

LAS CLÁUSULAS VEJATORIAS EN LOS CONTRATOS ESTIPULADOS UNILATERALMENTE

Juan Espinoza Espinoza¹

1. PREMISA

No cabe duda de que la libertad contractual es un concepto básico para nuestro Derecho Privado; esta institución, sin embargo, puede ser entendida de distinta manera según la perspectiva de cada una de las partes contratantes. En efecto, para el empresario la libertad contractual será atendida como la facultad de que dispone para establecer de manera unilateral el contenido de la relación contractual que sostenga con los consumidores (lo que excluye la posibilidad de negociaciones individuales), mientras que para estos últimos la libertad contractual es entendida como el derecho de elegir entre varias ofertas colocadas en el mercado aquella que más le convenga. Desde esta perspectiva, el doctor Espinoza estudia los alcances de la libertad contractual de quien dispone unilateralmente los contratos masivos, frente a una tutela efectiva de los derechos de los consumidores o de la parte que no ha intervenido en la negociación del contrato, estudiando para ello la situación actual en nuestro país y las experiencias recogidas en la doctrina y jurisprudencia comparadas.

Libertad contractual, protección de los consumidores y simetría informativa resultan ser tres principios que pueden resultar de difícil y diversa articulación, según la perspectiva del agente económico que participa dentro del fenómeno de la contratación masiva. En efecto, para el empresario que profesionalmente se dedica a la colocación de bienes o servicios en el mercado, la libertad contractual será entendida como la facultad que tiene para disponer unilateralmente el contenido de la relación contractual con los consumidores, por cuanto la negociación individual con los mismos resulta impracticable y anti-económica, así como el derecho de decidir con quien celebrará dicho contrato. Para los consumidores, la libertad contractual es concebida como el derecho de elegir entre varias ofertas colocadas en el mercado aquella que más le conviene en función de sus intereses y posibilidades.

Ambos agentes económicos, empresario y consumidor, si bien es cierto se encuentran, dentro de un plano formal, en igualdad de condiciones, no están perfectamente equilibrados en un plano sustancial. Ello se evidencia en la capacidad de información que cada uno puede tener respecto del bien o del servicio que se coloca en el mercado. El empresario -de sólito- posee mayor conocimiento del bien o del servicio puesto en circulación, por cuanto lo hace de una manera habitual y profesional, mientras que al consumidor -tendencialmente- le queda recurrir a su sano entender y parecer. Es por eso que entre ambas partes se produce una situación que ha sido denominada de **ásimetría informativa**. De ello re-

¹ Profesor de Derecho Civil en las Facultades de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

sulta que “oferente y consumidor hablan la misma lengua, el mismo idioma, pero los intereses que representan, siendo complementarios para la agilización del tráfico, los transforman, paradójicamente, en una especie de habitantes de la Torre de Babel”² y, siguiendo con las metáforas bíblicas, (Torre de Babel o no), cuando el consumidor **sufre** las consecuencias de su elección, su situación no dista mucho a la de un penitente frente al Muro de las Lamentaciones.

Esta capacidad de información, que ha presupuesto un costo que ha sido asumido por el agente que la detenta, no sólo se refiere a las condiciones y características del bien o del servicio que se coloca en el mercado, sino también a las cláusulas contenidas en el contrato que unilateralmente ha sido predispuesto por el empresario y que tendrá que ser firmado por el consumidor, el cual se encuentra desprovisto del poder económico que le permite negociar con su contraparte. En efecto, el consumidor se encuentra, generalmente, “privado de todo conocimiento técnico respecto de insidiosos refinamientos jurídicos que se anidan en los contratos predispuestos por las empresas”³. El objeto del presente trabajo es el de delimitar los alcances de la libertad contractual de quien predispone unilateralmente los contratos masivos, frente a una tutela efectiva de los derechos de los consumidores o de la parte que no ha intervenido en la negociación del contrato, estudiando para ello la situación actual en nuestro país sobre el particular y contrastarla con los formantes legislativos, jurisprudenciales y doctrinales en la experiencia jurídica comparada.

2. HACIA UNA TUTELA EFECTIVA DE LOS DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES (Y DE LOS AGENTES ECONÓMICOS QUE NO HAN PARTICIPADO EN LA

NEGOCIACIÓN DE LOS CONTRATOS PREDISPUESTOS POR LA CONTRAPARTE)

Con acierto se ha observado que “después de la estación de la denominada **despatrimonialización** del Derecho Privado dirigida a desplazar el sistema napoleónico centrado en el primado del derecho de propiedad, y después de la estación -aún no concluída; pero fecunda- del preminente interés por las relaciones personales en la perspectiva de una traducción civilista de los principios fundamentales de la Constitución, se viene delineando una tercera estación, caracterizada por un retorno al interés por las relaciones patrimoniales, (re)consideradas como desenvolvimiento y posible desarrollo de los 'derechos inviolables del hombre'⁴. En efecto, frente al *status* del ciudadano y del trabajador, ha surgido el del consumidor, sobre el cual en otra sede habíamos observado que “ha dejado de ser el aislado comprador en un mercado local de modestas dimensiones y se ha transformado en un elemento de masa”⁵. Prueba de ello es que la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa aprobó, con la Resolución No. 543 de 1973, el texto definitivo de la **Carta europea de protección de los consumidores**, en la cual se enumeran una serie de derechos que deben ser garantizados a los consumidores en cada uno de los países adherentes, los cuales son⁶:

- a) El derecho a la protección y a la asistencia de los consumidores, que se ha de materializar en un efectivo acceso a la justicia y en una adecuada administración de la misma, protegiendo a los consumidores de cualquier tipo de daño.
- b) El derecho al resarcimiento del daño soportado por el consumidor debido a la circulación de productos defectuosos, o por la difusión de **mensajes** erróneos o que inducen al engaño.
- c) El derecho a la información y a la educación, entendido como la adquisición, por parte del

² VEGA MERE, Yuri. Derecho Privado. Lima: Grijley, 1996. T. I, p. 206. Sin embargo, el autor rectifica su posición, a raíz de un estudio de: BULLARD GONZALEZ, Alfredo ¡Firme primero, lea después! La contratación masiva y la defensa del consumidor. En: Estudios de análisis económico del Derecho. Lima: ARA Editores, 1996. p. 249, afirmando que “Gracias a la búsqueda de información de los demandantes, en la cual exponen sus preferencias, gustos, expectativas, las empresas no siempre habrán de imponer sus condiciones. (...), no siempre fijan unilateralmente sus condiciones sino que recogen las mismas a través de la información que el mercado les da en los términos que son expuestos y demandados por los consumidores”. En: Consumidor, contrato y sociedad postindustrial. Lima: Universidad de Lima, Fondo de Desarrollo Editorial, 1998. p. 85. Dicho en otras palabras, ya no se trata de dos monólogos (empresario y consumidor), sino de un libreto bien aprendido del empresario (sobre la base de un estudio de mercado) para “captar” al consumidor.

