ¿Es Conveniente el Control Administrativo de las Cláusulas Generales de Contratación?

Para Vega Mere el tratamiento que el Código Civil da a las CGC “requiere de una pronta modificación a efectos de que la aprobación administrativa sea tarea de leyes sectoriales en aquellas actividades en las que la existencia de una autoridad gubernativa resulte necesaria y siempre que su intervención no genere mayores costos de transacción ni signifique (como podría desprenderse de la regulación del código) la última palabra en cuanto a la eventual abusividad de las condiciones aprobadas por la burocracia, dado que la parte adherente debe tener siempre el derecho a solicitar la intervención judicial. Esta es, además, una de las razones por las cuales no comparto la opinión de aquellos que sugieren que las cláusulas generales de contratación sean aprobadas por el INDECOPI. Debemos dejar que sean los consumidores (a los cuales se debe educar para que sean responsables y no obren con ligereza) los que decidan qué condiciones resultan ventajosas y dar a los jueces la tarea de definir si una cláusula es abusiva”<sup>110</sup>.

Cárdenas Quirós se muestra a favor del control administrativo y señala: “Es de desear que este tipo de control sea el que prospere. Se requiere de prevención antes que de sanción. Es preferible anticipar la aparición del mal que buscar remediarlo cuando éste ya se ha presentado”<sup>111</sup>.

Según Cabanillas Sánchez es difícilmente aceptable que el control administrativo, pueda sustituir al judicial. El autor español reconoce que en Israel se ha implantado el sistema de control administrativo previo por la Standard Contracts Law de 12 de febrero de 1969 pero con escasa eficacia práctica. Por lo demás señala que muchos autores critican este sistema porque no hay demasiada confianza en que este tipo de control impida la existencia de condiciones de licitud dudosa<sup>112</sup>.

Para Bullard con el control *ex ante* se asume que “un funcionario está en mejor capacidad que el propio consumidor para decidir que es lo que le conviene a este último y lo peor es que dicho análisis se hace en abstracto, sin considerar las distintas preferencias e intereses de los diversos consumidores individuales en cada circunstancia concreta”<sup>113</sup>. Para Bullard más que cuidar el establecimiento de mecanismos de control de contenido contractual se debería cuidar la existencia de mecanismos adecuados de transmisión de información a los consumidores.

107 SOTO COAGUILA, Carlos Alberto. “Las cláusulas generales de contratación y las cláusulas abusivas en los contratos predispuestos”. En: Ob. Cit., p. 241.

108 Adviértase, no obstante, que en puridad OSIPTEL no declara la nulidad y ni siquiera la ineficacia sino que “ordena dejar sin efecto”, lo cual no es técnicamente correcto. Pero también debe advertirse que no considera vejatoria la cláusula sino que ésta es contraria a las Condiciones de Uso. Si el contenido de una determinada cláusula de un contrato es contraria a las Condiciones de Uso, que es una norma imperativa, entonces, es un caso de nulidad (artículo V del Título Preliminar del Código Civil).

109 Ver al respecto la Resolución de Gerencia General No. 060-2005-GG/OSIPTEL de fecha 18 de febrero de 2005.

110 VEGA MERE, Yuri. “La ampliación del concepto de consumidor en la jurisprudencia administrativa ¿revolución o extralimitación?”. En: **Diálogo con la Jurisprudencia**. Año 9. Número 42, noviembre, 2003, p. 36-37.

111 CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. “Las cláusulas...”. En: Ob. cit., p. 30.

112 CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio. “Las condiciones generales de los contratos y la protección del consumidor”. En: **Anuario de Derecho Civil**, 1983, nota (14), p. 1195.

113 BULLARD GONZALEZ, Alfredo. “¡Firme primero, lea después! La contratación masiva y la defensa del consumidor”. En: Ob. Cit., p. 41.

“(…) somos de la opinión que más adecuado es un control de contenidos judicial *ex post* pues es supone el análisis de “vejatoriedad” de un contrato concreto.”

El mecanismo de control de contenidos *ex ante* en sede administrativa tiene la ventaja del bajo costo que representa para el consumidor contra el costo que supone un control *ex post* en sede judicial, pero desde nuestro punto de vista, tiene algunos problemas.

Por un lado, no es posible un control de contenidos de CGC aisladas. Como hemos visto el análisis de “vejatoriedad” supone una interpretación sistemática del contrato, por tanto, el control *ex ante* en sede administrativa supondría, más bien, una aprobación de un “modelo” de contrato. En tal sentido, somos de la opinión que más adecuado es un control de contenidos judicial *ex post* pues supone el análisis de “vejatoriedad” de un contrato concreto.

