

Las cláusulas generales de contratación y el control de las cláusulas abusivas

Carlos Cárdenas Quirós
Abogado. Profesor de Derecho Civil en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad de Lima.

1. HUMANIZACIÓN DEL CONTRATO.

Se asume que sobre la base de la autonomía privada expresada a través de la libertad contractual o de configuración (posibilidad de fijar los términos y condiciones de un contrato) y la libertad de contratar (posibilidad de decidir si se contrata o no y con quién), las partes generalmente acuerdan con plena libertad los términos de un contrato⁽¹⁾.

El principio de la autonomía privada no ha sido nunca absoluto. Ni siquiera en Francia, que lo consagró legislativamente en el artículo 1134 de su Código Civil, se ha aplicado irrestrictamente. Por ello, Federico de Castro y Bravo sostiene con razón la existencia de límites inmanentes o intrínsecos de la autonomía de la voluntad⁽²⁾.

Ripert afirma que «el error del liberalismo en su doctrina misma es decir que todo contrato se forma

y cumple bajo el signo de la libertad. Si los dos contratantes no están en igualdad de fuerzas, el más potente encuentra en el contrato una victoria sumamente fácil. Impulsado por el interés, que es el móvil más frecuente de las acciones humanas, sacrifica el bien ajeno para su propia satisfacción»⁽³⁾.

El principio de la autonomía privada ha sido cuestionado como medio idóneo para la realización de la justicia. Sin embargo, puede reconocerse con Jordano Fraga que: «No se trata tanto de que haga crisis la autonomía de la voluntad (que sigue siendo idea central del Derecho privado) cuanto el modo en que se concebía sobre la base de los prejuicios liberales»⁽⁴⁾.

Ahora bien, el ordenamiento jurídico tiene sentido solamente como cauce a través del cual la persona puede realizar sus ideales, intereses, fines y aspiraciones. En ese marco, el contrato aparece como uno de los medios de realización de la persona en la vida social⁽⁵⁾.

(1) Messineo diferencia con claridad la libertad contractual de la libertad de contratar al explicar que: «Mientras el término antitético de la libertad contractual es la preparación unilateral de cláusulas, o la sujeción de las partes a las normas legales imperativas (o a las normas corporativas), o bien la prohibición de concluir contratos innominados, cuando se quieran realizar intereses no merecedores de tutela, o bien aun la prohibición de recurrir a la autodisciplina, fuera de los casos admitidos por la ley, el término antitético de la libertad de contratar es sólo la obligación de contratar (...) Libertad de contratar es, pues, la libertad de estipular o no estipular: el contrato es un acuerdo y, por tanto, algo a que uno no puede ser obligado; es 'ley entre las partes', pero sólo después que ha sido estipulado. Por lo tanto, la libertad de contratar se explica ya con la mayor amplitud en todo el campo contractual; y es la regla: donde ella no obre y donde falte la espontaneidad del actuar de las partes, queda excluida la figura del contrato». MESSINEO, Francesco. *Doctrina general del contrato*. Tomo I. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1986, págs. 18-19.

(2) DE CASTRO Y BRAVO, Federico. *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes*. Civitas, Madrid, 1985, pág.62. Cfr. También del mismo autor: «Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad». En: *Anuario de Derecho Civil*, Madrid, 1982, págs. 987 y ss.

(3) RIPERT, Georges. *El régimen democrático y el Derecho Civil moderno*. José M. Cajica Jr., México, 1951, pág. 148.

(4) JORDANO FRAGA, Francisco. *La responsabilidad contractual*. Civitas, Madrid, 1987, pág. 323.

(5) Cfr. DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho patrimonial*. Volumen I. Civitas, Madrid, 1993, pág. 126.

En opinión de Santos Briz, «el enfoque de lo social dentro del Derecho de Obligaciones en general ha de partir de una visión del Derecho fundamentalmente personalista (lo cual no quiere decir en modo alguno individualista), en la cual la conciliación y armonía de los fines individuales y sociales se realice sobre la base del reconocimiento, el respeto y el rango preferente que en la jerarquía de los valores corresponde a la persona humana»⁽⁶⁾.

Por todo ello, si bien la persona está en aptitud de realizar sus aspiraciones, objetivos e intereses a través de la contratación, debe hacerlo necesariamente en armonía con las aspiraciones, objetivos e intereses de los otros.

Dentro de esta perspectiva, el contrato se convierte en un medio de cooperación social y se produce lo que cabe calificar como la «humanización del contrato». Ello implica concebir el contrato como un medio integrador, armonizador, cooperador de las relaciones sociales, no como vehículo de explotación, de imposición, de abuso, de una parte sobre otra.

A este respecto, afirma con acierto Wayar que «el contrato cumple una función social. Más aun, es un instrumento para la cooperación social, de tal suerte que no puede servir de medio para la satisfacción de intereses egoístas o puramente individuales, cuando con ello se vulnera el interés social»⁽⁷⁾. Por su parte, Mosset Iturraspe sostiene que «el contrato no puede ser el reino del egoísmo, del puro interés individual, sin poner en grave riesgo el bien común y la paz social»⁽⁸⁾.

2. LA CONTRATACIÓN EN MASA.

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

contratos-tipo, los contratos normativos, etc.

En estas circunstancias, como expresan Stiglitz y Stiglitz, el principio de la libertad contractual, fundado en la igualdad formal de los individuos, «... si bien reconocía a todos idéntico poder jurídico, consentía a la empresa, económicamente más potente, determinar unilateralmente, en su propio beneficio, el contenido y las circunstancias del negocio. Con ello, perseguir en modo 'legítimo' sus intereses y desviar hacia el público el mayor número posible de riesgos, pero siempre dentro de límites compatibles con aquellas leyes del mercado»⁽⁹⁾.

3. LAS CLÁUSULAS GENERALES DE CONTRATACIÓN Y SU REGULACIÓN EN EL PERÚ.

No obstante que para designar a la figura es correcto referirse indistintamente a «cláusulas», «condiciones» o «estipulaciones generales de contratación», encontrándose más difundido el uso del vocablo «condiciones», resulta preferible utilizar la expresión «cláusulas», a fin de evitar los inconvenientes de la polisemia, esto es, la pluralidad de significados que se atribuye a la palabra «condiciones».

Las cláusulas generales de contratación son disposiciones generales y abstractas que integrarán la oferta de una serie indefinida de contratos individuales y que adquirirán fuerza vinculante sólo una vez celebrados los correspondientes contratos.

El Código Civil del Perú de 1984 se ocupa específicamente de la materia en sus artículos 1392 a 1401.

Dichas normas se encuentran incluidas en el Título II -El consentimiento- de la Sección Primera -Contratos en general- del Libro VII -Fuentes de las obligaciones- del Código. Sus fuentes legislativas inmediatas de inspiración fueron, fundamentalmente, el Proyecto de Código Civil holandés y el Código Civil italiano.

Dos de los artículos citados, el 1398 y el 1399, han sido objeto de modificación, como resultado de lo establecido por la Primera Disposición Modificatoria del Código Procesal Civil que entró en vigencia el 28 de julio de 1993.

(6) SANTOS BRIZ, Jaime. La contratación privada. Montecorvo, Madrid, 1966, pág. 32.

(7) WAYAR, Ernesto C. Compraventa y permuta. Astrea, Buenos Aires, 1986, pág. 514.

(8) MOSSET ITURRASPE, Jorge. Justicia contractual. Ediar, Buenos Aires, 1977, pág. 79.

(9) STIGLITZ, Rubén S. y STIGLITZ, Gabriel A. Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección al consumidor. Depalma, Buenos Aires, 1985, pág. 2.

3.1. Definición de las cláusulas generales de contratación.

El Código Civil define las cláusulas generales de contratación (en adelante CGC), como «aquellas redactadas previa y unilateralmente por una persona o entidad, en forma general y abstracta, con el objeto de fijar el contenido normativo de una serie indefinida de futuros contratos particulares, con elementos propios de ellos» (artículo 1392).

“No es posible ni conveniente otorgar a los empresarios un poder ilimitado para prerredactar a su total y libre arbitrio el contenido de un contrato”

La definición comprende los rasgos fundamentales que caracterizan a las CGC. Así, la predisposición o preformulación, que supone su redacción previa y unilateral por una persona o entidad, no necesariamente por el estipulante mismo, si bien éste asume la responsabilidad de la preformulación. La generalidad, en cuanto las CGC se formulan sin tener relación con un contratante específico. La abstracción, pues las CGC son diseñadas de forma independiente, sin tener en cuenta una relación jurídica específica. Y la uniformidad, en tanto las CGC serán comunes a una serie indefinida de contratos particulares.

El Código ha omitido considerar la inmutabilidad como característica inherente a las CGC y, como se verá más adelante, ello sucede porque admite la posibilidad de que determinadas cláusulas no se aplicarán a un contrato particular (artículos 1395 y 1400).