³ GIAMPIERI. *L'attuazione della direttiva sulle clausole abusive negli Stati dell'Unione Europea*. En *Le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori. L'attuazione della direttiva comunitaria del 5 aprile 1993*, a cura de BIANCA y ALPA. Padova: CEDAM, 1996. p. 273.

⁴ Así, con respecto a la experiencia jurídica italiana: BUSNELLI. *Fondamento costituzionale e linee di tendenza di uno "statuto dei diritti del risparmiatore"*. En: *Scritti in onore di Alberto Predieri*. Milano: Giuffrè, 1996. T. I, p. 210

⁵ ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Apuntes en torno al contrato de *sponsorship*. En: *Temas de Derecho*. Lima. No. 3. (1996) p. 85.

⁶ ALPA, Guido. *Il diritto dei consumatori*. Roma-Bari: Laterza, 1995. p. 21 y ss.

consumidor, de informaciones correctas sobre la calidad de los productos y de quienes los suministran.

- d) El derecho a la representación a través de organismos legitimados para ello.

Ello evidencia que "ser consumidor hoy quiere decir **participar**: en el proceso productivo, en el proceso económico, en el proceso social, en el proceso político. Más que de Derecho de Consumo, hoy, a buen título, se puede hablar del **Derecho de los Consumidores**"⁷ y que frente a este descubrimiento de **nuevos derechos** propios del *status* del consumidor, le compete al jurista optar por una posición, vale decir, "estar con el príncipe o estar con el súbdito, ponerse de parte de quien gobierna la economía o ponerse de parte de quien es, aún hoy, **esclavo del mercado**, del mercado de los bienes, de los servicios, de los productos financieros"⁸. Dentro de esta óptica, si bien es cierto que los contratos *standard* son un instrumento tan útil que es imposible eliminarlos, siendo ingenuo pensar que con su eliminación se ofrecería una tutela al consumidor⁹, no debemos perder de vista que un adecuado sistema de control de este tipo de contratos podría evitar situaciones que afecten los derechos de los consumidores, así como de otros agentes económicos, en aras de restablecer el equilibrio de la relación contractual con aquellos que predisponen los contratos

de adhesión o las cláusulas generales de contratación. Punto de partida obligatorio sería cambiar los mecanismos de control formal por mecanismos de control sustancial, vale decir, de contenido de los contratos *standard*¹⁰.

Es dentro de este marco conceptual que debemos enfocar a las cláusulas vejatorias, entendidas "como un fenómeno dañino vinculado a la situación de disparidad socio-económica en la cual se encuentran los adherentes, sometidos a los abusos de quien detenta el poder de hecho de predisponer a su arbitrio la disciplina del contrato. La intervención pública dirigida a reprimir tales abusos es ahora constitucionalmente legítima y también obligatoria, en cuanto está dirigida a tutelar una categoría débil"¹¹.

3. LAS COORDENADAS ESTABLECIDAS POR EL LEGISLADOR NACIONAL

El artículo 1398 del Código Civil peruano, siguiendo al artículo 1341 del Código Civil italiano de 1942, regula a las cláusulas vejatorias¹². Este dispositivo se aplica tanto para los contratos de adhesión¹³ como para las cláusulas generales de contratación¹⁴ no aprobadas administrativamente. Autorizada doctrina nacional define como vejatorias "las cláu-

⁷ ALPA, Guido, op. cit., p. 8.

⁸ ALPA, Guido. *La persona. Tra cittadinanza e mercato*. Milano: Feltrinelli, 1992. p. 147.

⁹ Tal como ha sido puesto de manifiesto por ALPA, *Il diritto dei consumatori*, cit., 129.

¹⁰ ALPA, Guido, op. cit., 136.

¹¹ BIANCA, Massimo. *Le tecniche di controllo delle clausole vessatorie*. En: *Le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori*, cit. p. 359. En este mismo sentido, FURGIUELE, cuando expresa que: "el punto de partida no es el de la pretendida igualdad formal, sino de la efectiva desigualdad sustancial que diversifica la posición del sujeto que predispone las cláusulas y que provee el bien o el servicio, respecto de la posición del destinatario de las mismas" (*Tre osservazioni e due corollari per l'attuazione della direttiva comunitaria sulle clausole abusive*. En: *Le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori*, cit. p. 478).

¹² Artículo 1398: "En los contratos celebrados por adhesión y en las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, no son válidas las estipulaciones que establezcan en favor de quien las ha redactado, exoneraciones o limitaciones de responsabilidad; facultades de suspender la ejecución del contrato, de rescindirlo o de resolverlo; de prohibir a la otra parte el derecho de oponer excepciones o de prorrogar o de renovar tácitamente el contrato".

¹³ Los cuales son definidos como "una manera de contratar en la cual, sin perderse la autonomía privada manifestada por la libertad de conclusión del contrato, la determinación de las condiciones del mismo es hecha unilateral y exclusivamente por una de las partes y plasmada en su oferta, para que la otra parte, o sea el destinatario, decida a su solo criterio contratar o no en tales condiciones. En el primer caso, aceptará la oferta; en el segundo, la rechazará" (DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general*. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil. En: Biblioteca Para Leer el Código Civil. Vol. XI. Primera Parte. T. III. Tercera Edición. Lima: PUCP, Fondo Editorial, 1996. p.26).

¹⁴ Definidas por el artículo 1392 del Código Civil como "aquellas redactadas previa y unilateralmente por una persona o entidad, en forma general y abstracta, con el objeto de fijar el contenido normativo de una serie indefinida de futuros contratos particulares, con elementos propios de ellos". Sostiene que se trata de fenómenos muy similares BULLARD GONZALEZ, cuando afirma que "resulta difícil imaginar un ejemplo en el que, la adhesión no se dé a cláusulas generales. Por el contrario, el fenómeno de las cláusulas generales resulta teniendo un espectro de cobertura más amplio, permitiendo que la "adhesión" se produzca no a la integridad del contenido contractual, sino a algunas condiciones particulares" (*Contratación en masa ¿Contratación?*. En: THEMIS-Revista de Derecho. Segunda Época. No. 15. Lima. (1989) p. 54).

sulas generales de contratación que alteran, en ventaja del predisponente, el equilibrio entre los derechos y obligaciones contractuales de las partes”¹⁵. Para el formante legislativo, son cláusulas vejatorias las que establecen lo siguiente:

- a) Exoneraciones o limitaciones de responsabilidad¹⁶.
- b) Suspensión de la ejecución del contrato.
- c) Rescisión y resolución del contrato.
- d) Prohibición de oponer excepciones.
- e) Prórroga o renovación tácita del contrato¹⁷.