Por otro lado, se considera como un argumento en contra del control *ex post* en sede judicial la duración de los procesos judiciales; sin embargo, hemos visto que el procedimiento administrativo de aprobación podría terminar siendo también extremadamente largo afectando la celeridad comercial y, con ello, al consumidor.

#### IV) El *lus Variandi* en los Contratos para la Prestación de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones

##### 1) Condiciones de Uso y Cláusulas Generales de Contratación

Como hemos señalado, las Condiciones de Uso son el marco normativo general dentro del cual se desenvuelven las relaciones entre las *Empresas Operadoras, Abonados* y usuarios de servicios públicos de telecomunicaciones.

Para entender la función de las Condiciones de Uso es necesario compararla con la función de las normas del Derecho Contractual en el Código Civil y para ello recurriremos a la noción de “contrato perfecto”.

El “contrato perfecto” es aquel contrato en el cual las partes han previsto todas las posibles contingencias que pueden sobrevenir durante la vigencia de la relación contractual; en otras palabras, las partes han previsto todos los riesgos posibles y los han asignado. En palabras de Schäfer y Ott: “Estamos ante un contrato perfecto cuando las partes contratantes, antes de concluir un contrato, se han puesto de acuerdo sobre la imputación de todos los riesgos asociados a su ejecución”<sup>114</sup>.

Dentro de esta idea el “contrato perfecto” es el contrato ideal, puesto que al contener una descripción de todos los riesgos y su imputación, resulta inatacable. No obstante, su alto costo lo hace irreal. Efectivamente, el costo de la información requerida para prever cualquier eventualidad y la imputación de los riesgos sería tan alto que lo hace inviable.

En tal sentido, los contratos son normalmente “contratos incompletos o imperfectos”; es decir, contratos en los cuales las partes no requieren prever todos los riesgos ni asignarlos o casos en los cuales las contingencias son muy difíciles de prever<sup>115</sup>, especialmente cuando se trata de contratos de larga duración.

Como señala Shavell “An aspect of contractual practice that will be seen to be of considerable importance is that contracts are significantly incomplete. Contracts typically omit all manner of variables and contingencies that are of potential relevance to contracting parties”<sup>116</sup>.

Hay varias razones para que las partes dejen los contratos incompletos<sup>117</sup>. Unas están relacionadas al esfuerzo y los costos de anticipar posibles contingencias, de negociar su solución y describirlas adecuadamente. Las partes no tenderán a especificar condiciones por la baja probabilidad que acontezcan o por su irrelevancia, porque la pérdida esperada de este tipo de exclusión será mínima, mientras que los costos de incluir los términos serán sufridos con seguridad<sup>118</sup>.

Otra razón envuelve el costo de hacer cumplir una condición contractual. Si el costo de proveer evidencia

114 SCHÄFER, Hans-Bernd y Claus Ott. **Manual de Análisis Económico del Derecho Civil**. Madrid: Tecnos, 1991, p. 261. Ver también POLINSKY, Mitchell. **Introducción al Análisis Económico del Derecho**. Barcelona: Ariel, 1985, p. 42 y siguientes.

115 Como señala Bullard “Desde un punto de vista económico no hay nada imprevisible. Todo es previsible a un costo determinado” y más adelante añade “Para los economistas, nada es imposible de prever. Algunos eventos son más caros de prever que otros. Aquello que comúnmente es considerado imprevisible es un evento cuyo costo de previsión es tan alto que no resulta razonable considerarlo en el contrato, pues los costos de previsión superan los beneficios de dicha previsión (BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. “¿Hay algo imprevisible? La excesiva onerosidad y la impracticabilidad comercial”. **Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales**. Lima: Palestra, 2003, p. 261-262). Williamson advierte que en los contratos de larga duración, ejecutados en condiciones de incertidumbre, surgen problemas de varias clases, uno “no todas las contingencias futuras para las que se requieren adaptaciones pueden preverse desde el principio”, otro “las adaptaciones apropiadas no serán evidentes para muchas contingencias mientras no se materialicen las circunstancias” (WILLIAMSON, Oliver. **Las instituciones económicas del capitalismo**. México: Fondo de Cultura Económica, 1989, p. 78).

116 SHAVELL, Steven. **Foundations of economic analysis of law**. Cambridge, Massachusetts: The Belknap press of Harvard University, p. 2004, p. 299.

117 Seguimos a SHAVELL, Steven. Ob. Cit.

118 Como señalan Cooter y Ullen “Los riesgos remotos no justifican el costo de negociar y redactar los términos de su asignación” (COOTER, Robert y ULEN, Thomas. **Derecho y Economía**. México: Fondo de Cultura Económica, 1998, p. 256).

a los jueces que una contingencia relevante o una condición han ocurrido, es lo suficientemente alto, entonces no valdrá la pena incluir los términos contractuales.