Dado que las CGC se incorporan a la oferta, de modo que la aceptación de ésta comprende la de las CGC, su naturaleza es puramente contractual, por lo que cabe afirmar que el Código Civil peruano ha seguido ese planteamiento y no el que estima que tienen naturaleza normativa.

3.2. CGC aprobadas o no aprobadas administrativamente.

El Código Civil distingue dos tipos de CGC, sobre la base de haber sido o no objeto de aprobación administrativa, lo que importa la existencia, en aquellos casos, de un control de naturaleza preventiva, el que sin embargo no es obligatorio, salvo en el caso previsto por el artículo 1394. Se trata, naturalmente, de cláusulas privadas en ambos supuestos.

a) Las CGC aprobadas administrativamente:
- Éstas se incorporan automáticamente a todas las ofertas que se formulan para contratar con arreglo a ellas (artículo 1393).

Como señala Manuel de la Puente y Lavalle, «este artículo descansa en dos consideraciones. La primera es que el predisponente que somete las cláusulas generales que ha redactado a la aprobación administrativa, está dispuesto a que éstas sean revisadas a fin de comprobar su idoneidad para regular todos los contratos que celebre a base de ellas. Esta idoneidad se manifiesta, a su vez, en dos aspectos; su aptitud para regular un tráfico de masas, con clientes anónimos cuyas necesidades, consideradas como las necesidades de una generalidad de terceros, deben ser satisfechas adecuadamente; y su equidad, en el sentido que se encuentran debidamente protegidos los derechos de ambas partes, especialmente los de los consumidores.

Se supone que las autoridades administrativas, conocedoras de las actividades que van a ser reguladas por las CGC, están en aptitud de velar por estos dos aspectos. Se alcanza así paralelamente la rapidez del tráfico y la eliminación del abuso.

La segunda consideración consiste en que las CG, después de haber sido depuradas para merecer la aprobación administrativa, son convenientes para regular los contratos particulares que desea celebrarse a base de ellas, por lo cual se incorporan a las ofertas que se formulan para celebrar tales contratos»⁽¹⁰⁾.

- El Poder Ejecutivo debe señalar la provisión de

(10) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El contrato en general. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil. Biblioteca para leer el Código Civil. Volúmen XI. Primera parte. Tomo III. Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial. Lima, 1991, págs. 148-149.

bienes y servicios que deben ser contratados con arreglo a CGC aprobadas por la autoridad administrativa (artículo 1394).

Hasta la fecha no se ha dictado norma alguna indicando cuáles son esos bienes y servicios.

Si lo contemplaba, en cambio, el Proyecto de Ley de Protección al Consumidor elaborado en 1989 por una comisión designada por el Ministerio de Justicia. En efecto, su artículo 31 establecía la obligatoriedad de la contratación sobre la base de CGC aprobadas administrativamente, para el suministro o prestación de los siguientes servicios:

- a) Productos que se expenden en supermercados y grandes almacenes de venta de mercaderías al por menor.
- b) Agua.
- c) Teléfono, télex y facsímil.
- d) Energía eléctrica.
- e) Combustibles.
- f) Operaciones bancarias.
- g) Transporte público de pasajeros, carga y correspondencia.

En el mismo artículo se señalaba que por Decreto Supremo podían modificarse los bienes y servicios que figuraban en la lista precedente.

El Decreto Legislativo No. 716 sobre protección al consumidor de 7 de noviembre de 1991 no se pronuncia sobre el asunto.

- No obstante lo establecido en el artículo 1393, las partes pueden convenir en que determinadas cláusulas no se incorporen a la oferta en el contrato particular que ellas celebran (artículo 1395).

Se sostiene que esta regla está inspirada en el principio de la autonomía de la voluntad y en el hecho de que, no siendo las CGC de orden público, es factible el pacto en contrario respecto de ellas.

Empero, si se afirma la inmutabilidad como un rasgo característico de las CGC, lo establecido en el artículo 1395 aparece como manifiestamente discordante. De acuerdo con la inmutabilidad, las CGC constituyen un todo único e irrevisable, por lo que su modificación está totalmente descartada.

En este orden de ideas, resulta correcto afirmar que «permitir a las partes convenir la no incorporación de determinadas CG en la oferta de un contrato celebrado con arreglo a ellas, como lo hace el artículo 1395 del Código Civil, es precisamente negar la inmutabilidad

de dichas cláusulas y destruir la eficacia de este tipo de contratación. En efecto, si se admite la posibilidad de suprimir la inclusión de algunas cláusulas, por común acuerdo entre las partes, se está abriendo la puerta para negociar cualesquiera de las cláusulas, con lo cual la agilidad de la contratación masiva, que descansa precisamente en la aceptación o rechazo íntegro de las CGC, sin admitir la discusión de las mismas, se vería destruida por completo»⁽¹¹⁾.

Adicionalmente, no parece tener sentido la aprobación administrativa, con los propósitos señalados al comentar el artículo 1393, y que permite la incorporación automática de las CGC a todas las ofertas que se formulan para contratar con arreglo a ellas, si resulta factible dejar de lado algunas por acuerdo de las partes, aun en el caso del artículo 1394.

Todo ello conduce a reconocer que tiene razón el autor citado⁽¹²⁾, cuando agrega que «la recta comprensión del artículo 1395 lleva a considerar que su aplicación determina que un contrato que debía celebrarse con arreglo a CGC aprobadas administrativamente se convierta en un contrato paritario, desde que si las partes pueden convenir que determinadas cláusulas (teóricamente pueden ser todas) no se incorporen a la oferta, es que están admitiendo que las cláusulas que sí se incorporan lo hacen por voluntad de ellas (las partes) al no excluirlas».

- En este tipo de CGC, la obligación de pago a cargo del cliente se genera de pleno derecho con el consumo del bien o la utilización del servicio, aun cuando no haya formalizado el contrato o sea incapaz (artículo 1396).

Se expresa en la exposición de motivos de este artículo que «ocurre con frecuencia que el usuario de un servicio público lo emplea sin conocer la tarifa existente y puede también suceder que el usuario sea un incapaz absoluto. Como no se puede desconocer que en los servicios masivos la voluntad juega un rol peculiar y que los usuarios adquieren la obligación como consecuencia de su conducta, y como tampoco la situación de los incapaces puede ser ignorada, el artículo 1396 se ha puesto en lo que doctrinariamente se conoce como 'contrato de hecho o conducta social típica', partiendo siempre de la premisa que se trata de contratos ofrecidos con arreglo a CGC aprobadas por la autoridad administrativa».

b) Las CGC no aprobadas administrativamente:

(11) Ibidem, pág.163.

(12) Ibidem, pág.164.

- Se incorporan a la oferta de un contrato particular cuando sean conocidas por la otra parte o haya podido conocerlas usando una diligencia ordinaria (artículo 1397, primer párrafo).

Si las CGC han sido puestas en conocimiento del público mediante su adecuada publicidad, se presume que la contraparte las ha conocido (artículo 1397, segundo párrafo).

El conocimiento por la contraparte de las CGC, en el caso previsto por el primer párrafo del artículo 1397 puede producirse de alguna de las maneras siguientes⁽¹³⁾:

- Cuando figuran en el mismo texto de la oferta o en un documento adjunto a ella.

- Cuando se indica al cliente dónde están redactadas las CG con arreglo a las cuales se va a celebrar el contrato y el cliente tiene efectivo acceso a ellas.

- Cuando el predisponente y la contraparte han celebrado anteriormente contratos con arreglo a las mismas CG y conste inequívocamente del nuevo contrato que se quiere someterlo a estas cláusulas.

- Cuando las CG que rijan determinadas operaciones mercantiles han llegado a ser usos del comercio, es decir, derecho consuetudinario con valor de fuente del Derecho.

La parte final del primer párrafo del artículo 1397 que se refiere a la posibilidad de conocimiento de las CGC por la contraparte usando de una diligencia ordinaria, impone a dicha contraparte una carga de diligencia que es correlativa a la carga de conocibilidad del predisponente.

Al predisponente le corresponde difundir adecuadamente sus CGC, de modo que se tenga noticia de su existencia, y hacerlas conocer específicamente a la contraparte, permitiéndole su acceso a ellas.

No debe perderse de vista que constituye derecho de los consumidores recibir de los proveedores toda la información necesaria para tomar una decisión o realizar una elección adecuadamente informada en la adquisición de productos o servicios. Así lo establece el Decreto Legislativo No. 716 sobre protección al consumidor en su artículo 5, inciso 6.

A la contraparte, en cambio, le corresponde conocer las CGC usando de una diligencia ordinaria. Esto significa, por ejemplo, que si las CGC se encuentran a su disposición porque el predisponente le ha brindado acceso a ellas, debe realizar todos los actos

que estén a su alcance para concretar ese conocimiento. La violación de esa carga de diligencia, por no haber obrado con la diligencia ordinaria requerida, determinará que opere la consecuencia prevista en el primer párrafo del artículo 1397.

