



El control del contenido en contratos estandarizados^(*)

Análisis de la prohibición de cláusulas abusivas bajo el artículo 1399 del Código Civil peruano

The control of content in standardized contracts. Analysis of the prohibition of abusive clauses under article 1399 of the Peruvian Civil Code

Walter Humberto Vásquez Rebaza^(**)

Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú)

Resumen: Una de las formas más importantes –y controvertidas– en que el legislador interviene en contratos estandarizados (es decir, contratos con cláusulas generales de contratación y contratos de adhesión) reside en la posibilidad de que las autoridades jurisdiccionales controlen su contenido negocial con el fin de eliminar o sustituir cláusulas efectivamente incorporadas en aquellos, por ser abusivas o vejatorias. En el presente trabajo, se examina la disciplina de control del contenido dispuesta por el artículo 1399 del Código Civil, norma que, pese a haber sido injustamente relegada por los estudiosos nacionales, cuenta con un enorme potencial para –correctamente entendida– lograr los propósitos de tutela fijados por nuestro Código Sustantivo.

Con ocasión a ello, se analizará, en primer lugar, las diversas normas jurídicas contenidas en el artículo 1399, así como sus respectivas hipótesis y consecuencias. El referido análisis será complementado por una aplicación práctica a casos concretos, lo que permitirá comprender el funcionamiento del dispositivo normativo. En segundo lugar, se reparará en el fundamento e importancia del artículo en mención, así como su potencialidad para convertirse en una noción capaz de erradicar estipulaciones disfuncionales más allá de la escueta noción consagrada por el legislador peruano de 1984 en el artículo 1398. En tercer y último lugar se desarrollará cuáles son las circunstancias justificadoras capaces de neutralizar, en cada caso concreto, el carácter abstractamente vejatorio de una cláusula presuntamente abusiva bajo el artículo 1399. Este análisis cobra especial relevancia pues su tratamiento por los estudiosos nacionales ha sido casi inexistente.

Palabras clave: Cláusula abusiva - Cláusula vejatoria - Contratos estandarizados - Cláusulas generales de contratación - Contrato de adhesión - Derecho Civil - Perú

Abstract: One of the most important –and controversial– ways in which the legislator intervenes in standardized contracts (i.e., contracts with general contracting clauses and adhesion contracts) lies in the possibility for jurisdictional authorities to control their contractual content. The purpose of this intervention is to eliminate or substitute clauses effectively incorporated in them for being abusive or vexatious. This paper examines the discipline of content control provided by Article 1399 of the Civil Code, a rule that, despite having been unjustly relegated by national scholars, has enormous potential to achieve the protective purposes set by our Substantive Code, when correctly understood.

(*) Nota del Equipo Editorial: este artículo fue recibido el 15 de octubre de 2023 y su publicación fue aprobada el 4 de diciembre de 2023.

(**) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú). Magister por la misma casa de estudios. Profesor de Derecho Civil en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad del Pacífico. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4605-2725>. Correo electrónico: walter.vasquez@pucp.pe.



On this occasion, we will first analyze the various legal rules contained in Article 1399, as well as their respective hypotheses and consequences. This analysis will be complemented by a practical application to concrete cases, allowing an understanding of the functioning of the normative provision. Secondly, the basis and importance of the article in question will be discussed, as well as its potential to become a notion capable of eradicating dysfunctional stipulations beyond the brief definition established by the Peruvian legislator in 1984 in Article 1398. Thirdly and lastly, we will develop which are the justifying circumstances capable of neutralizing, in each specific case, the abstractly vexatious nature of an allegedly abusive clause under Article 1399. This analysis takes on special relevance since its treatment by national scholars has been almost nonexistent.

Keywords: Abusive clause - Abusive clause - Standardized contracts - General contracting clauses - Contract of adhesion - Contract of adhesion - Civil law - Peru

1. Introducción

La doctrina contemporánea discute intensamente sobre la conveniencia de que un sistema legal permita a los tribunales jurisdiccionales (y, en ciertos casos, a algunas autoridades administrativas) controlar contenido de contratos estandarizados, en pos de la tutela de los adherentes⁽¹⁾, noción que no necesariamente se identifica con la noción de consumidor⁽²⁾.

Como decisión de política legislativa, el Código Civil peruano (en adelante, CC o Código Civil, indistintamente) ha optado por acoger este tipo de tutela, mediante la consagración de normas bajo las cuales es factible erradicar (y, en ocasiones, sustituir) pactos incorporados en contratos estandarizados. El primero de estos preceptos se encuentra dado por la prohibición de cláusulas enumeradas en el artículo 1398 CC.

El segundo dispositivo que permite la intervención del contrato estandarizado es el artículo 1399 CC, conforme al cual, “[e]n 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”.

El entendimiento de los alcances del artículo 1399 CC, y –principalmente– la interiorización de su importancia como mecanismo revisor del programa negocial, son todavía limitados en nuestro medio. Ello se debe en buena medida a que los estudios que se han dedicado al particular no resultan abundantes y, salvo excepciones, consisten en abordajes generales elaborados en manuales, tratados o comentarios globales y/o se han limitado a referir que la eficacia del dispositivo en mención consiste en transformar en imperativas a las normas dispositivas típicas.

Esta situación contrasta con la importancia que amerita en un sistema legal una norma como el artículo 1399 CC. Y es que hoy en día la contratación estandarizada no es más un paradigma excepcional de intercambios transaccionales (Patti, 1996, p. 232), sino que se ha transformado en un paradigma tan relevante como el propio modelo tradicional de acuerdos “B2B” – es decir, *business to business* o acuerdo

(1) Barnes explica que la protección legal dada mediante el control del contenido solo debe operar para la “letra chica”, esto es para las cláusulas sobre las cuales el consumidor haya dado un asentimiento *en blanco* y no así para aquellas estipulaciones conocidas, que contarían con un asentimiento específico (precio deseable, tipo de ítem o servicio comprado y reputación del establecimiento) (2010, pp. 862 y ss.). Lo mencionado en primer lugar se debería a que el consumidor habría dado su voto de confianza a favor del empresario, respecto de aquellas cláusulas sobre las que ha operado un *asentimiento en blanco*. Dicha aprobación justificaría que el consumidor asuma el riesgo de defraudación de sus expectativas, salvo situaciones de grosera disfuncionalidad. Y es que, al igual que ocurre con un votante que empodera al candidato político posteriormente elegido como autoridad, el consumidor –mediante su *asentimiento en blanco*– empoderó al empresario para administrar los términos desconocidos y no leídos por el consumidor en el formato de contrato.

(2) Al respecto, Espinoza señala que “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 quienes, 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” (1998, p. 146). En otro lugar de su trabajo (1998, 160), aunque en el mismo sentido, el autor puntualiza lo siguiente: “Si lo que pretendemos regular es la prohibición de fijar cláusulas vejatorias en los contratos predispuestos unilateralmente, no resulta determinante el status de las partes contratantes (consumidor versus empresario), ni que una parte sea más fuerte que la otra: lo que caracteriza esta situación es que una parte predispone unilateralmente un contrato frente a otra que simplemente lo acepta”.



paritario con negociación individualizada—. Tanta es la trascendencia del artículo estudiado que todo despacho de abogados debería tenerlo presente al momento de redactar contrato estandarizado (al respecto, véase Albiez, 2014, p. 185).

En suma, la presente investigación se justifica en tanto apunta a colmar vacíos de conocimiento existentes sobre la prohibición de cláusulas vejatorias en el Código Civil; y ello mediante el esclarecimiento de los contornos interpretativos y funcionales del artículo 1399 CC.

El orden expositivo que seguiremos será el siguiente. En primer lugar, examinaremos las diversas normas jurídicas contenidas en el artículo 1399 CC, incluyendo sus respectivas hipótesis y consecuencias. El referido análisis será complementado por una aplicación práctica a casos concretos, lo que permitirá comprender el funcionamiento de las diversas normas autónomas contenidas en el artículo en mención. En segundo lugar, se reflexionará sobre el fundamento e importancia del dispositivo legal, así como su potencialidad para dar lugar a una noción de abusividad capaz de erradicar estipulaciones disfuncionales ajenas a la escueta nómima consagrada en el artículo 1398 CC. En tercer y último lugar se desarrollará los justificadores capaces de neutralizar, en cada caso específico, el carácter abstractamente vejatorio de la cláusula presuntamente abusiva ex artículo 1399 CC.

2. La intervención legislativa y el paradigma clásico de la contratación

El paradigma clásico, acogido por estatutos tradicionales como en el Código Civil francés de 1804 –que ha influenciado de forma directa o indirecta en numerosas codificaciones del *civil law*, como la nuestra–, concibió al contrato como aquel acuerdo por el cual una parte asumía obligaciones sin restricciones relativas a la formalidad y cuya validez determinaba como regla su carácter vinculante para las partes⁽³⁾.

Conforme a esta visión, incardinada en valores como la libertad individual (Bullard, 2006, pp. 500-501) y la seguridad jurídica, la tarea del sistema legal residía primordialmente en

garantizar la justicia *formal* en el proceso formativo del consenso. La idea subyacente consistía en que si se garantizaba un consentimiento logrado bajo condiciones de justicia *formal*, lo que las partes estipulasen debía ser considerado como justo también en el plano *sustantivo*. Ello en tanto se asumía que los contratantes habían fijado el contenido negocial en un plano de igualdad y libertad (Momberg, 2013, p. 10).

Tal como indica Whittaker, el paradigma descrito sufrió una importante erosión durante el siglo XX, por la ocurrencia de los siguientes agentes de cambio (2019, pp. 407 y ss.):

- La ausencia de una posibilidad real de elección para las partes que se vinculaban bajo “contratos de adhesión”⁽⁴⁾ dificultó el encuadramiento de esta clase de intercambios en los principios de la contratación clásica.
- El creciente rechazo de los autores y tribunales a las cláusulas penales ocasionó una reforma del Código Civil francés (en el año 1975) para permitir a las cortes reducir o incrementar la pena acordada cuando era “manifiestamente excesiva o irrisoria”.
- Fueron creados importantes cuerpos normativos que regulaban –a menudo mediante normas imperativas– diversos contratos típicos (seguros, alquileres y contratos de trabajo).
- A partir de los años 80, cobró vigencia en Francia la idea de que la buena fe, tenía implicancias importantes para el desarrollo del derecho sustantivo. En ese sentido, la mencionada institución respaldaba efectos como la responsabilidad por ruptura abrupta de negociaciones, obligaciones precontractuales de

(3) Semejante construcción concibió a las partes del contrato como iguales, lo cual inicialmente llevó a una aproximación restrictiva de la invalidez, a rechazar este remedio por desequilibrio económico (lesión) y al reconocimiento explícito del carácter vinculante de las cláusulas penales (Whittaker, 2019, p. 407). Estas dos últimas características no se presentan en Código Civil peruano, el cual establece remedios jurídicos favorables a la parte perjudicada con lesión (artículos 1447 a 1456) y ante las cláusulas penales manifiestamente excesivas (artículo 1346).

Al momento de su génesis (siglo XIX) la aproximación aludida encontró respaldo en la idea de que los contratos eran la expresión de la “autonomía de la voluntad” de sus autores, y que, en aquel ámbito, lo que aquellas dictaminaban debía ser reputado como justo (Whittaker, 2019, p. 407): *qui dit contractuel, dit juste*.

(4) Se trataba de acuerdos que contenían términos “en bloque”, los cuales en realidad eran impuestos por una de las partes a la otra. Como es conocido, el término “contrato de adhesión” fue introducido por el jurista francés Raymond Saleilles, quien concluyó que los contratos de adhesión se asemejaban más a reglamentos administrativos que a verdaderos actos contractuales.



información, obligaciones contractuales de cooperación y “lealtad”, control del ejercicio de algunos derechos legales e incluso la justicia contractual. La buena fe fue entonces vista como un “contraprincipio”, que bajo ciertas circunstancias podía llegar a oponerse a los clásicos principios de libertad contractual y fuerza vinculante.

- Fueron creados diversos controles legislativos dedicados exclusivamente a los contratos de consumo y el abuso del derecho a contratar del comerciante.

En vista de este cambio de perspectiva, que repercutió también en los sistemas legales latinoamericanos (como el nuestro), la tendencia moderna viene a ser la morigeración, aplicable a ciertos ámbitos específicos, de los principios asociados al paradigma clásico de los contratos⁽⁵⁾. Uno de los ámbitos del derecho contractual en los que la intervención legislativa (entendida en sentido amplio) se ha manifestado más intensamente es el de la contratación estandarizada, al punto de que algunos consideran a esta categoría como un paradigma autónomo de contratación.

Para efectos de este trabajo, existirá “contrato estandarizado” cuando concurren dos elementos. El primero consiste en que las cláusulas –en su totalidad o en una parte esencial⁽⁶⁾– han sido unilateralmente elaboradas por el predisponente. Pero el solo hecho que una parte haya redactado el modelo de estipulaciones puede no ser suficiente para calificar a un acuerdo como estandarizado. Y es que no suelen ser infrecuentes acuerdos paritarios con negociación individualizada (B2B) –fenómeno opuesto a la estandarización– en los que si bien una de las partes propone el formato original de contrato, éste es objeto de significativos cambios conforme al avance de las tratativas⁽⁷⁾.

Para la configuración de un contrato estandarizado se precisa un elemento adicional: la imposición al adherente de la totalidad –o por lo menos una parte esencial– de los términos hasta que éstos hayan adquirido fuerza vinculante mediante la adhesión de la contraparte. El contrato estandarizado

presenta entonces un contenido conformado (en su totalidad o en una parte sustancial) por cláusulas unilateralmente predispuestas o no negociadas individualmente.

Considerando esta definición, “no se tiene predisposición unilateral cuando el contrato haya sido consecuencia de tratativa, ya sea que éstas se lleven a cabo entre los mismos contratantes o bien entre asociaciones sindicales o de categoría, que han celebrado el contrato” (Sacco & De Nova, 2016, p. 350).

Los contratos estandarizados se clasifican en dos categorías:

- a) Contratos de adhesión (en adelante, “CdA”). Se trata de acuerdos en los que el adherente, colocado en una situación de “tómalo o déjalo”, decide celebrar el contrato. En efecto, según el artículo 1390 CC, “[e]l contrato es por adhesión cuando una de las partes, colocada en la alternativa de aceptar o rechazar íntegramente las estipulaciones fijadas por la otra parte, declara su voluntad de aceptar”.

En los CdA no se le concede al adherente espacio para negociar el programa negocial, pues la actitud del predisponente⁽⁸⁾ excluyó total o esencialmente las posibilidades de una tratativa. Existe, en contraste, un acto de sometimiento del adherente. Ello supone la ausencia de antecedentes que canalicen la tratativa, tales como comunicaciones, correos electrónicos, rondas de negociaciones, minutas, MOUs, cartas de intenciones, contratos

(5) De hecho, hoy en día, incluso en la contratación entre pares con negociación individualizada (B2B), no resulta extraño apreciar que el contenido del contrato sea vea intervenido –en mayor o menor intensidad– por los tribunales en observancia de normas imperativas específicas –generales o sectoriales– o de la propia buena fe. Sobre la aptitud de la buena fe para controlar la contratación estandarizada entre empresarios. Al respecto, véase “Cláusulas abusivas y empresario adherente”, de Mato (2017).

(6) En todo caso, el carácter de CdA “no se modifica porque algunas de las cláusulas sean negociadas, si es que en lo esencial hay un acto de sometimiento” (Camacho, 2022, p. 42).

(7) Este fue el criterio del Laudo derivado del Caso Arbitral 090-2017-CCL, el cual se refiere la norma en examen. Según nos narra la síntesis elaborada por la CCL, el tribunal concluyó lo siguiente: “no se pudo afirmar que este era el supuesto [contrato de adhesión] entre las partes por el simple hecho de que la demandada redactase el modelo del contrato. Además, la demandante tuvo la oportunidad de revisar el modelo y alcanzar sus comentarios, pero decidió aceptar los términos contractuales sin objeciones. Por estos motivos, el Tribunal Arbitral decidió que la demandada pudo ejecutar el desistimiento, mientras que la demandante únicamente tenía el derecho al pago por los servicios que realmente prestó”.

(8) Esta no llega a ser una imposición obligatoria hacia el adherente, pues éste conserva su libertad de decidir no celebrar el contrato, sin asumir consecuencia jurídica negativa alguna. Empero, suele ser frecuente una restricción empírica, basada en las necesidades fácticas del adherente.

preparatorios y otros capaces de probar la tratativa. El contenido de un CdA puede haber sido construido mediante cláusulas generales de contratación, situación que resulta frecuente en el tráfico comercial. Empero, los CdA podrían abarcar también a acuerdos celebrados *ad hoc* entre empresarios y/o entre partes sofisticadas⁽⁹⁾. En general, la relación entre CdA y acuerdo integrado por CGdC es sólo coyuntural. Si bien son dos conceptos distintos, algunos negocios jurídicos pueden reunir ambas calificaciones al mismo tiempo⁽¹⁰⁾.

- b) Contratos con cláusulas generales de contratación (en adelante, “CGdC”). Son acuerdos que presentan estipulaciones uniformes, generales y abstractas (artículo 1392 CC), las cuales tienen el propósito de canalizar la producción en masa de bienes y servicios hacia un universo indeterminado de clientes⁽¹¹⁾. En efecto, se precisa para estar frente a CGdC que las estipulaciones hayan sido “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”⁽¹²⁾.

Para De Castro (2016, pp. 12 y 13), las CGdC son aquellas que contienen:

conjuntos de reglas que un particular (empresario, grupo o rama de industriales o comerciantes) ha establecido para fijar el contenido (derechos y obligaciones) de los contratos que sobre un determinado tipo de prestaciones se propone celebrar. Mediante tales condiciones se eliminan “a priori” los tratos previos entre las partes; una de éstas (el empresario) se ha atribuido el papel de predisponer o dictar, conforme a su interés y a gusto, la regulación de los contratos; se independiza el establecimiento de las condiciones de la celebración del contrato concreto; las condiciones se imponen de tal modo inexorable que pueden calificarse de apéndice de la prestación; se redactan en la forma abstracta u articulada que se acostumbra en las leyes⁽¹³⁾.

Puntualiza Escobar (2011, pp. 150 y ss.) que las CGdC suelen no ser *per se* equilibradas sino *one-sided clauses*. Esta situación resultaría deseable pues no solo reduciría los costos de costos de transacción (lo cual termina beneficiando al consumidor), sino que, además, le permitiría al predisponente mitigar riesgos asociados a la selección adversa de sus clientes⁽¹⁴⁾.

A menudo, los contratos estipulados con CGdC son el instrumento mediante el cual los proveedores de bienes y servicios en el mercado se vinculan uniformemente con sus clientes finales: los consumidores. Pero ello no necesariamente ocurre de esta manera, pues podrían existir acuerdos con CGdC aguas arriba en la cadena de venta. Así, suelen concurrir CGdC en las denominadas “órdenes de compra” u “órdenes de servicios” que bien podrían vincular, solo como ejemplo, a un fabricante con su distribuidor –no consumidor– o a un contratista principal con su subcontratista –no consumidor–.

Los estudiosos contemporáneos del derecho contractual suelen referir los siguientes fundamentos de la intervención legislativa orientada a la protección a los adherentes (noción que, como se mencionó previamente, es más amplia que la de consumidor) en contratos estandarizados:

- a) La restricción a la que los adherentes están sometidos respecto al ejercicio pleno de la autonomía privada (considerando la *quasi*

-
- (9) Ello ocurre, por ejemplo, en los acuerdos celebrados entre contratistas generales y los denominados *subcontratistas nominados*.
- (10) La acreditación de ambas circunstancias por el adherente puede ser, en no poca medida, una carga compleja de absolver. En ese sentido, se ha afirmado que la ausencia de negociación en el caso concreto bien podría ameritar la aplicación de la carga dinámica de la prueba, pues, de lo contrario, el adherente se vería gravado con una prueba diabólica (esto es, la carga de probar un hecho negativo –precisamente, que no hubo negociación– para hacer valer sus pretensiones). En cambio, resultaría bastante más factible para el predisponente acreditar que el hecho positivo constituido por la presencia efectiva de negociación. Esta inversión de la carga probatoria se condice con las necesidades tuitivas de protección al adherente. Al respecto, la solución acogida por la Directiva Comunitaria 93/13 dictamina que es el profesional quien asume la carga de probar la negociación del contrato. Este precepto parece lógico si se tiene en cuenta que con tal alegación el profesional persigue la inaplicabilidad de la regla general (que es el control del contenido de toda cláusula no negociada) (Álvarez, 2010, p. 33). En esta misma línea, Espinoza considera que esta presunción obedece a una simple constatación de lo que sucede en el mercado (1998, p. 161). Corresponderá pues, a la parte que ha redactado unilateralmente el contrato, probar que ha existido negociación con la contraparte.
- (11) Como consecuencia, usualmente las CGdC se encuentran en módulos o formularios.
- (12) Código Civil peruano. Artículo 1392.
- (13) Desarrollando este punto, Cárdenas (1996, p. 21) halla como características de las CGdC a la predisposición, a preformulación, a la generalidad, a la abstracción y a la uniformidad. Mientras que, a criterio del autor, el Código Civil habría omitido considerar a la inmutabilidad.
- (14) Según el autor, lo último consiste en conceder a los proveedores discrecionalidad para evaluar los reclamos o las solicitudes de los consumidores, y ajustar sus comportamientos a las expectativas de estos últimos, cuando ello tenga sentido.



ausencia de libertad de configuración interna) (Sacco & De Nova, 2016, p. 347). En efecto, la ausencia del poder de negociar individualmente los términos y condiciones incrementa el riesgo de inclusión de cláusulas abusivas pues, –por definición– la estandarización elimina la primera “línea de defensa” que le permitiría a una parte rechazar, reemplazar o acotar cláusulas desequilibradas y/o disfuncionales: la negociación.

- b) La presencia de una falla del mercado parcial, en virtud de la cual resulta inútil para el adherente gastar tiempo y dinero en renegociar los contratos estandarizados (Whittaker, 2019, 421)⁽¹⁵⁾.
- c) La asimetría informativa a la cual se encuentra sometido el adherente, la cual podría también encontrarse presente en el ámbito de la contratación entre empresarios⁽¹⁶⁾.
- d) Aunque con menor frecuencia, la exposición al adherente a factores coyunturales como la agresiva publicidad, desigualdad económica, desigualdad en la gestión contractual y otros⁽¹⁷⁾.

3. Mención a los remedios dispuestos por el Código Civil en tutela del adherente

Tal como ocurre en el *Código* de 1942 (Sacco & De Nova, 2016, p. 347), el Código Civil peruano afronta el fenómeno de las CGdC y CdA en el grupo de reglas dedicadas a la formación del consenso. En efecto, los artículos 1390 y siguientes forman parte del Título II “el Consentimiento” de la Sección Primera “Contratos en General” del Libro VII “Fuentes de las Obligaciones” del CC. Desde esta óptica, nuestra legislación dispone de un conjunto de remedios jurídicos particulares en tutela del adherente, como parte de contratos con CGdC o de un CdA. A continuación, haremos un listado de dichos remedios:

- a) La aprobación administrativa *ex ante* de las CGdC por la autoridad administrativa competente, la misma que, en caso de darse⁽¹⁸⁾ ocasiona que las CGdC se incorporen

automáticamente a las ofertas que el predisponente formule para contratar con arreglo a ellas (artículos 1393 y 1396 CC). Conforme a la lógica del Código Civil, por discutible que resulte, la aprobación administrativa determina que la CGdC sea inmune al control del contenido *ex post*, por parte de los tribunales.

- b) El control de incorporación, conforme al cual solo integrarán el contrato aquellas CGdC no aprobadas administrativamente que han sido conocidas por el adherente o que pudieron haber sido conocidas por aquel mediante la aplicación de la diligencia ordinaria al momento de operar el consentimiento (artículo 1397 CC). Dicho de otra forma, mediante este control, legislador introduce la necesidad de revestir de ciertos requisitos mínimos a las cláusulas que se transmitirán al adherente. Estos requisitos operan como un filtro que busca garantizar que la información transmitida tenga una calidad mínima tal que la haga conocible al menos para un adherente razonable al momento brindar su aceptación⁽¹⁹⁾. Solo respecto a la información transmitida idóneamente habrá consentimiento y, por ende, contrato. Si el predisponente no cumple con los requisitos (*rectius*: cargas) legales para la transmisión de la cláusula, entonces él mismo se perjudicará, porque ésta no se integrará al contenido negocial y no será exigible a la contraparte. En suma, a través del control de incorporación “se exigen ciertos requisitos para que las cláusulas predisuestas se entiendan integradas al contenido negocial” (Camacho, 2022, p. 69).

(15) O, lo que es similar, el hecho que el adherente no se encuentra en capacidad de obtener la modificación de las cláusulas predisuestas por el otro contratante (Sacco & De Nova, 2016, p. 367).

(16) En ese sentido, Camacho entiende que la creencia conforme a la cual no se puede aplicar el abuso de poder de negociación en las relaciones entre empresarios porque se parte del presupuesto de la igualdad de sus conocimientos parece ser “un rezago que viene de la etapa embrionaria del derecho comercial que actualmente no se puede seguir sosteniendo, pues hay una variedad inexorable de formas, tamaños y clases de empresarios entre los cuales no es posible mantener el dogma de su igualdad” (2022, p. 29).

(17) La situación estructural que explica la utilización de cláusulas estandarizadas –esto es, la masificación de bienes y servicios como respuesta a la necesidad constringente de adquirirlos por el adherente– no llega, sin embargo, a generar en el adherente estados de necesidad tan apremiantes como para dar lugar a un vicio del consentimiento como la lesión.

(18) Dicha competencia se determina en base a las normas de derecho administrativo.

(19) Como se aprecia, el control de incorporación tiene como finalidad el resguardar la cognoscibilidad de los términos que regularán la relación con la contraparte del adherente (Hernández & Campos, 2020, p. 144).



- c) La prevalencia de cláusulas agregadas al formulario por sobre aquellas que lo conforman, en caso de incompatibilidad entre ambas (artículo 1400 CC).
- d) La aplicación de la interpretación favorable al adherente frente a aquellas cláusulas ambiguas o dudosas (artículo 1401 CC), esto es, la regla del *in dubio contra stipulatorem* o *in dubio contra proferentem*.
- e) El control del contenido en CdA y contratos con CGdC no aprobadas administrativamente (artículos 1398 y 1399 CC). Como se mencionó, el control *ex post* queda entonces reservado para aquellas CGdC que no fueron sometidas a aprobación administrativa previa, y sobre las cuales no ha operado un control *ex ante*.

El presente trabajo se ocupará del último de los remedios mencionados, conforme a su regulación en el artículo 1399 CC. El interesante tema de los remedios propios de los contratos de consumo será, en cambio, dejado para otra ocasión.

4. El control del contenido en contratos estandarizados y su regulación en el Código Civil

Una de las formas más importantes –y controvertidas (Bullard, 2006, pp. 595-596; Rodríguez, 2015, pp. 73 y ss.)– de la intervención legislativa en contratos estandarizados reside en la posibilidad de controlar el programa negocial. Este tipo de intervención se encuentra destinada a eliminar o sustituir cláusulas que, “reputándose incorporadas al contrato por cumplir con los requisitos de inclusión” (Ballesteros, 1999, p. 271)⁽²⁰⁾, deben ser consideradas ilícitas por tener un carácter abusivo⁽²¹⁾. Luego, el control del contenido busca proteger al adherente, mediante la erradicación o sustitución de cláusulas vejatorias.

A diferencia de la regulación del Código de Protección y Defensa al Consumidor (que no será materia del presente trabajo, sin perjuicio de menciones puntuales), el Código Civil carece de una definición legislativa de cláusula vejatoria aplicable a los contratos estandarizados⁽²²⁾.

En nuestro sistema legal, el artículo 1398 CC dispone una nómina de cláusulas vejatorias prohibidas en CdA y en acuerdos con CGdC no aprobadas administrativamente, independientemente de la tipología contractual de que se trate. A mayor detalle, la norma dictamina⁽²³⁾ directamente la invalidez de las (a) exoneraciones o limitaciones de responsabilidad; (b) facultades de suspender la ejecución del contrato; (c) facultades de rescindir o resolver el contrato; (d) facultades de prohibir a la otra parte el derecho de oponer excepciones; y, (e) facultades de prorrogar o renovar tácitamente el contrato.