Una tercera razón es que algunas contingencias o algunas variables no pueden ser verificadas por los jueces, si hay una asimetría de información entre las partes y los jueces entonces de incluir la contingencia o la variable en el contrato, una de las partes, generalmente, encontraría de su interés reclamar acerca de la contingencia o de la variable, generando problemas (así, por ejemplo, si contrato los servicios de *Primus* y se especifica en el contrato que éste no tendría que ejecutar la prestación si le duele el estómago, él argumentaría que tuvo dolor de estómago en caso de no ejecutar la prestación, lo cual sería muy difícil de ser verificado por los jueces).

Los aspectos no previstos por las partes son suplidos por las normas del Derecho Contractual del Código Civil, en tal sentido, se dice que dichas normas son supletorias a la voluntad de las partes. Como dice Bullard: "La razón por la que existen normas supletorias es para evitar que las partes se vean compelidas a negociar y redactar todos los términos de un contrato. Ello los llevaría a tener que prever todas las posibles contingencias que podrían presentarse, con el consiguiente desperdicio de tiempo y dinero. De no existir normas supletorias, todos los contratos tendrían una extensión, por lo menos, equivalente a la que tiene la parte de contratos del Código Civil. Los costos de la negociación necesaria para lograr ello serían sustantivos"<sup>119</sup>.

Las normas del Derecho Contractual del Código Civil constituyen la reconstrucción del "contrato perfecto" por el legislador. Como señalan Schärf y Ott "La tarea del ordenamiento jurídico de reconstruir una regulación contractual perfecta según la pauta del contrato perfecto nos remite de golpe al Derecho dispositivo. Este tiene preparadas «reglamentaciones supletorias» para determinados tipos básicos de relaciones contractuales en caso de que las partes no hayan llegado a acuerdos sobre determinados puntos que necesiten regularse"<sup>120</sup>.

En tal sentido, para que cumpla la función de reducir los costos de transacción el legislador debe brindar la solución a la que las partes habrían arribado de haber previsto el riesgo. De no ser así, obligaría a las partes a "pactar en contrario" y como indica Bullard "El «pacto en contrario» tiene que ser excepcional. Si el «pacto en

contrario» fuese la regla general, entonces la realidad nos está diciendo que el legislador se equivocó a la hora de establecer la norma supletoria"<sup>121</sup>.

El carácter supletorio de las normas del Derecho Contractual supone que son las partes las llamadas a autorregular sus propios intereses sin necesidad de que el Estado les indique cuándo ni en qué términos deben contratar. Como dice Epstein: "I believe that most people know their own preferences better than other people do. Accordingly, people are better able to act in order to protect themselves and advance their own interests if given the legal power to do so"<sup>122</sup>.

A diferencia de lo que ocurre en la contratación del Derecho Común, los *Contratos de Abonado*, como los *Contratos de Consumo*, están sujetos a mayores restricciones a la libertad contractual con el fin de tutelar a una de las partes: el *Abonado*. La función de las normas de las Condiciones de Uso que regulan los *Contratos de Abonado* es diferente a la función del derecho contractual del Código Civil, pues hay una mayor presencia de normas de carácter imperativo que tienden, precisamente, a tutelar al *Abonado*. Como señalan Ayres y Gertner "Las reglas imperativas se justifican si la sociedad quiere proteger (1) a las partes del contrato, o (2) a los terceros. La primera justificación gira en torno al paternalismo; la segunda a las externalidades. Las reglas imperativas desplazan la libertad contractual. Están justificadas sólo si la libre contratación resulta socialmente perjudicial debido a que las partes o los terceros no pueden protegerse adecuadamente"<sup>123</sup>.

El Artículo 3 de las Condiciones de Uso señala que éstas tienen carácter imperativo, salvo los casos en que se permita el pacto al contrario. Se da pues una situación inversa a la del Código Civil que en su artículo 1354 señala: "Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo".

Las normas imperativas se integran al *Contrato de Abonado* introduciéndose así reglas de conducta independientes en su origen a la voluntad de las partes o del predisponente. Como señala Bianca "Al lado de las determinaciones convencionales, es decir a las disposiciones que reconducen al acuerdo de las partes y constituyen el contenido, debe distinguirse la «integración del contrato», es decir las determinaciones de la relación que tienen como fuente la ley y otras fuentes externas al contrato"<sup>124</sup>. O como señala

119 BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. "¿Cuándo es bueno incumplir un contrato? La teoría del incumplimiento eficiente". En: **Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales**. Lima: Palestra, 2003, p. 241. Al respecto Richard Craswell señala: "La mayor parte del Derecho Contractual está formado por normas supletorias o por reglas que se aplican cuando las partes omiten considerar un asunto, en uno u otro sentido, en sus contratos" (CRASWELL, Richard. "Libertad de Contratación". En: **Law & Economics. El Análisis Económico del Derecho y la Escuela de Chicago**. Lecturas en honor de Ronald Coase. Lima, UPC, 2002, p. 135).