Aunque resulte evidente, creemos necesario remarcar que estas hipótesis se refieren a cláusulas que, estando fuera de los casos ya previstos y permitidos por ley, se imponen sin ser negociadas. Se plantea como un problema el carácter de la relación de cláusulas vejatorias contenida en el artículo 1398, vale decir, si se trata de una disposición *numerus apertus* o *numerus clausus*. Sobre el particular se sostiene que al tratarse el artículo 1398 del Código Civil de una excepción al artículo 1354 del mismo cuerpo legal¹⁸, que se refiere a la libertad de determinar el contenido del contrato, nos encontramos frente a una norma de excepción la cual, en virtud de lo prescrito por el artículo IV del Título Preliminar del citado Código, no podría aplicarse analógicamente. Sin embargo, cabría la interpretación extensiva de la misma¹⁹. Otro sector de la doctrina nacional admite la aplicación analógica del artículo 1398²⁰.

Al respecto, la Ley de Protección al Consumidor, Decreto Legislativo 716, del 07 de noviembre de 1991, no establece ninguna disposición específica. Sin embargo, cabe mencionar que en el artículo 5 se regula el derecho que tiene el consumidor a recibir de los proveedores²¹ “toda la información necesaria para tomar una decisión o realizar una elección adecuadamente informada en la adquisición de productos y servicios, así como para efectuar un uso o consumo adecuado de los productos o servicios” (inciso b), así como el “derecho a la protección de sus intereses económicos, mediante el trato equitativo y justo en toda transacción comercial; y a la protección contra métodos coercitivos o que impliquen desinformación o información equivocada sobre los productos o servicios” (inciso d).

De esto se desprende que, en materia de cláusulas vejatorias predispuestas en contratos por adhesión y en cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, el Código Civil nos ofrece un elenco ejemplificativo, por cuanto el mismo debe ser interpretado a la luz de los principios de la Constitución²². 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 cuan-

¹⁵ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, op. cit., p. 202.

¹⁶ Sobre el particular, MARTINEZ COCO, Elvira. Las cláusulas generales exonerativas de responsabilidad (apuntes acerca de su nacimiento y los problemas que su utilización conlleva). En: Revista de Derecho y Ciencias Políticas, UNMSM. Lima. Vol. 48., (1990-1991). p. 209 y ss. y a propósito de los contratos de alquiler de cajas de seguridad, ESPINOZA ESPINOZA, La responsabilidad civil de los bancos en el servicio de cajas de seguridad. En: Derecho. PUCP. Lima. No. 50. (1996). p. 313 y ss.

¹⁷ El texto original consideraba como vejatoria la estipulación de fijar cláusulas compromisorias y sometimiento a arbitraje. Este ha sido derogado por la Primera Disposición Modificatoria del Código Procesal Civil. Esta supresión ha sido criticada, por cuanto “si el sometimiento a arbitraje resulta de una manifestación libre, reflexiva y consciente, en el marco de un equilibrio negocial de las partes, no hay ningún inconveniente. Empero no puede descartarse la imposición de esta vía, en el caso de las CGC, para beneficio del predisponente, quien estará en aptitud de definir el tipo de arbitraje, el lugar en que se desarrollará y aún el procedimiento al que estará sometido” (CARDENAS QUIROS, Carlos. Las cláusulas generales de contratación y el control de las cláusulas abusivas. En: Ius et Veritas, Lima. No. 13, (1996) p. 24).

¹⁸ Artículo 1354: “Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo”.

¹⁹ En este sentido, DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, op. cit., p. 210-212, quien propone como ejemplo el caso que en una cláusula general se aumentase la responsabilidad de la contraparte por inexecución de sus obligaciones. En este mismo sentido, CARDENAS QUIROS, Carlos, op. cit., p. 24.

²⁰ Así, ARIAS SCHREIBER PEZET, Max con la colaboración de CARDENAS QUIROS, ARIAS SCHREIBER MONTERO y MARTINEZ COCO, Exégesis. Contratos: Parte General. Lima: Studium, 1986. T. I. p. 152.

²¹ Dentro del concepto de proveedores están comprendidos los distribuidores o comerciantes, los productores o fabricantes, los importadores y los prestadores de servicios (artículo 3).

²² El artículo 65 establece que “el Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado (...)”.

do 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.

Aunque no se acepte que los supuestos contenidos en los referidos artículos sean distintos, cabría cuestionar entonces, cuál sería verdaderamente la situación general y cuál la situación particular: ¿la contratación masiva o aquella en la cual negocian en igualdad de condiciones las partes?. Es por ello que compartimos plenamente la idea de que "calificar una norma regular o excepcional no es un juicio absoluto (...). La distinción de las normas en regulares y excepcionales es histórica, siempre resurgiente y en continua evolución en la dinámica del ordenamiento"²³. En nuestra opinión, estamos bastante lejos del modelo decimonónico en el cual era común que ambas partes, en virtud del principio de la autonomía privada, determinaban el contenido de sus relaciones jurídicas patrimoniales. La dinámica de la experiencia social contemporánea nos muestra que es otra la realidad.

En este mismo sentido se pronuncia quien afirma que el concepto moderno de contrato, que "no es más que el subproducto de la ideología liberal"²⁴, se centraba en tres principios básicos: autonomía privada, igualdad entre las partes y obligatoriedad del acuerdo. Sin embargo, este concepto liberal era de corte artesanal. Ello colisiona ahora con el fenómeno actual de la contratación masiva, particularmente en los aspectos del "sacrificio de la voluntad privada y la desigualdad real entre las partes"²⁵. Dentro de este contexto, se propone que "frente a la intención de crear consumidores estándares, estos últimos pueden presentar respuestas estándares que permitan defender sus intereses"²⁶.

Con lo que se refiere a la aprobación administrativa de las cláusulas generales de contratación, tal como lo recita el artículo 1394 del Código Civil "el Poder Ejecutivo señalará la provisión de bienes y servicios que deben ser contratados" de esta manera. Sin embargo, seguimos sin contar con alguna norma que nos indique cuáles son esos bienes y servicios²⁷. El Proyecto de Ley de Protección al Consumidor, preparado en 1989 por una comisión designada por el Ministerio de Justicia, establecía en su artículo 31 la obligatoriedad de la contratación con cláusulas generales de contratación aprobadas administrativamente, para el suministro o prestación de los siguientes servicios²⁸:

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

Los que aprobaron la Ley de Protección al Consumidor tuvieron una magnífica oportunidad de pronunciarse al respecto; pero no lo hicieron.

Partiendo de la lectura del articulado del Código Civil y de la Ley de Protección al Consumidor, se ha observado con agudeza que "si bien es frecuente que el consumidor sea la parte débil en la negociación contractual, no es posible otorgar categoría a la identificación de ambos conceptos desde que, como se ha visto, lo que caracteriza al consumidor es ser el destinatario final de los bienes o servicios suministrados"²⁹. Criticando el artículo 1398 del Código Civil se afirma que "esta norma, inspirada en el

²³ PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*. Napoli: ESI, 1991. p. 101.