El artículo 1398 CC consagra un proceso de calificación mecánica, según el cual, tras la subsunción del pacto en algún supuesto de nómina anteriormente explicitada, se aplicará automática e inexorablemente la sanción de la nulidad, independientemente de que las circunstancias concurrentes puedan evidenciar la razonabilidad de la estipulación. Nos encontramos entonces ante cláusulas (a) que “en ningún caso pueden admitirse, ni siquiera en relación con el contrato del que forman parte, incluso aunque estemos en el hipotético caso ideal en el que el juego de dicho contrato equilibre las posiciones de las partes” (Álvarez, 2010, p. 39) y (b) “que tienen una naturaleza *per se* abusiva”, sin que el sistema permita explicar su incorporación atendiendo al resto de condiciones contractuales o al contexto (Bullard, 2006, pp. 595-596⁽²⁴⁾). El 1398 CC consagra entonces la regla *per se*, rechazando, en cambio, la regla de la razón⁽²⁵⁾.

(20) Se trata entonces de determinar la irregularidad de cláusulas ya incorporadas al programa negocial, esto es, que ya superaron el control de incorporación.

(21) Independientemente de la definición que cada sistema legal reserve a esta categoría.

(22) Con las consecuencias que analizaremos en el numeral 8 del presente trabajo.

(23) Siempre que de las cláusulas resulten prerrogativas en favor de quien las ha redactado y en contra del adherente.

(24) El autor critica esta decisión legislativa aseverando que “exactamente la misma cláusula en un contrato puede ser más que razonable y en otro crear problemas. No olvidemos que (...) el efecto de dichas prohibiciones puede ser el incremento del precio de los productos en el mercado. Y no olvidemos tampoco que ese precio lo paga finalmente el consumidor” (Bullard, 2006, p. 596).

(25) Esta toma de postura ha sido criticada en sede nacional. En efecto, Benavides considera equivocada la metodología empleada por el Código Civil en tanto “las cláusulas mencionadas en el artículo 1398 no pueden ser calificadas como vejatorias tomándolas en abstracto y prescindiendo del uso concreto y aplicación específica que les dan los particulares ni el papel que juegan en el contexto de un negocio particular. Así, una cláusula de limitación de responsabilidad podría resultar perfectamente razonable teniendo en cuenta el alea del negocio, los riesgos que asume el proveedor, la concesión de un precio especial u otros beneficios al adquirente o el equilibrio de ventajas y sacrificios acordado por las partes. Lo mismo puede decirse en relación a las demás disposiciones” (2002, p. 402).



La nomenclatura de cláusulas abusivas contenida en el artículo 1398 CC cuenta con carácter taxativo o cerrado, pues la nulidad, como efecto jurídico derivado, no puede ser aplicada por analogía a hipótesis que no se subsumen derechamente en una causal prevista por el legislador⁽²⁶⁾. Luego, la referida norma es incapaz de neutralizar la eficacia de cláusulas groseramente disfuncionales no incluidas en la nómina mencionada.

Prohibir una lista cerrada de cláusulas lleva el peligro de la excesiva rigidez de un sistema legal que podría verse superado por las nuevas circunstancias. Dicho de otra forma, la crítica al 1398 CC se encuentra dada por que “la lista [*contenida en dicho artículo*] debería actualizarse constantemente o se vería superada en breve por la realidad, sin haber conseguido la finalidad pretendida: controlar y eliminar las cláusulas abusivas de los contratos celebrados con consumidores” (Álvarez, 2010, p. 39) (Corchetes agregados).

De otro lado, sistema peruano destinado al control del contenido de negocios estandarizados es complementado por el artículo 1399 CC, conforme al cual “[e]n 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”.

El contenido del artículo 1399 CC se diferencia en al menos dos aspectos del artículo 1398 CC. El primero, reside en que el dispositivo inicialmente aludido no prevé una subsunción mecánica del pacto disfuncional (regla *per se*), sino una suerte de vía intermedia: el mero carácter sospechoso de vejatoriedad del pacto (regla de la razón), carácter que puede ser confirmado o desvirtuado posteriormente. Esto le permite a la parte interesada –el predisponente⁽²⁷⁾– justificar la razonabilidad de la

cláusula sospechosa y lograr, de este modo, salvar la validez del pacto.

En segundo lugar, el artículo 1399 CC, utiliza como insumo el conjunto de normas dispositivas aplicables a los contratos típicos, las cuales pueden ser actualizadas de tiempo en tiempo. Consecuentemente, la norma en comento permite hasta cierto punto escapar a la criticada rigidez del artículo 1398 CC, que arrastraba el riesgo de que la nómina de pactos taxativamente prohibidos sea superada prematuramente por la realidad.

5. Antecedentes comparados y normativos del artículo 1399 del Código Civil

Siguiendo a Cárdenas (1996, p. 20), la regulación peruana de las CGdC tiene como fuentes de inspiración al Proyecto de Código Civil holandés⁽²⁸⁾ y al Código Civil italiano⁽²⁹⁾. Empero, el contenido específico del artículo 1399 CC presenta características que la hacen en más de un sentido una norma singular, al punto que algún autor nacional se pregunta sobre si su origen se remite a la regulación alemana de las condiciones generales de la contratación o derechamente a la defensa a las normas de derecho dispositivo efectuada por De Castro y Bravo (Vega, 2001, p. 565). Y es que el referido autor consideraba como parámetro relevante

(26) Código Civil. Título Preliminar. Artículo IV.- La ley que establece excepciones o restringe derechos no se aplica por analogía.

(27) A tales fines, no basta que el tribunal pueda apreciar la posible justificación concreta del pacto sospechoso (como ocurre con las clásicas listas grises), sino que el predisponente deberá acreditar la justificar, asumiendo el riesgo probatorio asociado.

(28) El Código Civil holandés vigente presenta la siguiente redacción en lo que a cláusulas abusivas concierne:

Artículo 6:233 Estipulaciones anulables de las condiciones generales aplicables:

Una estipulación de las condiciones generales aplicables es anulable

a. si resulta irrazonablemente gravosa para la contraparte, teniendo en cuenta la naturaleza y el contenido del contrato, la forma en que se han redactado estas condiciones generales, los intereses de cada parte, evidentes para la otra, y las demás circunstancias del caso;

b. si el usuario no ha dado a su contraparte una oportunidad razonable de tomar conocimiento del contenido de las condiciones generales aplicables.

(29) Artículo 1341. Condiciones generales del contrato

Las condiciones generales del contrato predispuesta por un uno de los contratantes son eficaces respecto al otro si al momento de la celebración del contrato éste las ha conocido o debía haberlas conocido empleando la diligencia ordinaria.

En todo caso, no tienen efecto, si no han sido específicamente aprobadas por escrito, las condiciones que establecen, a favor de aquel que las ha predispuesto, limitaciones de responsabilidad, facultades de desistir del contrato o de suspender su ejecución o sancionan a cargo del otro contratante caducidades, limitaciones a la facultad de oponer excepciones, restricciones a la libertad contractual en las relaciones con terceros, prórroga o renovación tácitas del contrato, cláusulas compromisorias o derogaciones a la competencia de las autoridades judiciales.



para individualizar cláusulas abusivas la “renuncia a la ley” (De Castro, 2016, p. 72).

La filosofía subyacente a nuestro artículo 1399 CC guarda semejanza la prohibición de cláusulas contrarias a la buena fe contenida en la legislación alemana, específicamente, en la Ley de Regulación de las Condiciones Generales de la Contratación del 9 de diciembre de 1976⁽³⁰⁾ (*Gesetz zur Regelung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, en adelante, “AGB-G”). El estatuto de la AGB-G es considerado como el modelo codificador por excelencia de las CGdC (Albiez, 2014, p. 185). La importancia de aquel estatuto fue tal se ha llegado a decir que ningún gran despacho de abogados alemán podía prescindir de su conocimiento ni de su desarrollo práctico jurisprudencial al momento de elaborar contratos estandarizados (Albiez, 2014, p. 185).

Actualmente, el régimen de la AGB-G ha sido absorbido por el Código Civil alemán (BGB), por lo que en lo sucesivo haremos referencia a este cuerpo normativo. En particular, los numerales 1 y 2 del inciso 2 del § 307⁽³¹⁾ definen a las cláusulas contrarias a la buena fe del siguiente modo:

Código Civil alemán. § 307. Control de contenido

(1) Las cláusulas en condiciones generales de contratación son ineficaces si perjudican de modo no razonable, en contra de las exigencias de la buena fe, a la contraparte contractual del predisponente. Un perjuicio no razonable también puede ser resultado de una cláusula que no sea clara y comprensible.

(2) En la duda, debe deducirse un perjuicio no razonable si una cláusula.

1. no es compatible con principios fundamentales de la regulación legal de que de que diverge, o

2. restringe derechos o deberes fundamentales, que resultan de la naturaleza del contrato, de modo que se pone en peligro la obtención del fin del contrato.

(3) Los apartados 1 y 2, así como los § 308 y 309, rigen sólo para cláusulas en las condiciones generales de contratación mediante las cuales se pactan regulaciones divergentes o complementarias. Otras cláusulas pueden ser ineficaces de acuerdo con el apartado 1, inciso 2, junto con el apartado 1, inciso 1.

Adicionalmente a la definición explicitada, el BGB contiene dos listas de pactos prohibidos, frecuentemente denominadas como “lista negra” y “lista gris”. Si la CGdC forma parte del primer elenco, es *per se* contraria a la buena fe, y, por tanto, ineficaz. En cambio, si el pacto forma parte de la lista gris, aun siendo en principio contrario a la buena fe, puede ser objeto de valoración positiva por el juez, quien podría determinar su eficacia. Ambas listas constituyen una advertencia a los empresarios para que no redacten cláusulas que podrían pertenecer a una u otra nómina (Albiez, 2014, p. 190). Como se verá posteriormente, por disposición legislativa, las dos nóminas incluidas en el BGB son aplicables solo a los contratos con consumidores. Empero, desde el punto de vista jurisprudencial, las listas sido tomadas como lineamientos para hallar la abusividad incluso en acuerdos entre empresarios.

Entre los aspectos más destacables de la legislación alemana se encuentra su ámbito de aplicación subjetivo, el cual desbordó el campo de los consumidores (para el que originalmente había sido concebida), llegando a extenderse a las operaciones entre empresarios (Albiez, 2014, p. 192)⁽³²⁾.

(30) Sin embargo, esta norma entró en vigor el 1 de abril de 1977.

(31) Como contrapartida al modelo alemán, el *Code de la Consommation* francés, al definir lo que es una cláusula abusiva, antes que a la buena fe, hace referencia al desequilibrio o desigualdad entre las contraprestaciones. En efecto: el artículo L.132-1 de dicho Cuerpo Normativo dispone que “En los contratos celebrados entre profesionales y consumidores o personas no profesionales, se reputarán abusivas las cláusulas cuyo objeto o efecto consista en producir, en perjuicio del consumidor o persona no profesional en cuestión, una desigualdad significativa entre los derechos y obligaciones de las partes contratantes”.

Por su parte, el Código Civil francés emplea una fórmula semejante a la expuesta:

Artículo 1171.- En un contrato de adhesión, toda cláusula no negociable, determinada anticipadamente por una de las partes, que crea un desequilibrio significativo entre los derechos y obligaciones de las partes contratantes se reputa no escrita.

La apreciación del desequilibrio significativo no recae ni sobre el objeto principal del contrato ni sobre la adecuación del precio de la prestación.

(32) El autor refiere lo siguiente: “El actual § 310.1 BGB (antiguo § 24 AGB-G) extiende la protección a los empresarios. Aunque en un primer momento la AGB-G iba a ser una ley de consumidores, lo que era compartido por el grupo de trabajo constituido en 1972 a instancia del Ministerio de Justicia de la RFA, se produjo un cambio importante cuando se presentó el segundo anteproyecto, el cual extiende el ámbito de aplicación a todo el tráfico comercial. Una de las razones que explican este cambio cualitativo es que el texto legal, en particular el control de contenido, era, en realidad, una codificación de la doctrina jurisprudencial sobre las condiciones generales que se utilizaban en la contratación comercial y que habían sido objeto de decisiones judiciales importantes. También tuvo una influencia importante en el giro de esta política legislativa el Congreso de Juristas, celebrado en el año 1950, en el que se discutió ampliamente sobre las ventajas y desventajas de extender la AGB-G a los comerciantes (Kaufmänner). Una mayoría exigua de los congresistas votó a favor de extender el control de contenido a las condiciones generales de la contratación comercial”.



Además de ello, el modelo legislativo alemán influyó, por un lado, importantes normativas extranjeras como la Directiva 93/13/CEE, del 5 de abril de 1993; y, por el otro, en diversos cuerpos normativos de uniformización y armonización del derecho contractual, tales como el *Draft Common Frame of Reference* (DCFR), cuyos artículos II-9:403 y II-9:404 se refieren a las cláusulas abusivas como aquellas que ocasionan un “perjuicio significativo en contra de las exigencias de la buena fe”⁽³³⁾.

En lo que a prohibición de cláusulas vejatorias concierne, la legislación alemana contiene estatutos ligeramente distintos en lo que refiere a negocios jurídicos estandarizados con consumidores y negocios estandarizados entre empresarios. Entre las semejanzas de ambos regímenes se encuentra la definición de cláusulas abusivas (§ 307 del BGB) como aquellas que, insertadas en condiciones generales de contratación, “perjudican de modo no razonable, en contra de las exigencias de la buena fe, a la contraparte contractual del predisponente”⁽³⁴⁾. Otra semejanza es el remedio aplicable ante la verificación de una cláusula vejatoria: la nulidad parcial.

La diferencia más resaltante entre el régimen reservado para los consumidores y aquel aplicable a los empresarios en Alemania reside en que la lista negra y la lista gris son legislativamente aplicables exclusivamente para contrarrestar CGdC en acuerdos perfeccionados con el consumidor⁽³⁵⁾. Luego, su aplicación no se extiende a todos los acuerdos con cláusulas no negociadas individualmente entre empresarios⁽³⁶⁾.

Sin embargo, la distinción de tratamiento entre contratos no negociados (a) con el consumidor y (b) entre empresarios ha sido relativizada por los tribunales alemanes, los cuales han venido aplicando las listas también fuera del primer supuesto. A tales fines, se ha invocado construcciones conceptuales como la *Indiztheorie* (teoría de los indicios)⁽³⁷⁾ elaborada por el Senado VII del BGH, teoría según la cual la lista negra y la lista gris contienen meros indicios de ineficacia y, como tales, sirven para interpretar la cláusula normativa general de buena fe; cuya contrariedad es lo que al final del día ocasionaría la ineficacia de las estipulaciones no negociadas entre empresarios.

Mencionaremos una ilustración de la aplicación de la buena fe como regla limitativa de cláusulas aplicable a contratos estandarizados celebrados entre empresarios. Una empresa de carnicería (proveedor) perdió la mercancía –carne de cerdo, perteneciente a un cliente– almacenada en un establecimiento a causa de una falta grave en el cuidado de sus instalaciones, cuyos interiores no mantuvieron la temperatura necesaria para mantener la carne en buenas

Whittaker (2019, pp. 405 y ss.), también concluye, aunque desde el punto de vista del derecho de la competencia, cómo algunos el modelo legislativo francés y el inglés contienen normas de protección aplicables a los *standard form contracts*, concepto que excede el ámbito de los consumidores.

En tal sentido, es posible advertir una tendencia conforme que concibe la presencia de cláusula abusivas en contratos entre empresarios. A nuestro juicio, admitir esta posibilidad resulta correcto, ya que, en ocasiones los empresarios en sus relaciones contractuales ostentan poderes considerablemente importantes el uno sobre el otro, lo cual hace que los empresarios puedan imponer su voluntad a su contraparte, “sin que estos últimos, debido a su poder inferior, puedan negociar con el objeto de suprimir los términos que constituyen un desequilibrio significativo” (Morales & Munita, 2021, pp. 116-117). Sin perjuicio de ello, la protección de los consumidores y de los adherentes (en general), suele ser distinta, tal como ocurre en el sistema peruano. Contra esta conclusión, Benavides aconseja descartar la existencia de cláusulas abusivas en un contrato paritario en el que, a su criterio, habría igualdad de condiciones y la cláusula habría sido aceptada libremente y sin ninguna presión por las partes (2002, p. 403).

(33) Los Comentarios del DCFR al artículo II-9:403 dejan en claro que por el término “perjuicio significativo” no se grava al adherente con la necesidad de demostrar un daño. En cambio, de dicha expresión “se debe poder deducir que uno de los elementos clave de la prueba del carácter abusivo consiste en comparar la cláusula contractual en cuestión con las normas por defecto que serían de aplicación si esta no se hubiera acordado”.

(34) Renglón seguido, el referido párrafo introduce dos reglas operativas destinadas a permitir esclarecer la contrariedad a la buena fe y el perjuicio no razonable para el adherente:

i. que la cláusula no sea compatible con principios fundamentales de la regulación legal, de que de que diverge;

ii. que la cláusula restrinja derechos o deberes fundamentales, que resultan de la naturaleza del contrato, de modo que se pone en peligro la obtención del fin del contrato.

(35) Naturalmente, ello sin perjuicio de que la prohibición contenida en el § 307 del BGB se extienda indudablemente a los CdA.

(36) Véase, para mayor detalle, el actual § 310-1 del BGB establece que no son de aplicación las disposiciones de los §§ 308 y 309 del referido cuerpo normativo a CdA.

(37) Según esta teoría, las prohibiciones de los §§ 10 (actual § 308 del BGB) y 11 (actual § 309 del BGB) de la AGB-G contienen meros indicios de ineficacia en el control de las condiciones generales entre empresarios. La traslación de los §§ 10 y 11 al tráfico empresarial facilita el control de las CGdC entre empresarios, lo simplifica, puesto que las cláusulas prohibidas sirven para interpretar la cláusula general de buena fe (Albiez, 2014, p. 196).

condiciones. En tal caso, no fue derechamente aplicable la prohibición absoluta (lista negra) de cláusulas que excluyen o limitan la responsabilidad de los ejecutores auxiliares del proveedor, dado que el contrato con CGdC no era uno de consumo (sino un acuerdo entre empresas). Sin embargo, ello no impidió a los tribunales alemanes hacer una valoración paralela, precisando que, en el ámbito de las relaciones entre empresarios, las cláusulas de exclusión o limitación de responsabilidad podrían también ser ineficaces directamente bajo la cláusula general de buena fe (Albiez, 2014, pp. 196-197).

En lo que concierne a nuestro trabajo, el aspecto más relevante de la disciplina alemana de las estipulaciones estandarizadas se encuentra dado por los criterios operativos que ayudan a calificar a una cláusula como vejatoria (§ 307 del BGB). En efecto, la regulación alemana utiliza dos insumos objetivos para individualizar este tipo de pactos. A saber:

- a) Que la cláusula no sea compatible con principios fundamentales de la regulación legal, de que diverge.
- b) Que la cláusula restrinja derechos o deberes fundamentales, que resultan de la naturaleza del contrato, de modo que se pone en peligro la obtención del fin del contrato.

Ambos criterios operativos influyeron –de forma directa o, lo que es más probable, indirecta– en el artículo 1399 CC, pues este último coloca a la contravención de la disciplina dispositiva aplicable al tipo negocial –consagrado por ley– como el umbral de equilibrio normativo cuya desviación, en perjuicio del adherente, le permite a este último pretender la nulidad del pacto.

Adicionalmente, el espíritu de regulación alemana influyó en el artículo 1399 CC al menos en los siguientes aspectos:

- a) La disciplina legal de protección del BGB y del artículo 1399 CC es aplicable tanto a contratos con consumidores como a contratos entre empresarios, siempre y cuando estemos frente a negocios jurídicos no negociados.
- b) Al igual que ocurre con la regulación de las listas grises del BGB, el precepto incluido en nuestro Código Sustantivo le permite al predisponente justificar la razonabilidad de la cláusula aparentemente vejatoria para, de esta forma, lograr que los tribunales la consideren válida.

Pero la regulación alemana y el artículo 1399 CC también presentan importantes diferencias, entre las cuales destacan las siguientes:

- a) Nuestro sistema civil carece de un elenco amplio de pactos prohibidos, a diferencia de las listas negra y gris contenidas en los § 308 y 309 del BGB, respectivamente. Lo más cercano que existe son las escasas prohibiciones contempladas en el artículo 1398 CC.
- b) Bajo la legislación alemana, la desviación del derecho supletorio no es el único criterio para individualizar la presencia de una estipulación contraria a la buena fe.

Y es que un pacto de esta naturaleza concurrirá si, aun sin contravenir norma supletoria alguna, la estipulación perjudica “de modo no razonable, en contra de las exigencias de la buena fe, a la contraparte contractual del predisponente”. Puesto de otro modo, mientras en el Perú el criterio de individualización de la vejatoriedad está dado únicamente por la tergiversación del derecho dispositivo, en el BGB abraza criterios más amplios: el perjuicio al adherente que resulte contrario a la razonabilidad y a la buena fe.

- c) El criterio que acude a la derogación de las normas dispositivas para soportar la vejatoriedad es de aplicación constante bajo el artículo 1399 CC, mientras que la norma alemana refiere a aquel criterio solo en caso de duda.

Pasando a otro punto, en relación a los antecedentes del artículo 1399 en sede nacional, cabe señalar que este dispositivo no se basó en ninguna norma del Código Civil de 1936.

Según De la Puente (2007, pp. 798-799), el precepto en comento tiene como antecedente al artículo 77 de la primera Ponencia Sustitutoria, el cual presentó la siguiente redacción:

Artículo 77.-

En los contratos típicos celebrados en base a estipulaciones generales de contratación no aprobadas administrativamente, no se considerarán válidas las estipulaciones que sean contrarias a las normas dispositivas establecidas por la ley para ese tipo de contrato, a no ser que las circunstancias particulares de los contratantes justifiquen la validez de tales estipulaciones.

Como se aprecia, los antecedentes normativos del artículo 1399 reservaban su aplicación única y exclusivamente a los acuerdos celebrados con CGdC no aprobadas administrativamente, excluyendo a los CdA. No obstante, la norma vigente extiende expresamente su aplicación a los CdA, es decir, más allá del campo para el que fue originalmente ideado.

La redacción del citado artículo 77 se conservó en el artículo 72 de la Segunda Ponencia Sustitutoria, en el artículo 38 de la Tercera, Cuarta y Quinta Ponencias



Sustitutorias y del Anteproyecto y en el artículo 1414 del Primer Proyecto. Finalmente, en el artículo 1364 del Segundo Proyecto (Proyecto de la Comisión Revisora) del año 1984 se adoptó el texto del artículo 1399 que fue originalmente incluido en el Código Civil de 1984 (De la Puente, 2007, 798 y 799).

Finalmente, es menester mencionar que la Primera Disposición Modificatoria del Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, aprobado por la Resolución Ministerial 010-93-JUS (publicada el 22 abril 1993), añadió el siguiente párrafo al artículo analizado en este trabajo:

Lo dispuesto en el párrafo anterior no es de aplicación cuando las partes se hubieran sometido a un reglamento arbitral.

Sin embargo, este segundo párrafo fue derogado por la Única Disposición Derogatoria del Decreto Legislativo 1071 (publicado el 28 junio 2008), el mismo que entró en vigencia el 1 de setiembre de 2008.

6. El contenido del artículo 1399 del Código Civil. Disgregación de normas. Sus respectivas hipótesis y efectos jurídicos

La doctrina nacional observa que, por efecto del artículo 1399 CC, las normas dispositivas típicas aplicables a los contratos pasan a adoptar una naturaleza imperativa o pasan a comportarse como si fuesen tales (Arias Schreiber, 2011, p. 143), lo cual a la postre justificaría la sanción de la nulidad. En otras palabras, el efecto buscado por el artículo 1399 CC:

(...) es que la falta de aprobación administrativa de las cláusulas generales de contratación dará lugar a que ellas no puedan modificar las normas, tanto imperativas como dispositivas, de los contratos típicos. En otras palabras, la falta de aprobación administrativa determina que todas las normas de los contratos típicos adquieran carácter imperativo, por lo cual no tiene efecto legal alguno el pacto en contrario (De la Puente, 2007, p. 799)⁽³⁸⁾.

Esta afirmación es solo parcialmente admisible. En primer lugar, el artículo examinado no contiene una sola, sino tres normas jurídicas distintas. De esas tres, solo una de ellas (a la que referiremos como la *Segunda Norma*) es un mandato prohibitivo, que sanciona la nulidad o sustitución de la estipulación patológica. Pero dicha *Segunda Norma* no agota la totalidad del artículo en mención. Por ende, el enunciado normativo analizado no puede explicarse satisfactoriamente acudiendo a una supuesta transformación de una norma supletoria en imperativa. Si así fuera, no quedaría esclarecida ni

la presunción relativa de abusividad del pacto (*Primera Norma*) ni tampoco la posibilidad de acreditar la razonabilidad de los pactos que contravienen la norma primigeniamente dispositiva (*Tercera Norma*).

La ramificación de *Normas* del artículo 1399 CC es singular. Veamos un ejemplo de su modo de operar. Las exoneraciones de responsabilidad a favor del predisponente son nulas en contratos estandarizados bajo el artículo 1398 CC. La estructura de esta norma es la siguiente: *si en un contrato típico estandarizado existe una exoneración de responsabilidad favorable al predisponente, entonces ese pacto es nulo*. La prohibición es universal en el campo contractual. No existe una regla permisiva que habilite las exoneraciones de responsabilidad que, permaneciendo como tales, se encuentren justificadas por las circunstancias.

La estructura de las normas que configuran el artículo 1399 CC es distinta, pues se conserva espacio para una permisiva del pacto (*Tercera Norma*). El efecto, la estructura de la *Segunda Norma* sería la siguiente: *si en un contrato típico estandarizado existe un pacto contrario a una norma dispositiva favorable al predisponente y, además, no se ha acreditado la razonabilidad del pacto, entonces, el pacto será inválido (o será reemplazado por la norma dispositiva)*. No obstante, *si en un contrato típico estandarizado existe un pacto contrario a una norma dispositiva favorable al predisponente y se ha acreditado una justificación razonable para el pacto, entonces el pacto será válido (Tercera Norma)*.

En conclusión, donde algunos ven una norma imperativa de derecho material, nosotros apreciamos tres normas jurídicas distintas, una presuntiva (*Primera Norma*) una prohibitiva (*Segunda Norma*) y una permisiva (*Tercera Norma*). En efecto, el artículo 1399 del Código Civil es un enunciado legislativo complejo, en tanto contiene tres normas jurídicas⁽³⁹⁾, las cuales –a su vez– cuentan con sus propias hipótesis y respectivos efectos jurídicos.

(38) En un sentido similar, Muro & Huanco han aseverado lo siguiente: “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; es decir, las referidas cláusulas serán ineficaces si contienen disposiciones que contradicen lo establecido por las normas del contrato típico a que se refiera, ya sean imperativas o supletorias” (2003, p. 377).

(39) Entendidas como reglas operativas autónomas, con sentido propio mínimo y autosuficiente.

Pasaremos a identificar los elementos comunes a las hipótesis de las tres normas contenidas en el artículo 1399 del Código Civil para posteriormente explicar su contenido.

- a) La celebración de un CdA o, alternativamente, de un contrato con CGdC no aprobadas administrativamente.
- b) La calificación del contrato relevante como nominado o típico.
- c) Que alguna cláusula del contrato relevante contravenga la regulación dispositiva aplicable a su tipo contractual de encuadramiento.
- d) Que la cláusula incorporada en el contrato relevante opere en perjuicio del adherente y que le genere un detrimento esencial.

Estos requisitos combinan elementos normativos de las tres normas contenidas en el artículo 1399 CC para así detonar la aplicación de los efectos de cada una de dichas normas. Desarrollaremos a detalle los mencionados requisitos a continuación.

6.1. Elementos constantes a las tres Normas contenidas en el artículo 1399 del Código Civil

6.1.1. La celebración de un contrato de adhesión (CdA) o de un contrato con cláusulas generales de contratación (CGdC) no aprobadas administrativamente

El remedio de la prohibición de las cláusulas abusivas se encuentra reservado básicamente para los contratos estandarizados, esto es, para CdAs y para acuerdos con CGdC (no aprobadas administrativamente). Ambas categorías -así como los alcances de la aprobación administrativa- ya fueron explicadas *supra*, por lo que nos remitimos a lo ya desarrollado.