En cuanto al segundo párrafo del artículo en cuestión, la presunción que recoge, de acuerdo con la exposición de motivos del Código Civil, es una *iuris et de iure*, «pues el hecho de la divulgación así lo sugiere».

De la Puente y Lavalle, por fundadas consideraciones, es de opinión contraria⁽¹⁴⁾. Así, señala en primer lugar que las presunciones absolutas o *iuris et de iure* no son admitidas en el Derecho moderno, por considerarse que antes que auténticas normas jurídicas, son ficciones legales.

Agrega que, aun admitiendo la distinción entre las presunciones *iuris tantum* y *iuris et de iure*, las primeras constituyen la regla y corresponde a la ley establecer que la prueba en contrario está prohibida u otra fórmula similar para que la presunción *iuris et de iure*, que es la excepción, opere.

Indica a continuación que el artículo 1397 no señala nada al respecto, por lo que puede entenderse que se trata de una presunción *iuris tantum*.

Finalmente, explica que «responde al sentido del artículo que si, pese a la adecuada publicidad dada por el predisponente a sus CGC, el cliente acredita que no pudo conocerlas (estadía en el extranjero, enfermedad, etc.), dichas cláusulas no se incorporan a la oferta de su contrato particular. No debe olvidarse que nos encontramos frente a CG no aprobadas administrativamente, para las cuales rige la regla de que el conocimiento determina la incorporación».

3.3. Invalidez de estipulaciones.

El artículo 1398 sanciona con invalidez determinadas estipulaciones contenidas en los contratos celebrados por adhesión y en las CGC no aprobadas administrativamente, que se estiman vejatorias.

El artículo señala que no son válidas las estipulaciones que establecen en favor de quien las ha redactado:

- Exoneraciones o limitaciones de responsabilidad:

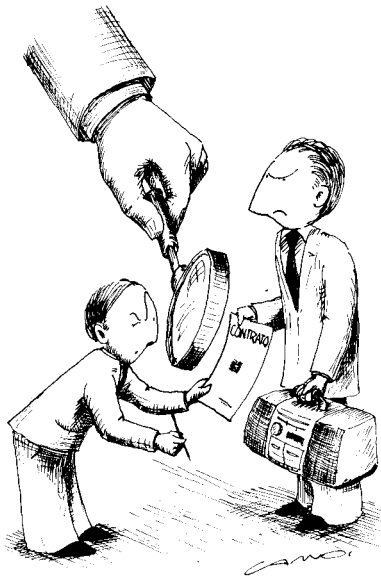
- Facultades de suspender la ejecución del contrato, rescindirlo o resolverlo.

(13) SANTOS BRIZ, Jaime. Citado por: DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Op.cit., págs. 183-184.

(14) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Op.cit., págs. 191-192.

- Facultades de prohibir a la otra parte el derecho de oponer excepciones.
- Facultades de prorrogar o renovar tácitamente el contrato.

Como puede apreciarse, la enumeración es notoriamente incompleta y por la redacción del artículo debe ser considerada taxativa, si bien, por supuesto, no está excluida la interpretación extensiva. Sí lo está, en cambio, la aplicación analógica, en concordancia con el artículo IV del Código Civil, según el cual, «la ley que establece excepciones o restringe derechos no se aplica por analogía».



Según advierte acertadamente Manuel de la Puente y Lavalle, «no cabe duda de que la declaración de invalidez de estas estipulaciones, obedece a un propósito de evitar abusos por parte de los prerredactantes, protegiéndose así a la parte débil en la negociación contractual. Pero esta norma, inspirada en el artículo 1341 del Código Civil italiano, resulta algo postiza en la regulación de las CGC ya que, en realidad debió ser comprensiva de todos aquellos contratos en que existe un marcado desequilibrio entre las posiciones de las partes durante la negociación contractual. De igual manera que el desequilibrio contractual en la etapa de la celebración del contrato y en la de su ejecución dan lugar, respectivamente, a la rescisión por lesión y a la resolución por excesiva onerosidad de la prestación, así mismo el desequilibrio en la etapa de la negociación, cualquiera que sea la modalidad del contrato, debe

traer como consecuencia la ineficacia de las estipulaciones impuestas por la parte fuerte en esta negociación»⁽¹⁵⁾.

Y concluye sosteniendo que «en realidad, los artículos 1398, 1399 y 1401 del Código Civil deberían regir para todos aquellos casos en que existe un desequilibrio evidente entre las partes durante la negociación contractual».

Precisa mencionarse que el texto original del artículo 1398 también consideraba vejatoria la estipulación que fijaba cláusulas compromisorias y sometimiento a arbitraje. Esta indicación ha sido suprimida con la modificación introducida por la Primera Disposición Modificatoria del Código Procesal Civil.

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.

El propósito de la modificación posiblemente ha sido el de alentar los arbitrajes, pero ello no debe procurarse a cualquier costo.

Si el sometimiento al arbitraje resulta de una manifestación libre, reflexiva y consciente, en el marco de un equilibrio negocial de las partes, no hay ningún inconveniente. Empero, no puede descartarse la imposición de esa vía, en el caso de las CGC, para beneficio del predisponente, quien estará en aptitud de definir el tipo de arbitraje, el lugar en que se desarrollará y aun el procedimiento al que estará sometido.

3.4. Ineficacia de estipulaciones.

El artículo 1399 precisa que en los contratos nominados celebrados por adhesión o con arreglo a CGC no aprobadas administrativamente, no tienen eficacia las estipulaciones contrarias a las normas establecidas para el correspondiente contrato, salvo que las circunstancias de cada contrato particular justifiquen su validez.

De acuerdo con este texto, resulta que las CGC no aprobadas administrativamente no prevalecen sobre las normas imperativas y dispositivas previstas para los contratos típicos. Como se señala en la exposición de motivos, «se da en este numeral el caso singular de que dispositivos que tienen un valor puramente supletorio se apliquen como si fuesen de orden imperativo».

(15) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. «Las cláusulas generales de contratación y la protección al consumidor». En: *Thémis - Revista de Derecho*, Segunda Época, No. 31, 1995, págs. 19-20.

En otras palabras, la ausencia de aprobación administrativa elimina la posibilidad de pactar en contrario de las normas dispositivas de los contratos típicos.

Esto se explica en razón de que «el legislador, al dictar, una por una y todas en conjunto, las normas dispositivas de un contrato típico, busca diseñar el contrato ideal que, en su concepto, proteja armoniosamente los intereses de las partes tomando en consideración la finalidad del contrato, de tal manera que las partes puedan confiar en que existe una regulación supletoria de su voluntad común que ha sido elaborada precisamente para velar por la justicia contractual»⁽¹⁶⁾.

Al no mediar la aprobación administrativa con los alcances propuestos oportunamente, conviene conservar, en principio, ese conjunto de normas supletorias que suponen el diseño del contrato ideal al que se ha hecho referencia.

En todo caso, como en determinadas circunstancias puede justificarse la prevalencia de las CGC sobre las normas establecidas para el correspondiente contrato, debe admitirse por excepción que el predisponente establezca cláusulas diferentes de las normas dispositivas, siempre que medie causa justificada. Así, por ejemplo, si la cláusula es más conveniente para la contraparte que la norma supletoria.

La Primera Disposición Modificatoria del Código Procesal Civil ha agregado un párrafo a este artículo, en el que se señala que lo dispuesto en el párrafo anterior no es de aplicación cuando las partes se hubieran sometido a un reglamento arbitral.

No se perciben las razones que han podido justificar esta inclusión ni resulta posible esclarecer sus alcances.

3.5. Cláusulas agregadas al formulario.

El artículo 1400 señala que en los casos del artículo 1397 (que se refiere a las CGC no aprobadas administrativamente que se incorporan a la oferta cuando son conocidas o pudieron ser conocidas empleando una diligencia ordinaria), las cláusulas agregadas al formulario prevalecen sobre las de éste cuando sean incompatibles, aunque las últimas no hubiesen sido dejadas sin efecto.

El supuesto al que se refiere este artículo no es propiamente el de las CGC, sino el de los contratos por adhesión cuyas ofertas se redactan en formularios im-

presos, bastando que las partes firmen el documento para que el contrato quede celebrado (contratos-tipo). En este sentido, la referencia al artículo 1397 es errónea⁽¹⁷⁾.

No obstante, la fórmula es inconveniente pues desvirtúa el carácter inmutable de los contratos por adhesión.

3.6. *Interpretatio contra stipulatorem*.

Finalmente, el artículo 1401 recoge el principio según el cual las estipulaciones insertas en las CGC o en formularios redactados por una de las partes, se interpretan, en caso de duda, en favor de la otra.