²⁴ BULLARD GONZALEZ, Alfredo. *Contratación en masa*, cit. p. 48.

²⁵ *Ibid.*, loc. cit. En efecto, el autor sostiene que "la estandarización de los bienes y servicios que concurren al mercado lleva, indefectiblemente, a estandarizar las relaciones jurídicas vinculadas a dicha concurrencia. Las relaciones jurídicas se producen en serie" (p. 49). Compartimos el criterio por el cual se advierte que: "la contratación en masa ha rebasado por completo los marcos de la concepción tradicional de **contrato** con lo que quedan dos posibles salidas: o le damos al concepto **contrato** un contenido distinto al de un simple acuerdo de voluntades, para poder englobar a la llamada **contratación en masa**, o creamos una nueva terminología que permita explicar a cabalidad este nuevo fenómeno" (p. 50).

²⁶ *Ibid.*, p. 53.

²⁷ CARDENAS QUIROS, Carlos, op. cit., p. 22.

²⁸ *Ibid.*, loc. cit.

²⁹ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Las cláusulas generales de contratación y la protección al consumidor. En: THEMIS-Revista de Derecho. Segunda Epoca. Lima. No. 31, (1995). p. 16-17.

artículo 1341 del Código Civil italiano, resulta algo postiza en la regulación de las cláusulas generales de contratación ya que, en realidad, debió ser comprensiva de todos aquellos contratos en que existe un marcado desequilibrio entre las posiciones de las partes durante la negociación contractual³⁰. En efecto, el derecho del consumidor protege al destinatario final de bienes y servicios víctima de la asimetría informativa, mientras que el objeto principal de la regulación de las cláusulas generales de contratación diseñadas en el Código Civil "es agilizar el tráfico de los bienes reduciendo los costos de transacción en base a la disminución de tratos preliminares, discusión del clausulado, uniformación de módulos, etc., dada la identidad de los productos colocados en el mercado. Si el legislador le pone ciertos límites a los prerredactantes, ello se da para evitar desviaciones, abusos, cláusulas vejatorias, etc., y evitar que quienes adquieren conforme a ellas reciban un tratamiento inequitativo"³¹.

En consecuencia, 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.

4. LA EXPERIENCIA JURIDICA COMPARADA

4.1 LA LEY ALEMANA SOBRE CONDICIONES GENERALES DEL CONTRATO (AGB-GESETZ) DE 1976

La ley alemana sobre condiciones generales del contrato (*Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, AGBG), que entró en vigor el primero de abril de 1977, se basa en

una concepción que se aparta del tradicional esquema parte fuerte versus parte débil en la relación jurídica que nace del contrato, centrandó su interés en el rol que desenvuelve el contrayente que predispone unilateralmente las cláusulas contractuales y, de manera particular, en el modo en el cual el mismo ejerce su propia autonomía privada³². Es por eso que no sólo se aplica en los contratos estipulados entre el empresario y consumidor, sino también entre consumidores y entre empresarios³³.

En lo que se refiere a los contratos entre los empresarios, se distinguen dos grupos: el primero se da cuando entre los profesionales que contratan, uno es comerciante, y el segundo se da cuando ambos contrayentes son comerciantes, en cuyo caso el control resulta bastante limitado³⁴. De estos criterios clasificatorios se puede observar que la normativa alemana presta menor atención al criterio personal (trátase de consumidor o empresario), centrandó su preocupación en la posición de ventaja de una de las partes en la elaboración de las cláusulas generales³⁵. En efecto, el carácter vejatorio de una cláusula se valoriza en función de la desventaja que resulta **irracional**, teniendo en cuenta los principios de la buena fe y de la equidad, tal como está previsto en la *GeneralKlausel* contenida en el artículo 9 de la AGBG³⁶.

El tipo de control que ha elegido el legislador alemán es el judicial, en vez del control administrativo de tipo preventivo. El ámbito de dicho control se refiere sólo a los contratos predispuestos con condiciones generales no negociadas por las partes; pero predeterminadas por una de éstas. Se exceptúa de este ámbito los contratos de trabajo, de sucesiones, de sociedades, de relaciones familiares y las condiciones generales predispuestas por la administración pública o por entidades concesionarias de servicios públicos. La ley dispone además que forman parte integrante del contrato por adhesión las cláusulas que el predisponente ha sometido a la contra-

³⁰ DELA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, op. cit., p. 19. Afirmando que, "en realidad los artículos 1398, 1399 y 1401 del Código Civil deberían regir para todos aquellos casos en que existe un desequilibrio evidente entre las partes durante la negociación contractual" (p. 20).

³¹ VEGA MERE, Yuri, op. cit. p. 69.

³² BIRK, *Il recepimento della direttiva e il diritto tedesco*. En: *Le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori*, cit. p. 29.

³³ BIRK, op. cit., 30. En este mismo sentido, HOHLOCH, cuando afirma que "la ley tutela contra el uso de cláusulas abusivas por parte de todos los operadores" (*Quale destino per l'AGBG?*). En: *Le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori*, cit. p. 40).

³⁴ BIRK, op. cit., p. 31.

³⁵ Tal como se puede entender de los comentarios de KLESTA DOSI, *Il controllo delle clausole abusive: la direttiva 93-13 alla luce della giurisprudenza tedesca, francese e inglese*. En: *NGCC*. Segunda parte, 1994. p. 429

³⁶ KLESTA DOSI, op. cit. p. 433.

parte, incluso mediante aviso público y que puedan ser de fácil conocimiento, con excepción de las cláusulas **a sorpresa**, vale decir, aquellas tan repentinas que el adherente no puede razonablemente prestarles atención. Los acuerdos individuales prevalecen sobre las cláusulas impresas ya predisuestas y las cláusulas oscuras son interpretadas *contra proferentem*, es decir, en contra del estipulante³⁷.