6.1.2. La calificación del contrato relevante como nominado o típico

La Sección Segunda del Libro VII del CC se titula *Contratos Nominados*⁽⁴⁰⁾. A pesar de esta nomenclatura, el mencionado estatuto en realidad disciplina a lo que la doctrina civilista denomina contratos típicos⁽⁴¹⁾. La tipicidad es una característica compartida por esquemas negociales tales como compraventa, el arrendamiento, el suministro, la donación, entre muchos otros⁽⁴²⁾.

Un contrato típico es aquel apto para ser calificado dentro de un tipo contractual consagrado por el legislador, sea dentro o fuera del Código Civil. ¿Pero qué exactamente debe entenderse por tipo contractual? La doctrina más asentada ha explicado al citado concepto como aquel “modelo de operación económica, llevada a cabo mediante contrato, conocida y difundida en la vida en relación” (Roppo, 2009, p. 393; Bianca, 2007, p. 494) o como aquel “modelo reglamentario abstracto que encierra en sí la representación de una operación económica frecuente en la práctica comercial” (Gazzoni, 2007, p. 808).

Definiremos entonces al tipo contractual como todo aquel modelo legal, abstracto y orgánico de reglas contractuales que canalizan una operación económica llevada a cabo a través del contrato (o de alguna cláusula) que se repite, extiende y consolida en la praxis, en el marco de un espacio histórico-geográfico específico.

El tipo es abstracto en la medida que se encuentra conformado por normas jurídicas, las cuales describen hechos y consecuencias jurídicas, esto es, previsiones de una realidad y de sus efectos relevantes para el Derecho. Por su parte, la disciplina del tipo negocial se caracteriza por ser orgánica en tanto se encuentra compuesto por reglas que se ocupan de los principales aspectos del desenvolvimiento de las operaciones negociales en él subsumidas, tales como su definición y delimitación, los elementos que conforman su contenido, las obligaciones de las partes, formalidades obligatorias excepcionales, distribución de riesgos, regímenes especiales de responsabilidad, subtipos y cuestiones similares.

(40) La mención de contratos nominados ya se encontraba consagrada en los antecedentes normativos del artículo 1399 CC, en particular, en el artículo 77 de la Primera Ponencia Sustitutoria.

(41) Sacco & De Nova aseveran que la tipicidad de una categoría es una característica que se encuentra en función a la figura con la que se la compare. Así, la compraventa con pacto de retroventa es típica respecto a la categoría genérica de la compraventa, el mandato gratuito es típico respecto al mandato. Según esta misma lógica, el contrato en general también vendría a ser típico si se lo confrontase con el paradigma del negocio jurídico. Sin embargo, con la finalidad de no restarle funcionalidad a la presente indagación, el concepto de tipo tomará como referente exclusivo a la institución del contrato en general. Dicho de otra manera, para efectos del presente trabajo, la tipicidad relevante (tipicidad contractual) es aquella que se presenta “entre la categoría (superior) del contrato y aquella (inferior) de los tipos nominados” (1993, p. 421).

(42) Del mismo modo, existen contratos típicos fuera del Código Civil, tales como el contrato de arrendamiento financiero, regulado por el Decreto Legislativo 299, cuyo artículo 1 dictamina lo siguiente: “Considérese Arrendamiento Financiero, el Contrato Mercantil que tiene por objeto la locación de bienes muebles o inmuebles por una empresa locadora para el uso por la arrendataria, mediante pago de cuotas periódicas y con opción a favor de la arrendataria de comprar dichos bienes por un valor pactado”.



Por lo expuesto, la disciplina del artículo 1399 CC es aplicable siempre y cuando nos encontremos frente a un contrato típico. Como se verá más adelante, la norma en examen emplea a las reglas legales que integran el tipo negocial como parámetro o estándar de neutralidad (equilibrio normativo)⁽⁴³⁾ para la asignación de riesgos, obligaciones y responsabilidades en una operación negocial. Por ende, el legislador presume que las cláusulas que se apartan de dicho estándar, en perjuicio del adherente, son vejatorias.

6.1.3. Que alguna cláusula del contrato relevante contraría la regulación dispositiva aplicable a su tipo contractual de encuadramiento

El tercer requisito para la aplicación de la norma en examen resulta complejo, pues está compuesto por múltiples elementos que es indispensable individualizar y definir. Esclarecer el significado jurídico del artículo estudiado⁽⁴⁴⁾—y de sus elementos— no es precisamente una tarea sencilla, pero sí, necesaria. A tales fines, resulta menester emplear correctamente los métodos de interpretación legislativa, los cuales precisamente tienen la misión de “explicar haciendo explícito y claro el sentido de la ley” (Betti, 1975, p. 239)⁽⁴⁵⁾.

Una interpretación idónea de la norma presupone la aplicación del método literal, pero impide detenerse en él, obligando al

intérprete a emplear conjuntamente a los otros métodos hermenéuticos estabilizados por doctrina y jurisprudencia. Aplicar un criterio interpretativo aislado es sólo un indicio incompleto de razonabilidad. Esta última es un resultado que solo puede estabilizarse a partir de la aplicación conjunta de todos los métodos interpretativos relevantes.

Ante tales circunstancias, cobra prestigio la interpretación correctiva, la cual busca “(...) corregir el significado literal, sustituyéndolo, total o parcialmente, por su significado genético (y/o teleológico) divergente” (Chiassoni, 2011, p. 149)⁽⁴⁶⁾. Así, (...) “es correctora cualquier interpretación que atribuye a un texto normativo no su significado literal más inmediato, sino un significado distinto”. (Guastini, 2016, p. 32; Tarello, 1980, pp. 35 y 38)⁽⁴⁷⁾. Aquel “significado distinto” puede ser más restringido o más amplio que el literal. Se advierte, así, la existencia de dos tipos de interpretación correctiva: la extensiva y la restrictiva. Esta última circunscribe

(43) Las fronteras entre el equilibrio económico—*prima facie* inalterable— y el equilibrio normativo, materia de revisión judicial (Momborg, 2013, pp. 32-33; Di Majo, 2002, s/p) mediante remedios como control del contenido ex artículo 1399, tiene importantes matices. El primer concepto (equilibrio económico), se fija en el objeto principal del contrato y alude a la identificación y cuantificación económica de los dos polos de la relación de cambio. Dicho de otra forma, el equilibrio económico se encuentra relacionado directamente a las magnitudes del intercambio. El equilibrio normativo, en cambio, concierne a las situaciones jurídicas que deben ocupar las partes en el programa negocial según una concepción abstracta de justicia consagrada por el legislador, y que se plasma principalmente en el derecho dispositivo.

Sin perjuicio de ello, la alteración del equilibrio normativo acarrea un costo económico. Los términos y condiciones y los objetos mediante aquellos intercambiados, forman un solo paquete de asignación de riesgos capaz de influir en el valor de la contraprestación (Rodríguez, 2015, pp. 77 y ss.). Por ende, no es posible negar que la erradicación de cláusulas abusivas (control normativo) altera las expectativas económicas del predisponente (equilibrio económico). Con todo, esta alteración parece enmarcada dentro del alea normal, debiendo ser soportada por el predisponente, quien asume el riesgo del conocimiento de la legislación aplicable.

(44) Al respecto, véase, Tarello (1980, pp. 39-40), quien define a la interpretación-actividad como un fenómeno mental, como la atribución de un significado a un documento. En cambio, la interpretación-producto vendría a ser el producto de la actividad designada con el verbo interpretar: el resultado del haber interpretado. Este resultado es pasible de ser conocido e incorporado en un documento.

(45) A diferencia de lo que ocurre con las reglas de interpretación del negocio jurídico, el sistema legal peruano no concibe normas jurídicas capaces de guiar el procedimiento interpretativo de otra norma. Empero, la doctrina más atenta (Tarello, 1980, p. 344), ha estabilizado metodologías que colman este vacío. Lejos de validar la discrecionalidad de los operadores jurídicos, los métodos de interpretación normativa son argumentos empleados en nuestra organización dentro de ciertos límites y acogidos en nuestra cultura jurídica como criterios “de valoración y de guía para las decisiones y las propuestas de atribución de significado a documentos normativos”.

(46) El autor distingue tres tipos de interpretación correctiva:

a) La interpretación restrictiva, interpretatio restrictiva, que opera bajo el presupuesto que *lex magis dixit quam voluit*.

b) La interpretación extensiva, interpretatio extensiva, que pertenece todavía al ámbito de la *comprehensio legis* y opera bajo el presupuesto *lex minus dixit quam voluit*.

c) La interpretación modificativa, que opera bajo el presupuesto que *lex aliud dixit quam voluit*.

En tales casos: “(...) el intérprete puede proceder con la denominada interpretación correctora (*interpretatio correctiva*) de la disposición: que consiste, precisamente, en corregir el significado literal, sustituyéndolo, total o parcialmente, por su significado genético (y/o teleológico) divergente”.

(47) Tarello apunta, sin embargo, que se trata de un uso impropio y poco riguroso teóricamente hablando, aunque necesario. Asimismo, explica por qué el discurso legislativo no tiene un significado propio principal independiente de la actividad interpretativa. En realidad, las normas deben ser consideradas el resultado antes que el presupuesto de la actividad interpretativa.



el significado *prima facie* atribuible a un enunciado legal, excluyendo de su campo de aplicación ciertos supuestos que, según la interpretación literal, habrían ingresado en él (Guastini, 2016, p. 39).

A continuación, propondremos una lectura del tercer requisito del artículo 1399 CC (y de sus tres elementos). En ocasiones, esta lectura coincidirá con el significado literal más inmediato derivado de la norma, mientras que en otras optaremos por una interpretación correctiva, atendiendo en todo momento a lo que los métodos de la interpretación legislativa determinen como razonable.

6.1.3.1. Sobre el alcance del término “cláusula”

Según Grasetti⁽⁴⁸⁾, en primer lugar, podría entenderse a la *cláusula* como cualquier proposición incluida en el negocio jurídico, esto es, como una descripción meramente formal que no supone necesariamente autonomía sustancial respecto a otras proposiciones. Aquella *cláusula-proposición* podría o no tener valor preceptivo. El artículo 1363 del CC italiano (según el cual “[l]as cláusulas del contrato se interpretan unas por medio de las otras, atribuyendo el sentido que resulta de la totalidad del acto”) se referiría a la acepción explicitada.

Pero una cláusula podría ser entendida como precepto negocial unitario caracterizado por ser inescindible. Se trata, entonces, de “un precepto negocial autónomo” (al respecto, véase Gentili, 1999, p. 1354)⁽⁴⁹⁾ –*cláusula-precepto*–, el mismo que puede encontrarse contenido en una única *cláusula-proposición* (*cláusula simple*) o bien en múltiples proposiciones (*cláusula compuesta*). Hace alusión a la idea de *cláusula-precepto* la norma del *Codice* según la cual “[l]a nulidad parcial de un contrato o de cláusulas individuales importa la nulidad de la totalidad del contrato, si resulta que los contratantes no lo habrían celebrado sin aquella parte de su contenido que se encuentra afectada por la nulidad (...)”⁽⁵⁰⁾.

En esta línea, Franzoni entiende a la cláusula en los siguientes términos

Como primera aproximación, la cláusula debe ser entendida como la unidad elemental de la parte dispositiva del acuerdo contractual.

Sin embargo, aquella no se identifica con el articulado del contrato, aun cuando aquel se divida en artículos y en apartados, del mismo modo en que una norma jurídica escrita no necesariamente se identifica con el artículo de una ley o con uno de sus párrafos. Se suele precisar que la cláusula es un precepto completo que presenta aquel mínimo grado de autonomía que permite distinguirlo del resto (1999, p. 39).

Como se advierte, la primera aproximación en el entendimiento de Franzoni se asemeja a la *cláusula-precepto*, en vista de que se trata de una unidad negocial, dispositiva, inescindible y autónoma.

Otro autor distingue entre *cláusulas en sentido formal* y aquellas *en sentido sustancial*. Las primeras se refieren fragmentación en la cual las partes organizan o dividen el contenido negocial⁽⁵¹⁾, esto es, a cualquier apartado del contrato. A manera de ejemplo, vendrían a conformar aquella categoría los fragmentos de volición que llevan por título “antecedentes”, “domicilio”, “objeto”, “resolución”, “declaraciones de las partes”, etc. Esta categoría poco o nada nos dice del genuino valor regulador presente, pues no toma en cuenta el direccionamiento del concepto hacia la obtención de efectos jurídicos.

Por su parte, las *cláusulas en sentido sustancial*, contienen un único precepto indivisible del contrato capaz de producir efectos jurídicos (Sicchiero, 2006, p. 1647). Se trata de una regla que cual constituye la unidad mínima en que puede ser dividida un reglamento negocial sin sacrificar su sentido lógico. Desde esta óptica, una *cláusula en*

(48) El autor elabora su discurso en base a la regulación del Código Civil italiano.

(49) El autor puntualiza, que a partir de fines de los 60, la jurisprudencia italiana definió a la cláusula como “precepto de autonomía privada”. Tal precepto sería jurídicamente inescindible, es decir infraccionable.

(50) Grasetti concibe una tercera acepción de cláusula: aquella que la concibe como comando heteronormativo, esto es, como precepto –inderogable o supletorio– que la ley incorpora en el negocio jurídico (1960, p. 1350). Así, vendría a ser una cláusula aquella recogida en el artículo 1340 del CC italiano, en virtud del cual “[l]as cláusulas de uso se entienden incorporadas al contrato si no resulta que no han sido queridas por las partes”. Para efectos de la presente investigación, limitaremos el ámbito de investigación a las cláusulas que emanan de la autonomía privada, sin descartar que algunas normas puedan referirse a aquel término empleando similar nomenclatura.

(51) Criscuoli se refiere a negocios objetivamente complejos como aquellos que constan de “una pluralidad de disposiciones o convenciones dirigidas a regular la misma materia bajo el aspecto de una misma causa objetiva” (1959, pp. 140-141). Posteriormente, el autor distingue entre cláusula parte y cláusula según, “según que, respectivamente, ellas se encuadren en la unidad negocial bajo el perfil de la misma causa o representen, individualmente consideradas, caracterizadas por una función propia, específicos negocios autónomos” (p. 185).



sentido formal usualmente contendrá diversas *cláusulas en sentido sustancial*⁽⁵²⁾.

Estimamos que las posturas expuestas resultan en esencia coincidentes.

En lo que atañe al artículo 1399 CC, consideramos que éste opera a nivel de las *cláusulas-precepto* o *cláusulas en sentido sustancial*, pues solamente verificando las consecuencias producidas por cada regla autónoma se puede comprobar qué cláusulas (...) deben ser eliminadas en cuanto contrarias a la ley y cuáles mantenidas (Sicchiero, 2006, p. 1647).

Dicho de otra manera, la prohibición contenida en el dispositivo examinado no tiene por qué afectar indispensablemente a la totalidad de una *cláusula-proposición* o *cláusula en sentido formal* (por ejemplo, a la totalidad de la Cláusula Sexta: “Exoneración de responsabilidad”, cuyo contenido alberga diversos supuestos, algunos vejatorios y los otros perfectamente razonables). Bien podría darse que una *cláusula-proposición* perviva parcialmente tras la declaración de abusividad de una de las *cláusulas-precepto* que conformaban su redacción.

Por ende, de ahora en adelante cuando aludamos al término *cláusula*, nos referiremos a su acepción como *cláusula-precepto* o *cláusula en sentido sustancial*.

6.1.3.2. Sobre el alcance del término “contrariedad”

Para que se contravenga una norma dispositiva no basta que el pacto simplemente aborde o refiera a la materia o aspecto de la realidad regulada por aquella. Cuando la regla legal disciplina a un derecho o un deber de manera genérica –sin individualizar un aspecto temporal, cualitativo, cuantitativo o espacial– no habrá contradicción si la cláusula incorporada:

- a) Solo reproduce la norma supletoria, que de todos modos se aplicará en defecto de la cláusula (Sacco & De Nova, 2016, p. 374).
- b) Introduce un factor novedoso que, sin embargo, solo concreta o especifica el aspecto genéricamente normado por el legislador.

En ambos casos, el pacto se encuentra alineado a la previsión legal, a la cual repite, desarrolla o especifica. Así, por ejemplo, una cláusula resolutoria está alineada con el derecho a resolver del acreedor, si es que el pacto se ha limitado a esencializar el incumplimiento o si solo repite el artículo 1429 CC.

Para que exista contrariedad al derecho dispositivo se precisa que la estipulación se oponga inconciliablemente al contenido explícito o implícito de la regulación legal. A mayor detalle, existirá oposición en cualquiera de los siguientes dos escenarios:

- a) El pacto elimina un derecho u deber normativamente concedido. Por ejemplo, en un contrato estandarizado de construcción se estipula una cláusula de *continued performance* o *keep working*, conforme a la cual el contratista no podrá suspender los trabajos bajo ninguna circunstancia sin autorización de los tribunales. Semejante estipulación elimina el derecho a suspender extrajudicialmente el cumplimiento derecho que, bajo ciertas circunstancias, le otorga al contratista la regulación de la fuerza mayor (artículos 1315 y 1316 CC) o la excepción de incumplimiento (artículo 1426 CC).
- b) El pacto modifica o altera alguno de los aspectos relevantes (de una situación fáctica cualitativos, cuantitativos, temporales o espaciales) dictaminados por la regulación legal. En ese sentido, se verificará una contravención al artículo 1553 CC si, en contraste con el aspecto espacial allí determinado (lugar de entrega

(52) Un sector de la doctrina nacional ha definido a la cláusula como “cualquiera de las proposiciones en las cuales consta, o puede constar, el contenido del negocio jurídico, es decir, la determinación relativa a un punto cualquiera de la *fattispecie* negocial” (Palacios, 2002, p. 186). En ese sentido, semejante categoría se caracterizaría por tener:

a) Carácter aislable: Ya que la cláusula debe poder ser separada del contenido sin que afecte el sentido otorgado a las otras proposiciones ni el suyo propio. Así, este carácter “supone que al extraer hipotéticamente una proposición, sea perfectamente distinguible la particular regulación que ella incorpora” (Palacios, 2002, p. 187).

b) Carácter inescindible: Esto es, una cláusula no debe poder dividirse en partes que, por sí, puedan constituir ulteriores puntos de regulación autónoma. De lo contrario, estaríamos frente a cláusulas compuestas o complejas.

El referido parecer, que parece referirse a las cláusulas-precepto, concluye que la cláusula constituye un “punto de regulación”, esto es, “la proposición o determinación independiente que resuelve satisfactoriamente una concreta incertidumbre, exigida o permitida por el ordenamiento, para una reglamentación de intereses destinada a satisfacer las necesidades de los sujetos negociales” (Palacios, 2002, p. 188).



del bien vendido), se acuerda que el bien se entregará en los talleres del vendedor; o si, en contraste con el aspecto cuantitativo dispuesto por el artículo 1323 CC (constituido por el atraso de 3 cuotas), en un mutuo se establece que el atraso gatillador de terminación anticipada o aceleración será un atraso de 10 cuotas.

Otro ejemplo de contrariedad se puede presentar cuando en un contrato estandarizado se establece como regulación contractual una ley extranjera o un cuerpo normativo estándar propio de alguna industria. Esta remisión podría colisionar con el derecho dispositivo, al menos en aquellos extremos en que el pacto elimina y disminuye, en detrimento del adherente, derechos que la legislación nacional le garantiza a éste.

Como contrapartida, no podría existir contrariedad al derecho dispositivo si no existe norma aplicable para una situación de la realidad. Luego, las partes no contravienen ninguna regla supletoria al fijar un precio (alto o bajo) para la venta de una maquinaria, pues simplemente no existe norma típica que discipline con carácter general cuál debe ser el precio congruo en este tipo de operaciones⁽⁵³⁾. Como se verá posteriormente, el legislador solo de manera muy excepcional dedica normas dispositivas a la cuantificación de la relación de cambio.

6.1.3.3. Sobre el alcance de la frase “normas establecidas para el correspondiente contrato”

Es menester dilucidar la especie de norma jurídica a que se refiere el artículo 1399 CC. La regulación legal de los tipos negociales contiene normas de diversa índole, las cuales pueden ser agrupadas en dispositivas e imperativas. Las primeras, son reglas que los sujetos pueden excluir o modificar mediante el ejercicio de su libertad de configuración interna⁽⁵⁴⁾, pues la regulación legal en este ámbito es meramente supletoria. En contraste, las normas imperativas se caracterizan por (a) prohibir conductas disfuncionales y/o proteger intereses de orden público o privado⁽⁵⁵⁾ y por (b) ser inderogables y mandatorias, encontrándose fuera del ámbito de la autonomía privada e imponiéndose a ésta, conforme al artículo 1354 CC.

Existe cierta discusión sobre si el artículo 1399 CC toma como insumo solo a las normas dispositivas que integran el

régimen particular de cada contrato o si, además de ello, se extiende a las normas imperativas que conforman dicho régimen (como sería, por ejemplo, la prohibición de pacto de mejor comprador, ex inciso 1 del artículo 1582 CC). Sobre este punto, cierta opinión propone la aplicación del artículo en examen a ambas clases de preceptos⁽⁵⁶⁾. Este parecer podría ser respaldado por la idea de que las normas imperativas de cada tipo contractual –al final del día– también son “normas establecidas para el correspondiente contrato”, siendo que donde el legislador no distingue el intérprete tendría vetado distinguir (Tamani, 2022, p. 409).

Dicha posición no es de recibo. El artículo en examen no se refiere a normas que cuentan con fuerza mandatoria para el paradigma general del contrato, independientemente de que se trate de uno estandarizado o de uno B2B. Las normas imperativas comunes o generales ya poseen un efecto limitativo derechamente asignado por el sistema legal, el cual irradia transversalmente al concepto de contrato en todas sus categorías. No sería lógico –ni aportaría ningún factor de novedad– que semejantes preceptos vuelvan a recibir –como *enforcement*, bajo el artículo 1399 CC– el mismo efecto mandatorio que ya poseían. Más aún, semejante técnica legislativa además de ser defectuosa, ocasionaría un irremediable imposible jurídico.

Es claro, al respecto, De la Puente:

(...) siendo las normas imperativas de observancia inexcusable, resulta ocioso dar a entender que las estipulaciones de los contratos celebrados por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente que son

(53) En contraste con ello, existen normas supletorias que establecen a la tasa de interés legal como tasa supletoriamente aplicable.

(54) Concepto que forma parte de su autonomía privada.

(55) De conformidad con el artículo 1356 “Las disposiciones de la ley sobre contratos son supletorias de la voluntad de las partes, salvo que sean imperativas”.

(56) En autor asevera lo siguiente: “(...) surge la duda respecto a si se está haciendo referencia a las normas dispositivas e imperativas o solo a estas últimas. En este punto nos encontramos de acuerdo con la doctrina nacional que coincide en indicar que se está haciendo referencia a ambas. Ello se justifica en la división entre contratos con cláusulas generales aprobadas y con cláusulas generales no aprobadas, en la búsqueda de generar un marco normativo que proteja a los consumidores perjudicados por la no existencia de un control estatal sobre el contenido de los contratos. En el caso de los contratos paritarios a los que podría ser aplicable la justificación estaría dada por la diferencia de poder de mercado que ostentan las partes intervinientes y que permiten la constitución de acuerdos sin negociación previa” (Tamani, 2022, p. 409).



contrarias a estas normas carecen de eficacia, pues ello ya está establecido, con carácter general para todos los contratos, por el artículo 1354 del Código Civil (2007, p. 799).

Consecuentemente, el artículo 1399 CC toma como insumo únicamente a las normas dispositivas que integran el régimen aplicable a los contratos típicos. Este entendimiento era más claro en el artículo 77 de la Primera Ponencia Sustitutoria, el cual aludía a “normas dispositivas establecidas por la ley para este tipo de contrato [énfasis agregado]”. Empero, por las razones expuestas en este apartado, creemos que se debería llegar al mismo resultado interpretativo, aun cuando el lenguaje empleado en el actual 1399 CC sea diverso.

El artículo en comento alude a las normas dispositivas aplicables a los diversos tipos negociales, y tiene tantas prohibiciones potenciales como reglas dispositivas existen. Se trata, como podrá advertirse, de una gran cantidad (capaz además de actualizarse con el transcurrir del tiempo) de normas restrictivas de la autonomía privada. Esta realidad hace que, tal como apuntaba Albiez para el sistema alemán, sea indispensable que todo despacho legal que trabaja con contratos estandarizados tenga en cuenta las normas de derecho dispositivo (sea en el Código Civil o en la regulación sectorial pertinente) (2014, p. 185).

El carácter expansivo del artículo 1399 CC contrasta con la prohibición taxativa del artículo 1398 CC, la cual solo abarca como *numerus clausus* a (a) exoneraciones o limitaciones de responsabilidad; (b) facultades de suspender la ejecución del contrato; (c) facultades de rescindir o resolver el contrato; (d) facultades de prohibir a la otra parte el derecho de oponer excepciones; y (e) facultades de prorrogar o renovar tácitamente el contrato.

Finalmente (sobre este punto), un sector de la doctrina latinoamericana ha criticado la idea según la cual el derecho dispositivo puede configurar un límite a la autonomía privada en contratos estandarizados. Esta posición considera que esto deviene en “un verdadero contrasentido”, ya que “no podría, en aras de buscar la justicia y la equidad en los contratos, sacrificarse un principio creador y dinámico” (Camacho, 2022, p. 55). A la opinión de la autora subyace la idea de que el derecho dispositivo, por su propia naturaleza intrínseca, jamás debería dejar de ser derogable por la autonomía privada.

La objeción no puede compartirse, en tanto pierde de vista que nos encontramos en el ámbito de los contratos

estandarizados, paradigma distinto al de los acuerdos B2B y en donde el legislador ha consagrado la necesidad de proteger al adherente contra las cláusulas vejatorias, para lo cual existe una norma –en el Perú, el artículo 1399 CC– que limita legítimamente a la autonomía privada tomando como insumo al derecho dispositivo.

6.1.3.4. Sobre el tipo de normas dispositivas reguladas en el artículo 1399 del Código Civil

Es menester esclarecer si la contravención a la totalidad de las normas dispositivas que resulten aplicables a un contrato típico es apta para ocasionar la presunción de abusividad, fijada en la *Primera Norma* del artículo 1399 CC. Y es que podría dudarse de cuál es la jerarquía y proveniencia de las “normas establecidas para el correspondiente contrato” capaces de encajar en el artículo mencionado.

Respecto a la jerarquía de las “normas establecidas para el correspondiente contrato”, es claro que, además del Código Civil, un contrato típico también podría hallar su disciplina en normas sectoriales que incluso podrían tener jerarquía infralegal (reglamentos o circulares)⁽⁵⁷⁾. Ahora bien, el hecho que una especie de contrato se encuentre gobernado por una norma infralegal, no niega que las partes que acuden a dicho negocio presenten exactamente las mismas necesidades de protección del adherente que celebra alguno de los contratos típicos consagrados en el Código Civil. Por ende, somos de la opinión que el artículo 1399 CC se aplica también para disciplinas típicas infralegales.

Pasando a otro punto, podría dudarse sobre si el artículo 1399 CC incluye a las reglas dispositivas que integran los estatutos generales del Código Civil⁽⁵⁸⁾, esto es, estatutos como los del contrato en general, las obligaciones y aquel dedicado al acto jurídico.

(57) Tal es el caso el contrato del que deriva la fianza bancaria, regulado mediante Circular B - 2101 – 2001 SBS.

(58) Respecto a la noción de norma general, Gabrielli ha mencionado autorizadamente lo siguiente: “(...) la locución «normas generales» puede significar, en primer lugar, normas que preceden a las «normas particulares», las mismas que serían aquellas que constituyen la regulación peculiar de cada tipo de contrato individual; de modo que, bajo tal acepción, la locución «normas generales» denotaría un esquema genérico, de por sí completo, que se contraponen, colocándose sobre un plano normativo superior, a los numerosos esquemas correspondientes a los tipos individuales, y de tal manera no sería pasible de confundirse con estos últimos” (2013, p. 46).



Se trata, como se advierte, de estatutos portadores de reglas que se oponen a las “reglas particulares de cada tipo”, a que se refiere el artículo 1353 CC.

La respuesta a esta compleja interrogante pasa por interpretar razonablemente la frase “normas establecidas para el correspondiente contrato”, explicitada en el artículo en comento. Dado que estamos frente a una norma que limita la autonomía privada, podría pensarse que la interpretación en este ámbito debe ser restrictiva. Bajo esta óptica, las únicas normas que ingresarían en el ámbito aplicativo del dispositivo en comento serían aquellas consagradas en los estatutos especiales: los denominados *Contratos Nominados*.