120 SCHÄFER, Hans-Bernd y Claus Ott. Ob. Cit., p. 282.

121 BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. "¿Cuándo es bueno incumplir un contrato? La teoría del incumplimiento eficiente". En: Ob. Cit., p. 242. Un buen ejemplo es el caso de la constitución en mora. El Código Civil establece "por defecto" la mora por interpelación y, en la práctica, las partes tienen que pactar la mora automática.

122 EPSTEIN, Richard. **Simple Rules for a Complex World**. Harvard University Press, 1995, p. xi-xii.

123 AYRES, Ian Y Roberto Gertner. "Cubriendo vacíos en contratos incompletos: una teoría económica sobre reglas supletorias". En: **Thémis, Revista de Derecho**. No. 47, p. 196.

124 BIANCA, Massimo. Ob. Cit., p. 471.

Roppo "La integración del contrato es la construcción de la regulación contractual por obra de fuentes heterónomas, es decir diversas de la voluntad de las partes"<sup>125</sup>.

La regla de fondo de la "integración del contrato" no se encuentra prevista en ningún artículo del Código Civil como si ocurre, por ejemplo, con el Código Civil Italiano<sup>126</sup>. No obstante la omisión del Código Civil, debe tenerse en cuenta que el contrato obliga a las partes no sólo a lo que en él se expresa sino también a todas las consecuencias que se derivan de la ley, de la buena fe y de los usos.

La integración puede ser "inderogable" o puede ser "supletoria". La integración es "inderogable" cuando determina coactivamente la relación contractual incluso contra una diversa voluntad de las partes o del predisponente. Es supletoria, como ya vimos, cuando determina el contenido de la relación contractual a falta de una previsión diversa de las partes.

Como señala Bianca "Las normas integrativas del contrato pueden asumir el carácter inderogable cuando ellas tutelan un interés general prevalente sobre el de las partes, o también el interés de una de las partes respecto a la preeminente fuerza contractual de la otra. En general, las disposiciones imperativas se aplican directamente a la relación contractual no obstante la diversa previsión de las partes, realizando una integración inderogable del contrato"<sup>127</sup>.

Las cláusulas contractuales eventualmente contrarias a las determinaciones legales inderogables son sancionadas con nulidad en cuanto contrarias a normas imperativas<sup>128</sup>. En este caso opera la regla de la sustitución de las cláusulas inválidas por las disposiciones legales<sup>129</sup>. Como señala Casella "nulidad y sustitución de cláusulas contractuales son definiciones que, como resulta evidente a primera vista, hacen referencia a supuestos de hecho distintos. Por la nulidad se consigue la no producción de todos o de algunos efectos del contrato, por la sustitución se consigue la producción de efectos distintos de aquellos que del precepto autonormativo debían conseguirse"<sup>130</sup>.

Por lo expuesto, no es necesario redactar CGC que transcriban las Condiciones de Uso, bastará remitirse

a ellas. En tal sentido, las *Empresas Operadoras* tienen limitada la libertad y la necesidad de redactar CGC.

Sin embargo, la remisión a las Condiciones de Uso, no sería suficiente. Por tanto, no basta poner en conocimiento la existencia de las Condiciones de Uso, se piensa que el *Abonado*, no será capaz de "encontrarlas" por sí mismo, así, conforme al artículo 7 de las Condiciones de Uso, deberá entregarse una copia de ellas<sup>131</sup>. Ello parecería un claro caso de paternalismo<sup>132</sup> si tenemos en consideración que a ese mismo sujeto de derecho que ocupa la posición de *Abonado* se le aplicará el principio de la inexcusabilidad por desconocimiento de la ley<sup>133</sup> respecto a cualquier otra norma legal.

La existencia de las Condiciones de Uso simplifica enormemente la necesidad de aprobación de las CGC. En efecto, las Condiciones de Uso reducen la necesidad de utilizar CGC puesto que se integran automáticamente al contrato. Así, por ejemplo, no sería necesaria una cláusula que contenga las causales para la terminación del *Contrato de Abonado* a plazo forzoso, puesto que el artículo 57 de las Condiciones de Uso ya las ha previsto, sólo sería necesaria la aprobación si la *Empresa Operadora* quisiera añadir otras causales, quedando claro que no podría suprimir aquellas previstas en las Condiciones de Uso teniendo en cuenta su carácter imperativo.