Se establece un doble mecanismo de control del contenido de las cláusulas generales del contrato a través de dos listas³⁸:

a) Una **lista gris**, que es un elenco de cláusulas que el juez discrecionalmente puede declarar ineficaces. Dentro de las mismas están aquellas que se refieren a los términos de aceptación de la oferta, términos finales excesivamente amplios, el derecho de receso *ad nutum* y sin causa por parte de quien predispone del contrato, la atribución al predisponente de un derecho de modificación de la prestación prometida, la ficción de recepción de la prestación efectuada por el predisponente, cláusulas penales e indemnizaciones por el receso del contrato (incluso si tal receso es injustificado), la aplicación de reglas de derecho extranjero por motivos infundados, entre otras.

b) Una **lista negra**, cuyo elenco contiene cláusulas consideradas *a priori* absolutamente prohibidas y que no pueden ser incorporadas en este tipo de contratos. Tal es el caso de las cláusulas que prevén aumentos de precio en un período breve, la facultad de rechazar las prestaciones establecidas en el contrato, la prohibición de compensar los créditos y débitos entre las partes, la facultad de sustraerse a la obligación de notificar. También forman parte de esta **familia**, cláusulas penales de diverso tipo, las cláusulas de exoneración de responsabilidad por culpa grave, por retardo o imposibilidad en el cumplimiento (total o parcial), las cláusulas de limitación o de exclusión de la garantía, las cláusulas de buen funcionamiento que excluyen los remedios naturales vinculados al contrato de venta, las cláusulas que cargan al adherente los gastos de reparación, de transporte (entre otros), así como injustas

condiciones para eliminar la responsabilidad por los vicios del bien materia del contrato, o que prevén términos breves de prescripción o caducidad, las cláusulas de limitación por el resarcimiento del daño en caso de ausencia de las cualidades prometidas o las cláusulas que establecen excesivos límites de duración del contrato, exenciones de responsabilidad por parte del representante de la empresa, atribución de la carga de la prueba al adherente, previsiones de formalidades rigurosas para avisos y comunicaciones que han de ser transmitidos al predisponente, entre otras.

Estos elencos no son taxativos, aplicándose la cláusula general (*General Klausel*) referida líneas arriba, cuando el consumidor es lesionado en sus intereses por estipulaciones ventajosas para la empresa. La ineficacia o la nulidad declaradas tienen un valor relativo, por cuanto atacan la cláusula vejatoria, mas no el contrato en el cual se encuentra incluida, el cual es plenamente vigente en todo lo demás³⁹. Sin embargo, la jurisprudencia alemana ha afinado este precepto legal⁴⁰; así, en el caso de ineficacia parcial de una cláusula, la parte restante seguirá la misma suerte cuando la regla que ésta contenga presente un carácter de novedad tal que comprometa la finalidad misma del contrato. Del mismo modo, cuando no exista una regla de derecho disponible que permita colmar la laguna resultante de la supresión de la cláusula ilícita, se puede recurrir, en vía excepcional, a una "interpretación complexiva del contrato"⁴¹. No se le permite al juez alemán controlar el precio objeto del contrato si ha sido dejado al libre juego del mercado, cuando el conflicto se refiere al monto o a la existencia misma de la remuneración⁴².

Este riguroso control no se aplica solamente al contrato individualmente considerado, sino que la decisión judicial tiene efectos sobre toda la serie de contratos estipulados sobre la base de idénticas cláusulas consideradas dañinas para los consumidores. Sólo están legitimadas para solicitar la cesación de este tipo de *praxis* negociales las asociaciones dotadas de personalidad jurídica que establecen entre sus finalidades las de tutelar los intereses de los

³⁷ ALPA, Guido, op. cit., p. 143-144.

³⁸ ALPA, Guido, op. cit., p. 144-145.

³⁹ ALPA, Guido, op. cit., p. 144.

⁴⁰ KLESTA DOSI, op. cit., p. 437.

⁴¹ *Ibid.*, loc. cit.

⁴² *Ibid.*, p. 434.

consumidores y que estén conformadas por 75 consumidores como mínimo, así como las asociaciones de categoría y las Cámaras de Comercio, Industria y Artesanía. De esta manera es posible defender tanto los intereses individuales de los consumidores, como los denominados **intereses difusos**⁴³.

Dentro de la vasta experiencia jurisprudencial alemana, se recuerda el caso de un empresario en dificultades económicas que recurre a su banco para obtener un préstamo. Según los usos corrientes, se solicita la garantía de un pariente, en este caso, la hija de veintinueve años del deudor, la cual carecía de rentas y de medios patrimoniales adecuados para sostener el peso de la obligación asumida con la cobertura omnibus de las deudas del padre. Se le dice que la garantía sirve "sólo para los papeleos" y que no importa "un compromiso grave"⁴⁴. En efecto, "en el caso que el acreedor se valiese de la garantía prestada, (el garante) correría el riesgo de encontrarse expuesto a una deuda de por vida, y a una permanente disminución de sus rentas, lo cual impediría su libre determinación. Este es un primer aspecto de hecho que se requiere tener presente, en relación a la solución ofrecida por la jurisprudencia, puesto que éste podría considerarse relevante para determinar la medida en la cual el asunto, que es un asunto de principio, de la jurisprudencia constitucional, pueda ser utilizado fuera del específico ámbito en el cual interviene, asumiendo (...) una posición que puede ser juzgada fuertemente innovadora"⁴⁵.

Sin embargo, este riguroso control de carácter judicial reviste no pocos problemas. En efecto, en una investigación realizada por el profesor Hans Micklitz resulta que, en 1989 (12 años después de la vigencia de la ley alemana que estamos comentando), han sido pronunciadas más de diez mil sentencias rela-

tivas a cláusulas vejatorias. Ello evidencia dos cosas: que este tipo de control genera un altísimo grado de contiendas y que las empresas no se han adecuado a las prescripciones vigentes, prefiriendo convenirlas durante el proceso por el contrayente, en vez de modificar los formularios de acuerdo a las prescripciones establecidas y eliminar preventivamente las cláusulas vejatorias contenidas en los mismos⁴⁶.

4.2. LA DISCIPLINA FRANCESA (LEY 78-23 DEL 10 DE ENERO DE 1978 Y LEY 95-96 DEL 01 DE FEBRERO DE 1995)

En Francia regía la Ley 78-23, del 10 de enero de 1978 y posteriormente a la Directiva Comunitaria 93/13/CEE del 05 de abril de 1993, a efectos de adecuarse a ésta se promulga la Ley 95-96, del 01 de febrero de 1995. A diferencia del legislador alemán, el legislador francés en ambos cuerpos normativos ha optado por diseñar modelos jurídicos basados en la protección al consumidor *stricto sensu*. Es por ello que se excluye a los empresarios que actúan en el ejercicio de su propia profesión del beneficio de la tutela contra las cláusulas abusivas. Sin embargo, se ha afirmado con razón que esta solución parece muy severa con respecto de los empresarios en posición de desventaja: desde el 28 de abril de 1987, la Corte de Casación francesa ha aplicado analógicamente estas normas a los empresarios cuya situación así lo justifique, sean éstos personas naturales o jurídicas⁴⁷. En este sentido, autorizada doctrina ha afirmado que "más allá de las categorías jurídicas, es el estado de debilidad de la parte de un contrato lo que justifica la tutela"⁴⁸.

Siguiendo a la Ley 78-23 del 10 de enero de 1978, la Ley 95-96, del 01 de febrero de 1995, establece que las disposiciones relativas a las cláusulas abusivas

⁴³ ALPA, Guido, op. cit. p. 145. Entre nosotros: ARRARTE ARISNABARRETA, Ana. La defensa procesal de los intereses difusos. En: *Ius et praxis*. Lima. N° 24. (1994) p. 121.