Estimamos que la posición aludida no resulta plausible. Ello en atención a las siguientes razones:

- a) No existe norma, principio o concepto según el cual la norma imperativa (como la *Segunda Norma* del artículo 1399) deba necesariamente –y en todos los casos– ser interpretada de forma limitativa. Por el contrario, en el caso concreto, se ha vislumbrado la necesidad de interpretar de manera extensiva las normas de control del contenido de acuerdos estandarizados⁽⁵⁹⁾ incluso en la misma Exposición de Motivos del Código Civil: “Como puede apreciarse, la enumeración [del artículo 1398] es notoriamente incompleta y por la redacción del artículo debe ser considerada taxativa, si bien, por supuesto, no está excluida la interpretación extensiva” (Cárdenas, 1996, p. 24) [Corchetes agregados]. Asimismo, una interpretación extensiva podría contribuir a paliar el importante vacío generado por la inexistencia de una definición de cláusula abusiva en el sistema civil peruano.
- b) Incluso atendiendo a la literalidad, las normas dispositivas de los estatutos generales también deben ser vistas como “normas establecidas para el correspondiente contrato”. Ello se debe a que aquellas normas confluyen con las normas especiales y, junto con éstas, conforman el *corpus* de reglas (supletorias e imperativas) que gobiernan el funcionamiento de los contratos típicos.
- c) La *ratio legis* del artículo 1399 CC termina por estabilizar su significado. En efecto, el propósito de la norma reside en proteger al adherente de contratos estandarizados mediante la tachadura de cláusulas altamente disfuncionales cuya presencia no llega a estar justificada por las

circunstancias. Esta idea nos aleja de una lectura restrictiva del alcance del artículo 1399 CC, pues resulta indudable que las normas dispositivas de los estatutos generales contienen principios y reglas fundamentales que se corresponden con las expectativas más elementales del adherente. La contravención de estos principios y reglas hace que el pacto tenga elevadas probabilidades de ser vejatorio. Pensemos, por ejemplo, en los derechos (i) a resolver un contrato por incumplimiento esencial de la contraparte (artículos 1428 y 1429 CC); (ii) a quedar exento de responsabilidad como consecuencia de la fuerza mayor (artículos 1315 y 1317 CC); (iii) a oponerse (extrajudicialmente) a cumplir un contrato ineficaz, a considerar no ejecutado un servicio o entregable materialmente defectuoso (artículo 1151, inciso 2 CC), y (iv) a que la eficacia de una declaración recepticia se desencadene con su arribo a la esfera de organización del destinatario (artículo 1374 CC).

Creemos que por razones de coherencia elemental, un sistema legal que ha optado por el control del contenido del contrato no podría dejar de considerar altamente sospechoso de vejatoriedad a los pactos que erradiquen cualquiera de los derechos antes mencionados, en perjuicio de quien se adhirió a un contrato estandarizado⁽⁶⁰⁾.

- d) La aplicación del derecho dispositivo contenido en los estatutos generales permite reencauzar la protección del artículo 1399 CC hacia vías consideradas como plausibles en modelos jurídicos más asentados (como el alemán y el francés, e incluso bajo la normativa comunitaria europea). Así, solo la lectura propuesta permitirá aplicar la presunción de abusividad a la (i) eliminación de manifestaciones “dispositivas” de la

(59) En ese sentido, se ha concluido lo siguiente: “el Código Civil nos ofrece un elenco ejemplificativo, por cuanto el mismo debe ser interpretado a la luz de los principios de la Constitución. En efecto, si el Estado defiende el interés de los consumidores, estos no podrán quedar desprotegidos en aquellas situaciones no previstas taxativamente por el artículo 1398 del Código Civil, al cual no deberíamos entender como una norma de excepción, por cuanto el artículo 1354 se aplica cuando “las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato”. En cambio, el artículo 1398 opera cuando una de las partes ha redactado previamente el contrato (sea de adhesión o con cláusulas generales de contratación) unilateralmente. Consecuentemente, lejos de existir una relación de excepcionalidad del artículo 1398 con respecto al artículo 1354, ambas regulan dos situaciones totalmente distintas” [énfasis agregado] (Espinoza, 1998, p.145).

(60) Siendo que en ocasiones se llega a discutir la validez del pacto en contratos paritarios con negociación individualizada (B2B).



buena fe (artículo 1362 CC), tales como ciertos deberes de información⁽⁶¹⁾ y (ii) a las erosiones a algunos aspectos “disponibles” del *pacta sunt servanda* (artículo 1361 CC), como los poderes incausados de acelerar el vencimiento de un financiamiento⁽⁶²⁾.

- e) La ubicación de una regla dispositiva como integrante del estatuto especial o general suele obedecer a meras discreciones legislativas o incluso errores en la técnica de codificación. Existen entonces reglas contractuales fungibles entre la parte general y especial (Momborg, 2013, p. 14). Así, solo como ejemplo, a diferencia de lo que ocurre en algunos sistemas legales, el Código Civil peruano incluye a las garantías de saneamiento en el Libro correspondiente al “Contrato en General” y no en el libro de los “Contratos Nominados”. Pero semejante fungibilidad, debida a una falla o a una discreción del legislador, no tiene por qué disminuir la protección que el derecho objetivo asigna a los adherentes.

Por las razones expuestas, concluimos que cuando nuestro Código Sustantivo refiere a “(...) las normas establecidas para el correspondiente contrato (...)”, alude tanto a las normas particulares consagradas en el estatuto de los *contratos nominados* como a las normas de estatutos generales.

Según un orden de cosas distinto, cabe analizar si el artículo 1399 CC adopta como insumo a las reglas contractuales derivadas de los usos y costumbres. De entrada, se podría pensar que la frase “normas establecidas para el correspondiente contrato” refiere únicamente a las normas consagradas expresamente por el derecho positivo, excluyendo de este modo a los usos y costumbres del tráfico jurídico-económicos.

Una toma de postura sobre el punto resulta controvertida. Empero, existen argumentos plausibles que apuntan a que el

insumo tomado por el artículo 1399 CC se extiende también a los usos y costumbres con valor normativo, en tanto portadores de reglas contractuales socialmente consolidadas. Se trata de los siguientes argumentos:

- a) Tal como lo señalado *infra*, el artículo 1399 CC no debe ser materia de interpretación restrictiva, sino de una lectura que potencie su *ratio legis*.
- b) La literalidad del artículo en comento soporta la lectura propuesta. En efecto, los usos y costumbres son verdaderas “normas establecidas para el correspondiente contrato”, en tanto son genuinas reglas contractual supletorias que, si bien no han sido consagradas expresamente por el legislador, son indudablemente aplicables a contratos típicos, en clave de integración heterónoma. En efecto, los usos y costumbres son preceptos heterónomos que se integran a la relación jurídica para disciplinar su devenir, incluso preponderando sobre las normas supletorias de cada contrato⁽⁶³⁾. Estas reglas hallan su fuente de validez en el derecho privado, específicamente, en los artículos 1353 del Código Civil y 2 del Código de Comercio, conforme a los cuales las “reglas sociales” son también “reglas” contractuales (concepto que engloba a los estatutos normativos) (Soria, 2014, p. 33)⁽⁶⁴⁾.
- c) Si el legislador peruano hubiese consagrado el texto derivado de la primera

(61) No nos referimos al contenido nuclear de la buena fe, el cual es claramente irrenunciable por anticipado, al ser un aspecto integrante del orden público.

(62) Estos términos y condiciones serían válidos en contratos B2B.

(63) En tanto se adaptan con mayor especificidad a la operación económica concretamente puesta en marcha.

(64) En particular, Soria señala lo siguiente: “otra norma que reconoce la prioridad de las reglas sociales respecto de las disposiciones legales supletorias es el propio artículo 1353 del Código Civil, el cual dispone que las reglas generales acerca de contratos serán aplicables a cualquier contrato (sea típico o atípico) salvo en cuanto resulten incompatibles con las reglas particulares de cada contrato” (2014, p. 33).

Como es fácil de advertir, este artículo, si bien establece como regla general que a todos los contratos (inclusive a los atípicos) les resultan de aplicación las reglas generales acerca de contratos, dicha norma también precisa que eso será así salvo en cuanto dichas normas generales acerca de contratos.

Es precisamente la salvedad establecida en el artículo 1353 del Código Civil la que admite a las reglas sociales (contenidas en los usos y costumbres), como regla aplicable inmediatamente después de verificar que las partes no han establecido pacto alguno en su respectivo contrato, que solucione una determinada situación.

Efectivamente, si aceptamos que los “contratos atípicos con tipicidad social” contienen “reglas particulares” que vienen dadas por los usos y costumbres, en aplicación del artículo 1353 del Código Civil, no podría admitirse que dichas “reglas particulares” (reglas sociales) puedan ser postergadas para aplicar las reglas generales de contratos. Como consecuencia de lo expresado, los usos y costumbres que son las “reglas particulares” del contrato atípico con tipicidad social, serán las reglas inmediatamente aplicables, en caso de defecto o vacío en el pacto de las partes.

Como resulta evidente, esta interpretación resulta plenamente concordante con lo establecido en el artículo 2 del Código de Comercio.

Ponencia Sustitutoria (que aludía a “normas dispositivas establecidas por ley para ese tipo de contrato”) quizás hubiese sido menos probable soportar una interpretación extensiva que abarque a los usos y costumbres. Pero el texto actual del 1399 CC alude a “normas establecidas para el correspondiente contrato”, sin precisar a si debe considerarse solo a aquellas consagradas expresamente por el legislador o no. La eliminación de la frase “por ley” otorga mayor flexibilidad al intérprete para estabilizar el significado del artículo en comento. Y en ese sentido, permite comprender a todos los cuerpos normativos que provean reglas heterónomas aplicables a un contrato típico.

- d) Como ya se mencionó, la *ratio legis* del artículo 1399 CC reside en proteger al adherente de contratos estandarizados mediante la tachadura de pactos gruesamente disfuncionales e injustificados. Desde el punto de vista teleológico, los usos y costumbres suelen reflejar –incluso mejor que las propias normas jurídicas dispositivas singulares y generales– lo razonable en el mercado relevante (tanto así que son precisamente estas reglas razonables las que llegan a ser consagradas por el legislador para conformar el derecho dispositivo). Por ende, la aplicabilidad de las reglas derivadas de usos y costumbres, bajo el artículo 1399 CC, es plenamente coherente con la *ratio legis* de la referida norma. Dicho de otro modo, el pacto que se desvía esencialmente de los usos y costumbres debería llevar a presumir, al igual que la contrariedad a la regulación legal del tipo, la abusividad de la cláusula.
- e) La lectura que incorpora en el ámbito de aplicación del 1399 CC a los usos y costumbres es equilibrada no amplía excesivamente la aplicación del dispositivo que nos ocupa, pues se mantiene sobre el adherente la carga de acreditar la existencia de la regla consuetudinaria invocada, situación que en ocasiones presentará no escasas dificultades⁽⁶⁵⁾.

Ilustraremos la aplicación del artículo 1399 a los usos y costumbres valiéndonos de un ejemplo. El propietario-predisponente “A” celebra un contrato de obra con el contratista-adherente “B” para encomendarle la implementación de cierta unidad productiva a cambio de un USD \$ 25'000,000.00. En el contrato se incorpora una cláusula según la cual “B” no tendrá derecho a ampliaciones de plazo por eventos no imputables (atrasos excusables) que impacten la ruta crítica del cronograma. En vez de ello, ante tales eventos, el contratista será responsable por incorporar oportunamente todos los recursos que resulten necesarios para cumplir con el hito final en la fecha-fin originalmente convenida.

Pues bien, en estos casos, estimamos que “B” podría considerar impugnar la referida cláusula bajo los alcances del artículo 1399 CC, absolviendo la carga de acreditar lo siguiente:

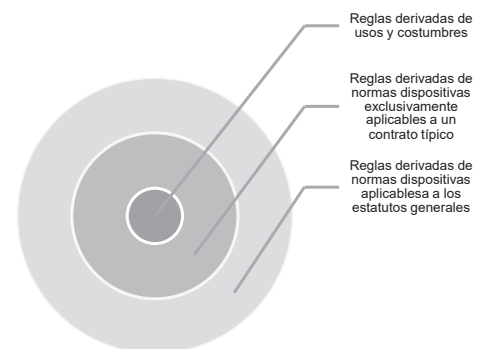
- a) es un uso y costumbre importante de la industria constructiva (nacional e internacional) la regla según la cual si la ruta crítica del proyecto se impacta por eventos no imputables al contratista (atrasos excusables), este tendrá derecho a una ampliación de plazo para la entrega del hito final;
- b) la cláusula incorporada deroga “normas establecidas para el correspondiente contrato”, pues se desvía de la regla consuetudinaria antes expuesta; y,
- c) si “A” no logra probar la justificación que haga equilibrado el pacto en concreto, entonces éste último será nulo bajo el artículo 1399 CC.

En conclusión, para efectos de la aplicación del artículo 1399 CC, las “normas establecidas para el correspondiente contrato” refieren a un *corpus* que engloba (a) a las normas dispositivas consagradas específicamente para cada tipo negocial, (b) a las reglas derivadas de los usos y costumbres con valor normativo, y (c) reglas y principios del derecho dispositivo contenido en los estatutos generales.

Gráficamente, el *corpus* de reglas dispositivas que se integran al contrato y que resultan relevantes ex artículo 1399, puede ser ilustrado de la siguiente manera:

Figura 1

Significado relevante de “normas establecidas para el correspondiente contrato” (artículo 1399 del Código Civil)



(65) Y es que los usos y costumbres no se invocan, como ocurre con las normas legalmente consagradas, sino que deben ser acreditadas por quien las alega, como si fuesen hechos.



Todas estas normas (incluidas en estatutos particulares, generales y aquellas provenientes de usos y costumbres) conforman un modelo reglamentario neutral de repartición de riesgos (equilibrio normativo) cuya contravención injustificada acarrea una estipulación sospechosa de vejatoriedad ex artículo 1399. Si la característica que define al carácter abusivo de una cláusula es la subversión esencial de la asignación de riesgos neutral de un acuerdo, no resulta razonable dejar de considerar a la universalidad de normas mencionadas.

6.1.3.5. Que la cláusula incorporada en el contrato relevante opere en perjuicio del adherente y que le genere un detrimento esencial

Para calificar como abusiva, la cláusula incorporada en el negocio estandarizado ha de ocasionar un impacto adverso o detrimento en el adherente, el cual ha de ser, además, esencial. Nos ocuparemos de ambos requisitos a continuación.

El impacto adverso puede consistir en (a) la eliminación de un derecho que el sistema le confiere al adherente o (b) en su disminución o modificación en alguno de sus aspectos relevantes: cuantitativo, cualitativo, temporal o espacial. En ambos casos, el resultado de dicho cambio debe ser un detrimento o disminución de la posición del adherente.

La concurrencia de impacto adverso en el adherente se encuentra incluida en el artículo 1398 CC, el cual predica la invalidez de aquellas estipulaciones que operan "(...) en favor de quien las ha redactado (...)". Si bien no existe una mención similar en la norma objeto de este trabajo, su presencia se hace indispensable en virtud de la *ratio* común a todos los remedios de control del contenido del contrato estandarizado.

En este orden de ideas, si la cláusula incorporada en el acuerdo estandarizado ocasiona un impacto beneficioso o benévolo en el adherente, tomando como punto de referencia a la disciplina del tipo, no será aplicable el artículo 1399 CC (en particular, su *Primera Norma*). Así, no podría ser presuntamente vejatoria ninguna de las siguientes estipulaciones: (a) el pacto otorga al adquirente-adherente de prendas de vestir el derecho de desistimiento *ad nutum* cuando la ley no le concede semejante prerrogativa; o, (b) el pacto que le asigna al adherente 45 días para corregir su incumplimiento, previo al derecho a resolver extrajudicialmente en cabeza de la contraparte⁽⁶⁶⁾.

Contra este entendimiento, podría pensarse que lo que impide que las estipulaciones beneficiosas para el adherente califiquen como abusivas es —en realidad— la acreditación de la justificación del pacto por obra del predisponente (*Tercera Norma* del artículo 1399). A nuestro modo de ver, esta lectura no sería correcta en atención a las siguientes razones:

- a) No existe ninguna norma, principio o concepto en el derecho contractual que justifique presumir (bajo la *Primera Norma* del artículo 1399 CC) la abusividad de un pacto que ocasiona en el adherente un resultado más beneficioso que aquel que le reserva la disciplina legal (la misma que ha de reputarse como neutral). Simplemente no hay razón para proteger a la parte débil mediante la herramienta tan invasiva como el control del contenido si es que el acuerdo voluntario le concedió un tratamiento más beneficioso que aquel que el legislador consideró como equilibrado.
- b) El entendimiento objetado no se condice con las necesidades de protección del adherente ni tampoco con la sistemática empleada por el legislador en el artículo 1398, homóloga funcional del artículo en comentario.
- c) Presumir la abusividad del pacto más beneficioso para el adherente generaría una consecuencia absurda: quedaría en manos del predisponente el omitir ofrecer prueba contra la cláusula presuntamente vejatoria y, de este modo, aquel controlaría la invalidación del pacto benévolo para su contraparte⁽⁶⁷⁾. Este resultado sería inadmisibles pues terminaría por beneficiar al predisponente y por debilitar a la parte a la que la norma busca beneficiar.

Ciertos autores critican la necesidad de concurrencia del detrimento en el adherente en el control del contenido de contratos estandarizados. Según se dice, este requisito colocaría sobre la parte débil de la relación una carga probatoria compleja: la del daño.

Semejante crítica no resulta acertada. Las nociones de impacto adverso o detrimento y daño no son equiparables. La prueba de la concurrencia de ambas, es radicalmente distinta. Tal y como se ha explicado *infra*, el impacto adverso en el adherente puede estar dado por la eliminación de un derecho concedido a aquella parte por el derecho objetivo o en su restricción, respecto a alguno

(66) Este pacto resulta más benévolo para el deudor que el artículo 1429 del Código Civil.

(67) Empero, se necesita que el adherente inicie el proceso sobre la invalidez de la cláusula, aunque cabe la posibilidad que el juez se pronuncie de oficio sobre la invalidez, conforme al artículo 202 CC.



de sus aspectos relevantes (cuantitativo, cualitativo, temporal o espacial). Por ende, la forma de acreditar esta situación consiste en un simple parangón de la regla contractual y la regla legal, que constituye el punto de referencia. Esta carga probatoria dista mucho del juicio de responsabilidad civil, necesario para acreditar la presencia de daño resarcible.

Pasaremos a referirnos ahora a la necesidad de esencialidad en el impacto adverso en la posición del adherente. Para introducir este punto cabe invitar a la reflexión mediante las siguientes interrogantes: ¿la presunción de abusividad debería afectar al 100% de pactos en contra de preceptos que integran el dispositivo? ¿Si en una compraventa se estipula que el bien no será entregado en el lugar de exhibición –como establece el artículo 1553 CC– sino en los talleres del vendedor (contiguos al primer emplazamiento, pero que suponen un ligeramente mayor costo de transporte), también debería reputarse vejatorio el pacto?

A tono con los modelos comparados, creemos que la respuesta a tales preguntas debería ser negativa. El solo impacto adverso en el adherente –por nimio que sea– no es apto para convertir a una cláusula en vejatoria, pues, a tales fines, debe concurrir un desequilibrio importante, significativo, excesivo, irrazonable, marcado, manifiesto, injustificado o contundente. Lo que queremos decir es que “desequilibrio mínimo no podría dar lugar a una cláusula abusiva” (Camacho, 2022, pp. 84-85)⁽⁶⁸⁾, pues el control del contenido se encuentra justificado cuando el pacto sustrae al adherente “la sustancia o naturaleza intrínseca” (De Castro, 2016, p. 72) de la operación contractual, es decir, cuando el pacto genera un impacto de no menor envergadura en la posición de la parte débil.

En realidad, la presunción de vejatoriedad debe quedar reservada para contravenciones al núcleo duro del derecho dispositivo, esto es, para modificaciones capaces de lesionar las expectativas elementales del adherente, conforme a la naturaleza de la operación y a las circunstancias. Se trata de normas supletorias cuya ausencia termine por privar al adherente de aquello que razonablemente tenía derecho a pretender conforme a la tipología negocial a la que se vinculó.

A nuestro juicio, el impacto adverso al adherente es material o esencial en cualquiera de los dos siguientes escenarios:

a) Derogatoria o limitación de los principios elementales de la regulación dispositiva. Luego, sería sospechosa de ser vejatoria una CGdC que elimine el derecho a

resolver un contrato por incumplimiento de la contraparte (Mato, 2017, pp. 434-435), que le haga al adherente asumir responsabilidad incluso por fuerza mayor o que determine que la transferencia del riesgo de pérdida y deterioro del bien no se efectúe con la entrega, sino desde la celebración del contrato (aun cuando el bien permanece en custodia del vendedor).

b) Derogatoria o limitación de la asignación de riesgos, deberes y responsabilidades fundamentales de la naturaleza de cada contrato típico, de modo que se coloque en peligro de lesión las expectativas esenciales del adherente. Bajo esta prohibición, será sospechosa la cláusula *pay-if-paid* (Vásquez, 2022, 709 y ss.) insertada en una compraventa en la que se condicione el pago del comprador al cumplimiento de un tercero, pues no solo contraviene el artículo 1529 (el cual califica al precio como un débito puro o incondicional) sino que deroga la naturaleza de intercambio conmutativo de la compraventa, arriesgando la propia existencia de contraprestación para el vendedor, quien por efecto del pacto podría incluso llegar a perder el valor del bien transferido⁽⁶⁹⁾. También sería sospechosa la cláusula que elimina el desistimiento *ad nutum* del comitente en un contrato de obra (artículo 1786 CC), pues obligaría al comitente a culminar el proyecto aun cuando haya perdido todo interés en su realización.

Visto de este modo, nuestro sistema engloba una regla semejante a aquella contenida en el artículo 424 del Código Civil brasileño, según la cual “[e]n los contratos de adhesión, son nulas las cláusulas que estipulan renuncia anticipada del adherente al derecho resultante de la naturaleza del negocio”⁽⁷⁰⁾.

(68) La autora alude a los siguientes criterios a partir de los cuales se puede desprender el desequilibrio importante: (b) el principio de buena fe objetiva, (b) el derecho dispositivo (“pues en el caso de contratos típicos si una cláusula predispuesta y no negociada se aparta del mismo sin una razón aparente, de manera contundente y desfavoreciendo al contratante adherente, se podrían considerar dados los presupuestos para dar por demostrado un desequilibrio reprochable”), y (c) la naturaleza de los contratos, especialmente en el caso de los contratos atípicos puros (2022, p. 85).

(69) Al ser aleatorio el contrato de compraventa *pay-if-paid*, el vendedor podría no obtener nada a cambio del bien transferido.

(70) Sin embargo, el Código Civil peruano le da la oportunidad al predisponente de acreditar la razonabilidad del pacto y, de este modo, asegurar su validez.



Como fundamento de la necesidad de materialidad del impacto adverso puede apuntarse al principio de conservación del contrato. En efecto, la subsunción de una estipulación negocial en el contenido del artículo 1399 CC ocasiona la eventual aplicación de un remedio jurídico intrusivo en la autonomía privada (la invalidación o la sustitución de la estipulación patológica). La gravedad de la sanción regulada en la norma y el principio de conservación del contrato, indican que no toda contrariedad a la ley supletoria debe suponer una sospecha de vejatoriedad y la consiguiente aplicación del remedio correspondiente, sino solo una contrariedad que perjudique de modo radical la posición del adherente. Si no fuese así, podría terminarse por avalar conductas especulativas de este contratante.

En la misma línea, aunque como una metodología distinta, se ha aseverado que el control del contenido en acuerdo estandarizados debe tener lugar solo cuando se vulnera un umbral elevado de disfuncionalidad. Por debajo de ese umbral, nos encontraríamos ante meras “cláusulas inconvenientes”, las cuales no tienen por qué no ser legalmente vinculantes⁽⁷¹⁾ toda vez que el consumidor empoderó –con su elección, realizada mediante la celebración del contrato– al proveedor. A consecuencia de este empoderamiento, el consumidor quedaría en la necesidad de respetar las decisiones de la contraparte. Según este criterio, el deber de respetar “cláusulas inconvenientes” para un consumidor opera de la misma forma en que lo hace la regla según la cual quien votó por un político debe soportar su futura mala gestión como autoridad; y solo puede pedir su vacancia por situaciones extremadamente graves⁽⁷²⁾. En todo caso, el consumidor que afrontó “cláusulas inconvenientes” contaría siempre con una alternativa empírica para proteger sus intereses: buscar otro establecimiento mejor en su próxima decisión de consumo (Barnes, 2010, 860 y ss.).

De ahora en adelante, cuando la cláusula incorporada en un CdA o acuerdo con CGdC no aprobadas administrativamente, califique como contrato típico (a) contravenga una (b) norma dispositiva, (c) del estatuto típico particular o alguno general (incluyendo usos del tráfico) que se integre al tipo y (d) produciendo un impacto adverso esencial en la posición del adherente, estaremos frente a una contravención

cualificada. Será precisamente este tipo de contrariedad al derecho dispositivo la que resulta jurídicamente relevante a efectos del artículo 1399 CC.

6.2. La Primera Norma (Presuntiva): El apartamento cualificado del derecho dispositivo hace que la cláusula se presuma abusiva

La hipótesis de la *Primera Norma* contenida en artículo 1399 CC cuenta con los siguientes 4 elementos, ya explicados anteriormente:

- a) celebración de un CdA o, alternativamente, de un acuerdo con CGdC no aprobadas administrativamente;
- b) la calificación del contrato relevante como típico;
- c) que alguna cláusula del contrato relevante contravenga la regulación dispositiva aplicable al tipo contractual; y,
- d) que la cláusula incorporada en el contrato relevante ocasione un detrimento esencial en el adherente.

La confluencia de los elementos (a), (b), (c) y (d) genera una primera consecuencia jurídica, la cual posee una naturaleza eminentemente procesal. Se trata de una presunción relativa –*iuris tantum*– del carácter vejatorio de la cláusula. No es, entonces, propiamente la invalidez lo que se presume, en tanto el objeto de presunción no es una calificación jurídica, sino un hecho investigado (en este caso, la abusividad del pacto).

En efecto, según el artículo 277 del Código Procesal Civil una presunción es aquel “razonamiento lógico-crítico que a partir de uno o más hechos indicadores lleva al Juez a la certeza del hecho investigado”. En el caso que nos convoca, los “*hechos indicadores*” están conformados por los elementos (a),

(71) Y es que, de lo contrario (a) se expropiaría el derecho de los consumidores de tomar riesgos a cambio de un menor precio y alojándose imperativamente el riesgo en el proveedor (b) se incrementarían los precios generalizadamente en el mercado y (c) favorecería conductas estratégicas.

(72) Según Barnes: “En ambos actos hay consentimiento, basado en información limitada y habilidad limitada para predecir certeramente el futuro. Ambos pueden derivar en sucesos que no eran esperados al momento de la dación inicial del consentimiento. Sin embargo (...) ambos actos son vinculantes e irreversibles por la duración del compromiso” (2010, p. 842). Posteriormente, el autor añade lo siguiente: “El consumidor está aceptando el acuerdo y formato genéricamente (aun cuando no lo haya leído ni conocido), y todas las implicancias y resultados que deriven de tal consentimiento inicial –aun cuando sean resultados de los que el consumidor posteriormente se arrepienta (...) o con los que esté feliz (...). Como un votante, el consumidor empoderó al establecimiento para administrar los términos desconocidos y no leídos en el formato de contrato, los cuales posteriormente afectan sus asuntos como consumidor” (p. 865).



(b), (c) y (d) previamente descritos; mientras que el “*hecho investigado*” viene a ser el carácter vejatorio del pacto.

Una presunción es relativa (*iuris tantum*) cuando “la carga de la prueba se invierte en favor del beneficiario de tal presunción”⁽⁷³⁾. En ese sentido, las presunciones *iuris tantum* permiten hablar de una certeza temporal del hecho investigado, y la certeza tiene semejante carácter pues perdurará siempre que no se destruya por la parte gravada con la carga probatoria (o sea, mientras no se pruebe lo contrario). Como menciona Ledesma, “[l]a presunción legal, implica que por mandato legal se ordena tener por cierto un hecho determinado siempre y cuando otro hecho indicador del primero haya sido suficientemente acreditado en el proceso” (Ledesma, 2008, p. 976)⁽⁷⁴⁾.