## 2) La Inconveniencia de Establecer un *Ius Variandi* Legal. A propósito del *Ius Variandi* concedido a las *Empresas Operadoras* en las normas de OSIPTEL para la Modificación de Tarifas

Como hemos visto, bajo ciertos presupuestos, no se consideran vejatorias las CGC que consienten al proveedor modificar unilateralmente los precios. No obstante, un cosa distinta, es que por norma legal se establezca tal facultad sin necesidad, por efecto de la integración del contrato, de incluirla como contenido del contrato. Esto último es lo que ocurre en el caso de la prestación del servicio público de telecomunicaciones.

De acuerdo con el Reglamento de Tarifas<sup>134</sup> la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones puede estar sujeta a los siguientes regímenes tarifarios:

125 ROPPO, Vincenzo. "Il Contratto". Ob. Cit., p. 485.

126 Artículo 1374 del Código Civil italiano.- El contrato obliga a las partes no solo en cuanto está en el mismo expresado, pero también a todas las consecuencias que derivan según la ley, o, falta de ella, según los usos y la equidad.

127 BIANCA, Massimo. Ob. Cit., p. 485

128 Artículo 219 inciso 8 y Artículo V del Título Preliminar del Código Civil.

129 Segundo párrafo del artículo 224 del Código Civil.

130 CASELLA, Mario. *Nullità parziale del contratto e inserzione automatica di clausole*. Milano: Giuffrè, 1974, p. 7.

131 Artículo 7 de las Condiciones de Uso.- "Cualquiera sea la modalidad de contratación utilizada e independientemente de la modalidad de pago del servicio, la empresa operadora tiene la obligación de informar al abonado respecto de la existencia y contenido de la presente norma, para lo cual entregará una copia de las presentes Condiciones de Uso en un documento físico o en cualquier modalidad de soporte que permita el almacenamiento de información, o a través de medios electrónicos..."

132 Ver al respecto TREBILCOCK, Michael. *The limits of freedom of contract*. Massachusetts: Harvard University, 1997, p. 147 y siguientes.

133 Al respecto puede verse CORRAL TALCIANI, Hernán Felipe. *De la ignorancia de la ley. El principio de su inexcusabilidad*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1987.

134 Resolución de Consejo Directivo No. 060-CD-2000/OSIPTEL modificada por Resolución del Consejo Directivo No. 048-2002-CD/OSIPTEL y por la Resolución del Consejo Directivo No. 058-2005-CD/OSIPTEL.

- 1) Régimen Tarifario Supervisado.- “régimen bajo el cual las empresas operadoras pueden establecer y modificar libremente las tarifas de los servicios públicos de telecomunicaciones que presten”, determinándolas de acuerdo a la oferta y la demanda; y
- 2) Régimen Tarifario Regulado.- “régimen bajo el cual las empresas concesionarias pueden fijar y modificar libremente las tarifas de los servicios públicos de telecomunicaciones que presten, sin poder exceder las tarifas toques que hayan sido fijadas en sus respectivos contratos de concesión o en las resoluciones tarifarias emitidas por el Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones – OSIPTEL”.

Esta norma puede ser entendida como que faculta a las *Empresas Operadoras* para modificar las tarifas pactadas en los *Contratos de Abonado*, es decir, se trataría de un *ius variandi* atribuido directamente por la ley. Esta norma se sustentaría en el artículo 67 de la Ley de Telecomunicaciones cuyo Texto Único Ordenado fue aprobado mediante Decreto Supremo No. 013-93-TCC, que establece que las empresas concesionarias de servicios públicos de telecomunicaciones, pueden establecer libremente las tarifas que prestan.

Otra forma de entenderla, y por la cual nos inclinamos, es que las *Empresas Operadoras* tienen libertad (en el Régimen Regulado hasta el tope máximo fijado) para fijar y modificar las tarifas que cobran por la prestación del servicio, en el sentido que las tarifas no son fijadas administrativamente, pero dicha norma no faculta a las *Empresas Operadoras* a modificar unilateralmente las tarifas pactadas en concretos *Contratos de Abonado*.

Sin embargo, el análisis no queda ahí. El artículo 57 de las Condiciones de Uso permite a los *Abonados*, en caso de *Contratos de Abonado* a plazo forzoso, resolver unilateralmente el contrato (“receso de autotutela”), entre otras causas: “cuando la empresa operadora aplique tarifas distintas a las vigentes al momento de la contratación del servicio, siempre que resulten desfavorables para el abonado”. Esto significa que la *Empresa Operadora* goza del *ius variandi* y el *Abonado* tiene como contrapartida la facultad de receso de autotutela cuando las nuevas tarifas le sean desfavorables.