⁴⁴ BARENGHI. *Una pura formalità. A proposito di limiti e di garanzie dell'autonomia privata del diritto tedesco*. En: NGCC. Primera parte. Padova: CEDAM, 1995. p. 202.

⁴⁵ BARENGHI, op. cit., p. 203. La máxima extraída de la sentencia que se comenta establece que: "en el derecho alemán, en las relaciones contractuales caracterizadas por una estructural disparidad de las partes y por la notable onerosidad de las obligaciones asumidas por la parte débil, el juez, al determinar el contenido de las cláusulas generales de corrección y buena fe y de contrariedad a las buenas costumbres, debe utilizar el precepto constitucional de la garantía de la autonomía negocial de los privados y operar en tal perspectiva un control del contenido del contrato" (BVerfG, 19 de octubre de 1993, 1 BVR 567/89 y 1044/89, en: NGCC, cit. p. 197). Para una comparación de la ley alemana con la posterior directiva comunitaria sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores, Cfr.: SOMMA, *I contratti del consumatore nell'esperienza tedesca: il recepimento della Direttiva 93/13*. En: *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori*. Commentario agli articoli 1469-bis - 1469-sexies del Codice Civile, a cura de ALPA y PATTI. Milano: Giuffrè, 1997. T. II, p. 1377 y ss.

⁴⁶ ALPA, Guido. *Introduzione*. En: *Le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori*, cit. p. 13-14.

⁴⁷ Así, GHESTIN y MARCHESSAUX. *L'applicazione in Francia della direttiva rivolta ad eliminare le clausole abusive*. En: *Le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori*, cit. p. 58-59.

⁴⁸ *Ibid*, loc. cit.

que esta fija, "son aplicables cualquiera sea la forma o el elemento accesorio del contrato. Forman parte del mismo, particularmente, las notas de comisión, las facturas, los certificados de garantía, los bonos de entrega o recibos, que contengan cláusulas contractuales negociadas libremente o no, incluso referencias a condiciones generales preestablecidas"⁴⁹. Ello nos revela a un legislador preocupado por la aplicación de esta normatividad especial a todos los documentos contractuales.

La Ley 95-96 regula la denominada interpretación *contra proferentem*, cuando establece que las cláusulas de los contratos propuestas por los profesionales a los consumidores o a los no profesionales se interpretan, en caso de duda, de la manera más favorable al consumidor o al no profesional⁵⁰.

La Ley 78-23 establecía que una cláusula es abusiva cuando es impuesta a los no profesionales o consumidores con un abuso de poder económico de la otra parte y confiere a esta última una ventaja excesiva. En cambio, la Ley 95-96 define como abusivas las cláusulas que tienen por objeto o por efecto crear, con daño al no profesional o al consumidor, un significativo desequilibrio entre derechos y obligaciones de las partes del contrato⁵¹.

La Ley 78-23 limitaba la propia aplicación de la cláusula general a algunas **condiciones** que enumeraba de manera restringida. Se trataba de las cláusulas relativas al carácter determinado o determinable del precio así como a su pago, a la consistencia del objeto o de su entrega, a la asunción de los riesgos, a la extensión de la responsabilidad y de las garantías, a las condiciones de ejecución, rescisión, resolución o reconducción a la equidad de los acuerdos. Sin embargo, la Ley 95-96, establece que la valorización del carácter abusivo de las cláusulas no se refiere ni a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación del precio o de la remuneración al bien vendido o al servicio ofrecido⁵².

La Ley francesa vigente es de carácter extensivo. En efecto, contiene como anexo "un elenco indicativo y

no exhaustivo de las cláusulas que pueden ser consideradas abusivas", basado exactamente en el elenco que figura como anexo de la Directiva europea, ya mencionada y que desarrollaremos en el punto siguiente. Sin embargo, se establece además que las mencionadas cláusulas "pueden ser consideradas abusivas si satisfacen las condiciones establecidas (...). En caso de controversia referente a un contrato que contiene una cláusula de este tipo, el actor no se exime de ofrecer la prueba del carácter abusivo de esta cláusula"⁵³.

Asimismo, se reafirma que "las cláusulas abusivas son consideradas como no puestas", agregando (al igual que la Directiva comunitaria) que "el contrato seguirá siendo aplicable en todas las disposiciones distintas de aquellas juzgadas abusivas si puede subsistir sin dichas cláusulas"⁵⁴.

Merece especial atención un caso que se presentó ante la Corte de Casación Civil en 1989, sobre una cláusula habitualmente utilizada, en la cual un laboratorio profesional limitaba o excluía la propia responsabilidad en caso de pérdida de las películas o diapositivas que le habían sido entregados para ser reveladas y reproducidas. La Primera Sección Civil de esta Corte estableció que: "después de haber puesto en relieve que la cláusula que figuraba en la entrega en depósito exoneraba al laboratorio de toda responsabilidad en caso de pérdidas de las diapositivas, impugnada la sentencia, de la cual resulta que tal cláusula procuraba una ventaja excesiva a la sociedad Minit France y que ésta por su posición económica se encontraba en la condición de imponerla a la propia clientela, ha decidido a buen derecho que dicha cláusula revestía un carácter abusivo y debía ser considerada como no puesta"⁵⁵.

El Derecho francés se dirige hacia un sistema de eliminación de las cláusulas abusivas que asocia estrechamente la acción de los jueces con la de la Comisión para las cláusulas abusivas. Con el Decreto 93-314, del 10 de marzo de 1993, se establece que "cuando, con ocasión de una instancia, se eleva la cuestión acerca del carácter abusivo de una cláusula

⁴⁹ Ibid., p. 64.

⁵⁰ Ibid., p. 71.

⁵¹ Ibid., p. 73-74.

⁵² Ibid., p. 74-75.

⁵³ Ibid., p. 78.

⁵⁴ Ibid., p. 82.

⁵⁵ Ibid., p. 92.

contractual, el juez puede solicitar a la Comisión para las cláusulas abusivas, con una decisión no susceptible de recurso, su dictamen sobre el carácter abusivo de esta cláusula (...). El dictamen no vincula al juez. La Comisión da a conocer su propio dictamen dentro de un plazo máximo de tres meses. Sin embargo, pueden ser adoptadas las medidas urgentes o cautelares necesarias⁵⁶. Esta Comisión es un órgano de carácter consultivo.

4.3. LA DIRECTIVA COMUNITARIA 93/13/ CEE DEL 05 DE ABRIL DE 1993

Esta Directiva comunitaria recoge tanto la experiencia alemana como la francesa y con razón se afirma que se compararía con "un cuerpo alemán vestido con alguna ropa francesa"⁵⁷. En efecto, se debe al modelo alemán el nacimiento de la Directiva así como gran parte de su contenido característico (desde la "lista" de las cláusulas abusivas al principio de buena fe, desde la regla de nulidad parcial hasta la arquitectura procesal). Del modelo francés se ha asumido la terminología de *professionnelles* y *consommateurs*, así como de *clauses abusives* y *contrat d'adhésion*⁵⁸.