El antecedente inmediato de este artículo es el artículo 1370 del Código Civil italiano que lleva por epígrafe, «Interpretación contra el autor de la cláusula». Su texto dice: «Las cláusulas insertas en las condiciones generales del contrato o en módulos o formularios predispuestos por uno de los contratantes se interpretan, en la duda, a favor del otro».

El artículo 1401, al igual que su antecedente, se refiere a dos supuestos: el de las estipulaciones insertas en las CGC y el de las estipulaciones insertas en formularios redactados por una de las partes. Este último caso alude a las ofertas de los contratos-tipo por adhesión.

La regla hace responsable al predisponente en caso de que las estipulaciones redactadas por él sean oscuras o ambiguas, es decir, cuando la estipulación se presta a duda.

Surge sin embargo el interrogante de qué ocurre en el caso de que esa oscuridad o ambigüedad no sea imputable al predisponente. Parece justificado pensar que en tal hipótesis no debiera responsabilizarse por la duda existente aplicándose la estipulación en favor de la contraparte. El artículo, empero, no plantea distinción alguna.

4. EL CONTROL: UN LÍMITE PARA LAS RELACIONES JURÍDICAS.

El ser humano se desenvuelve necesariamente en un mundo de relaciones con otros hombres, en coexistencia con otros hombres (ser-con-otros), en continua interferencia intersubjetiva. Cada uno de ellos procura realizar su propio destino personal en ejercicio pleno de la libertad, libertad que no privilegia sólo los

(16) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El contrato... Op.cit., pág. 224.

(17) Cfr. Ibidem, pág. 235.

derechos y su ejercicio, sino que también impone deberes. Ambos, derechos y deberes, forman parte de las relaciones jurídicas.

La libertad del hombre es posible sólo en la confrontación de la propia unidad con la unidad del otro, en la realización del ser individual con el ser social. Por ello, expresa Buber que «en la realidad, se da siempre 'el hombre con el hombre'. La categoría 'entre' es tan primaria como el yo y el tú y, por eso, nos aproximamos a la respuesta de la pregunta ¿qué es el hombre? si acertamos a comprenderlo como una dialógica, en cuyo 'estar dos en recíproca presencia' se realiza y se reconoce cada vez el encuentro del 'uno' con el 'otro'»⁽¹⁸⁾. Igualmente expresa Ortega y Gasset que: «antes de que cada uno de nosotros cayese en la cuenta de sí mismo había tenido ya la experiencia básica de que hay los que no son 'yo', 'los otros'»⁽¹⁹⁾.

Por todas estas razones el actuar libre de las personas tiene que tener necesariamente límites en consideración de su propia naturaleza social. Como expresan Díez-Picazo y Gullón: «Para que los seres libres puestos de esta manera en relación puedan ayudarse mutuamente y no estorbarse nunca en el desarrollo de su actividad, es necesario que una línea invisible de separación determine los límites dentro de los cuales el desenvolvimiento paralelo de los individuos encuentra seguridad e independencia. La regla que fija tales límites y garantiza esa libertad se llama Derecho. Bajo este punto de vista, cada relación de derecho se nos parece como una relación de persona a persona, determinada por una regla jurídica, la cual asigna a cada uno un dominio en el que su voluntad reina independientemente de otra voluntad extraña»⁽²⁰⁾.

En esa perspectiva, es satisfactorio comprobar, en palabras de Rezzónico, «que la autonomía reconocida al individuo en las codificaciones del siglo XIX como potestad de autodeterminarse para la regulación de sus intereses, se ha visto modificada por el enriquecimiento científico proveniente de las nuevas formas jurídicas y

de los acontecimientos económico-sociales que, aun permaneciendo desde cierta perspectiva en el cuadro tradicional del Derecho Civil, reconocen una mayor acentuación de sus límites internos en homenaje a nuevas exigencias de solidaridad y sociabilidad afirmadas cada vez con mayor intensidad»⁽²¹⁾.

Dentro de este marco, es preciso, a fin de coadyuvar a la integración de las relaciones sociales, controlar la utilización de mecanismos que puedan convertirse en medios de explotación, instrumentos de opresión, de una parte sobre otra. Precisamente por ello, es que resulta una necesidad, establecer restricciones y controles en situaciones como las que plantean las CGC, donde no debe perderse de vista, «la particular posición de sujeción en que se encuentra (la parte débil) frente al predisponente»⁽²²⁾.

Sobre este particular, expresa Jordano Fraga que: «No se discute que en el actual desarrollo del capitalismo moderno, las CG desplacen al contrato individual evitando el regateo y la discusión parsimoniosa de los antiguos mercados, (...) simplemente se precisa, sentada la actual utilidad y conveniencia de esta forma de contratación, que ello no debe suponer el sacrificio de los clientes, ni el que los empresarios, en uso de un poder ilimitado -limitación del poder que actualmente el Derecho desconoce en todos sus ámbitos- puedan conformar a su gusto, sin consideración de las normas legales, el contenido de los contratos. La cuestión de las CG no versa, pues, sobre su conveniencia -que nadie discute en las actuales circunstancias- o su permisividad (ni su indiscriminada condena), sino sobre la necesidad de su control, de establecer límites para su validez»⁽²³⁾.

5. FORMAS DE CONTROLAR EL ABUSO.

La mayor ventaja de la utilización de CGC es la de facilitar el comercio empresarial. Sin embargo, frente a esto, la doctrina y la jurisprudencia⁽²⁴⁾ son unánimes

(18) Citado por: ALZAMORA VALDEZ, Mario. Introducción a la ciencia del Derecho. Lima, 1980, pág. 22.

(19) ORTEGA Y GASSET, José. El hombre y la gente. Madrid, 1980, pág. 135.

(20) DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. Sistema de Derecho Civil. Volúmen I. Sexta edición. Tecnos, Madrid, 1988, págs. 220-221.

(21) REZZÓNICO, Juan Carlos. Contratos con cláusulas predispuestas. Astrea, Buenos Aires, 1987, pág. 332.

(22) JORDANO FRAGA, Francisco. Op.cit., pág. 383.

(23) Ibidem, págs. 385-386.

(24) Se expresa en la exposición de motivos del anteproyecto de ley española sobre condiciones generales de la contratación que: «Como señala

al señalar el grave problema del abuso en que puede incurrir la parte que prerredacta la cláusula, abuso que como expresa Di Iorio, «... resulta consecuencia del predominio de una de las partes que le permite conducir toda la operación e imponer cláusulas que derogan los principios generales establecidos por la ley, reemplazándolos por cláusulas opresivas, contrarias al principio de buena fe, que terminan por afectar la equivalencia de los intereses bilaterales»⁽²⁵⁾.

Las CGC constituyen casi siempre el soporte de los contratos por adhesión. Señala Salandra «que cuando se predispone un esquema de contratos por adhesión, no se puede ordinariamente comprender todos los elementos de cada contrato que se deberá cumplir en base a él. Se deberá dejar al individuo la facultad de fijar libremente algunas. Así un banco dejará al cliente la libertad de la suma a depositar; una empresa ferroviaria dejará al viajero la elección del tren, de la clase o del lugar del destino; una fábrica de automóviles dejará al comprador la elección del tipo de máquina que desea, aun cuando todas las otras condiciones contractuales sean fijadas precedentemente. Así es que en la mayor parte de los contratos por adhesión deberá distinguirse una parte general del contenido contractual -predispuesta- relativa a las condiciones generales comunes a todos los contratos similares, y una parte especial -que se acordará vez por vez- relativa a las condiciones particulares del caso singular»⁽²⁶⁾.

Los empresarios aducen que las cláusulas regulan aspectos técnicos; que los Códigos han quedado anticuados; que las cláusulas buscan claridad y unidad en la interpretación y aplicación de los contratos; y, que la limitación de la responsabilidad del empresario se compensa con una disminución del precio y la posibilidad de que el cliente contrate un seguro. Ante esto, se ha respondido que la crítica no condena las cláusulas, sino que pretende que se les controle; que las cláusulas

pueden tornarse tan anticuadas como los Códigos; que normalmente son oscuras; y que no puede justificarse la irresponsabilidad impuesta⁽²⁷⁾.