En el caso que nos ocupa, el beneficiario de la presunción relativa es el adherente del contrato estandarizado, quien se ve favorecido con la certeza provisoria de la abusividad de la estipulación apartada de la ley dispositiva. Decimos que la certeza es provisoria en tanto permanecerá si y solo hasta que el predisponente logre negar el hecho investigado, esto es, acredite ante los tribunales que la cláusula estipulada no es vejatoria, sino que resulta razonable.

Para beneficiarse de la presunción relativa mencionada, el adherente deberá haber absuelto la carga probatoria consistente en acreditar los elementos configurativos de la hipótesis prevista en el artículo 1399 CC. La concurrencia de los elementos (a), (b), (c) y (d), antes mencionados, generan como efecto un quinto elemento fáctico: la presunción relativa –*iuris tantum*– de abusividad (o, si se quiere, la abusividad presunta). Este quinto elemento fungirá como hipótesis común de la *Segunda Norma (Prohibitiva)* y de la *Tercera Norma (Permisiva)* contenidas en el artículo 1399 CC.

En suma, la *Primera Norma* extraída del 1399 CC sólo convierte al pacto en presuntamente abusivo, determinando *prima facie* dicho carácter en base a indicadores abstractos y prescindiendo del análisis circunstancial. Empero, el dispositivo en examen no excluye que el pacto desalineado a la disciplina aplicable al tipo pueda llegar a ser congruo, lo que ocurrirá si el predisponente logra acreditar dicha realidad a partir de la evidencia concurrente en cada caso específico.

La lógica de la *Primera Norma* derivada del artículo 1399 reside en invertir el principio general en materia de carga

probatoria, retirar del adherente el peso de acreditar el carácter disfuncional de la cláusula evaluada y trasladarle al predisponente la carga de probar su razonabilidad. Con ello, el adherente es liberado del costo económico asociado a la necesidad legal de demostrar la abusividad del pacto y, más allá de ello, del riesgo de, pese a tener la razón, no poder acreditarlo a ojos de las cortes.

6.3. La Segunda Norma (Prohibitiva): La cláusula abusiva en un contrato estandarizado será nula o será sustituida

La *Segunda Norma* contenida en el artículo 1399 CC también tiene un supuesto de hecho complejo, con dos elementos fácticos. Por un lado, la celebración de un CdA o, alternativamente, de un acuerdo con CGdC no aprobadas administrativamente. Por el otro, la presencia de la cláusula abusiva resultante de la presunción de la *Primera Norma*. La consecuencia de esta hipótesis es (literalmente) la ineficacia de dicho pacto.

6.3.1. Sobre el tipo de “ineficacia” que afecta a la cláusula abusiva

La verificación del supuesto de hecho de la *Segunda Norma* gatilla un remedio jurídico ya no procesal, sino sustantivo: la “ineficacia” de la cláusula abusiva. Un sector de la doctrina entiende que la ineficacia ex 1399 CC ocasiona que las cláusulas patológicas “no se incorporan a las ofertas de los respectivos contratos particulares” (De la Puente, 2007, p. 802). La opinión citada parece evocar a la categoría de la inexistencia, por ausencia de integración del pacto en el reglamento negocial.

Esta postura, no obstante, omite considerar que la cláusula, por más vejatoria que sea, ya superó el control de incorporación de estipulaciones impuesto por el legislador⁽⁷⁵⁾, razón por la cual la cláusula cuenta con las características mínimas (conocimiento o cognoscibilidad razonable del adherente)

(73) Código Procesal Civil. Artículo 280.- Duda sobre el carácter de una presunción legal

En caso de duda sobre la naturaleza de una presunción legal, el Juez ha de considerarla como presunción relativa.

(74) A decir de la autora: “En la presunción *iuris tantum*, o relativa, el juez acepta por cierto el hecho presumido, acreditando que sea el antecedente. La ley admite prueba en contrario”. En ese sentido, hay diversos supuestos en el Derecho sustantivo que recogen este tipo de presunciones, por citar, “el poseedor es reputado propietario, mientras no se pruebe lo contrario” (ver el artículo 912 del CC) o el caso que regula el artículo 914 del CC “se presume la buena fe del poseedor, salvo prueba en contrario” (Ledesma, 2008, p. 979).

(75) Como habíamos mencionado previamente, esta tutela se encuentra prevista en el artículo 1397 del Código Civil.



que hacen se considere abarcada por el consentimiento del adherente y, consecuentemente, que forme parte integrante del programa negocial⁽⁷⁶⁾.

Según otra posición, “la sanción establecida en el artículo bajo comentario es la ineficacia, es decir que no resulta ejecutable la cláusula que se aleja de las reglas del contrato típico”. Por ende, conforme a esta opinión “resulta evidente el error técnico al cerrar el texto del 1399, ya que habla de validez cuando debería hablar de ineficacia, sin embargo, ello no implica una ampliación de la sanción impuesta, que siempre estará referida a dejar sin efectos la parte del contrato que se aleje de la figura típica” (Tamani, 2022, p. 410).

Discrepamos de este parecer. Pese al lenguaje impreciso empleado por el legislador, el remedio-sanción regulado por el artículo 1399 CC (en su *Segunda Norma*) no es la ineficacia *stricto sensu*, sino la invalidez y, en particular, la nulidad. Ello se debe, en primer lugar, a la homogeneidad funcional de los remedios jurídicos contenidos en los artículos 1398 CC (que sanciona indubitablemente la nulidad) y 1399 CC (que refiere literalmente a la ineficacia); y, en segundo lugar, al hecho que el remedio más frecuente⁽⁷⁷⁾ e idóneo ante contravenciones de normas imperativas que buscan proteger el interés de la parte débil de una relación jurídica es precisamente la nulidad. A tales fines, debe recordarse que la prohibición legal de estipular cláusulas vejatorias forma parte de los límites de la autonomía privada, lo cual se logra neutralizando la validez del término negocial portador de un disvalor.

Según las posiciones mayoritarias, la nulidad civil⁽⁷⁸⁾ tiene un efecto inmediato de tachadura del reglamento negocial o de parte de éste. Asimismo, este tipo de invalidez puede ser alegada por una de las partes e incluso podría declararse de oficio el juez o árbitro cuando resulte manifiesta, conforme al dictado del artículo 220 del Código Civil⁽⁷⁹⁾.

La nulidad fijada por *Segunda Norma*, como toda nulidad de negocios jurídicos, no puede ser superada mediante convalidación o confirmación. ¿Cómo se explica entonces la *Tercera Norma*, según la cual el pacto puede eventualmente ser válido y eficaz? En realidad, nos encontramos ante un problema

de subsunción en la hipótesis normativa, pues la invalidez dura lo mismo que dura la subsunción del pacto en la *Segunda Norma* del artículo 1399. Si la calificación de la estipulación se desplaza de la hipótesis de la *Segunda Norma* a la hipótesis de la *Tercera Norma*, el remedio-sanción de la nulidad no es más aplicable. Dicho de otra manera, la *validez* del pacto bajo la *Tercera Norma* del artículo 1399 CC no es el resultado de la conversión, convalidación o algún tipo de salvamento de un pacto nulo. En cambio, la validez es consecuencia de la ausencia de subsunción de la cláusula sospechosa en la *Segunda Norma* (y su eficacia neutralizadora) y su ingreso a la *Tercera Norma* (favorable a la conservación del negocio jurídico).

En términos más simples, la calificación de la nulidad solo se gatilla si el pacto encaja en el supuesto en la *Segunda Norma* del artículo 1399 CC. Semejante calificación simplemente no es más aplicable bajo la *Tercera Norma*, quedando descartada nulidad del negocio jurídico.

Finalmente, cabe mencionar la postura de Camacho, quien distingue entre cláusulas ilícitas y abusivas (las cuales –en opinión de la autora– no serían pactos ilícitos). Las primeras serían aquellas estipulaciones que transgreden normas de orden público, mientras los pactos vejatorios, no, pues éstos pueden llegar a quebrantar normas de carácter dispositivo o a aprovechar los vacíos del ordenamiento existentes (2022, 33-34).

Esta posición no sería admisible bajo la legislación peruana, toda vez que la *Segunda Norma* contenida en el artículo 1399 CC cuenta con una naturaleza prohibitiva por

(76) Considerando también que la situación social de necesidad del consumidor en modo alguno puede equipararse a la falta de consentimiento.

(77) Aunque no se trata del único remedio, como se verá posteriormente.

(78) Un sector de la doctrina italiana propugna que el remedio idóneo para las cláusulas abusivas es la denominada nulidad de protección. Al respecto, Mezzasoma señala las características del mencionado remedio, que conforma su régimen con algunas reglas normalmente aplicables al estatuto de la anulabilidad:

- no se encuentra vinculada a una carencia estructural del acto, sino a aspectos de carácter remedial y sancionatorio, relacionados a la tutela del contratante débil;
- su regulación es incompatible con la ineficacia radical del acto;
- es apreciable de oficio en favor del contratante débil, cada vez que la misma sea ejercida en interés del consumidor;
- la legitimidad para accionar es reconocida únicamente al contratante débil;
- no parece que pueda encontrar espacio la lógica que impide la recuperación de las estipulaciones (2016, 194 y ss.).

(79) Cabe, sin embargo, remitir a las consideraciones efectuadas sobre el particular con ocasión al IX Pleno Casatorio Civil.



transgresión de los límites de la autonomía privada, gatillando la nulidad como consecuencia jurídica. Estamos entonces ante un claro supuesto de ilicitud.

6.3.2. Sobre la extensión de la nulidad regulada en el artículo 1399 del Código Civil

Es pertinente revisar si la invalidez de la cláusula abusiva afecta (o puede llegar a afectar) a todo el contenido del contrato estandarizado. Sobre este punto, estimamos que la nulidad bajo el artículo 1399 CC debe manifestarse *prima facie* como una invalidez parcial, es decir, como un remedio-sanción que afecta aisladamente a la cláusula patológica –apreciada como un módulo–, sin extenderse a la integridad del sistema, esto es, a la totalidad del contenido del acuerdo estandarizado.

Esta afirmación halla respaldo en el artículo 224 CC, el cual, según las interpretaciones de la doctrina nacional que se ha ocupado del tema⁽⁸⁰⁾, acoge como regla la preservación del contrato, mediante el aislamiento de la sanción únicamente en el pacto patológico.

Acoger la regla de la nulidad parcial resulta coherente con el fin tuitivo de los remedios dispuestos a favor del adherente en negocios estandarizados. Ello se debe a que usualmente la nulidad total terminará siendo más perjudicial para el adherente que la propia pervivencia del contrato con la cláusula abusiva vigente. En efecto, la nulidad total del acuerdo que contiene el pacto vejatorio ocasionaría las siguientes consecuencias (en el 100% de casos):

- a) Que, en virtud del efecto invalidador, el adherente no pueda exigir los bienes y servicios prometidos por el predisponente, los mismos que usualmente serán esenciales para la esfera personal o desenvolvimiento económico de aquel; o,
- b) Que, en virtud del efecto restitutorio, si el adherente llegó a obtener aquellos bienes o servicios, se verá obligado a devolverlos inmediatamente.

En cualquiera de estos dos supuestos de invalidez total cobraría vigencia el refrán según el cual “*el remedio* (nulidad total, y sus efectos jurídicos asociados) *es peor que la enfermedad* (cumplimiento del acuerdo con la estipulación abusiva)”. Esta misma idea es expresada por Ballesteros, para quien la ineficacia total es una sanción

(...) claramente perjudicial para el adherente y contradice el espíritu de la normativa sobre condiciones generales de contratación: lo que ésta persigue es evitar los abusos que pueden cometer por medio de su utilización incorrecta pero permitiendo que el adherente pueda alcanzar el fin buscado al contratar; si se evita el abuso al precio de impedirle obtener el bien o servicio inicialmente contratado no se mejora su situación en absoluto, sino todo lo contrario (1999, p. 281).

Ejemplificando los peligros de la nulidad total, Momberg (2013, p. 24) narra el caso de un estudiante universitario (adherente) quien podría ver en peligro la posibilidad de obtener su título profesional de una universidad (predisponente) si es que la nulidad de un pacto abusivo insertado en su contrato de servicios educativos llega a afectar a la integralidad del negocio jurídico.

La nulidad parcial como remedio idóneo frente a cláusulas abusivas se ve confirmada también por la constatación de que los términos y condiciones mediante los que se construye el contenido de los negocios estandarizados (o *boilerplates*) suelen ser *modulares*⁽⁸¹⁾, razón por la cual a menudo aquellos términos son capaces de pervivir sin aquel contaminado por alguna patología. Una estipulación modular opera como una unidad aislada, es decir, se comporta como un compartimento estanco dentro del sistema complejo que la engloba. Como consecuencia, puede prescindirse del pacto modular sin que el resto del sistema sufra cambios considerables en su funcionamiento. Esto explica por qué ordinariamente el contrato estandarizado podría sobrevivir sin impactos operativos significativos aun prescindiendo de la cláusula abusiva⁽⁸²⁾.

Sin embargo, en casos bastante excepcionales la nulidad de una estipulación

(80) Un sector de la doctrina nacional ha sostenido que los requisitos para la aplicación de la regla de la nulidad parcial son: (a) la nulidad de algún o algunos puntos específicos del contenido de un negocio de carácter unitario; (b) la prescindibilidad objetiva del punto o aspecto del contenido afectado por la nulidad; (c) la no existencia de una declaración común contraria a la aplicación de la nulidad parcial (Palacios, 2002, p. 178).

(81) Esto también por el hecho que los pactos abusivos difícilmente son aquellos que individualizan el objeto principal del contrato y jamás deberían ser aquellos que configuran el quid y quantum de la relación de cambio. Este tipo de estipulaciones son claramente rizomáticas, esto es, la categoría opuesta a la modularidad-

(82) Siguiendo a Smith (2006), la modularidad en los *boilerplates* se caracteriza por lo siguiente:

- la división o descomposición de una realidad compleja,
- la sustituibilidad, pues “un módulo puede ser sustituido por otro en la medida que lleven a cabo la función especificada”,



vejatoria podría descompaginar radicalmente el equilibrio económico del contrato o imposibilitar el desenvolvimiento de la función económica-individual (causa concreta) perseguida por las partes. Exigir el cumplimiento del contrato en estas circunstancias podría resultar excesivamente gravoso para por lo menos una de las partes. Por ende, en estas hipótesis extremas y del todo excepcionales podría ser legalmente admisible predicar la nulidad de todo el negocio jurídico afectado con una cláusula vejatoria.

A mayor abundamiento, la nulidad total podría tener cabida cuando aquel término disfuncional esté indisolublemente ligado al objeto del contrato o, como afirma Momberg “en caso que por la naturaleza del contrato, o la intención original de las partes al celebrarlo, aquel no pueda subsistir sin las cláusulas declaradas nulas (...)” (2013, p. 21).

Un buen ejemplo de la regla (nulidad parcial) y la excepción (nulidad total) antes expuestas puede ser hallado en el Código de Defensa del Consumidor de Brasil, cuyo artículo 51 §2 establece lo siguiente:

la nulidad de una cláusula contractual abusiva no invalida el contrato, excepto cuando de su ausencia, a pesar de los esfuerzos de integración, se genera una carga excesiva para cualquiera de las partes [énfasis agregado].

En resumen, la nulidad regulada en el artículo 1399 CC como regla debería ser una invalidez parcial, es decir, un remedio-sanción que afecta aisladamente a la cláusula patológica, como un módulo, sin extenderse al contenido global del negocio jurídico estandarizado. La nulidad total del contrato es admisible solo de manera excepcional, y cuando el pacto invalidado se revele como absolutamente esencial para el desenvolvimiento de la operación. Por ende, solo si una de las partes (usualmente, el predisponente) llegase a probar que la cláusula afectada resulta esencial, el contenido negocial no tocado directamente por la nulidad será arrastrado a ésta y el negocio en su integralidad deberá ser declarado nulo por los tribunales.

6.3.3. Sobre la aplicabilidad del remedio de la sustitución forzosa de la cláusula abusiva por una norma con eficacia positiva

En general, una norma imperativa (categoría dentro de la cual incluiremos las normas dispositivas bajo los alcances del artículo 1399 CC) puede presentar una eficacia negativa

o positiva, según si precepto se limita a prohibir una estipulación o conducta (como ocurre con las estipulaciones prohibidas bajo el artículo 1398 CC) o si, además de ello, disciplina de cierto modo alguno de los aspectos (cuantitativo, cualitativo, temporal o espacial) de la realidad.

Si lo primero ocurre, el remedio-sanción aplicable será la nulidad del pacto, salvo que la propia norma disponga algo distinto. En cambio, cuando la norma imperativa presenta una eficacia positiva, su transgresión podría estar sancionada con el remedio de la sustitución forzosa, conforme al cual la estipulación patológica será reemplazada por una norma imperativa, pasando ésta a integrar el programa negocial aun en contra de la voluntad de las partes.

La sustitución opera (a) mediante la reincorporación de un derecho u obligación legal eliminado por el acuerdo (b) mediante la reincorporación de alguno de los aspectos relevantes (temporal, cuantitativo, espacial o cualitativo) de dicho derecho u obligación, que había sido alterado por el pacto.

La sustitución forzosa es un remedio favorable a la conservación del negocio jurídico, pues mediante su aplicación se evita su nulidad total.

Veamos una ilustración de la operativa del remedio ahora explicitado, aunque aplicado a contratos B2B. Dos contratantes celebran un arrendamiento inmobiliario con un plazo fijo de 15 años de duración. En esta hipótesis, la cláusula que fija el término quedará automáticamente reemplazada por la norma imperativa (artículo 1688 CC), la cual prescribe positivamente el término máximo (aspecto temporal) de 10 años.

Pese a que el artículo 1399 del Código Civil no sanciona expresamente a la sustitución

- la incrementalidad, dado que un nuevo módulo puede ser incorporado al sistema sin excesiva disrupción de aquel,
- la transferibilidad, en tanto los módulos pueden ser tomados de un sistema e insertados en otro, toda vez que las conexiones entre el módulo y el mundo exterior –el resto del sistema, especialmente el contrato y el contexto económico– son escasas y estandarizadas, razón por la cual el proceso de transferencia no causará disrupciones; y,
- por la potencialidad evolutiva, pues puede configurarse una respuesta a la presión del entorno en uno de los componentes sin causar que el resto del sistema falle. De este modo, la modularidad permite “que el trabajo vaya en paralelo y facilita ciertas clases de innovación y evolución por una simple razón: un ajuste puede ocurrir dentro de los módulos sin causar reacciones en cadena mayores” (p. 1180).



como efecto propio de la cláusula vejatoria, aquel remedio ha sido admitido por la doctrina nacional más asentada (De la Puente, 2007, pp. 801-802), a la cual nos adherimos en este punto.

La acusada omisión podría deberse a que el legislador no reparó en diferencia de las normas imperativas contenidas en el artículo 1398 CC (todas ellas con eficacia negativa, pues el dispositivo se limita a prohibir las (a) exoneraciones o limitaciones de responsabilidad; (b) facultades de suspender la ejecución del contrato; (c) facultades de rescindir o resolver el contrato; (d) facultades de prohibir a la otra parte el derecho de oponer excepciones; y (e) facultades de prorrogar o renovar tácitamente el contrato) y las normas imperativas a las que refiere el artículo 1399 CC (la mayoría de ellas con eficacia positiva, como el derecho a resolver un arrendamiento por el incumplimiento del arrendatario en el pago de la renta mensual por 2 meses y 15 días, ex artículo 1697 CC).

El fundamento legal de la sustitución forzosa como remedio de control del contenido es el artículo 224 CC, en el extremo en el cual dispone que “la nulidad de disposiciones singulares no importa la nulidad del acto cuando éstas sean sustituidas por normas imperativas”. En todo caso, es menester aclarar que el remedio ahora evaluado solo será predicable frente a una norma imperativa con eficacia positiva, es decir, cuando aquella no dictamina una mera restricción, sino que ofrece una disciplina específica para una situación jurídica.

La sustitución forzosa de la cláusula abusiva repercute en la economía contractual de modo distinto al impacto que generaría la nulidad parcial. Y es que la tutela ahora evaluada no supone la sola tachadura del pacto, sino que dictamina el reemplazo de “la composición unilateral del contrato por el justo equilibrio de prestaciones objetivamente concebido” (Ballesteros, 1999, p. 271(83))⁽⁸⁴⁾.

6.4. La Tercera Norma (Permisiva): Si el predisponente demuestra la justificación (razonabilidad en concreto) de la cláusula, ésta ya no será abusiva

El artículo 1399 CC contempla una norma final (la *Tercera Norma*), conforme a la cual el predisponente posee la facultad consistente en, pese a la contravención al derecho

dispositivo, desvirtuar la abusividad aparente de la cláusula. Dicha carga es absuelta mediante la justificación de la razonabilidad del pacto en base a las circunstancias concurrentes⁽⁸⁵⁾. Esta *Tercera Norma* contiene una consecuencia jurídica igualmente diversa las consecuencias de la *Primera* y la *Segunda Norma*, respectivamente: la *validez* de la estipulación examinada.

El procedimiento incorporado en el 1399 CC acoge entonces la regla de la razón, pues la desviación del régimen aplicable al tipo negocial no acarrea una automática inoperatividad del pacto (como sí ocurriría con la regla *per se* acogida por el artículo 1398 CC). En cambio, el sistema legal permite que, en cada caso concreto, el predisponente justifique la incorporación de la estipulación sospechosa, con el propósito de que los tribunales no la reputen como desequilibrada.

El artículo 1399 CC alude a “las circunstancias de cada caso particular” como parámetros capaces de individualizar el carácter congruo del pacto. La referencia a semejante criterio no es exclusiva del artículo en comento, sino que también puede ser hallada en otras normas del Código Civil, como los artículos 141, 1148, 1382 y 1383 CC. Sin embargo, en estos dispositivos se acompaña la referencia a las “circunstancias” con la de “naturaleza” del acto o de la prestación. Ante ello surge la interrogante de si la *Tercera Norma* del artículo 1399 CC prescinde –por omitir mencionarla expresamente– de la naturaleza del acto para evaluar la abusividad de la cláusula sospechosa.

Estimamos que no existe ninguna razón para dejar fuera de juego a la naturaleza del acto, como elemento esclarecedor de la

(83) El autor destaca a lo largo de su obra la incoherencia que supone aceptar que existe un núcleo de libertad suficiente para admitir la incorporación de ciertos términos y condiciones en el contenido del contrato para luego, en base a la inexistencia de libertad contractual para una de las partes, nulificar dichos términos mediante la intervención de su contenido (Ballesteros, 1999, pp. 271 y ss.).

(84) En el Perú, podría dudarse sobre si la sustitución de la cláusula vejatoria implica que el juez se limite a reinsertar la regla dispositiva específicamente derogada mediante el pacto abusivo o si, además de ello, es una facultad que le permita, en clave de integración, moderar los derechos y obligaciones remanentes (Ballesteros, 1999, p. 281) con parámetros objetivos no previstos por el derecho objetivo. En caso esta adaptación fuese admisible, podría discutirse también la posibilidad que el juez recurra no solo a la legislación supletoria, sino también al contrato mismo, para suplir el pacto patológico por medio de una interpretación del reglamento contractual y crear una nueva (y válida) estipulación. El incluir la facultad judicial de integrar el contrato como efecto subsidiario o colateral de la nulidad de las cláusulas abusivas parece razonable, aunque no es universalmente admitido.

(85) Pese a que, como repetimos, persistirá la contravención al derecho dispositivo.



razonabilidad de una estipulación presuntamente vejatoria. De hecho, la naturaleza del acto, al igual que las circunstancias particulares, es un componente que contribuye –y en ocasiones decisivamente– a fijar el significado jurídicamente relevante de un negocio jurídico y de sus cláusulas.

En cuanto a su contenido, la naturaleza del acto apela al “polo legal” (D’Angelo, 1992, p. 50). Se trata de una fuente que refiere a parámetros objetivos y abstractos, los cuales tendencialmente se desligan de las peculiaridades de cada operación económica creada por las partes. Son criterios asociados a la naturaleza del acto, las manifestaciones de la buena fe objetiva, la función económica típica o social, los usos y costumbres⁽⁸⁶⁾, las reglas del arte, las buenas prácticas profesionales y la razonabilidad comercial imperante en el mercado relevante.

En contraste, las circunstancias del caso acogen un parámetro nos remite a la operación económica⁽⁸⁷⁾ específicamente puesta en marcha por las partes en cada situación concreta. De este modo, las *circunstancias* refieren a los términos y condiciones redactados, a las situaciones fácticas (como el contexto, los comportamientos relevantes de las partes, antecedentes, acuerdos preliminares (sean o no vinculantes) comunicaciones cruzadas y reuniones realizadas) previas, coetáneas y/o posteriores al acuerdo y a la función económica individual (o causa concreta⁽⁸⁸⁾).

La *Tercera Norma* contenida en el artículo 1399 CC coloca en el predisponente el riesgo probatorio asociado a la razonabilidad de la estipulación presuntamente vejatoria⁽⁸⁹⁾. Luego, aquel contratante tendrá que acreditar la justificación del pacto aparentemente disfuncional para así lograr su validez. La colocación de la referida coyuntura en cabeza del predisponente no subvierte los principios económicos de asignación eficiente del riesgo. Y es que el predisponente suele ser quien se encuentra en mejor posición para probar

la justificación de los términos y condiciones que utiliza para colocar sus propios bienes y servicios, en tanto es aquel quien los elabora, estandariza e impone comercialmente a la contraparte, beneficiándose de la estabilidad que le brinda su utilización (al permitirle estabilizar la obtención del retorno deseado)⁽⁹⁰⁾.

7. Aplicación a casos concretos del artículo 1399 del Código Civil y de las tres Normas en que se descompone

A continuación, colocaremos algunos ejemplos para ilustrar la dinámica del artículo materia de estudio, la cual hemos desarrollado en el acápite anterior. A tales fines, se asumirá que todas las hipótesis a ser presentadas califican como contratos estandarizados (CdA o con contratos con CGdC no aprobadas administrativamente), típicos y que el predisponente incluyó en aquellos pactos que operan en favor suyo generando un detrimento esencial en el adherente.

Veamos el ejemplo 1. El predisponente-vendedor “V” celebra con el adherente-comprador “C” una venta inmobiliaria con reserva de propiedad, bajo el cual “C” se compromete a pagar un precio fragmentado en un cronograma conformado por 5 cuotas

(86) La relevancia de este criterio en ciertos contratos típicos como el de obra, fluye también del artículo 1774 del Código Civil, conforme al cual: El contratista está obligado: / 1.- A hacer la obra en la forma y plazos convenidos en el contrato o, en su defecto, en el que se acostumbre [énfasis agregado].

(87) La operación económica, fenómeno de indiscutible importancia en el derecho moderno de los contratos, ha sido autorizadamente definida como “una secuencia unitaria y compuesta que comprende en sí al reglamento, a todos los comportamientos que con este se vinculan para la consecución de los resultados queridos, y la situación objetiva en la cual el complejo de las reglas y los otros comportamientos se colocan, en la medida que también tal situación concurre a definir la relevancia sustancial del acto de autonomía privada” (Gabielli, 1999, p. 49).

(88) Según D’Angelo, son teorías jurídicas compatibles con la relevancia de las circunstancias, la teoría de la causa entendida como función económica-individual, la presuposición y la coligación contractual (1999, p. 52).

(89) En este contexto, el riesgo probatorio puede ser definido como aquella coyuntura incierta al tiempo de celebrar el contrato de que el predisponente logre probar frente a los tribunales la razonabilidad de la cláusula, asegurando la validez del pacto. Si no se colma semejante umbral, el predisponente se verá perjudicado, al no ser aplicable la cláusula en cuestión.

(90) Sin embargo, la eventual acreditación del carácter no vejatorio de todo el *set* de cláusulas que utiliza el predisponente para vincularse con su contraparte (o con una universalidad de sujetos en la posición de ésta, en el caso de las CGdC) podría resultar económicamente costosa, y, consecuentemente, generará un incremento del costo de los bienes y servicios. Con todo, esta acreditación no tiene por qué ser específica (cláusula por cláusula), sino que bien podría existir una justificación global.



mensuales. Se incorpora una cláusula resolutoria expresa que le permite a “V” resolver el contrato ante el atraso de “C” en el pago de una sola de las cuotas en que se segmenta el precio. En este caso, la cláusula resolutoria expresa introducida contraviene cuantitativamente la regla dispositiva expresada en el artículo 1561 CC⁽⁹¹⁾, según la cual únicamente el atraso mayor o igual a 3 armadas (continuas o discontinuas) reviste la esencialidad necesaria para permitirle a “V” resolver por incumplimiento.