Se define como **consumidor** a "toda persona física que, en los contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional" (artículo 2, inciso b). Este concepto ha sido criticado, por cuanto resulta peligroso y discriminatorio asimilar el *status* de consumidor a la situación subjetiva de ser persona natural "pudiéndose encontrar en la misma situación de 'sujeción'

"las personas jurídicas y pequeñas empresas"⁵⁹. Es considerada como **profesional** "toda persona física o jurídica que, en las transacciones reguladas por la presente Directiva, actúe dentro del marco de su actividad profesional, ya sea pública o privada" (artículo 2, inciso c). Compartimos plenamente la observación que la palabra **profesional** es una mala traducción de término francés *professionnel*, que significa **operador (económico) profesional**⁶⁰. Se definen como cláusulas abusivas "las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente (...) si, pese a las exigencias de la buena fe⁶¹, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato" (artículo 3.1).

El artículo 4.1. precisa que "el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurran en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa". Ello debe complementarse con el criterio establecido en el artículo 4.2, el cual establece que "la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución⁶², por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible"⁶³.

⁵⁶ Ibid., p. 93-94.

⁵⁷ ROPPO, *La nuova disciplina delle clausole abusive nei contratti fra imprese e consumatori*. En: *Rivista di Diritto Civile*. Padova. Año XI, primera parte. (1994) p. 279.

⁵⁸ ROPPO, op. cit., p. 279.

⁵⁹ GIAMPIERI, op. cit. En este mismo sentido: ROPPO, op. cit., p. 282.

⁶⁰ CABELLA PISU, Luciana. *Artículo 1469-bis, comma 3, nn. 1, 2 e 15*. En: *Commentario al Codice Civile. clausole vessatorie e contratto del consumatore (articolo 1469-bis e ss.)*, a cura de CESARO. Padova: CEDAM, 1996. Vol. I, p. 119.

⁶¹ La correcta interpretación del tenor "pese a las exigencias de la buena fe" de la versión española de la directiva es "aquella por la cual la cláusula es abusiva sólo cuando determina un desequilibrio que esté en contraste con el principio de buena fe (mientras si el desequilibrio, aunque presente, no entrase en conflicto contra tal principio, la cláusula no podría considerarse abusiva" (ROPPO, op. cit., p. 285). El citado autor también se basa en una comparación lingüística, a partir del examen de los textos oficiales francés e inglés de la directiva: el primero recita "en *dépit de l'exigence de la bonne foi*" y el segundo usa la fórmula "contrary to the requirement of good faith". Este problema de traducción lo han tenido las versiones italiana ("malgrado il requisito della buona fede") y española ("pese a las exigencias de la buena fe"), las cuales deberían haber sido traducidas con el tenor: "en contraste con el requisito de la buena fe" (ROPPO, op. cit. p. 285, con respecto al texto italiano).

⁶² Sobre el particular, se afirma que "la directiva no atribuye relieve al desequilibrio entre los valores económicos de las contraprestaciones deducidas en el contrato, sino únicamente al desequilibrio entre las posiciones jurídicas subjetivas de los contrayentes, que determine un daño para el consumidor" (GAGGERO, *Le clausole abusive nei contratti di assicurazione*. En: *La clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori*, cit. p. 491).

⁶³ ROPPO, op. cit., p. 286.

Los principios que lleva implícita esta Directiva son los siguientes⁶⁴ :

- a) El principio de la tutela del consumidor.
- b) El principio de la diferenciación de los contratos de los consumidores de los otros contratos de masa y de los contratos individuales.
- c) El principio de la buena fe, entendida como la "corrección y leal comportamiento de las partes (en este caso, de la parte que ha predispuesto el texto del contrato por adhesión)"⁶⁵.
- d) El principio del equilibrio contractual.
- e) El principio de la transparencia del contrato, por cuanto "la información consiente al consumidor efectuar una elección ponderada -o potencialmente tal- para determinarse a suscribir el contrato, a pretender (o tentar de pretender) modificaciones e integraciones del texto, contraponer soluciones alternativas, individuales, aceptables por parte de la empresa o del profesional"⁶⁶.
- f) El principio de la *interpretatio contra proferentem*.
- g) El principio de la conservación del contrato.
- h) El principio de la elección de la ley aplicable más favorable para el consumidor.

Como puede verse, en esta Directiva Comunitaria "no nos encontramos en la lógica del acuerdo, estamos en la lógica del contenido del contrato y de un contenido del contrato que está sometido bajo control cuando los consumidores están implicados"⁶⁷. Sin embargo, esta Directiva demuestra la gran dificultad de conciliar la normatividad de cada país con los principios comunitarios, así como la general

tendencia a preservar, en todo lo que sea posible, la impronta original de la normativa preexistente limitando, en muchos casos, la intervención sólo en los aspectos que garantizan una actuación **mínima** de las directivas comunitarias⁶⁸.

Se ha interpretado que esta Directiva establece dos regímenes de tutela, uno que podría llamarse común o general y otro, particular. El régimen común de las cláusulas abusivas se aplica en presencia de dos presupuestos, definidos normativamente⁶⁹ :

a) Que las cláusulas estén contenidas "en los contratos estipulados entre profesionales y consumidores" (artículo 1.1.).

b) Que las cláusulas "no se hayan negociado individualmente" (artículo 3.1.). Para determinar esto, se requiere que la cláusula "haya sido redactada y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión" (artículo 3.2., primer párrafo)⁷⁰. Al respecto, se pueden dar dos tipos de posibilidades: que el texto de la cláusula sea redactado preventivamente, pero con la colaboración del mismo consumidor; o que el texto originariamente predispuesto por el profesional haya sido sucesivamente sometido al examen del consumidor en una específica tratativa y se haya discutido sobre la base de éste⁷¹. En ambas situaciones, nos encontraremos frente a una negociación individual "sólo cuando el profesional haya dado al consumidor una posibilidad **concreta y efectiva** de incidir en el contenido de contrato"⁷². Así, una dis-

⁶⁴ ALPA, Guido, *Le clausole abusive nei contratti dei consumatori. Il commento*. En: *Il Corriere Giuridico*. Milano. No. 6, (1993) p. 639 y ss.

⁶⁵ ALPA, Guido, op. cit., p. 640.

⁶⁶ ALPA, Guido, op. cit., p. 641. Sostiene que el principio de la transparencia está regido "tanto por la exigencia de información como por la exigencia de corrección", BUSNELLI, *Una possibile traccia per una analisi sistematica della disciplina delle clausole abusive*. En: *Le nuove leggi civili commentate, Commentario al Capo XIV bis del codice civile: dei contratti del consumatore*. Padova. Año XX. No. 4-5, (jul. - oct. 1997) p. 768.