Como puede apreciarse la norma se refiere sólo a los *Contratos de Abonado* a plazo forzoso<sup>135</sup> puesto que tratándose de contratos a plazo indeterminado el *Abonado* goza de la facultad de “receso de liberación”

conforme al numeral (i) del artículo 56 de las Condiciones de Uso, en tal sentido, puede entenderse que en los *Contratos de Abonado* a plazo indeterminado “cuando la *Empresa Operadora* aplique tarifas distintas a las vigentes al momento de la contratación del servicio, siempre que resulten desfavorables para el *Abonado*, éste puede ejercer su facultad de receso de liberación”.

Por lo expuesto, somos de la opinión que las Condiciones de Uso reconocen un *ius variandi* a las *Empresas Operadoras* que las faculta para modificar las tarifas pactadas en los *Contratos de Abonado*<sup>136</sup>. Una interpretación negando tal posibilidad no tendría sentido. Si la *Empresa Operadora* no estuviera facultada para modificar unilateralmente las tarifas (lo cual supondría, incluso, que no podría reducirlas) entonces la declaración de voluntad de la *Empresa Operadora* dirigida a modificar las Tarifas pactadas no tendría efecto alguno en el *Contrato de Abonado*, en otras palabras, el *Abonado* simplemente ignoraría la actuación de la *Empresa Operadora* y procedería pagando la Tarifa inicialmente pactada y no el incremento<sup>137</sup>. Por consiguiente, no sería necesario el receso de autotutela (resolución del contrato) que se concede a quien si debe soportar el *ius variandi* de la contraparte; en otras palabras, el receso de autotutela se otorga al *Abonado*, precisamente, porque la *Empresa Operadora* es titular del *ius variandi*.

“(…) somos de la opinión  
que las Condiciones de  
Uso reconocen un *ius  
variandi* a las Empresas  
Operadoras que las faculta  
para modificar las tarifas  
pactadas en los Contratos  
de Abonado.”

Como ya hemos visto la legislación comparada en materia de cláusulas vejatorias admite la posibilidad de establecer cláusulas que atribuyen al proveedor la facultad de modificar las tarifas siempre que, a su vez, se le conceda al consumidor la facultad de recesar.

Conceder el *Ius Variandi* resulta siendo razonable en el *Contrato de Abonado* teniendo en cuenta el carácter duradero del servicio que se presta. En efecto, el *Contrato de Abonado* es un contrato de “larga

135 Respecto a la duración de los Contratos de Abonado ver BARCHI VELA OCHAGA, Luciano. “«Minority Report» (Sentencia Previa). A propósito de un «ejemplar» fallo del Tribunal Constitucional”. En: *Avocatus* No. 10, p. 389 y siguientes.

136 Creemos que del artículo 12 del Reglamento de Tarifas (Resolución del Consejo Directivo No. 058-2005-CD/OSIPTEL) también se desprende el reconocimiento del *ius variandi* a favor de las *Empresas Operadoras*.

137 En la Resolución Final No. 220-2004/CPC (denunciada Financiera CMR S.A) ya citada la Comisión de Protección al Consumidor consideró que el proveedor se había excedido en sus facultades de modificación y resuelve “dejar sin efecto la modificación contractual”. La Comisión, entendemos, incurre en un error, pues no era necesario declarar sin efecto (como si lo hubiera tenido en algún momento) pues la modificación contractual sin gozar (o excediéndose) del *ius variandi* no es eficaz respecto a los consumidores. Esta resolución no fue suscrita por el Dr. Juan Espinoza Espinoza miembro de la Comisión en ese entonces.

duración" en virtud del cual las partes pretenden satisfacer sus intereses a lo largo de una vinculación prolongada sujeta a mutaciones externas frecuentes que pueden alterar el precio inicialmente acordado. No parece razonable, entonces, mantener la misma tarifa contratada a lo largo del tiempo.

Como señala Lorenzetti refiriéndose a los contratos denominados de "larga duración" "La idea de que en el consentimiento, o en la adhesión a condiciones generales de contratación, se definen de una vez y para siempre el contenido de las obligaciones de las partes no puede ser sostenida en este tipo de vínculos"<sup>138</sup> y luego añade que frente a tal situación es necesario "encontrar fórmulas que armonicen la necesidad de adaptación a los cambios, la seguridad jurídica frente a las modificaciones ulteriores de lo pactado, y la prevención de prácticas abusivas que, a través de modificaciones unilaterales, alteren la relación de equivalencia"<sup>139</sup>.