Expresa De Castro y Bravo que: «Las CG se articulan en forma de Códigos de también creciente volumen y compilación. Las asesorías de las grandes empresas aguzan su ingenio para descargar a sus casas de cualquier responsabilidad, a la vez que procuran encadenar al cliente de modo y forma que la voluntad del empresario sea soberana para decidir sobre cualquier contingencia posterior a la perfección del contrato. El hallazgo de una nueva cláusula, que astutamente refuerce la prepotencia del empresario, será copiada y agregada en seguida en el texto de las condiciones generales de las demás empresas. De modo que la extensión de estas condiciones se hace mayor, a la vez que se disminuyen las facultades del cliente. La misma forma objetiva y abstracta de su redacción ha facilitado el empleo corriente de las CG. Se ha observado que condiciones, de las que se avergonzaría un comerciante de proponerlas individualmente, se disimulan en el farrago de reglas articuladas, escritas de modo esotérico, se excusan como propias de una rama de la industria o del comercio, si han sido compiladas por una asociación; así, doblemente anónimas, todos los empresarios se aprovechan de ellas, aunque a nadie agrade aparecer como su autor. Los tratadistas, incluso aquellos que defienden que las condiciones generales tienen valor de fuente de Derecho objetivo, no ocultan, y hasta lo destacan como carácter distintivo de ellas, que son instrumentos de opresión y causa de desigualdad jurídica para los contratantes. No defienden su justicia o legitimidad, sino que afirman su legalidad. Tampoco los representantes de los intereses de las empresas niegan la existencia de cláusulas malas e injustas, sino que sostienen su general eficacia, al ser aceptadas o firmadas por el cliente. La situación, así creada, se nos presen-

la Resolución (76) 47 del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 16 de noviembre de 1976, el proveedor se encuentra, por lo general, en una posición más fuerte que el consumidor para negociar; dispone a menudo de recursos económicos y de conocimientos técnicos superiores; se beneficia a menudo del apoyo del organismo del que depende para establecer documentos contractuales estandarizados, etc. Estas circunstancias, en las que las empresas desarrollan normalmente su actividad, pueden, como añade la misma Resolución, colocar a la otra parte contratante en una situación de inferioridad perjudicial a sus intereses por lo que se hace necesario establecer, en la medida de lo posible, el equilibrio de los contratantes dentro del marco de la autonomía de la voluntad». MINISTERIO DE JUSTICIA. COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN. SECRETARÍA GENERAL TÉCNICA. Centro de Publicaciones, Madrid, 1984, pág. 7.

(25) DI IORIO, Alfredo J. «Las cláusulas generales de contratación en el Código Civil peruano y en el ordenamiento jurídico latinoamericano». En: Revista Peruana de Derecho de la Empresa, No. 18, Lima, 1986, pág. 84.

(26) Citado por: MORELLO, Augusto M. y STIGLITZ, Rubén S. «El contrato por adhesión a condiciones generales». En: Revista del Colegio de Abogados de La Plata, No. 41, La Plata, 1981.

(27) Cfr. DE CASTRO Y BRAVO, Federico. Op.cit., págs. 18-19.

ta, en un primer momento, como una desconexión entre la ley positiva y la justicia»⁽²⁸⁾.

No es posible ni conveniente otorgar a los empresarios un poder ilimitado para prerredactar a su total y libre arbitrio el contenido de un contrato. Las CG son beneficiosas cuando existe competencia en el mercado entre las empresas que las prerredactan. De este modo, los clientes podrán elegir las que resulten más convenientes para sus intereses. El problema más grave se presenta cuando existen situaciones de monopolio de una sola empresa o de varias que actúan bajo la misma dirección. En este caso, nos encontraremos siempre con contratos por adhesión que se celebran sobre la base de CGC, que pueden resultar sumamente peligrosos para el consumidor⁽²⁹⁾. En realidad, se presenta en estos casos una aceptación forzada, ya que al consumidor no le queda otro camino que el contratar o el prescindir del servicio⁽³⁰⁾. Como expresa García Amigo, «... lo que ocurre es que en caso de monopolio tal aceptación no es libre desde un punto de vista fáctico, pues la libertad supone en el fondo una posibilidad de elegir entre dos cosas diversas, mientras que el monopolio es, por definición, la ausencia de elección porque es única la posibilidad de elegir -mono=uno-: en otros términos, que no hay elección»⁽³¹⁾.

Por estas razones concuerdo plenamente con Stiglitz y Stiglitz cuando señalan que: «El respeto de lo 'humano', en el marco de los fenómenos de producción,

negociación y consumo a nivel de masas, emplaza la cuestión de la tutela del consumidor, en la instrumentación de un verdadero 'control social sobre la actividad privada'. La meta consiste en compatibilizar las finalidades perseguidas por la empresa con las necesidades colectivas. Es decir, lograr su encauzamiento en dirección a propósitos no exclusivamente individuales, sino también sociales»⁽³²⁾.

El control del abuso en las CGC se presenta en dos situaciones distintas:

5.1. Cuando las cláusulas ya integran un contrato individual.

5.1.1. Control judicial.

Los contratos que se celebran sobre la base de CGC se rigen por sus reglas particulares, así como por las generales que son aplicables a todos los tipos de contratos. En el caso del ordenamiento positivo peruano podrá invocarse el abuso del derecho, la lesión, la excesiva onerosidad de la prestación, siempre y cuando se presenten los requisitos que configuran estas instituciones.

La intervención judicial, como expresan Morello y Stiglitz, «debe considerar la presencia en estos casos de una 'menor voluntad común', para conducir el esfuerzo en restablecer el equilibrio contractual destruido

(28) Ibidem, págs. 54-55.

(29) Opina al respecto García Amigo que «... el gran peligro de la utilización de condiciones generales radica no tanto en sí mismas, cuanto en el hecho de que se impongan uniformemente por una empresa que goce de una posición de monopolio o cuasi-monopolio de hecho, es decir, cuando las condiciones generales son el medio técnico de realizar jurídicamente o facilitar por lo menos una actividad monopolística en el mercado. En efecto, mientras las condiciones generales no sean monopolísticas la acción de la concurrencia obliga a que los propios empresarios procuren ofrecer sus productos en las condiciones más favorables a los clientes, en la lucha por la conquista del mercado y poder colocar así sus productos; o, en todo caso, los clientes pueden acudir a otros empresarios que ofrezcan los mismos productos en condiciones diferentes, o al menos con precios distintos; por el contrario, las condiciones generales de contrato monopolísticas o de una empresa que goce de una posición dominante en el mercado son realmente impuestas a la clientela de los propios servicios y productos, la cual deberá aceptar los contratos en las condiciones deseadas por la empresa -y ésta deseará las que le sean más favorables o tendrá que renunciar a la cosa o servicio, ya que dicha empresa controla el mercado en virtud del monopolio; ahora sí que es apropiado hablar de contratos de adhesión, en el cual el cliente o lo toma -como el empresario quiere- o lo deja -y se queda sin el servicio o producto que deseaba: *take-it-or-leave-it*». GARCÍA AMIGO, Manuel. «Sobre la naturaleza jurídica de las condiciones generales de los contratos». En: Revista de Derecho Privado, Tomo LXIX, Madrid, 1965, pág. 732.

(30) Es interesante hacer notar, como lo hace JORDANO FRAGA (Op.cit., pág.384), que Ossorio Morales («Crisis en la dogmática del contrato». En: Anuario de Derecho Civil, 1952, págs.1182-1183), «ya ponía de manifiesto que en la contratación de adhesión no existe en realidad en muchos casos ni la libertad de decir sí o no, pues se trata de negocios jurídicos que necesariamente han de ser realizados, ya que de lo contrario se tendría que renunciar a viajar, a utilizar el fluido eléctrico, o el gas, o los servicios de un banco, o de una compañía de seguros. En todos estos casos, quien celebra uno de estos contratos está en el fondo disconforme con las condiciones que se le imponen; si pudiera hacerlo, no contrataría, o lo haría en condiciones distintas. De suerte que es consustancial en tales negocios un cierto vicio del consentimiento que, sin embargo, no los invalida».

(31) GARCÍA AMIGO, Manuel. Op.cit., pág. 733.

(32) STIGLITZ y STIGLITZ. Op.cit., pág. 8.

en un contrato caracterizado por el sometimiento de una parte a otra que concentra todo el poder negocial»⁽³³⁾.

Ha expresado Otero Lastres que «entre las principales medidas que se han propuesto en el derecho comparado para tutelar debidamente el interés de los consumidores frente a las CG de aquel carácter (ilícito o abusivo), cabe destacar las siguientes: fomento de la competencia; creación de condiciones-tipo por comisiones especializadas; introducción de la obligación de obtener autorización previa; constitución de un *ombudsman* de los consumidores; autocontrol por parte de las asociaciones; incremento del derecho imperativo y fortalecimiento del control judicial»⁽³⁴⁾.

El control judicial puede estar dirigido a solucionar dos tipos de problemas:

a) En caso de presentarse cláusulas ambiguas, oscuras o contradictorias.

Se deberán aplicar las reglas generales y particulares de interpretación, según sea el caso.

Concretamente, a propósito de las CGC y como se ha mencionado anteriormente, el Código Civil peruano establece lo siguiente:

- Cuando no han sido aprobadas administrativamente y se presenta incompatibilidad entre las cláusulas del formulario y las agregadas a éste.