Como consecuencia de la desviación a la ley supletoria, bajo el artículo 1399 CC, la cláusula resolutoria expresa incorporada en la compraventa descrita se presumirá *iuris tantum* abusiva (*Primera Norma*). Si “V” no desvirtúa semejante presunción en concreto, el pacto será nulo (*Segunda Norma*). Empero, “V” podría llegar a acreditar que, en el caso concreto, la naturaleza de la venta o las circunstancias justifican la incorporación de una cláusula resolutoria tan rigurosa como la estipulada. Así –solo a manera de ejemplo–, “V” podría probar que “C” presentaba antecedentes de insolvencia o incumplimientos en operaciones similares, o que, al ser tan pocas las cuotas del precio, la incidencia de cada una de ellas (ascendente al 20%) afecta considerablemente el interés del acreedor, dando lugar a un desequilibrio económico esencial. Si “V” colma semejante umbral probatorio, se destruirá la apariencia de vejetoriedad y, por ende, la estipulación será válida (*Tercera Norma*).

Veamos ahora el ejemplo 2. El comitente-predisponente “MC” celebra un contrato de construcción con el contratista-adherente “SC” mediante el cual se le encomienda a este último, a cambio de un precio a suma alzada ascendente a USD \$ 50 millones, la implementación de una planta desaladora y de un viaducto entre dos puntos de la ciudad bastante lejanos entre sí. En el contrato se incorpora la siguiente cláusula:

El CONTRATISTA declara no haber encontrado errores, deficiencias o imprecisiones en los Documentos Entregados por el PROPIETARIO. Sin perjuicio de ello, las Partes acuerdan que, habida cuenta del *expertise* con el que cuenta el CONTRATISTA, ningún eventual error, deficiencia o imprecisión en los Documentos Entregados por el PROPIETARIO liberará al CONTRATISTA de su responsabilidad por la correcta y completa ejecución de los Trabajos. En tales casos, el CONTRATISTA asumirá objetivamente el riesgo de corrección de los referidos Documentos Entregados por el PROPIETARIO, sin tener derecho a suplementos de precios ni a una ampliación de plazo.

Entre la información entregada por “MC” a “SC” se encontraban estudios geológicos relativos al sitio, que el

primero había previamente encargado a “P”. Al realizar las excavaciones en el área en que sería implementado el viaducto, “SC” descubre que el subsuelo presentaba características divergentes a las contempladas en los estudios geológicos proporcionados por “MC”. Se trató de condiciones físicas imprevisibles. La superación de estas condiciones le ocasionaría a “SC” un sobrecosto de USD \$ 2 millones y un impacto de la ruta crítica ascendente a 60 días. Ante ello, surge la siguiente interrogante: ¿la cláusula de transferencia del riesgo de la información proporcionada por “MC” resulta suficiente para neutralizar las eventuales pretensiones de “SC” (otorgamiento de un suplemento de precio y una ampliación de plazo) ante las condiciones físicas imprevisibles?

Entre las alternativas que “SC” debería considerar en su defensa legal se encuentra la tutela brindada por el artículo 1399 CC. En efecto, la cláusula mediante la cual se transfiere el riesgo de la información se desvía al menos –y en cuanto a las características del subsuelo refiere– de la regla supletoria contenida en el artículo 1784 CC, en el extremo en que señala “(e)l contratista es también responsable (...) por defecto del suelo, si es que hubiera (...) elaborado los estudios (...) para la ejecución de la obra”.

Según la norma citada, el contratista asume el riesgo por los defectos del suelo cuando aquel hubiese elaborado los estudios de suelo correspondientes, cosa que no ha ocurrido en el presente caso, pues “SC” no tenía dentro de su alcance la elaboración de tales estudios. En cambio, toda vez que el comitente (“MC”) fue quien delegó en “P” la elaboración dichos estudios y los aportó por cuenta propia a “SC”, el derecho dispositivo determina que es precisamente “MC” quien debe quedar expuesto frente a “SC” por las características imprevisibles del suelo. En este orden de ideas, dado que el pacto objeto del ejemplo contraría una regla propia del contrato de obra, aquella se presume *iuris tantum* vejetoria (*Primera Norma*).

(91) Código Civil. Artículo 1561.- Cuando el precio debe pagarse por armadas en diversos plazos, si el comprador deja de pagar tres de ellas, sucesivas o no, el vendedor puede pedir la resolución del contrato o exigir al deudor el inmediato pago del saldo, dándose por vencidas las cuotas que estuvieren pendientes.



En ese sentido, si “MC” no logra evidenciar la razonabilidad de la cláusula en examen –en lo concerniente a la distribución del riesgo de condiciones físicas imprevisibles–, aquel pacto será nulo (*Segunda Norma*). Ahora bien, la naturaleza de la operación constructiva y las circunstancias concretas podrían hacer que “MC” esté en posición de probar la neutralidad del pacto y salvaguarde, así, su validez (*Tercera Norma*). Solo a manera de ejemplo, “MC” podría sostener una o varias de las siguientes razones:

- a) el acuerdo celebrado con “SC” es un contrato *llave en mano*, en el cual “SC” asumió como una de sus obligaciones esenciales la carga de contrastar (“hacer suya”) la información recibida de su contraparte, siendo que la existencia de imponderables (como las condiciones geológicas imprevisibles) constituyeron un factor de riesgo externo (aleatorio) debieron haber llevado al contratista a asegurarse *ex ante* mediante un incremento en su cotización;
- b) el contrato es a precios unitarios o a costos reembolsables, por lo que la mayor cantidad de trabajo para “SC” le será remunerada con tarifas que en el caso específico resultan congruas;
- c) las probabilidades de detectar el riesgo del suelo para cualquier ejecutor nacional de viaductos eran muy altas, en base a la data preexistente y a disposición razonable de “SC”, situación que debió haberse reflejado en su cotización; o, en fin,
- d) el modelo de negocio internacionalmente aplicado por “SC” hacía cotidiano que éste asuma este tipo de coyunturas.

Como ejemplo 3, presentamos los hechos del Caso Arbitral 090-2017-CCL, el cual se refiere, entre otros aspectos legales, a la norma examinada en el presente trabajo. Según nos narra

la síntesis elaborada por la CCL, las partes suscribieron un contrato de prestación de servicios de información meteorológica, que el demandante (prestador) debía realizar a favor del demandado (cliente). En tal coyuntura, una cláusula dispuso, a favor del cliente, la opción unilateral de dar por terminado el contrato sin expresión de causa, mediante aviso escrito al prestado con 30 días calendario de anticipación y sin responsabilidad.

Ocurrió que, en ejercicio de dicha cláusula, el cliente dio por terminado el contrato de servicios. Como consecuencia, el prestador inició un arbitraje solicitando la declaración de la inaplicabilidad de la cláusula de desistimiento “en el extremo que suponía una restricción a la demandante para reclamar el resarcimiento económico”. En particular, el prestador sostuvo que dicha estipulación era vejatoria, tras considerar que el contrato de servicios era uno estandarizado. Asimismo, el prestador-demandante reclamó el pago de una indemnización por daños y perjuicios y la declaración de resolución del contrato.

Si bien el Tribunal se refirió a la cláusula de desistimiento⁽⁹²⁾, no entró a analizar la aplicación del artículo 1399 CC, en tanto el prestador-demandante no logró acreditar que el contrato era estandarizado (ya sea CdA o contrato con CGdC no aprobadas administrativamente⁽⁹³⁾).

(92) Ello sin perjuicio de considerar que, si bien “en el Derecho peruano el desistimiento unilateral no está prohibido”, “este derecho no tiene una recepción clara, en general porque se confunde con los derechos de la resolución, de rescisión o de la revocación”.

(93) En particular, el resumen del caso indica lo siguiente:

“[e]l Tribunal Arbitral explicó la figura del desistimiento como la manifestación de voluntad según la cual una de las partes produce la desvinculación total o parcial de la relación jurídica original del contrato, y no hay nada injusto en ello. Igualmente, es natural que, producido el término de la relación, nada deba indemnizarse, debido a que las partes acordaron esta incertidumbre y no pueden luego esgrimir la protección de una expectativa que no pudieron tener. El Tribunal Arbitral señaló que, en este caso, la figura de desistimiento acordada por las partes creó una incertidumbre, pero las partes eran conscientes de esto al celebrar el contrato. Como se pudo averiguar de los medios probatorios presentados, antes de firmar el contrato, la demandante recibió el modelo de contrato y confirmó que lo remitiría a sus asesores legales para una revisión. Después, la demandante dio su conformidad con el contrato recibido, sin cuestionar los alcances de la cláusula en cuestión. En consecuencia, la demandante no puede alegar estar en desventaja frente a la demandada: no solo no ha acreditado que la demandada le hubiera impuesto un contrato sin posibilidad de cambio alguno, sino tampoco ha acreditado haber cuestionado la cláusula en cuestión”.

“El Tribunal Arbitral también señaló que el hecho de que la demandada hubiera redactado un modelo de contrato no significaba que fuera un contrato de adhesión, debido a que no se trataba de un supuesto de contratación en masa. Aunque no cabía duda de que el artículo 1399 del Código Civil protege a los contratantes débiles, los que son claramente identificables en los contratos celebrados por adhesión o con arreglo a las cláusulas generales de contratación, no se pudo afirmar que este era el supuesto entre las partes por el simple hecho de que la demandada redactase el modelo del contrato. Además, la demandante tuvo la oportunidad de revisar el modelo y alcanzar sus comentarios, pero decidió aceptar los términos contractuales sin objeciones. Por estos motivos, el Tribunal Arbitral decidió que la demandada pudo ejecutar el desistimiento, mientras que la demandante únicamente tenía el derecho al pago por los servicios que realmente prestó”.



Pese a ello, la hipótesis descrita reviste innegable interés, en tanto el desistimiento *ad nutum* a favor del cliente contraviene un aspecto del *pacta sunt servanda*, principio según el cual, tras haber celebrado un contrato válido, ningún contratante puede arrepentirse unilateralmente de manera incausada. ¿El artículo 1399 CC habría reputado abusivo el pacto de desistimiento *ad nutum* a favor del cliente por ser contrario al principio de fuerza vinculante?

A nuestro criterio, para responder esa pregunta, sería necesario analizar si el ejercicio del desistimiento estaba enmarcado en reglas equilibradas, tales como: (a) la existencia de un preaviso razonable a la contraparte (prestador), (b) mitigadores de la arbitrariedad irrestricta del cliente (tales como la necesidad de que el cliente pague una pena por el ejercicio del referido poder) (c) la prevención de la lesión patrimonial injusta del prestador (tal como sería asegurar el pago a valor contractual de los servicios realmente ejecutados por el prestador mientras la relación jurídica estuvo vigente).

Finalmente, como ejemplo 4, podemos mencionar la estipulación mediante el cual el arrendador-predisponente “A” incluye en un contrato de arrendamiento de vivienda un pacto mediante el cual le asigna al arrendatario-adherente “B” la obligación de efectuar la totalidad de las reparaciones que surjan durante el curso de la relación jurídica.

En virtud de la *Primera Norma* derivada del artículo 1399 CC el pacto se presume vejatorio, al contravenir el inciso 2 del artículo 1680⁽⁹⁴⁾. Empero, en el caso concreto, “A” podría convencer a las cortes de que existen razones podrían justificar

que “B” asuma semejante responsabilidad. Dichas razones podrían ser, entre otras, la antigüedad del inmueble o su deterioro causado por un evento de fuerza mayor acontecido previo al momento de celebración del arrendamiento.

8. Fundamento e importancia del artículo 1399 del Código Civil

El fundamento que a ojos del legislador justifica el dictado del artículo 1399 CC es la protección del adherente en contratos estandarizados (CdA y acuerdos con CGdC no aprobadas administrativamente), mediante la erradicación o sustitución de pactos altamente disfuncionales (control del contenido)⁽⁹⁵⁾.

Discutir la plausibilidad del medio de protección al adherente empleado en estos casos por el sistema legal excede los propósitos de este artículo⁽⁹⁶⁾. En cambio, sí resulta factible apreciar cómo la protección brindada por el artículo 1399 CC, ha sido confiada a la disciplina del tipo contractual⁽⁹⁷⁾, considerando la función de equilibrio de los intereses que le es inherente.

(94) Código Civil
Artículo 1680.-

También está obligado el arrendador:

1.- A mantener al arrendatario en el uso del bien durante el plazo del contrato y a conservarlo en buen estado para el fin del arrendamiento.

2.- A realizar durante el arrendamiento todas las reparaciones necesarias, salvo pacto distinto.

(95) Esta ratio, a su vez, se justifica en las razones mencionadas en el numeral 1 del presente trabajo. Como se dijo en aquella oportunidad, los fundamentos de la intervención legislativa orientada a la protección a los adherentes en contratos estandarizados son los siguientes:

- La restricción a la que los adherentes están sometidos respecto al ejercicio pleno de la autonomía privada (considerando la *quasi* ausencia de libertad de configuración interna). En efecto, la ausencia del poder de negociar individualmente los términos y condiciones incrementa el riesgo de inclusión de cláusulas abusivas pues, –por definición– la estandarización elimina la primera línea de defensa que le permitiría a una parte rechazar, reemplazar o acotar cláusulas gruesamente desequilibradas: la negociación.

- La presencia de una falla del mercado parcial, en virtud de la cual resulta inútil para el adherente gastar tiempo y dinero en renegociar los contratos estandarizados.

- La asimetría informativa a la cual se encuentra sometido el adherente, la cual también podría estar presente en el ámbito de la contratación entre empresarios.

- Aunque con menor importancia, la exposición al adherente a factores coyunturales como la agresiva publicidad, desigualdad económica, desigualdad en la gestión contractual y otros.

(96) Esta tutela legal, no obstante, cuenta con diversos grados de intensidad, siendo el grado más intrusivo el control del contenido preceptivo del contrato.

(97) El sentido fundamental del tipo contractual es “determinar las reglas aplicables a las relaciones contractuales pertenecientes al tipo” (Roppo, 2009, p. 394) (vale decir, una función de integración, con normas supletorias e imperativas).



Desde esta perspectiva, la disciplina supletoria aplicable al tipo es portadora de un equilibrio normativo⁽⁹⁸⁾: un *corpus* de reglas abstractas que no favorecen a una u otra parte (en contraste con lo que ocurre con un formulario estandarizado, que con toda probabilidad beneficiará a la parte que lo elaboró) ni tampoco son producto del azar. En cambio, aquel *corpus* debe reputarse como neutral, esto es, que balancea los intereses en juego de los contratantes⁽⁹⁹⁾, siendo portador de soluciones que nuestro legislador ha considerado como razonables y justas⁽¹⁰⁰⁾.

Las normas dispositivas del tipo, conforman un

[c]riterio de equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes teniendo en cuenta los intereses que busca tutelar ese contrato típico. En otras palabras, el legislador, al dictar, una y 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 (De la Puente, 2007, p. 800)⁽¹⁰¹⁾.

Una idea similar es expuesta por Larenz (citado por Mato, 2017, p. 432), quien —refiriéndose a la regulación alemana de prohibición de cláusulas contrarias a la buena fe en contratos estandarizados— consideró que el derecho dispositivo deja de ser una regulación meramente supletoria para representar también un modelo de una reglamentación conforme a los postulados de la justicia contractual compensatoria y de la

equidad. Las normas dispositivas representan un límite del contenido contractual admisible que se pone en marcha en el caso de las condiciones generales de la contratación (1985, p. 89).

Para otros, las normas dispositivas vendrían a ser un “ordenamiento de reserva” “que a la vez que cubre el silencio de las partes, exterioriza la idea del legislador respecto de lo que él comprendería como una equivalencia de intereses o justifica particular del contrato” (Esser-Schmidt citado por De la Puente, 2007, p. 798). Entonces, la ley dispositiva canaliza el ideal de equilibrio normativo —entendido como repartición neutral de riesgos y responsabilidades *inter partes*— concebido por el legislador; se trata de la regla justa para el caso medio (Sacco & De Nova, 2016, p. 368).

En síntesis, cuando la ley consagra normas dispositivas aplicables a un contrato típico debe reputarse que estamos frente a reglas equilibradas (a ojos del legislador) y que, por ende, (a) no favorecen a una u otra parte exclusivamente, (b) no son producto del azar y (c) están destinados a permitir la viabilización de la operación comercial de una manera justa, razonable y equitativa.

(98) Las cláusulas abusivas no se relacionan al desequilibrio económico. Ante tal coyuntura serían de aplicación remedios como la lesión o, en los cuerpos normativos de uniformización del derecho contractual, la “excesiva desproporción” (artículo 3.2.7 de los Principios de Unidroit), “provecho injusto o ventaja inicua” (artículo 4:109 de los Principios del Derecho Europeo de los Contratos y artículo 30.3 del Código Europeo de Contratos) y “explotación excesiva” (artículo II-7:207 del Marco Común Europeo de Referencia). Tal como señala Camacho, evocando las enseñanzas de Perlingieri, “lo que se debe evaluar en el control de contenido por la posible abusividad de una cláusula no es la correspondencia económica entre el valor de las prestaciones, es decir, la relación entre las respectivas ventajas y desventajas a que se obligan las partes, sino la desproporción entre el conjunto de derechos, obligaciones, cargas, responsabilidades y riesgos que se desprenden del negocio” (2022, p. 78).

(99) En cambio, el rol de las normas imperativas es la de contrarrestar disfuncionalidades.

(100) Y es por esto que, al menos en abstracto, la incorporación de estas reglas no ocasionará ilicitud. Se trata de un rol asociado a la determinación genérica de licitud del acto de autonomía privada. En virtud de esta función, la estructura contractual es *prima facie* blindada por el legislador, en tanto se torna imposible que el intérprete discuta la legalidad abstracta de una figura en su empleo normal en la praxis transaccional, tras haber sido respaldada por el legislador. Dicho de otra manera, un pacto típico puede considerarse —*prima facie* y en abstracto— protegido contra la ilegitimidad derivada de su sola estipulación, siempre que persiga su función económica normal. Así, por ejemplo, ningún agente económico podría dudar que las cláusulas de retroventa, reserva de propiedad o venta *ad gustum*, siempre que cumplan sus propósitos típicos, serían pactos válidamente introducidos en una operación de venta, por ser figuras previstas por la normativa vigente. La invalidez supone un análisis concreto y casuístico, que operaremos en el presente apartado y que se relaciona la distribución de riesgos operada por las partes, así como a la función concreta perseguida por aquellas.

Dicho de otra manera, es menester considerar que los esquemas negociales —contratos y cláusulas— típicos cuentan con una suerte de estatus privilegiado (*lato sensu*) respecto a aquellos atípicos. Y es que los esquemas típicos se ven permeados por las funciones del tipo contractual, entre las cuales se encuentran la presunción de neutralidad de las reglas supletorias. Esta función estabiliza la operatividad de los esquemas negociales, al conferirles una suerte de primera línea de defensa contra la invalidez.

(101) En sentido casi idéntico, Cárdenas señala 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” (1996, p. 25).

Desde un punto de vista económico, una regla dispositiva llega a ser realmente neutral o equilibrada cuando su contenido resulta compatible con los principios económicos de asignación eficiente de riesgos⁽¹⁰²⁾, situación que –en un escenario de ausencia de fallas de mercado– habría llevado a que los privados negocien y adopten aquella regla⁽¹⁰³⁾. En estos criterios se encuentran aquellos determinan que el riesgo debe ser colocado a la parte que: (a) se encuentra en mejor posición para prever y evitar que aquel se materialice; (b) se encuentra en mejor posición para controlar las consecuencias de su acaecimiento; (c) quien puede asegurarse a menor costo contra su verificación; (d) quien se beneficia si es que el evento de riesgo se materializa, generando una oportunidad en vez de un peligro; entre otros.

El razonamiento hasta aquí expuesto permite entender por qué, bajo el artículo 1399 CC, se presume la vejatoriedad de los pactos que se desvían de la disciplina del tipo. En efecto, si la regulación legal típica le confiere a una parte el derecho “X”, semejante prerrogativa debe ser reputada como neutral, y si en un contrato estandarizado el predisponente elimina “X” mediante pacto, generando un impacto adverso para su contraparte, semejante cláusula será sospechosa de no ser equilibrada y, por ende, será sospechosa de ser abusiva.

Según otro orden de cosas, el artículo 1399 CC cumple un rol trascendental en la política legislativa trazada por nuestro Código Sustantivo. Y es que la otra norma de control del programa en acuerdos estandarizados –el artículo 1398 CC– cuenta con un alcance limitado (solo será nula la escueta nómina allí contemplada), al estar desprovisto de una definición normativa de cláusula abusiva. La propia Exposición de Motivos del Código Civil da cuenta de esta situación de carencia al señalar que “la enumeración [del artículo 1398] es notoriamente incompleta y por la redacción del artículo debe ser considerada taxativa, si bien, por supuesto, no está excluida la interpretación extensiva [énfasis y corchetes agregados]”.

En el mismo sentido, Benavides ha sostenido que fuera de la estricta relación del 1398 CC,

han quedado una serie de cláusulas que podrían consagrar situaciones muchísimo más abusivas e injustas, por ejemplo, aquéllas que le permiten al proveedor reajustar unilateralmente el precio y los intereses sin previo aviso. Resulta absurdo que la invalidez se limite únicamente a la escuela lista del artículo 1398 y que no se aplique a muchas otras cláusulas manifiestamente abusivas (2001, p. 402).

La decisión legislativa de prohibir una lista cerrada de cláusulas acarrea el peligro representado por la excesiva rigidez de un sistema legal que se vea incapaz de adaptarse a las nuevas circunstancias, esto es, inidóneo para neutralizar la eficacia de estipulaciones gruesamente disfuncionales y no incluidas en la nómina. Y es que la nomenclatura de cláusulas abusivas contenida en el artículo 1398 CC cuenta con carácter taxativo, en tanto, al dictaminar la nulidad como consecuencia, impide que dicha calificación se aplique por analogía⁽¹⁰⁴⁾. Luego, el problema del artículo 1398 CC radicaría en que “la lista debería actualizarse constantemente o se vería superada en breve por la realidad: sin haber conseguido la finalidad pretendida: controlar y eliminar las cláusulas abusivas de los contratos celebrados con consumidores” (Álvarez, 2010, p. 39).

Naturalmente, las estipulaciones gravemente disfuncionales que van emergiendo de tiempo en tiempo no quedan ni remotamente reducidas al escueto elenco contenido en el artículo 1398 CC. Esta norma difícilmente se adapta a las complejidades de las operaciones negociales actuales y se

(102) El riesgo puede ser definido como todo aquel evento cuyo acaecimiento es incierto pero que, si ocurre, genera un impacto económico –positivo o negativo– en por lo menos una de las partes del contrato. La materialización de los riesgos puede implicar tanto pérdidas como ganancias en los contratantes. Asignar un riesgo supone definir cuál de las partes –y qué medida, de ser el caso– sufre o se beneficia de dichas pérdidas o ganancias. Por su parte, asumir un riesgo implica soportar cualquier dispersión existente entre un cálculo *ex-ante* y la realidad *ex-post* de cualquier ingreso o egreso que repercuta en la parte contractual en la que se haya colocado el riesgo.

(103) Sólo si una norma dispositiva asigna eficientemente los riesgos logrará su cometido: reducir, a favor de las partes, aquellos costos de transacción vinculados a la negociación, redacción e incluso interpretación y controversias de los pactos en el desenvolvimiento de la relación jurídica. Y es que, en tal situación, las partes no tendrían por qué incurrir en sobrecostos por aquellos conceptos, sino simplemente adherirse o elegir entre las alternativas ofrecidas por el régimen predispuesto por el legislador.

En nuestro sistema, muchas de las normas supletorias cumplen idóneamente con la función de equilibrio de intereses. Empero, ello no siempre es así, tal como ocurre en los casos de las reglas de la mora del deudor y de la responsabilidad de los miembros de un consorcio (contrato asociativo) frente a los terceros con quienes se vinculan. Este punto ya había sido mencionado en un trabajo anterior. Al respecto, véase “Las cláusulas de formalidad convencional en la contratación contemporánea”, de Vásquez (2019).

(104) Al respecto, véase el artículo IV del Título Preliminar del Código Civil peruano.



queda rezagada respecto al advenimiento de nuevas formas transaccionales en base a necesidades emergentes en el tráfico.

Una definición legal de cláusula abusiva brinda elasticidad al sistema legal, evitando su envejecimiento prematuro, puesto que no precisa de actualizaciones normativas constantes cada vez que la creatividad de los predisponentes introduzca una cláusula tan novedosa como leonina, al punto de calificar como vejatoria (Álvarez, 2010, p. 50). Ante esta carencia (que debería ser atendida por una futura modificación normativa), el artículo 1399 CC se muestra como una alternativa coherente con la política tuitiva del adherente adoptada por el Código Civil, pues determina que existan tantas prohibiciones eventuales como normas dispositivas existan en dicho cuerpo normativo y en leyes especiales⁽¹⁰⁵⁾. Se evita de este modo la prematura obsolescencia del control del contenido en negocios estandarizados.

9. La noción de cláusula abusiva subyacente al artículo 1399 del Código Civil

Un sector de la doctrina latinoamericana define la cláusula abusiva como una estipulación contraria a la buena fe y que causa un perjuicio desproporcionado al consumidor (Suescún, 2009, p. 5) o como aquella que crea, en detrimento del consumidor (parte que se encuentra en una posición de desventaja), un desequilibrio significativo entre los derechos y obligaciones de las partes.

Reviste interés notar cómo, a diferencia de nuestro formante doctrinario y jurisprudencial, en jurisdicciones, como la colombiana, se ha reconstruido una noción de cláusula abusiva para paliar la ausencia de regulación normativa fuera del ámbito del consumidor. Así, Camacho (2022, pp. 25, 27, 37, 39-44) menciona que la mayoría de fallos de las cortes colombianas han entendido que una cláusula abusiva es aquella mediante la cual el predisponente contraviene la prohibición constitucional de abuso del derecho (artículo 95 de la Constitución Política colombiana) a crear la *lex contractual* –o el abuso del derecho a la autonormación– mediante la incorporación de estipulaciones que favorecen al predisponente en forma desmedida o que afectan a la otra parte. La sanción aplicable ante esta

hipótesis es la nulidad, por contravenir el referido dispositivo constitucional. La postura anotada por la autora constituye una auténtica forma de control del contenido del contrato estandarizado y no solo limitación del ejercicio abusivo de ciertas estipulaciones. Y dicho control no solo sería aplicable a CdA o con adhesión a CGdC, sino también a contratos paritarios o libremente negociados⁽¹⁰⁶⁾.

En nuestro sistema legal, el Código de Protección y Defensa al Consumidor peruano define a la noción abordada de la siguiente manera:

Artículo 49.- Definición de cláusulas abusivas

En los contratos por adhesión y en las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, se consideran cláusulas abusivas y, por tanto, inexigibles todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que, en contra de las exigencias de la buena fe, coloquen al consumidor, en su perjuicio, en una situación de desventaja o desigualdad o anulen sus derechos.

En contraste con esta realidad, Código Civil peruano carece de definiciones normativas asentadas en alguna norma respecto a la cláusula abusiva. Tampoco existen definiciones lógicas asentadas planteadas por la doctrina nacional. Luego, no existe actualmente una categoría en sí misma capaz de subsumir y neutralizar de manera general la eficacia de cláusulas gruesamente disfuncionales en contratos estandarizados.

La definición de estipulación vejatoria en el sistema peruano no es una cláusula normativa general y, por ende, no es apta para desenvolver las funciones propias de este tipo de normas. No se trata entonces una categoría en sí misma capaz de neutralizar cualquier estipulación que pudiese resultar abusiva para el adherente y que no se haya reflejado en la lista incluida en los artículos 1398 y 1399 CC.

(105) Y éstas última suelen gobernar de forma más congruente operaciones contractuales específicas –y a menudo sofisticadas, siendo a la vez más fáciles de actualizar que el *corpus* del Código Civil.