Por lo expuesto, parece razonable admitir la modificación unilateral de un contrato de "larga duración" como el caso del *Contrato de Abonado*. Lo que debe cuidarse es que se incluyan frenos a la arbitrariedad del titular del *ius variandi*. Ello puede lograrse brindando la facultad de "receso de autotutela" y, además, podría exigirse que se señalen en el mismo contrato las causas objetivas por las cuales éste puede ser modificado, como señala Lorenzetti "Puede ocurrir que exista una decisión unilateral de la empresa, no arbitraria, sino fundada en necesidades comprobables y, por tanto, lícitas"<sup>140</sup>.

Pero una cosa distinta es otorgar el *ius variandi* legalmente, pues en este caso, la *Empresa Operadora* podrá modificar unilateralmente las tarifas, incluso, si contractualmente no se hubiese establecido tal facultad. Creemos que es más adecuado permitir el *ius variandi* de las *Empresas Operadoras* en la medida que ello hubiera sido pactado en el respectivo *Contrato de Abonado*, así las Condiciones de Uso sólo establecerían, de manera orgánica, ciertos parámetros que eviten la arbitrariedad de las *Empresas Operadoras* y que, de no respetarse, generarían que dichas cláusulas puedan ser consideradas vejatorias.

Por otro lado, somos de la opinión que la *Empresa Operadora* debería ser obligada a notificar a los *Abonados* la modificación de la tarifa con el fin que éstos puedan ejercer, si así lo creen conveniente, su facultad de receso. En tal sentido, creemos que no es suficiente, para estos efectos, publicar las modificaciones de las tarifas, en por lo menos un diario de amplia circulación dentro de su área de concesión como lo señalaba el Reglamento de Tarifas<sup>141</sup>. Por esta vía resulta difícil para los *Abonados* enterarse de las modificaciones, puesto que tendría que comprar todos los días todos los

diarios para conocerlas.

La última parte del artículo 5 de la Ley No. 28587, Ley Complementaria a la Ley de Protección al Consumidor en materia de servicios financieros señala lo siguiente:

"(...) La comunicación de la existencia de una modificación en las condiciones contractuales debe asegurar que el usuario tome conocimiento de la misma de manera fehaciente. Las empresas deberán emplear para tal efecto la forma de comunicación prevista en los contratos, pudiendo consistir ésta en avisos escritos al domicilio de los clientes, o comunicados en televisión, radio y periódicos, mensajes por medios electrónicos o avisos en sus locales y páginas web. En las comunicaciones se señalarán la fecha en que la modificación entrará a regir".

En el mismo sentido, el artículo 25 de la Resolución SBS establece

"Los medios de comunicación que sean utilizados por la empresa deberán permitir que el cliente esté en capacidad de tomar conocimiento adecuado y oportuno de las modificaciones a ser efectuadas. La empresa deberá pactar con el cliente los medios de comunicación más idóneos para efecto de cumplir con la disposición de comunicación previa, según lo establecido en los artículos 5° y 6° de la Ley N° 28587. Para tal fin, la empresa deberá identificar los medios de comunicación que se podrán utilizar en función a la naturaleza de la operación".

Por lo expuesto anteriormente no estamos de acuerdo con tal solución.

En efecto, el ejercicio del *ius variandi* supone una declaración de voluntad de la *Empresa Operadora* de carácter recepticio, en tal sentido, su ejercicio debe ser conocido por el destinatario, es decir del *Abonado* y, por tanto, el medio más adecuado es la notificación. En cuanto a la forma que debe revestir la notificación, creemos que no son necesarios requisitos especiales. En cuanto al tiempo, debe ser hecha con la suficiente anticipación con el fin que el *Abonado* pueda ejercer su facultad de receso antes que se le aplique la modificación. La omisión de la notificación supone la ineficacia de la modificación respecto al *Abonado*.

La notificación es una carga que recae sobre las *Empresas Operadoras* y supone un costo que se justifica teniendo en cuenta que la finalidad es el ejercicio de un mecanismo de autotutela por parte de los *Abonados*.

138 LORENZETTI, Ricardo Luis. **Derecho Contractual. Nuevas formas contractuales**. Lima: Palestra, 2001, p. 46-47.

139 LORENZETTI, Ricardo Luis. Ob. Cit., p. 47.

140 LORENZETTI, Ricardo Luis. Ob. Cit., p. 61.

141 Ver texto derogado del artículo 12 del Reglamento de Tarifas. Tampoco resultaría suficiente la inclusión de dicha información en el portal de la *Empresa Operadora* o de OSIPTEL en Internet, atendiendo el todavía limitado acceso ciudadano a los sistemas informáticos.

Resulta entonces adecuado el nuevo texto del artículo 12 del Reglamento de Tarifas<sup>142</sup>:

“Adicionalmente a las obligaciones establecidas en el artículo 11º, los incrementos de tarifas o rentas fijas periódicas, deberán ser informados por las empresas operadoras a sus abonados al menos tres (3) días calendario antes de la entrada en vigencia de la nueva tarifa, utilizando un mecanismo que permita dejar constancia de que cada uno de éstos recibió la referida comunicación...” (el subrayado es nuestro).