Prevalecen las agregadas, aun en el caso de que las del formulario se hubieren dejado sin efecto (artículo 1400). Señalan Morello y Stiglitz que: «Es regla consagrada, la de la prevalencia de las condiciones particulares (manuscritas o mecanografiadas) sobre las condi-

ciones generales (impresas) que las contradigan o alteren su sentido, aun cuando estas últimas no fueren derogadas convencionalmente. Es que las condiciones particulares contienen de ordinario las convenciones que fueron objeto de tratativas y discusión por los contratantes, por lo que deben considerarse como deliberada modificación de las condiciones generales, que por lo común reflejan la voluntad de una sola de las partes, a la que la otra adhiere sin mayor reflexión»⁽³⁵⁾.

Conviene reiterar que el artículo 1400 no se refiere propiamente a las CGC sino a los contratos por adhesión cuyas ofertas se redactan en formularios impresos, siendo suficiente que las partes firmen el documento para que el contrato quede celebrado (contratos-tipo).

La fórmula, como quedó expresado anteriormente, desvirtúa el carácter inmutable de los contratos por adhesión.

- Cuando hay duda sobre la interpretación de las estipulaciones insertas en las CGC o en formularios redactados por una de las partes.

Según lo señalado por el artículo 1401 se interpretan en favor de quien no las redactó en aplicación del principio *in dubio contra stipulatorem*⁽³⁶⁾ que significa que en la duda se está contra el estipulador o prerredactante, o que la duda favorece al que no las redactó, ya que quien formula las cláusulas del contrato tiene el deber de expresarse claramente.

El artículo 1401 constituye una excepción a lo prescrito por el artículo 169 del Código Civil en el

(33) MORELLO, Augusto M. y STIGLITZ, Rubén S. Op.cit., pág. 66.

(34) Citado por: MORELLO y STIGLITZ. Op.cit., pág. 71.

(35) Ibidem, pág. 68.

(36) A esta norma la inspira el mismo principio del artículo 1288 del Código Civil español que prescribe que: «La interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad». Se trata de una regla de interpretación *contra proferentem*, que al decir de Lacruz, representa «una carga adicional para el redactor unilateral del contrato, y correlativamente una ventaja para quien lo suscribe sin haber intervenido en su redacción» (Citado por: PUIG BRUTAU, José. Fundamentos de Derecho Civil. Tomo II. Volúmen I. Barcelona, 1978, pág. 251).

La interpretación constituye así un mecanismo de control indirecto o encubierto a decir de Jordano Fraga. «Con la idea del control indirecto o disimulado, se alude a la utilización para el control del contenido contractual predispuesto (y, por tanto, para la tutela de la parte adherente) de instrumentos que en sí mismos no atañen directamente al control de la libertad contractual. En otras palabras, se trata de la utilización para la consecución de una cierta finalidad (el impedir el abuso de la libertad contractual) de instrumentos que, por su propia naturaleza, son extraños a la misma. Entre estos instrumentos de control indirecto o encubierto es de señalar, particularmente, el recurso a la interpretación como instrumento de control del contenido contractual predispuesto, en modo de hacer en él la relectura más favorable al adherente. De este modo resulta que ciertos cánones o criterios hermenéuticos de vigencia general en el ámbito contractual, cuando se utilizan en el ámbito específico de la contratación en masa, adquieren un significado peculiar y propio de instrumentos de control de la voluntad del predisponente y, correlativamente, de defensa de la 'parte débil'» (JORDANO FRAGA, Francisco. págs. 375-376). En contraposición, el denominado control directo «se caracteriza como una intervención (directamente) dirigida a limitar la libertad contractual, y a hacerlo, empleando los instrumentos destinados precisamente a ese fin (la ley, la moral y el orden público)» JORDANO FRAGA, Francisco. Op.cit., pág. 375.

sentido de que: «Las cláusulas de los actos jurídicos se interpretan las unas por medio de las otras, atribuyéndose a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas».

No puede dejar de mencionarse que, al no haberse normado específicamente sobre la interpretación de las expresiones que en una CGC tengan varios sentidos, se aplicará la regla genérica del artículo 170, debiendo entenderse dichas expresiones en el más adecuado a la naturaleza y al objeto del acto.

b) En caso de presentarse cláusulas leoninas o abusivas.

Se puede ofrecer al juez la facultad de revisar cualquier cláusula y declarar su invalidez en la medida en que resulte atentatoria contra el principio general de la buena fe.

A este respecto, cabe mencionar que el Proyecto de Regulación de las Condiciones Generales del Contrato, presentado por la Comisión encargada de su redacción por el Gobierno de Israel en 1959, «confiere al juez unos poderes excepcionales -que no tiene en los negocios normales- de revisión de las cláusulas onerosas, pudiendo anular tales cláusulas o limitar sus efectos o liberar total o parcialmente al adherente del vínculo contractual en la medida en que lo considere justo y conveniente. Por cláusulas onerosas entiende las que implican una explotación por parte de la empresa predisponente de su posición privilegiada o de su relación de fuerzas frente al adherente»⁽³⁷⁾.

Es posible sostener la facultad de revisión de los contratos en el ordenamiento jurídico peruano sobre la base de lo señalado en el artículo 1362 del Código Civil que establece que: «Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes».

El actuar de buena fe, en función de la equidad, constituye la solución a alcanzar en la ejecución honesta de todo contrato. Si el Derecho es el arte de lo bueno y de lo justo ello se explicita a través de la buena fe que, como indica Espert Sanz, «es la confianza de que todo el que forme parte, se mezcle, otorgue, intervenga o se obligue, en una relación jurídica, en un acto jurídico, se conducirá en orden al mismo, tal y como usualmente lo hacen en el mismo orden de cosas los hombres honrados, los buenos varones, los honestos padres de familia.

Las reglas más amplias de esta conducta honesta son las milenarias *honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*»⁽³⁸⁾.

Los contratos en general también pueden ser revisados judicialmente cuando su contenido es contrario a las normas de carácter imperativo. El artículo 1354 del Código Civil establece el derecho de las partes para determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a alguna norma de carácter imperativo. Toda norma de este tipo es de interés general y se debe tener en cuenta el artículo V del Título Preliminar que sanciona con nulidad el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres.

Esta posibilidad de revisión puede darse tanto en el caso de cláusulas aprobadas administrativamente como en el de las no aprobadas administrativamente.

5.1.2. Control administrativo.

Es el que se realiza a través de la Administración Pública con la finalidad de que ésta verifique el cumplimiento de las normas que en relación con esta modalidad de contratación han sido dictadas. Di Iorio pone como ejemplo de este tipo de control el que realiza en Argentina la Inspección General de Justicia sobre las sociedades que captan el ahorro público⁽³⁹⁾.

5.2. Cuando las cláusulas no han sido incorporadas todavía a un contrato individual.

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. Como bien expresan Morello y Stiglitz: «Razones de seguridad, de confiabilidad e inclusive de economía, aconsejan no transitar una costosa y aleatoria controversia judicial, toda vez que es más útil para el interés particular y para el general que cubre todas las líneas de contrataciones seriadas o idénticas, disponer antes de que se consume la relación jurídica con medios expeditivos que impidan la aparente juridicidad de cláusulas de ese linaje»⁽⁴⁰⁾.

(37) GARCÍA AMIGO, Manuel. Op.cit., pág. 715.

(38) ESPERT SANZ, Vicente. La frustración del fin del contrato. Tecnos, Madrid, 1968, pág. 118.

(39) DI IORIO, Alfredo J. Op.cit., pág. 88.

(40) MORELLO y STIGLITZ. Op.cit., pág. 72.

5.2.1. Control legislativo.

El control legal se hace necesario porque lo que empezó como una excepción, es decir, como la posibilidad de renunciar en materia privada a acciones o beneficios concedidos por la ley, se tornó en regla, de modo tal que las cláusulas de renuncia se volvieron cláusulas de estilo (*voluntas hominis facit cessare voluntatis legis*)⁽⁴¹⁾.

Como se ha referido anteriormente, el Código Civil peruano, en su artículo 1398, establece que en los contratos celebrados por adhesión y en las CGC no aprobadas administrativamente, no son válidas las estipulaciones que establezcan en favor de quienes las ha redactado, exoneraciones o limitaciones de responsabilidad; facultades de suspender la ejecución del contrato, de rescindirlo o de resolverlo o de prohibir a la otra parte el derecho de oponer excepciones o de prorrogar o renovar tácitamente el contrato.

Anteriormente se ha dejado constancia de que se trata de un listado manifiestamente incompleto que, por lo demás, tiene carácter taxativo.

Para abordar la regulación de las cláusulas abusivas o vejatorias han sido planteadas las siguientes opciones:

- a) Establecer una cláusula general o norma abierta que involucre, con gran amplitud, las diversas posibilidades de estipulaciones vejatorias.
- b) Enumerar puntualmente las CGC que tienen carácter abusivo.