(106) Aunque aparentemente siempre respecto a los pactos individuales predispuestos sin posibilidad de modificación so pena de no celebrar el contrato. El discurso expuesto, según estimamos, es especialmente útil –y ameritaría un estudio más profundo– para hipótesis que la jurisprudencia italiana denomina como el *terzo contratto*, esto es, paradigmas contractuales que no califican como B2C, pero cuyo consentimiento se verifica en condiciones de desequilibrio procedimental, como ocurre en los contratos celebrados por una minera con un subcontratista que tiene en ella la única salida a su producción.



Lo que queremos decir es que la omisión de una definición de vejatoriedad impide que el sistema legal aplique el control del contenido para pactos distintos a aquellos calificados como abusivos ex artículos 1398⁽¹⁰⁷⁾ y 1399 CC, pese a que la realidad de las cosas indica que las cláusulas irrazonablemente gravosas en CdA y acuerdos con CGdC van más allá del campo de aplicación de los citados artículos.

El artículo 1399 CC permite inferir una definición descriptiva antes que mandatoria. Pero esta constatación no ha de desanimarnos, pues la utilidad lógica de aquella definición en términos civiles resulta de todos modos valiosa al permitir, además de paliar las limitaciones del artículo 1398 CC, acusar las falencias del sistema legal de cara a su futura mejora.

Para efectos del artículo 1399 CC, una cláusula abusiva es aquella que, en un contrato típico estandarizado, se desvía de la regulación dispositiva aplicable al tipo negocial de encuadramiento en perjuicio esencial del adherente y sin que el predisponente posea (o, en todo caso, sin que logre acreditar) alguna justificación plausible de razonabilidad concreta para semejante contravención⁽¹⁰⁸⁾. Se trata así, de estipulaciones que se apartan injustificadamente del derecho dispositivo, el cual se convierte en el paradigma de la asignación balanceada y equitativa de riesgos y responsabilidades⁽¹⁰⁹⁾⁽¹¹⁰⁾. En una frase, la cláusula vejatoria entra en colisión con el equilibrio normativo diseñado por el legislador.

La categoría, así definida, se aleja tanto del abuso de derecho (Soto, 2003, p. 585) como de patologías relacionadas al estado subjetivo (mala fe) del predisponente.

La cláusula vejatoria abordada por el artículo 1399 CC es tal no solo porque se desvía de la ley supletoria (que canaliza una asignación de riesgos neutral o equilibrio normativo) en un contrato estandarizado, sino porque lo contraviene de manera irrazonable, ocasionando un perjuicio esencial en el adherente y sin que el predisponente tenga (o, en todo caso, sin que logre

acreditar) una justificación plausible para haber incorporado semejante estipulación en el programa negocial.

Como ya se dijo, el derecho dispositivo canaliza el ideal de equilibrio normativo. Si consideramos esto, hallamos factible aseverar que, en el Perú, las cláusulas abusivas son normativamente desequilibradas por alejarse, en detrimento del adherente, del punto de equidad legislativamente concebido, esto es, por exorbitar el parámetro de valoración de razonabilidad provisto por el derecho dispositivo; siendo que dicho apartamiento no se encuentra justificado por un equilibrio concreto derivado de la lógica de la operación económica.

A mayor abundamiento, a diferencia de los contratos paritarios con negociación individualizada –terreno donde los límites a la autonomía privada son generales y están configurados por las normas de orden público, imperativas y buenas costumbres– en el paradigma de los contratos con CGdC no aprobadas administrativamente o CdA gobierna una lógica distinta. Este paradigma dictamina la necesidad de que el predisponente, a la hora de configurar el programa negocial, respete además el equilibrio normativo o por lo menos un equilibrio en concreto que concierne a las posiciones de las partes. Luego, si una cláusula es desequilibrada en perjuicio del adherente y el predisponente no se encuentra en condiciones para justificar la razonabilidad de semejante estipulación, aquella será nula o será sustituida por el derecho dispositivo.

(107) Como contrapartida, el artículo 1398 del Código Civil dispone una lista de cláusulas necesariamente abusivas, independientemente de las circunstancias y de la operación contractual de la que formen parte.

(108) De ello fluye que, en los contratos típicos estandarizados, las normas dispositivas serían *prima facie* vinculantes para el predisponente, y su desviación generaría la sospecha de que el pacto es irrazonable.

(109) Álvarez (2000) considera que este tipo de pactos se desvían de la buena fe objetiva entendida como equidad contractual. Esta manifestación de la buena fe obligaría a contrastar y valorar los intereses contrapuestos en el sentido de que deben ser tenidas en cuenta las razones de una y otra parte. En ese sentido: “contraria a la equidad no es sólo la determinación que favorece excesivamente a una parte con ventaja sobre la otra, sino, en general, la determinación que sacrifica, de modo no razonable, los intereses de una parte, sea o no tal sacrificio correlativo a la ventaja de la contraparte o de terceros. Al mismo tiempo, esa necesidad de contemperar los intereses de las partes es la causa de considerar como abusivas aquellas cláusulas que se aparten injustificadamente del derecho positivo, que se convierte en la medida del equilibrio contractual” (p. 45).

La autora cita el segundo párrafo del artículo 7.1 del Anteproyecto de Ley de Cláusulas Generales de Contratación, del 11 de diciembre de 1996, según el cual “se reputan contrarias a la buena fe las cláusulas que injustificadamente derogan las normas aplicables al contrato o que limiten los derechos y las obligaciones inherentes del mismo, de tal forma que ponga en peligro su finalidad económica” (p. 45).

(110) Como se advierte, esta definición se encuentra en línea con la definición operada por cierta doctrina para las cláusulas vejatorias, en el sentido de concebirlas como términos que se desvían del tipo contractual.



El alcance de la prohibición de las cláusulas abusiva ex artículo 1399 CC impide neutralizar los pactos vejatorios en contratos atípicos, pues no encajan en la nómina de “Contratos Nominados” y entenderlos como tales conllevaría a una interpretación abrogativa de la letra el artículo en cuestión. Esto deviene en un aspecto perfectible de nuestra legislación, pues, en primer lugar, la subsunción del negocio jurídico en un tipo legal debería ser indiferente para efectos de la protección del adherente. En ambos casos podríamos estar frente a similar necesidad de tutela. En segundo lugar, el contrato atípico también es gobernado por el derecho dispositivo de los estatutos generales y usos del tráfico, siendo que la derogación de estas reglas, debería también detonar la presunción de la vejatoriedad, cuando ocasione un detrimento esencial en el adherente.

Finalmente, debemos mencionar que el Anteproyecto de Reforma de Código Civil elaborado por el Grupo de Trabajo creado por la Resolución Ministerial 0300-2016-JUS propuso la siguiente definición de cláusula abusiva:

Artículo 1398.- Nulidad de estipulaciones

1. En los contratos celebrados por adhesión y en las cláusulas generales de contratación, son nulas aquellas estipulaciones que, en contra de la buena fe, establezcan en detrimento del adherente, un desequilibrio esencial entre derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato.
2. La nulidad de la cláusula abusiva no perjudica a las otras.

En el acápite correspondiente a la Exposición de Motivos, se señaló lo siguiente:

Se incluye una norma general que sanciona con nulidad la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos celebrados por adhesión y en las cláusulas generales de contratación, precisando que la nulidad de una cláusula abusiva no afecta a las demás cláusulas que contiene el contrato.

La propuesta del Anteproyecto parece haber sido influenciada por la Directiva 93/13 de la Comunidad Europea, la cual, a su vez, se nutrió de los modelos legislativos alemán y francés. Estos modelos propugnan que el control del contenido parte de definir a las cláusulas abusivas como aquellas que, en perjuicio del adherente, (a) contravienen la buena fe (modelo alemán) y/o (b) generan un desequilibrio significativo entre derechos y obligaciones de las

partes, independiente del estado subjetivo del predisponente (modelo francés)⁽¹¹¹⁾.

En nuestra opinión, la técnica legislativa más idónea para lidiar con cláusulas vejatorias en contratos estandarizados pasa por una prohibición general de abusividad, complementada por una lista de pactos automáticamente prohibidos (regla *per se*) y otras circunstancialmente prohibidas (regla de la razón). Estas nóminas, que han de ser robustas, razonables y en permanente actualización, deberían fungir como una guía que reduzca la discrecionalidad de los tribunales. La existencia de listas es indispensable, en tanto “resultaría casi imposible poder precaver todas las eventualidades constitutivas de cláusulas abusivas, por lo que un derecho que se limite a consagrar una lista siempre será deficitario” (Camacho, 2022, p. 94).

10. Cómo justificar la razonabilidad del pacto que contraviene la regulación aplicable al tipo contractual

Como se mencionó *infra*, la naturaleza del acto y las circunstancias podrían evidenciar la razonabilidad del pacto que subvierte la disciplina del tipo. Aquellos factores podrían demostrar la existencia de un equilibrio concreto (en las posiciones de las partes) que inviste a la estipulación sospechosa, destruyendo así su apariencia de vejatoriedad. Nos ubicamos en el ámbito de aplicación de la *Tercera Norma*, ex artículo 1399 CC.

En adelante, denominaremos “justificadores” a los indicios de la razonabilidad del pacto⁽¹¹²⁾ que pueden ser presentados por el predisponente frente a los tribunales.

(111) Operativamente doctrina mayoritaria ha venido causando el enjuiciamiento de fondo de las condiciones generales se plasmaba en la vertiente objetiva de la buena fe, la cual hallaba su contravención –al menos parcialmente, en este ámbito– en la contravención a la equidad contractual, al derecho dispositivo, a la causa del contrato e incluso, aunque de menos evidente, a las expectativas razonables del adherente derivadas de la interpretación y las circunstancias concretas (Ballesteros, 1999, pp. 274 y ss.).

(112) El Código Civil peruano no establece lineamientos para los indicios que podría aducir predisponente que desea defender el carácter congruo de la cláusula sospechosa. Cierta opinión respalda ciertos pactos que operan en derogación de las reglas típicas, aseverando que éstas –por muchas que puedan ser– son insuficientes para regular las líneas de negocio de los predisponentes que emplean contratos. Esta circunstancia haría natural que exista necesidad de incorporar desviaciones. Luego, conforme a esta opinión, existiría una razón justificada para la desviación cuando las CGdC “efectivamente agilicen el tráfico masivo de bienes y servicios, sin perjudicar los intereses de los consumidores” (De la Puente, 2007, p. 803). Sin embargo, la circunstancia antes descrita difícilmente califica como un justificador, pues, como se ha mencionado previamente, si el pacto que deroga el derecho dispositivo no introduce un perjuicio en los intereses de los consumidores (esto es, un impacto adverso esencial en el adherente), es bastante difícil explicar la propia presunción de abusividad ex artículo 1399 (Primera Norma).



Es menester puntualizar que los justificadores deben ser hallados a partir de un análisis global, que no se limite a examinar aisladamente la cláusula sospechosa de abusividad, sino que considere su dinámica en la interacción con el resto del programa negocial, con sus antecedentes y, en general, con la operación económica en la cual aquel pacto se desenvolverá, la cual podría estar conformada por dos o más contratos coligados.

Esta perspectiva es acogida también por el Código de Protección y Defensa del Consumidor, al señalar lo siguiente:

Artículo 49.- Definición de cláusulas abusivas

(...)

49.2 Para la evaluación de las cláusulas abusivas, se tiene en cuenta la naturaleza de los productos o servicios objeto del contrato, todas las circunstancias que concurren en el momento de su celebración, incluida la información que se haya brindado, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que este dependa [énfasis agregado].

Si bien la citada disposición normativa no es aplicable –ni siquiera analógicamente– a la regulación del Código Civil, sí es portadora de un principio de interpretación, cuyo espectro no se limita al plano puramente sectorial, sino que irradia al ámbito del contrato en general.

Tanto los justificadores sustanciales como los procedimentales cuentan con un valor indiciario, es decir, deberán ser apreciados en conjunto con otros elementos para generar convicción en el tercero dirimente⁽¹¹³⁾.

10.1. Justificadores sustanciales de razonabilidad en concreto de la cláusula sospechosa

Por un lado, evidencian la razonabilidad de la cláusula sospechosa de abusividad los indicios que, en cada caso concreto, contribuyen a demostrar que cláusula es equilibrada considerando las posiciones que las partes asumen en el programa negocial. Denominaremos estos indicios como “justificadores sustanciales”. Se trata de elementos que respaldan la congruencia del pacto en apariencia disfuncional, en el marco del programa negocial específico. Son justificadores sustanciales los siguientes:

a) La coherencia del pacto con los principios económicos de asignación neutral o equilibrada de riesgos entre los contratantes. En estos últimos, tenemos directrices que determinan que el riesgo debe ser colocado a la parte que: (a) se encuentra en mejor posición para prever y evitar que

aquel se materialice; (b) se encuentra en mejor posición para controlar las consecuencias de su acaecimiento; (c) quien puede asegurarse a menor costo contra su verificación; y, (d) quien se beneficia si es que el evento de riesgo se materializa, generando una oportunidad en vez de un peligro.

b) La posibilidad de que otras cláusulas del acuerdo u otros acuerdos coligados compensen, en favor del adherente, la cláusula abstractamente abusiva, reintroduciendo de este modo el equilibrio (Sacco & De Nova, 2016, p. 377). En efecto, considerando el análisis global que ameritan los justificadores de razonabilidad, debe indispensablemente considerarse en la evaluación del equilibrio / desequilibrio al conjunto de términos y condiciones del contrato que contiene el pacto sospechoso de vejatoriedad así como a los otros contratos coligados aquel. Así, podría ser un justificador sustancial la concesión al adherente de un derecho simétrico al incorporado a favor del predisponente (mediante la cláusula sospechosa). También podría ser razonable asignarle al adherente un impacto económico específico en la contraprestación (de incremento o reducción del precio) a cambio de la renuncia a cierto derecho o a cambio de la asunción de cierto riesgo.

c) La compatibilidad de la cláusula con usos y costumbres, incluyendo las buenas prácticas profesionales. Se trata de prácticas que dan lugar a reglas contractuales y que se caracterizan por ser frecuentes, generalizadas en un mercado relevante, por generar consciencia de obligatoriedad y por no ser contrarias a los límites de la autonomía privada. La relevancia de estas reglas contractuales reside en que obedecen de manera fidedigna a distribuciones de

(113) Código Procesal Civil.

Artículo 276. - Indicio

El acto, circunstancia o signo suficientemente acreditados a través de los medios probatorios, adquieren significación en su conjunto cuando conducen al Juez a la certeza en torno a un hecho desconocido relacionado con la controversia.

El indicio es toda actividad acreditada a través de los medios probatorios los cuales adquiere significación en su conjunto cuando ayudan al juez a tener certeza respecto de un hecho desconocido.



riesgos y responsabilidad tomadas como eficientes por el mercado y que no son otra cosa que el insumo que, una vez consagrado por el legislador, conforma la disciplina del tipo contractual. Un ejemplo de estipulación que contraviene la ley supletoria y que pese a ello no es vejatoria, está dado por los pactos de mora automática en ciertos financieros, como el *underwriting*.

- d) La lógica comercial de una estipulación insertada en un programa negocial. La cual se encuentra estrechamente ligada con la operación económica desenvuelta por las partes a partir de los criterios de interpretación del negocio jurídico.

Como ejemplo de justificativos sustanciales podemos citar el caso de aquellas estipulaciones que excluyen remedios del adherente y que, a la par, habilitan una tutela alternativa idónea a favor de aquella parte. Veamos un caso. La sociedad de *leasing* “S” (predisponente) acuerda una exoneración de responsabilidad frente al usuario “U” (adherente) por los vicios y defectos del bien dado en *leasing*. A efectos del artículo 1399 CC, semejante exoneración probablemente no dará lugar a una cláusula abusiva, pues en la operación global de *leasing*⁽¹¹⁴⁾, la parte que está en mejor posición para asumir el riesgo de vicios y defectos del bien frente a “U” no es la sociedad “SC” (contraparte de “U” que es un mero facilitador financiero), sino el proveedor “P” (un tercero respecto al arrendamiento financiero en sentido estricto pero que participó en la operación de *leasing*). Dicho de otra manera, la naturaleza de la operación global justifica la razonabilidad de la exoneración de responsabilidad incorporada en el contrato de *leasing*.

En otros supuestos, podría no ser desequilibrado que, atendiendo a las características peculiares del bien transferido, se derogue prerrogativas que la ley supletoria le otorga al adherente. Veamos una ilustración. El vendedor “V” (predisponente) trasfiere a título de venta una casona de 90 años de antigüedad a favor del comprador “C” (adherente). En tales circunstancias, una cláusula “*as is*” podría derogar razonablemente la garantía de “V” respecto al saneamiento por vicios ocultos. Y es que, debido al transcurso del tiempo, a los múltiples eslabones que conforman la cadena de transferencias

y al vasto uso dado bien por sus múltiples ocupantes, no necesariamente será “V” la parte pueda hacerse cargo de aquellas contingencias más eficientemente.

10.2. Justificadores procedimentales de razonabilidad en concreto de la cláusula sospechosa

Los justificadores procedimentales ya no se enfocan en el equilibrio que las partes asumen en el programa negocial. En cambio, estos justificadores se centran en el *iter* formativo del consenso y, particularmente, en la calidad de información que se encuentra a disposición del adherente, coyuntura que se encuentra en aptitud de garantizar la comprensión de los alcances del pacto aparentemente disfuncional⁽¹¹⁵⁾ (por ejemplo, colocándolo en un formulario específico y requiriendo la firma manuscrita del adherente⁽¹¹⁶⁾).

Vistos desde otra perspectiva, los justificadores procedimentales son una suerte de control de incorporación extraordinario, pues su presencia requiere sobrepasar un estándar más elevado que el de la mera cognoscibilidad (a que refiere el artículo 1397 CC). Aquel umbral especial tiene como propósito asegurar una calidad superior de la información transmitida al adherente⁽¹¹⁷⁾, para así garantizar su entendimiento efectivo; y, mediante de ello, lograr que aceptación por el adherente sea el genuino correlato conveniencia que éste halló en el acuerdo⁽¹¹⁸⁾.

Un modelo legal que emplea un justificador procedimental (el denominado *consentimiento específico* del adherente) es el *Codice* de 1942, el cual, en su artículo 1341, supedita la validez de ciertas cláusulas comercialmente agresivas o particularmente peligrosas para

(114) La operación económica de *leasing* presupone la celebración de un contrato de compraventa o provisión, por el cual la sociedad de *leasing* adquiere los derechos (usualmente propiedad) sobre el bien cuyo uso posteriormente cederá al usuario.

(115) Estamos entonces frente a al consentimiento específico del adherente, el cual precisa de considerable transparencia e idoneidad en la información, lo cual la hará particularmente comprensible para cualquier adherente razonable.

(116) En este orden de ideas, el predisponente bien podría acreditar que una cláusula es razonable en tanto, en el caso concreto, ha sido absolutamente visible para el adherente, (por ejemplo, una aceptación de información clara y comprensible “de puño y letra”), por lo que la intervención del contenido no sería necesaria.

(117) No nos es ajena la diferencia entre el control del contenido y el control de incorporación, ya anteriormente referida en el presente trabajo. Sin embargo, creemos que la interpretación amplia del término justificación es la que mejor obedece a una lectura evolutiva del artículo en examen.

(118) En efecto, la información específicamente resaltada, por un lado, neutraliza la eventual expectativa divergente del adherente, quien debió haber estado a la información recibida; y, por el otro, en caso de ser aceptado no podría sino determinar que, a la luz de la globalidad del contrato, ha sido considerado como conveniente para el adherente.



el adherente (Sacco & De Nova, 2016, p. 348) a la aprobación específica y por escrito de éste⁽¹¹⁹⁾. Sobre el particular, la jurisprudencia de ese país ha entendido que la carga formal impuesta por el artículo 1341 se cumple cuando

el adherente suscribe una declaración autónoma de aceptación de las cláusulas vejatorias individualizadas mediante la referencia a su número o contenido; en cambio no sería suficiente una única suscripción global del contrato, independientemente de la colocación o relevancia tipográfica de las cláusulas vejatorias, ni tampoco una suscripción distinta pero indiscriminada de la totalidad de las cláusulas contractuales, algunas de naturaleza no gravosa. (Sacco & De Nova, 2016, p. 30).

A mayor detalle, los justificativos procedimentales pretenden idealmente lograr que el adherente se encuentre en posición de:

- a) identificar, analizar y dimensionar (asignar un valor a) los riesgos asociados a la cláusula sospechosa de abusividad;
- b) comparar la cláusula sospechosa con los términos y condiciones ofrecidos por otros predisponentes; y,
- c) evaluar y aceptar, cuando ello le sea genuinamente conveniente, la relación de cambio, esto es, asegurarse que el precio que está dispuesto a pagar justifique la magnitud de riesgo asumido incluyendo la cláusula sospechosa. Esta circunstancia contribuye indirectamente a equilibrar en concreto el programa negocial que contiene dicha estipulación. En efecto, mediante la visibilización del pacto, el adherente se encuentra en aptitud de decidir si el precio que pagará resulta o no congruente con las ventajas que le reportará el contrato que incorpora la estipulación aparentemente vejatoria. Se privilegia entonces la libertad del adherente para decidir tomar un paquete de contratación comercialmente agresivo, pero conveniente.

Si el adherente –quien además podría ser un empresario– decide aceptar el acuerdo en tales circunstancias, difícilmente existirá una razón para presumir la existencia de significativo desequilibrio en detrimento suyo.

La admisión de los justificadores procedimentales como indicios capaces de eliminar la vejatoriedad del pacto ha afrontado la crítica de quien sostiene que negar la abusividad en base al conocimiento específico de un

pacto implicaría abrazar una concepción voluntarista del derecho, concepción que acoge la ecuación consentimiento libre de vicios, igual a impedimento de intervención del ordenamiento jurídico (Camacho, 2022, p. 70).

Discrepamos de esta opinión. En realidad, el justificador procedimental le atribuye a la cláusula presuntamente abusiva, en concreto, la misma visibilidad que poseen las cláusulas esenciales de toda operación contractual –es decir, las estipulaciones que regulan “los bienes o servicios que hayan de ser proporcionados y a la contraprestación que ha de pagarse por ellos” (Soto, 2003, p. 238)–, sobre las cuales el adherente no puede negar razonablemente comprensión y conveniencia. Estos términos esenciales y visibles muy difícilmente calificarán como abusivos, pues los sujetos –que suelen ser los mejores jueces de su propia conveniencia– se han adherido con voluntad y comprensión de aquellos⁽¹²⁰⁾, determinando que el programa contractual les resulta, al final del día, conveniente.

Sobre el particular, Korobkin señala lo siguiente:

[c]uando un término contractual es visible para los compradores, se puede confiar en el mercado para que provea una versión eficiente de éste: sin fraude, dolo, o una externalidad significativa creada por un tercero, la intervención judicial no es necesaria. Cuando el término es invisible para la mayoría de los compradores, el control del mercado sobre la posible conducta abusiva del vendedor se encuentra ausente, y los jueces deberían sospechar del término resultante (2006, p. 173).

En similar sentido, Barnes afirma que la protección legal conferida mediante el

(119) Artículo 1341. Condiciones generales del contrato

Las condiciones generales del contrato predispuesta por un uno de los contratantes son eficaces respecto al otro si al momento de la celebración del contrato éste las ha conocido o debía haberlas conocido empleando la diligencia ordinaria.

En todo caso, no tienen efecto, si no han sido específicamente aprobadas por escrito, las condiciones que establecen, a favor de aquel que las ha predispuesto, limitaciones de responsabilidad, facultades de desistir del contrato o de suspender su ejecución o sancionan a cargo del otro contratante caducidades, limitaciones a la facultad de oponer excepciones, restricciones a la libertad contractual en las relaciones con terceros, prórroga o renovación tácitas del contrato, cláusulas compromisorias o derogaciones a la competencia de las autoridades judiciales.

(120) En efecto, no deberían ser consideradas vejatorias cláusulas que, a pesar de desviarse de la lógica del tipo, se reputan específicamente conocidas por el adherente. Se trata de pactos como aquellos caracterizadores de los términos comerciales del intercambio que estructuran la transacción, tales como el precio, el modo de pago, la calidad y cantidad, el lugar de cumplimiento, el plazo de cumplimiento y el límite de responsabilidad (Trans-lex Research. Principio IV.2.6).



control del contenido solo debe involucrar a la “letra chica” (es decir, cláusulas sobre las cuales el consumidor haya dado un asentimiento en blanco) y no así a estipulaciones conocidas, que cuentan con un asentimiento específico (precio deseable, tipo de ítem o servicio comprado y reputación del establecimiento) (2010, pp. 862 y ss.). Ello se debe a que el consumidor ha dado su voto de confianza al empresario, respecto de aquellas cláusulas sobre las que ha operado un asentimiento en blanco. Dicha conformidad antelada justificaría que el consumidor asuma el riesgo de defraudación de sus expectativas, salvo situaciones excepcionales de gruesa disfuncionalidad. Y es que, al igual que ocurre con un votante que empodera al candidato político posteriormente elegido como autoridad pública, el consumidor –mediante su asentimiento en blanco– empoderó al empresario para administrar los términos contractuales desconocidos y no leídos por el consumidor.

Estimamos que si la visibilidad que –por su propia naturaleza poseen– los términos y condiciones que conforman el objeto principal del contrato hace que aquellos sean inmunes –o, por lo menos, resistentes– a la vejatoriedad⁽¹²¹⁾, otorgarle similar visibilidad a una cláusula *prima facie* sospechosa de abusividad podría constituir un indicio capaz de reflejar que, pese al aparente desequilibrio del pacto, el adherente halló conveniencia en su aceptación, por lo que aquel debe reputarse equilibrado para sus intereses.

Veamos un ejemplo de la operativa de un justificador procedimental. El comitente “MC” le propone al contratista “SC” celebrar un contrato de obra *llave en mano* bajo términos estandarizados –y considerados innegociables– que se apartan del derecho dispositivo. “SC” remite una propuesta económica y técnica a “MC”, pero puntualizando que la oferta operará para el caso que “MC” acepte una lista de exclusiones y desviaciones al modelo de contrato. “MC” se niega en todo momento a ajustar sus términos y condiciones, pues los considera inamovibles. En vez de ello, “MC” invita a “SC” a asignarle un valor a sus exclusiones y desviaciones y a ajustar su propuesta económica considerando dicha variable⁽¹²²⁾, lo cual finalmente ocurre, quedando perfeccionado el contrato.

En tal caso, las cláusulas de “MC”, por más agresivas o leoninas que hayan sido, fueron comprendidas, dimensionadas y finalmente consideradas como equilibradas y convenientes

por “SC” a la luz del precio finalmente cotizado. Luego, estas cláusulas difícilmente podrán ser calificadas como abusivas.

Otro ejemplo. El concesionario “C” necesita poner en operación una central hidroeléctrica conforme al cronograma de obras acordado con el Estado, para hacerse acreedor de una bonificación. En tal sentido, tras la propuesta económica inicial presentada por el contratista general “B” (quien tuvo a su disposición el modelo de acuerdo en las bases administrativas), “C” coloca a “B” en la posibilidad de llevar a cabo una de las dos siguientes estructuras (sin que “B” pueda modificarlas):

- a) un contrato con una utilidad 50% mayor a la usualmente ofrecida en el mercado, pero incluyendo pactos que le transfieren íntegramente a “B” el riesgo geológico y social (casos en los cuales “B” renuncia anticipadamente a obtener ampliaciones de plazo y reconocimiento de sobrecostos); o, alternativamente,
- b) un contrato que le permita a “B” obtener la utilidad estándar en el mercado, pero sin incluir el pacto de transferencia de los riesgos geológico y social.

Tras efectuar un análisis, “B” elige aceptar la primera alternativa. En tal caso, la cláusula de traslación de riesgos se desvía del derecho dispositivo (en particular, de los artículos 1315, 1784 y 1316 CC). Empero, tales divergencias podrían resultar justificadas, en tanto, considerando la economía del acuerdo específico, “B” eligió incrementar el monto de su cotización como consecuencia de tomar un paquete altamente riesgoso. En efecto, (a) “B” ha tenido la oportunidad de identificar el riesgo que una estipulación le trasladó, asignarle un valor y compararlo con la oportunidad de obtener una utilidad considerablemente más elevada, para efectos

(121) Empero, el autor omite justificar esta toma de postura en nuestro ordenamiento legal.