Lo que parece cuestionable es la anticipación con la que debe ser hecha la comunicación. En efecto, como hemos visto el fundamento de la comunicación radica en otorgar al *Abonado* la facultad de receso y, los tres días otorgados resultan siendo insuficientes<sup>143</sup>. Veamos. El artículo 56 de las Condiciones de Uso otorga al *Abonado* la facultad de recesar *ad nutum* un *Contrato de Abonado* a plazo indeterminado, con una anticipación no menor a quince días calendario. El artículo 57 de las Condiciones de Uso otorgan a los *Abonados* el derecho de recesar el *Contrato de Abonado* a plazo forzoso cuando la *Empresa Operadora* aplique tarifas distintas a las vigentes al momento de la contratación del servicio, siempre que resulten desfavorables para el *Abonado*. No obstante, el contrato quedará resuelto luego de transcurrido quince días calendarios desde la fecha en que comunicó a la *Empresa Operadora* su decisión de recesar. En tal sentido, en ninguno de los dos casos el *Abonado* podrá evitar que se le aplique el incremento de la tarifa

¿Qué ocurre si la *Empresa Operadora* no cumple con comunicar los incrementos de tarifas? El nuevo artículo 12 del Reglamento de Tarifas prevé lo siguiente:

“El abonado a quien no se le remita la comunicación a que se refiere el presente artículo, podrá iniciar un procedimiento de reclamo por la facturación del respectivo incremento, de conformidad con lo establecido en la Directiva de Reclamos (...).”

En caso que la *Empresa Operadora* no efectúe la comunicación a un *Abonado*, éste podrá iniciar un procedimiento de reclamos ante el Tribunal Administrativo de Solución de Reclamos de Usuarios


del OSIPTEL (TRASU) y éste considerará “no aplicable” el incremento respecto a dicho *Abonado*.

El nuevo artículo 12 del Reglamento de Tarifas consagra el *ius variandi* de las *Empresas Operadoras* respecto a la modificación de tarifas, siempre que se éstas cumplan con comunicar dicha modificación a los *Abonados*. No obstante, creemos que debería adecuarse los plazos para que el *Abonado* pueda hacer uso de su facultad de receso (siempre que las nuevas tarifas resulten desfavorables) antes de la entrada en vigencia del incremento.

### 3) **Modificación Unilateral de las Cláusulas del Contrato, o bien las Características del Servicio a Prestar de acuerdo con el Contrato de Abonado**

Conforme a lo dicho, dado que el *Contrato de Abonado* es un contrato de “larga duración” y por tanto sujeto a mutaciones externas como por ejemplo cambios tecnológicos que pueden alterar los medios que se usan para prestar el servicio. En tal sentido, no parece razonable *per se* negar la posibilidad de las modificaciones unilaterales.

No existe norma alguna en las Condiciones de Uso que se refiera a cláusulas que tengan por objeto modificar unilateralmente las cláusulas del *Contrato de Abonado* o bien las características del servicio a prestar. En tal sentido OSIPTEL, cuando se le someta la aprobación de una CGC relativa a un *ius variandi* a favor de la *Empresa Operadora*, deberá analizar, en cada caso, si una cláusula de este tipo es vejatoria y, como ya se ha visto, no deben considerarse vejatorias siempre que tales modificaciones “tengan un justificado motivo indicado en el mismo contrato” o, de no haber sido previsto en el contrato el justificado motivo, permitir la modificación pero concediendo al *Abonado* el derecho de recesar del contrato. La modificación deberá ser debidamente comunicada al *Abonado* con la anticipación debida, con el fin que pueda ejercer su derecho a recesar.

Respecto aquellos *Contratos de Abonado*, cuyas CGC no han sido aprobadas por OSIPTEL, como deberían haberlo sido, el *Abonado* podrá recurrir en sede judicial pretendiendo la nulidad de dichas cláusulas si consideran que son vejatorias y corresponderá a la autoridad judicial pronunciarse al respecto 

142 Resolución del Consejo Directivo No. 058-2005-CD/OSIPTEL. Cabe advertir que este artículo también supone un reconocimiento al *ius variandi* de la *Empresa Operadora*.

143 De acuerdo al nuevo artículo 12 del Reglamento de Tarifas los incrementos de tarifas de renta fija vinculados a resoluciones de ajustes de tarifas tope emitidos por OSIPTEL la comunicación deberá efectuarse en el plazo de diez días calendario desde que fue notificada la resolución.