Participo de la opinión de que «es difícil optar por una de las dos posiciones extremas (...). La primera tiene la ventaja de permitir un juego más libre del arbitrio judicial, pero el peligro de su imprecisión, daría lugar a una gran inseguridad. La segunda adolece de una rigidez que no está a tono con la creatividad cada vez mayor que informa la contratación moderna, pero pone coto a las acciones de invalidez de las cláusulas, agilizando esta contratación»⁽⁴²⁾.

Ante ello, tal vez la solución más aconsejable sea que el Código Civil contemple una regla general

que defina cuándo las CGC son nulas e incluso presumiendo su invalidez en determinados casos, haciendo recaer sobre el predisponente la carga de la prueba de su conformidad con las exigencias de la buena fe. La ley reglamentaria deberá enumerar, con carácter puramente enunciativo, esto es, de modo simplemente ejemplificativo, abierto, las cláusulas abusivas.

En caso contrario, se correría el riesgo de que se sostenga la validez de cláusulas efectivamente abusivas, sólo por no estar consideradas explícitamente en el listado.

En este orden de ideas, la regla general a la que se hace referencia podría tener el siguiente texto:

«Son nulas las estipulaciones insertas en las cláusulas generales de contratación que se opongan, en perjuicio del adherente, a la buena fe.

“...regulación de las CGC en las leyes de defensa de consumidores y usuarios es inconveniente por ser discriminatoria, por cuanto las cláusulas abusivas afectan no sólo a los consumidores propiamente dichos, sino también a las empresas no encuadradas en la categoría de consumidores, con menor poder económico...”

Se presumen opuestas a la buena fe las cláusulas que atribuyan al predisponente una situación desproporcionadamente ventajosa considerando el tipo

(41) El artículo 1341, segundo párrafo, del Código Civil italiano exige la aprobación por escrito, entre otras, de las cláusulas limitativas de responsabilidad. Sobre este particular expresa Jordano Fraga que «la doctrina ha puesto ya largamente de manifiesto la insuficiencia del remedio legislativo de la específica aprobación por escrito de las cláusulas lesivas como instrumento de protección de la parte débil en la contratación en masa. Insuficiencia incluso en el plano formal de la cognoscibilidad del contenido de la cláusula lesiva (...), pues la ‘doble aceptación’ corre el riesgo de convertirse en algo inmediato o automático por parte del adherente» (JORDANO FRAGA, Francisco. Op.cit., pág. 381).

Aquí se presenta lo que Juan Carlos Rezzónico (Op.cit., pág. 599) denomina adecuadamente como «proteccionismo ingenuo». En efecto, la aprobación por escrito de las cláusulas limitativas de responsabilidad, es simplemente un «recurso formal» que no elimina los riesgos inherentes a la condición adversa del no predisponente.

(42) Cfr. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El contrato... Op.cit., págs. 216-217.

contractual de que se trate; que injustificadamente contradigan o se aparten de los principios inspiradores de las normas legales aplicables al contrato; o que modifiquen o limiten los derechos y obligaciones de los contratantes, de modo que se impida que el contrato alcance el fin para el que fue celebrado.

La carga de la prueba en contrario recae en el predisponente.

Corresponde a la ley de la materia señalar, en particular, los casos en que determinadas cláusulas generales de contratación son nulas».

La propuesta se inspira en los anteproyectos españoles de Ley sobre condiciones generales de contratación, en sus versiones de julio de 1983 (artículo 8), noviembre de 1987 (artículo 8) y 1991 (artículo 7), así como en los artículos 16 del Decreto Ley No. 446/85 de 25 de octubre sobre cláusulas contractuales generales (Portugal) y 9 de la *AGB-Gesetz* alemana.

En cuanto a la enumeración concreta de las cláusulas abusivas, parece lo más aconsejable confrontar, comparativamente, los distintos textos legislativos que se ocupan del tema a fin de definir cuáles convendría considerar específicamente, cuyo empleo puede resultar más común en el tráfico contractual, respetando las particularidades de cada país y sus condiciones sociales, económicas y políticas.

Entre las cláusulas a tener en cuenta para esa enumeración, pueden ser mencionadas las siguientes: las que exoneran o limitan la responsabilidad del predisponente; las que invierten la carga de la prueba en perjuicio de la parte adherente; las que imponen compulsivamente la utilización del arbitraje o que desvían al adherente de la competencia del juez al cual corresponde considerarlo naturalmente sometido; las que establecen como ley aplicable al contrato una ley extranjera, sin existir factor de conexión que lo justifique; las que autorizan al predisponente a resolver o rescindir unilateralmente el contrato, salvo tratándose de contratos de duración y siempre que medie un preaviso cursado con anticipación razonable; las que lo facultan a suspender la ejecución del contrato, prorrogarlo o renovarlo; las que lo autorizan a modificar unilateralmente la prestación convenida; las que modifican la obligación de saneamiento en perjuicio del adherente; las que contemplan penalidades irrisorias de cargo del predisponente; y las que restrinjan de cualquier manera el derecho del adherente para resolver el contrato por causas imputables al predisponente.

Sobre este aspecto, es importante considerar la

opinión de Rezzónico, en el sentido de que «no parece que una tipificación cuidadosa, sin exceso legislativo, conduzca a un atascamiento en el desenvolvimiento del comercio o la industria. Sólo que el legislador habrá de cuidar, con referencia a cada país y su circunstancia, de no sobrepasar el nivel admisible de imperatividad, aunque cuidando siempre de resguardar la justicia contractual. En lo demás, se trata de armonizar el conjunto o elenco legal de cláusulas con una disposición central asentada sobre la buena fe que sirva de orientación y complemento. En otras palabras, los inconvenientes de un procedimiento casuístico han de ser superados por el establecimiento de una norma abierta-eje, que cree un mecanismo directivo, pero a la vez subsidiario»⁽⁴³⁾.

En el mismo orden de razonamiento que el artículo 1398 se ubica el artículo 1399 del Código Civil cuando establece que: «En los contratos nominados celebrados por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, carecen de eficacia las estipulaciones contrarias a las normas establecidas para el correspondiente contrato, a no ser que las circunstancias de cada contrato particular justifiquen su validez».

Una cuestión importante vinculada con el problema del control legislativo es el de la incorporación de las cláusulas a la oferta de un contrato en particular a celebrarse y el del conocimiento requerido por parte de quien no las ha redactado del contenido de tales CGC.

Algunas legislaciones se inclinan por el conocimiento pleno; otras prefieren su incorporación automática a la oferta cuando han sido aprobadas o revisadas previamente por la autoridad administrativa; y hay, finalmente, las que permiten la incorporación de cualquier cláusula, presumiendo el conocimiento que se ha tenido de la misma por su adecuada publicidad.

El Código Civil peruano utiliza una fórmula mixta. Si las CGC han sido aprobadas previamente por la autoridad administrativa, se incorporarán automáticamente a todas las ofertas que se formulen para contratar con arreglo a ellas (artículo 1393), sin perjuicio de que las partes puedan convenir expresamente que determinadas cláusulas no se incorporarán a la oferta en el contrato particular que ellas celebran (artículo 1395). La situación es distinta cuando las CGC no han sido aprobadas administrativamente. En este caso, se incorporan a la oferta de un contrato en particular cuando han sido conocidas por la contraparte o ha podido conocerlas usando de una diligencia ordinaria. Se pre-

(43) REZZÓNICO, Juan Carlos. Op.cit., pág. 456.

sume el conocimiento cuando han sido publicitadas adecuadamente (artículo 1397).

5.2.2. Control administrativo u homologación.

Se presenta cuando las CGC son sometidas previamente a aprobación por la autoridad administrativa correspondiente.

El Código Civil peruano también se refiere a este sistema de control (artículos 1393 a 1396 inclusive) tal como se ha explicado anteriormente⁽⁴⁴⁾.

6. SEDE DE REGULACIÓN DE LAS CLÁUSULAS GENERALES DE CONTRATACIÓN: ¿CÓDIGO CIVIL? ¿CÓDIGO DE COMERCIO? ¿LEY ESPECIAL? ¿LEY DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR?

Para abordar esta cuestión, es preciso dejar constancia de que en la legislación comparada es posible advertir hasta cuatro tendencias a propósito de la sede de regulación de las CGC.

Así, algunos países se ocupan de la materia en sus Códigos Civiles. Otros lo hacen en sus Códigos de Comercio. También encontramos que ciertos países lo hacen en leyes dedicadas específicamente a la materia. Finalmente, otros se refieren al asunto en sus leyes de protección al consumidor.

En el primer caso encontramos a Italia (Código Civil de 1942, artículos 1341, 1342 y 1370), Etiopía (Código de 1960, artículos 1686 y 1738, 2) y Paraguay (Código Civil de 1985, con vigencia desde 1987, artículos 691 -si bien referido a las cláusulas restrictivas de carácter leonino en los contratos por adhesión- y 713), entre otros, además de los Códigos Civiles del Perú y Bolivia (artículo 518).