(122) En la realidad del tráfico jurídico, el adherente es quien suele realizar las ofertas económicas y técnica de una serie de contratos de transferencia de propiedad y servicios. En nuestra opinión, esta circunstancia no hace que el acuerdo deje de ser de adhesión, tal como correctamente establece el artículo 3 de la Directiva 93/13 CEE, según el cual: “El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación del presente artículo al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata, no obstante, de un contrato de adhesión [énfasis agregado]”.

de tomar una decisión; (b) “B” ha aceptado el paquete agresivo propuesto por la contraparte, con el objetivo de lucrar en vista de las circunstancias⁽¹²³⁾; y, consecuentemente, (c) si el riesgo geológico o el evento de fuerza mayor se materializa, “B” no podrá decirse defraudado en sus expectativas.

11. Sobre la aplicabilidad del artículo 1399 del Código Civil a cláusulas que determinan el contenido económico de la relación de cambio (equilibrio económico) y el objeto principal del contrato

Es preciso evaluar la aplicabilidad del artículo 1399 CC para controlar cláusulas que refieren, por un lado, al objeto principal del contrato; y, por el otro, a la calidad o cantidad de los componentes principales del objeto (por ejemplo, la cuantificación del precio o la fijación de las especificaciones técnicas de un contrato de servicios).

Una primera opinión podría extender la aplicación de la norma en comento a estipulaciones que versen sobre las materias explicitadas, en vista de que el dictado normativo del artículo 1399 CC no excluye a aquellas cláusulas comerciales esenciales.

Esta opinión parece de recibo en lo que se refiere a las cláusulas que se refieren al objeto principal del contrato. En esta línea:

Si bien es discutible que el juez pueda evaluar lo justo (abusivo) del precio, en la práctica puede intervenir en las cláusulas principales del contrato a través del análisis de cláusulas relacionadas con aquellas que determinan el objeto principal del mismo, como por ejemplo, aquellas que se refieren a pagos en caso de cumplimiento parcial de la prestación o de no utilización del servicio, las que establecen la forma de determinación del precio definitivo, etc. En otras palabras, que el juez no pueda evaluar la adecuación entre precio y retribución no implica que no pueda determinar el carácter abusivo de aquellas cláusulas que, por ejemplo, establecen

el método de cálculo, las modalidades de modificación del precio u otras como las recién mencionada. Ello en definitiva puede significar, en el hecho, una revisión o adaptación del precio final o efectivo que se deba pagar por el consumidor, lo que a su vez puede implicar que el juez se vea en la necesidad de establecer uno diverso al estipulado originalmente en el contrato (Momberg, 2013, pp. 20-21).

Estimamos que un control de pactos que se refieren al objeto esencial del contrato sí es factible bajo legislación peruana, pues no vulnera ningún principio inderogable de la contratación privada.

En contraste, no resulta admisible la injerencia directa del juez en cláusulas que fijan la cuantía y calidad del objeto principal. El fundamento de esta cortapisa se debe hallar en las siguientes razones:

- a) Permitir la alteración judicial (o administrativa) de la ecuación económica fundamental acarrearía un indeseable mecanismo de control de calidad y/o control de precios, lo cual atentaría contra las libertades de mercado y de fijación de tarifas en los contratos civiles y mercantiles, dando lugar a una injerencia excesiva de los tribunales (Momberg, 2013, pp. 32-33; Albiez, 2014, p. 189⁽¹²⁴⁾).
- b) El adherente tiene visibilidad de (y puede comprender) las cláusulas que configuran las prestaciones principales del contrato incluso en los negocios jurídicos estandarizados. Esto le permite al adherente estimar la conveniencia de la operación, esto es, fijar el precio de forma ajustada a sus intereses⁽¹²⁵⁾. Como

(123) Estamos frente a lo que Ballesteros identificaba como un escenario en el que se ha dado al adherente la oportunidad de celebrar un contrato de “mejor calidad” a un precio elevado u otro de “peor calidad” a un precio inferior (1999, p. 296).

(124) Momberg informa que, según algunos autores, tales cláusulas se encuentran fuera del examen del juez, ya que la intervención del juez supondría atentar contra libertad de mercado, en especial, la libre fijación de precios (2013, pp. 32-33). De esta manera, no cabe examinar la adecuación o equilibrio entre el bien o servicio prestado por el proveedor, y el precio pagado por el consumidor. Al efecto, señala que el desequilibrio sancionado es de tipo jurídico y no económico. Se sostiene además que son justamente estas las cláusulas a las cuales el consumidor ha prestado atención, y eventualmente negociado.

Por otro lado, según Albiez, el sistema alemán jamás se ha descartado que las cláusulas que se refieren al objeto y al precio estén sujetas a los requisitos de incorporación y de transparencia formal como también a las reglas de interpretación. Pero es más cuestionable que esas cláusulas puedan ser controladas materialmente. El control judicial sobre el objeto y el precio de los contratos de adhesión con consumidores podría suponer una injerencia excesiva en el mercado por parte de los tribunales (2014, p. 189).

(125) Sobre el particular, opina Camacho:

“(…) En primer lugar, porque se supone que estas son cláusulas que por lo general se negocian individualmente, y en caso de no serlo, porque el derecho no podría invadir la esfera de libertad que tienen las partes para elegir lo que más les conviene, aspecto que tiene que ver con las ventajas o desventajas que cada una consigue con el negocio y que, por tanto, aluden a un desequilibrio de carácter económico” (2022, p. 82)



se vio en el acápite anterior, en este tipo de situaciones es desaconsejable que el sistema legal permita que la intervención de un tercero en el contenido económico del contrato. En cambio, la intervención del contenido es un remedio preferible para la “letra chica” (términos respecto a los cuales operó un mero “*asentimiento en blanco*”).

- c) Los tribunales cuentan con escasa información sobre la estructura de costos y eficiencias planificadas las partes respecto a la ejecución del contrato, por lo que difícilmente su recomposición de la economía negocial sería satisfactoria para ambas.
- d) El sistema legal peruano ya contiene remedios específicos contra el desequilibrio económico considerado como irregular por el legislador, tales como la rescisión por lesión, la prohibición de la usura, la prohibición de cláusulas penales manifiestamente excesivas y otros.
- e) Implicaría desconocer que el control del contenido en contratos estandarizados refiere a la ruptura del equilibrio normativo y no a la ruptura del equilibrio económico. En esta línea, los modelos comparados más asentados⁽¹²⁶⁾, influenciados por la Directiva 93/13, suelen considerar que, si una cláusula que define la contraprestación es suficientemente clara, entonces no podrá ser abusiva.

Veamos un ejemplo sobre cómo no puede dar lugar a abusividad una cláusula que configura la cuantía de la relación de cambio (equilibrio económico). El locador de servicios “L” (adherente) es contratado por el cliente “C” (predisponente) para llevar a cabo cierta actividad profesional por una cantidad de 10 horas a cambio de una retribución por hora ascendente a USD \$ 100. Es el caso que las tarifas establecidas por el colegio profesional que controla la actividad a la que se dedica “L” son 100% mayores a las fijadas. En esta hipótesis, por las razones expuestas, “L” no podría invocar exitosamente el artículo 1767 CC⁽¹²⁷⁾ para alegar que, por desviarse de las

“tarifas profesionales”, el pacto que fija el precio contractual es abusivo.

12. Conclusiones

- El artículo 1399 CC está conformado por tres normas jurídicas distintas, una procesal (*Primera Norma*), una prohibitiva (*Segunda Norma*) y una permisiva (*Tercera Norma*). Cada una de estas normas cuenta con sus propias hipótesis y sus respectivos efectos jurídicos. Los elementos comunes a las hipótesis de las tres normas son: (a) la celebración de un CdA o, alternativamente, de un contrato con CGdC no aprobadas administrativamente; (b) la calificación del contrato relevante como nominado o típico; (c) que alguna cláusula del contrato relevante contravenga la regulación dispositiva aplicable a su tipo contractual de encuadramiento; y, (d) que la cláusula incorporada en el contrato relevante opere en perjuicio del adherente y que le genere un detrimento esencial.
- La frase “normas establecidas para el correspondiente contrato” incluida en el artículo 1399 CC refiere a un *corpus* de reglas contractuales que engloba (a) a las normas supletorias consagradas específicamente para cada tipo contractual disciplinado en el Código Civil o en otra norma (independientemente

(126) Código Civil francés

Artículo 1171.-

En un contrato de adhesión, toda cláusula no negociable, determinada anticipadamente por una de las partes, que crea un desequilibrio significativo entre los derechos y obligaciones de las partes contratantes se reputa no escrita.

La apreciación del desequilibrio significativo no recae ni sobre el objeto principal del contrato ni sobre la adecuación del precio de la prestación.

Cabe relacionar el artículo 1171 del referido Cuerpo Normativo con el artículo 1110 del mismo cuerpo normativo, que indica, en lo pertinente: “El contrato de adhesión es aquel que incluye un conjunto de cláusulas no negociables, determinadas previamente por una de las partes”.

Munita & Morales señalan que el núcleo de esta especial forma de contratar “radica tanto en la desproporción en alguna de sus cláusulas, cuanto en el poder de una de las partes de redactarlas e imponerlas a la otra, frente a lo cual esta no tiene más alternativa que someterse a las mismas”. Sobre el artículo 1171 precisan que, al igual que la norma respectiva del Code de la Consommation, “esta disposición no exige contravención a la buena fe para que se verifique la abusividad, basta entonces con que se produzca un desequilibrio significativo, al igual que en el ámbito del Derecho del Consumo, pero a diferencia de este, el control [establecido en el Código Civil francés] puede recaer tanto en contratos de consumo como en contratos entre profesionales o empresarios” (2021, p. 121).

(127) Código Civil.

Artículo 1767.-

Si no se hubiera establecido la retribución del locador y no puede determinarse según las tarifas profesionales o los usos, será fijada en relación a la calidad, entidad y demás circunstancias de los servicios prestados.

de su jerarquía), (b) a las reglas sociales derivadas de los usos y costumbres, y (c) al derecho dispositivo contenido en los estatutos generales del Código Civil.

- La regulación del BGB, utiliza -en casos de ambigüedades insumos objetivos para individualizar “pactos contrarios a la buena fe” en negocios estandarizados: (a) que la cláusula no sea compatible con principios fundamentales de la regulación legal, de la que diverge; y (b) que la cláusula restrinja derechos o deberes fundamentales, que resultan de la naturaleza del contrato, de modo que se pone en peligro la obtención del fin del contrato. Ambos criterios operativos influyeron –de forma directa o, lo que es más probable, indirecta– en el artículo 1399 CC.
- El artículo 1399 CC alude a las normas dispositivas que componen las diversas tipologías contractuales, y tiene tantas prohibiciones potenciales como normas dispositivas existen. Se trata de una gran cantidad (y, eventualmente, cambiante) de reglas restrictivas de la autonomía privada en contratos estandarizados. Esta realidad hace que sea indispensable que todo despacho legal que diseña contratos estandarizados tenga en cuenta las normas de derecho dispositivo (sea en el Código Civil o regulación sectorial pertinente) a la hora de elaborarlos.
- La nulidad bajo el artículo 1399 CC *prima facie* debería manifestarse como parcial, es decir, un remedio-sanción que afecta aisladamente a la cláusula patológica, entendida como un módulo, sin extenderse a la totalidad del contrato estandarizado. La nulidad total del contrato es admisible solo excepcionalmente, y cuando el pacto afectado se revele como esencial para el desenvolvimiento de la operación. Ello puede acontecer cuando aquel término se refiera a las prestaciones principales o cuando la naturaleza del contrato, o la intención original de las partes al celebrarlo, determine que aquel no pueda subsistir sin las cláusulas afectadas.
- Cuando la ley concibe normas dispositivas para una tipología contractual, debe entenderse que se trata de reglas equilibradas a ojos del legislador, esto es, se trata de preceptos (a) que no favorecen exclusivamente a una u otra parte, (b) no son producto del azar y (c) plasman el ideal de neutralidad en la asignación de riesgos y responsabilidades de los contratantes a ojos del legislador (equilibrio normativo).
- El artículo 1399 CC cumple un rol trascendental en la política legislativa trazada por el Código Civil. Y es que la otra norma de control del programa en acuerdos estandarizados –el artículo 1398 CC– cuenta con un alcance limitado (solo será nula la cláusula si encaja en la escueta nómina allí contemplada), al estar desprovisto de una definición normativa de cláusula abusiva. Las estipulaciones gravemente irregulares que van emergiendo en la contratación contemporánea no quedan ni remotamente cristalizadas en dicha nómina. El

artículo 1398 CC difícilmente se adapta a las complejidades de las operaciones transaccionales actuales y se queda rezagada respecto al advenimiento de nuevas formas transaccionales en base a necesidades emergentes en el tráfico jurídico.

- Para efectos del artículo 1399 CC, una cláusula abusiva es aquella que, en un contrato típico estandarizado, se desvía de la regulación dispositiva aplicable al tipo negocial en perjuicio esencial del adherente y sin que el predisponente posea (o sin que logre acreditar) acredite concretamente la presencia de razonabilidad para semejante desviación. Se trata de estipulaciones que se apartan injustificadamente del derecho dispositivo, que se convierte en el paradigma de la asignación balanceada de riesgos.
- Por un lado, evidencian la razonabilidad de la cláusula sospechosa de abusividad aquellos indicios capaces de convertirla en equilibrada considerando las posiciones asumidas por las partes asumen en el programa contractual concretamente celebrado: los justificadores sustanciales. Son justificadores sustanciales, entre otros: (a) La coherencia del pacto con los principios económicos de asignación neutral de riesgos entre los contratantes; (b) la posibilidad de que otras cláusulas del acuerdo u otros acuerdos coligados compensen, a favor del adherente, la cláusula abstractamente abusiva, reintroduciendo de este modo el equilibrio; (c) la compatibilidad de la cláusula con usos y costumbres, incluyendo las buenas prácticas profesionales; (d) la razonabilidad comercial de una estipulación insertada en un programa negocial.
- Por otro lado, los justificadores procedimentales se enfocan en el *iter* formativo del consenso y, particularmente, en la calidad de información que se encuentra a disposición del adherente, coyuntura que puede garantizar la comprensión de los alcances de la cláusula aparentemente disfuncional. Los justificativos procedimentales hacen que el adherente se encuentre en posición de:



(a) identificar, analizar y dimensionar (asignar un valor a) el riesgo asociado a la cláusula sospechosa de ser abusiva; (b) comparar la cláusula sospechosa con los términos y condiciones ofrecidos por diversos predisponentes; y, (c) aceptar, cuando ello le sea conveniente, la relación de cambio conformada por los objetos principales del contrato. Estas circunstancias contribuye a equilibrar en concreto el programa negocial que contiene dicha estipulación, en tanto el adherente halló conveniencia en su aceptación.

Referencias bibliográficas

- Álvarez, M. (2000). *El desistimiento unilateral en los contratos con condiciones generales*. Edersa.
- Arias Schreiber, M. (2011). *Exégesis del Código Civil peruano. Contratos - Parte General*. Gaceta Jurídica.
- Azzari, F. (2017). Nullità della clausola abusiva e integrazione del contratto. *Osservatorio del diritto civile e commerciale*, 6(1), 37-90.
- Ballesteros, J. (1999). *Las condiciones generales de los contratos y el principio de la autonomía de la voluntad*. Bosch.
- Barnes, W. (2010). Consumer assent to standard form contracts and the voting analogy. *West Virginia Law Review*, 3(112), 839-872.
- Benavides, E. (2002). La reforma del Código Civil peruano sobre el derecho de los contratos, parte general: ¿en busca de una isla? *Advocatus*, (7), 393-408. <https://doi.org/10.26439/advocatus2002.n007.2401>
- Betti, E. (1975). *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos* (3ª ed.). Revista de Derecho Privado.
- Bianca, M. (2007). *Derecho civil 3. El contrato*. Universidad Externado de Colombia.
- Bullard, A. (2006). El derecho a equivocarse. La contratación masiva y la protección del consumidor. En A. Bullard (Ed.), *Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales* (1ª ed., pp. 497-666). Palestra Editores.
- Camacho, M. (2022). *Las cláusulas abusivas en los contratos entre empresarios*. Universidad Externado de Colombia.
- Cárdenas, C. (1996). Las cláusulas generales de contratación y el control de las cláusulas abusivas. *IUS ET VERITAS*, (13), 19-35.
- Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima. Caso Arbitral No. 090-2017-CCL. <https://www.arbitrajeccl.com.pe/AAO/Content/DownloadFileMK.ashx?file=CASO%20090-2017-CCL%20-%20RESUMEN.txt&f=0>
- Castronovo, C. (1998). Profili della disciplina nuova delle clausole c.d. vessatorie cioè abusive. *Europa e diritto privato*, 1, 5-44.
- Chiassoni, P. (2007). *Tecnica dell'interpretazione giuridica*. Società Editrice Il Mulino.
- Von Bar, C., Clive, E., Schulte-Nölke, H., Beale, H., Herre, J., Huet, J., Storme, M., Swann, S., Varul, P., Veneziano, A., & Zoll, F. (Eds.) (2009). *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*. Sellier.
- Costanza, M. (2000). La novella sulle clausole abusive. *Banca borsa e titoli di credito*, 53(3), 316-368.
- Criscuoli, G. (1959). *La nullità parziale del negozio giuridico. Teoria generale*. Giuffrè.
- D'Angelo, A. (1992). *Contratto e operazione economica*. Giappichelli.
- De Castro, F. (2016). *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las Leyes*. Civitas.
- De la Maza, I. (2003). Contratos por adhesión y cláusulas abusivas: ¿Por qué el Estado y no solamente el mercado? *Revista Chilena de Derecho Privado*, (1), 109-148.
- De la Puente, M. (2017). *El contrato en general. Comentarios a la sección primera del Libro VII del Código Civil*. Palestra Editores.
- Di Majo, A. (2002). La nozione di equilibrio nella tematica del contratto. *Premesse di carattere generale, intervenció en el Incontro di studio del C.S.M.*, 22-24 de abril de 2002. <http://www.judicium.it/>
- Dohrmann, K. (2014). Das condições gerais dos contratos/cláusulas abusivas: e o enfoque acerca do estado da questão na Alemanha. *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, 4(16), 183-210. Recuperado de: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/90949>
- Escobar, F. (2011). Entendiendo el mercado: la contratación estandarizada como forma de mitigar los problemas de insatisfacción y de selección adversa. *Advocatus*, (24), 139-158.
- Espinoza, J. (1998). Las cláusulas vejatorias en los contratos estipulados unilateralmente. *THEMIS Revista de Derecho*, (38), 141-162. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/10316>
- Fauceglia, D. (2017). Osservazioni in tema di clausole vessatorie "atipiche" nell'ottica delle relazioni tra contratto e mercato. *I Contratti*, 3(3), 347-362. <http://hdl.handle.net/2108/270689>
- Franzoni, M. (1999). *Degli effetti del contratto. Integrazione del contratto suoi effetti reali e obbligatori*. Giuffrè.
- Gabrielli, E. (1999). Il contratto e le sue classificazioni. En E. Gabrielli (Ed.), *I contratti in generale. Tomo primo. Seconda edizione. In Trattato dei contratti diretto da Pietro Rescigno e Enrico Gabrielli*. (pp. 43-75). UTET.
- Gabrielli, E. (2013). El tipo contractual. En R. Morales & W. Vásquez (Eds.), *Estudios sobre teoría general del contrato*. Jurista Editores.



- Gentili, A. (1999). Le invalidità. En E. Gabrielli (Ed.), *I contratti in generale* (pp. 1407-1634). UTET.
- Guastini, R. (2016) *Estudios sobre la interpretación jurídica. Instituto de Investigaciones Jurídicas*. UNAM.
- Hernández, G., & Campos, S. (2020). Vinculación entre el deber precontractual de transparencia y el control de las cláusulas no negociadas individualmente. Bases para su aplicación en el derecho chileno. *Revista de Derecho Privado*, 39, 143-173.
- Kessler, F. (1943). Contracts of adhesion—Some thoughts about freedom of contract. *Columbia Law Review*, 43(5), 629-642. <https://doi.org/10.2307/1117230>
- Korobkin, R. (2006). Racionalidad limitada, contratos de adhesión y desigualdad contractual. *Revista de Derecho Privado*, (37), 169-266. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=360033185002>
- Ledesma, M. (2008). *Comentarios al Código Procesal Civil*. Gaceta Jurídica.
- Llanos, T. (2021). El control de las cláusulas abusivas en el Código de Protección y Defensa del Consumidor. *IUS - Revista de investigación de la Facultad de Derecho*, 10(2), 1-25. <https://doi.org/10.35383/iusat.v1i1.415>
- Mato, M. (2017). *Cláusulas abusivas y empresario adherente*. Boletín Oficial del Estado.
- Mazzamuto, S. (1998). L'inefficacia delle clausole abusive. *Europa e Diritto privato*, 1, 45-50.
- Mendoza, P., & Morales, M. E. (2020). Notas sobre el control de cláusulas abusivas entre empresarios. Una síntesis del modelo alemán. *Revista chilena de derecho privado*, 34, 207-216. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-80722020000100207>
- Meyerson, M. I. (1993). The reunification of contract law: The objective theory of consumer form contracts. *University of Miami Law Review*, 47(5), 1263-1333. <https://repository.law.miami.edu/umlr/vol47/iss5/3>
- Mezzasoma, L. (2013). *Derecho del consumidor. El consumidor adquirente de inmuebles por construir*. Ediciones Legales.
- Ministerio de Justicia. Anteproyecto de Reforma de Código Civil elaborado por el Grupo de Trabajo creado por la Resolución Ministerial 0300-2016-JUS.
- Momberg, R. (2013). El control de las cláusulas abusivas como instrumento de intervención judicial en el contrato. *Revista de derecho (Valdivia)*, 26(1), 9-27. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502013000100001>
- Momberg, R. (2021). El control de las cláusulas abusivas en contratos entre profesionales en el derecho chileno. En F. Elorriaga (Ed.), *Estudios de Derecho Civil XV. XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil*. Thomson Reuters.
- Morales, M. & Munita, R. (2021). Control de cláusulas abusivas entre empresarios en el derecho francés. *Revista Jurídica Derecho*, 10(14), 111-128. http://www.scielo.org.bo/scielo.php?pid=S2413-281020210001000006&script=sci_abstract
- Muro, M. & Huanco, H. (2003). Ineficacia de estipulaciones en contratos nominados. En *Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas. Contratos en General* (Tomo VII, pp. 362-365). Gaceta Jurídica.
- Morales, M., Mendoza, P., & Munita, R. (2020). Cláusulas abusivas entre empresas. Evolución en los principales sistemas de derecho comparado. *Vniversitas*, 69, 1-17. <https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj69.cae>
- Palacios, E. (2002). *La nulidad del negocio jurídico. Principios generales y su aplicación práctica*. Jurista Editores.
- Bergel, S. & Paolantonio, M. (1995). Nulidad parcial y total en el derecho del consumidor. *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 8, 139-153.
- Patti, S. (1996). *Le condizioni generali di contratto*. Cedam.
- Pizarro, C. (2005). Las cláusulas abusivas. Una crítica al control represivo. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 26(2), 391-404. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=173620162012>
- Posada, C. (2015). Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión en el derecho colombiano. *Revista de Derecho Privado*, (29), 141-182. <http://dx.doi.org/10.18601/01234366.n29.07>
- Rende, F. (2021). Abus de dépendance e controllo del regolamento contrattuale. *Persona e Mercato*, (3), 526-543.
- Rodotà, S. (1969). *Le fonti di integrazione del contratto*. Giuffrè.
- Rodríguez, R. (2012). Tutela del consumidor contra cláusulas abusivas. *Revista Oficial del Poder Judicial*, 7(8/9), 245-289. <https://doi.org/10.35292/ropj.v7i8/9.284>
- Rodriguez, G. (2015). El equilibrista desorientado: la dinámica evolutiva de las cláusulas contractuales en contratos predispuestos y el mito de la baja calidad de los contratos de consumo. *Derecho PUCP*, (74), 249-267. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201501.011>
- Roppo, V. (2009). El contrato (Trad. E. Ariano). Gaceta Jurídica.
- Roppo, V. & Napolitano, G. (1994). Voce "Cláusole abusive". *Enc Giur Treccani*.
- Sacco, R. & De Nova, G. (1993). Il contratto. En R. Sacco (Ed.), *Trattato di Diritto Civile* (1ª ed). UTET Giuridica.
- Sacco, R. & De Nova, G. (2016). Il contratto. En R. Sacco (Ed.), *Trattato di Diritto Civile* (4ª ed). UTET Giuridica.
- Serio, M. (1998). Profili comparatistici delle clausole vessatorie. *Europa e diritto privato*, 1, 77-136.
- Sicchiero, G. (2006). La cláusula contractual. En *Anuario de Derecho Civil*, 59(4), 1641-1658. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2327957>



- Slawson, W. D. (1971). Standard form contracts and democratic control of lawmaking power. *Harvard Law Review*, 84(3), 529-566. <https://www.econbiz.de/Record/standard-form-contracts-and-democratic-control-of-lawmaking-power-slawson-david/10002819091>
- Smith, H. (2006). Modularity in contracts: boilerplate and information flow. *Michigan Law Review*, 104(5), 1175-1222. <https://repository.law.umich.edu/mlr/vol104/iss5/11>
- Soria, A., y Osterling, M. (2014). *Contratos modernos: Elementos esenciales y reglas aplicables para acuerdos comerciales*. Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.
- Soto, C. (2003). Las cláusulas generales de contratación y las cláusulas abusivas en los contratos predispuestos. *Vniversitas*, 106, 563-609.
- Suescún, F. (2009). Control judicial de las cláusulas abusivas en Colombia: una nueva causal de nulidad. *Revista de Derecho Privado*, (41), 3-17. <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=360033199002>
- Tamani, C. (2022). Contrato por adhesión (comentario al artículo 1390 del Código Civil). En J. Espinoza (Dir.), *Nuevo comentario del Código Civil peruano* (Vol. 9, pp. 348-359). Instituto Pacífico.
- Tarello, G. (1980). *L'interpretazione della legge*, Giuffrè.
- TRANS-LEX. (15 de noviembre de 2022). Principios TRANS-LEX. www.trans-lex.org/935000
- Tribunal de defensa de la competencia y de la propiedad intelectual (2018). Resolución 0219-2018/SPC-INDECOPI.
- Tutt, A. (2013). On the invalidation of terms in contracts of adhesion. *Yale Journal on Regulation*, 30, 439-474. <http://hdl.handle.net/20.500.13051/8186>
- Ulmer, P. (1988). Diez años de la Ley Alemana de Condiciones Generales de los Contratos: retrospectiva y perspectivas. *Anuario de Derecho Civil*, 41(3), 763-788. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2769281>
- Vásquez, M. (2019). Las cláusulas abusivas y la autonomía contractual. *Gaceta Civil & Procesal Civil*, 67, 129-139.
- Vásquez, W. (2011). Los financiamientos trilaterales en el marco de las operaciones de crédito al consumo y la teoría de la coligación contractual. *Revista de Derecho Administrativo*, (10), 183-198. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/articulo/view/13688>
- Vásquez, W. (2022). Las modalidades *pay-if-paid* (pago si obtengo el pago) y *pay-when-paid* (pago cuando obtenga el pago) en los subcontratos de construcción. Funcionamiento, admisibilidad y recepción en el sistema contractual peruano. En L. Barchi, L. León, V. Contreras, H. Campos y E. Buendía (Eds.), *Dogmática y Práctica del Derecho Privado Moderno* (pp. 707-802). Ara Editores.
- Vásquez, W. (2019). Las cláusulas de formalidad convencional en la contratación contemporánea. En *Congreso Internacional de Derecho Civil. Diálogo entre Disciplinas* (Tomo II, pp. 347-365). Instituto Pacífico.
- Vega, Y. (2001). El derecho del consumidor y la contratación contemporánea. Consideraciones preliminares a favor de la construcción dogmática de los contratos de consumo. En A. Alterini, J. de los Mozos y C. Soto (Dirs.), *Contratación contemporánea. Contratos Modernos. Derecho del consumidor* (Vol. 2, pp. 515-635). Palestra.
- Venosta, F. (1990). Condizioni generali vessatorie, forma della ratifica e nullità parziale del contratto. *Banca borsa e titoli di credito*, 646-664.
- Whittaker, S. (2019). Unfair terms in commercial contracts and the two laws of competition: French law and english law contrasted. *Oxford Journal of Legal Studies*, 39(2), 404-434. <https://doi.org/10.1093/ojls/gqz003>