En el segundo caso puede citarse a Honduras (Código de Comercio de 1950, artículos 726 a 728), además de Bolivia, si bien su artículo 817 se ocupa estrictamente de los contratos por adhesión cuyas ofertas constan en formularios impresos (contratos-tipo).

En el tercer caso tenemos, entre otros, a Israel (Ley No. 5725/1964 de 12 de febrero, modificada en 1969), Alemania (Ley para la Regulación del Derecho de las Condiciones Negociales Generales - *Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen* - llamada «AGB-Gesetz» o «AGBG», de 9 de diciembre de 1976), Inglaterra (*Unfair Contract Terms Act* de 1 de febrero de 1978), Suecia (Ley Prohibitiva de Cláusulas Contractuales Abusivas de 1971, modificada en 1973) Portugal (Decreto Ley No. 446/85 de 25 de octubre

sobre cláusulas contractuales generales) y Holanda (Ley de 18 de junio de 1987), entre otras.

En el último caso encontramos a España (Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios -Ley No. 26/1984, de 19 de julio-, artículo 10), México (Ley Federal de Protección al Consumidor de 22 de diciembre de 1992, artículos 85 a 90, incluidos en el Capítulo X referido a los contratos por adhesión), Argentina (Ley de Defensa del Consumidor de 22 de septiembre de 1993, vigente a partir del 15 de octubre de 1993, artículos 37 a 39) y Brasil (Código de Defensa del Consumidor -Ley No. 8078 de 11 de septiembre de 1990-, artículos 46 a 54).

A los efectos de determinar si la regulación de las CGC debe estar en los Códigos -Civil o Comercial-, en leyes dedicadas específicamente a la materia o en las que se ocupan de la defensa del consumidor, resulta preciso advertir que las cuestiones que de ellas se derivan no conciernen exclusivamente al ámbito del Derecho Privado, sino que trascienden a otros ámbitos, aun al Derecho Público.

Ello puede servir de explicación al hecho de que en los últimos tiempos la materia ha sido objeto de regulación por la legislación especial, con excepción del caso del Perú, donde el Código Civil delinea con amplitud los aspectos más saltantes de la institución, por encima de eventuales reservas que puedan merecer algunas de sus disposiciones.

El ejemplo del Código Civil peruano puede servir de guía para definir la sede de regulación de las CGC. No puede desconocerse que el tema de las CGC tiene aspectos en permanente evolución. Así, por ejemplo, el relativo a las cláusulas consideradas abusivas, vejatorias o sorprendentes, que son sancionadas con nulidad y cuyo listado se incrementa continuamente. Estas cuestiones no deben ser materia de una referencia pormenorizada en los Códigos, cuyo sentido de permanencia obliga a regular el asunto desde una perspectiva de generalidad, derivando a la ley especial su desarrollo puntual.

En otras palabras, el tema de las CGC puede ser objeto de regulación general en el Código Civil. Allí deberá constar una definición del instituto; la distinción entre las cláusulas aprobadas y no aprobadas administrativamente y sus efectos (siempre y cuando se estime conveniente tal diferenciación); las reglas de interpretación pertinentes; y una regla general sobre la nulidad de las cláusulas abusivas o vejatorias.

La ley especial, que tendría carácter reglamentario, se encargaría de desarrollar pormenorizadamente, por ejemplo, los casos en que las CGC requieren de

(44) Vid. K, 3.2.

aprobación administrativa; las formas de controlar los abusos del predisponente; los cauces procesales para hacer efectivos esos mecanismos de control; la autoridad administrativa competente a la que corresponde acudir para denunciar los abusos; la legitimación, sea individual o colectiva -defensa de intereses difusos-, para cuestionar las cláusulas abusivas; las sanciones a aplicarse y sus efectos respecto a las CGC consideradas vejatorias; y, *last but not least*, una enumeración puramente enunciativa, a título ejemplificativo (*numerus apertus*) de las cláusulas consideradas abusivas, que por tal razón carecerían de validez.

Conviene aclarar que la ley reglamentaria, cuyos alcances estarán determinados por la realidad social, económica y política del país en que se aplicará, deberá ser una que esté dedicada exclusivamente a las CGC. No es aconsejable que el asunto forme parte de una ley de defensa de los consumidores, porque, como se explica en el punto siguiente, el tema de las CGC no se agota en la esfera del llamado «Derecho de Consumo».

7. LA PROTECCIÓN FRENTE A LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS Y CLÁUSULAS GENERALES DE CONTRATACIÓN: ¿DEBE LIMITARSE A LOS CONTRATOS CON CONSUMIDORES O EXTENDERSE A TODOS LOS CONTRATOS CELEBRADOS CON ARREGLO A ELLAS?

No puede negarse que el tema de las CGC está profundamente vinculado con el de la defensa de los consumidores. Así lo corroboran las leyes de protección al consumidor más recientes, a las que se ha hecho referencia anteriormente, que se ocupan de las CGC.

Sin embargo, el campo de las CGC excede, sin duda, la relación entre proveedores y consumidores, pues ellas son usadas con mucha frecuencia, por ejemplo, en el tráfico jurídico entre empresas, donde unas se encuentran en situación de inferioridad, sin que puedan quedar comprendidas en la calidad de consumidores finales y en la protección que brinda la ley correspondiente.

A este respecto, Rezzónico, se refiere a «la aparición de relaciones de dependencia entre las empresas, de manera que empresas jurídicamente independientes dependen, económicamente, en cuanto a su poder de decisión, de empresas más poderosas. Ello aparte de las 'empresas proletarias': según el plan de producción, pequeñas o medianas empresas trabajan

exclusivamente para una grande, en función de sus directivas. En todos los casos se constata la disminución de la contratación libre a través de dos posibilidades: a) empresas desiguales; b) empresas y consumidores»⁽⁴⁵⁾.

Por ello, la regulación de las CGC en las leyes de defensa de consumidores y usuarios es inconveniente por ser discriminatoria, por cuanto las cláusulas abusivas afectan no sólo a los consumidores propiamente dichos, sino también a las empresas no encuadradas en la categoría de consumidores, con menor poder económico -pequeños y medianos empresarios-, que no pueden enfrentar eficazmente la posición predominante del predisponente en la celebración, por ejemplo, de contratos con entidades bancarias y financieras.

En el Perú, la Comisión de Protección al Consumidor ha resuelto diversos casos declarando improcedentes denuncias presentadas por empresas que han alegado presuntas infracciones a la ley de la materia, lo que pone de manifiesto la inconveniencia de ocuparse de las CGC en las leyes de defensa de consumidores y usuarios.

Para ello se ha tenido en cuenta que el Decreto Legislativo No. 716 sobre protección al consumidor, define a los consumidores o usuarios (artículo 3, inciso a) como «las personas naturales o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales productos o servicios».

La Comisión ha considerado que el término «consumidor final» no se entiende como aquella persona natural o jurídica que utiliza los bienes y servicios que adquiere para transformarlos en otros bienes y servicios que posteriormente vende en el mercado, sino como el último eslabón en la cadena de producción-consumo. (Es de advertir que el Decreto Legislativo No. 716 no contiene una norma como la del parágrafo 3 del artículo 1 de la ley española de defensa de los consumidores y usuarios, que descarta la consideración como consumidores o usuarios de quienes, «sin constituirse en destinatarios finales, adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros»).

Empero, la Comisión ha estimado que lo dicho no descarta que eventualmente una empresa pueda constituirse en consumidor final de un bien o servicio si es que lo adquiere no para transformarlo en nuevos bienes y servicios, sino para consumirlo como último eslabón de la cadena de producción-consumo.

(45) REZZÓNICO, Juan Carlos. Op. cit. , pág. 32.

En el expediente No. 72-93-C.P.C., referido a una denuncia por incremento de intereses respecto de diversos contratos de préstamo celebrados por varias empresas con una entidad financiera, la Comisión sostuvo que, «en el caso del crédito, éste constituye un servicio prestado por una institución financiera a las empresas denunciadas, las que lo utilizan para el desarrollo de sus actividades económicas, siendo precisamente el crédito un recurso inherente al proceso de producción de bienes y servicios».

Por ello, la Comisión consideró que carecía de

competencia para conocer los hechos materia de la denuncia por no enmarcarse los denunciados dentro del concepto «consumidor final».

Si, como se aprecia, existen operaciones que se celebran precisamente con arreglo a CGC, las cuales quedan excluidas de la protección que se brinda a los consumidores, resulta indispensable que el tema de la defensa contra las cláusulas abusivas no se circunscriba sólo a los contratos con consumidores, sino que se extienda, en general, a todos los que se concluyen sobre la base de CGC. ㊞