⁶⁷ DE NOVA, *Considerazioni Introdottrive*. En: *Le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori*, cit. p. 307.

⁶⁸ GIAMPIERI, op. cit., p. 268. Dentro de esta línea de pensamiento se ha advertido, con razón, que se trata de verificar la compatibilidad y la **resistencia** de los modelos y de las categorías tradicionales respecto a las nuevas leyes en temas de contratos (ROPPO, op. cit., p. 278).

⁶⁹ ROPPO, op. cit., p. 281

⁷⁰ ROPPO, op. cit. p. 283. El segundo y tercer párrafo de este artículo establecen, además, lo siguiente: "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. El profesional que afirme que una cláusula tipo se ha negociado individualmente asumirá plenamente la carga de la prueba".

⁷¹ Así, TROIANO. *L'ambito oggettivo di applicazione della Direttiva CEE del 5 aprile 1993: la nozione di clausola "non oggetto di negoziato individuale"*. En: *Le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori*, cit. p. 604, quien sostiene que "la referencia a la simple posibilidad para el consumidor de ejercitar cualquier influencia sobre el contenido de la cláusula, y no en cambio a la circunstancia que tal influencia haya sido materialmente ejercitada, parece legitimar una interpretación de la norma en el sentido que, para poder revisar una negociación individual, no sea necesario que la cláusula haya sido **modificada** respecto al texto originalmente preformulado" (p. 606).

⁷² *Ibid.*, p. 610, quien afirma que, para tal efecto, "sería irrelevante una declaración suscrita por el consumidor en la cual éste declare que el contenido del contrato haya sido negociado en todos sus detalles", así como "la hipótesis en la cual se deje al consumidor, mediante el instrumento de los modelos a elección múltiple, la opción entre varias condiciones generales de contrato preformuladas" (p. 612).

cusión a la cual no haya seguido una modificación, “debe considerarse suficiente índice de negociación individual, toda vez que resulte, de la manera en la cual la discusión se ha desenvuelto, que la renuncia a la modificación haya sido el fruto de una elección conciente del consumidor”⁷³.

Se observa que la Directiva comunitaria también se aplica a los contratos concluidos por escritura pública. En efecto, frente a la adopción de esta formalidad, en virtud del particular rol que el notario desempeña en la contratación solemne, aparentemente se garantizaría la participación de la parte que no predispone en la discusión y a la aprobación del contrato y se excluiría la predisposición unilateral del reglamento contractual⁷⁴. Sin embargo, se opina en contrario, por cuanto no parece “que la intervención del notario pueda garantizar que el consumidor haya **concretamente** participado o podido participar, a través de la discusión o de la modificación del texto predispuesto, en la elaboración del contenido definitivo del contrato: el notario se limita a acertar que el contrato sea la expresión de la voluntad de ambos contrayentes; pero voluntad idónea para perfeccionar la tipología contractual es también aquella que se manifiesta a través la mera adhesión de una parte al texto unilateralmente predispuesto por la otra”⁷⁵.

A este régimen general, se agrega el régimen particular, cuya condición es que las cláusulas abusivas hayan sido “redactadas con vistas a su utilización general” (artículo 7.2.)⁷⁶.

Están fuera de la aplicación de la Directiva, las siguientes situaciones:

a) Cuando el contenido del contrato es determinado mediante una remisión a un reglamento negocial que las mismas partes han acordado precedentemente a través de un contrato normativo⁷⁷.

b) Cuando el contrato ha sido concluido por asociaciones representativas⁷⁸.

c) En el contrato *per relationem perfectam*, vale decir, cuando las partes de común acuerdo, se remiten a un texto negocial predispuesto por terceros, siempre y cuando esta remisión “haya sido acompañada de una específica discusión sobre cada una de las previsiones en las cuales el texto se articula”⁷⁹.

Autorizada doctrina⁸⁰ ha propuesto una clasificación del elenco de cláusulas abusivas contenido en esta Directiva, que compartimos y detallamos a continuación:

1) Cláusulas de desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes que derivan del contrato. Dentro de las cuales contamos con:

A. Cláusulas relativas a la disponibilidad del vínculo, cuando se establece que la empresa arbitra y determina la formación o la continuidad del vínculo contractual, mientras el consumidor queda, sin posibilidad de elección, vinculado al contrato. Se individualizan en este grupo (cuya *sedes materiae* se encuentra en el anexo de la Directiva) las siguientes cláusulas:

a) Las que prevén “un compromiso en firme del consumidor mientras que la ejecución de las prestaciones del profesional está supeditada a una condición cuya realización depende únicamente de su voluntad” (inciso c).

b) Las que autorizan “al profesional a rescindir el contrato discrecionalmente⁸¹, si al consumidor no se le reconoce la misma voluntad” (primera parte del inciso f).

⁷³ Ibid., p. 613, quien, en este orden de ideas, precisa que “la generalidad o estandarización de la cláusula no parece constituir un carácter indispensable para que se pueda revisar en la misma una “cláusulas no negociada individualmente” ” (p. 627-628).

⁷⁴ Ibid., p. 634.

⁷⁵ Ibid., p. 639-640.

⁷⁶ ROPPO, op. cit.

⁷⁷ TROIANO, op. cit., p. 641.

⁷⁸ Ibid., p. 646.

⁷⁹ Ibid., p. 650.

⁸⁰ ROPPO, op. cit., p. 287 y ss.

⁸¹ Esta disposición tendría problemas de compatibilidad en el caso de los contratos de seguros, concretamente, en la situación prevista en el artículo 1898 del Código Civil italiano, cuyo segundo párrafo establece que “el asegurador puede rescindir el contrato, dando

B. Cláusulas relativas al régimen de responsabilidad del consumidor, en éstas “la asimetría de las posiciones contractuales emerge en la forma de un particular agravio de la responsabilidad del consumidor, al cual no se apareja un régimen de responsabilidad de la empresa igualmente severo”⁸². Pertenecen a este grupo:

- a) Las cláusulas que imponen “al consumidor que no cumpla sus obligaciones una indemnización desproporcionadamente alta” (inciso e).
- b) Las cláusulas que permiten “que el profesional retenga cantidades abonadas por el consumidor, si éste renuncia a la celebración o la ejecución del contrato, sin disponer que el consumidor tiene derecho a percibir del profesional una indemnización por una cantidad equivalente cuando sea éste el que renuncie”.

C. Cláusulas relativas al régimen de responsabilidad de la empresa, que se dan cuando se prevé un tratamiento particularmente favorable para la empresa, estableciendo exclusiones o limitaciones de su responsabilidad por incumplimiento, o sustrayendo al consumidor garantías o remedios legales normalmente ofrecidos contra la parte que no cumple. Encontramos dentro de las mismas a:

- a) Las cláusulas que tengan por objeto o efecto “excluir o limitar la responsabilidad legal del profesional en caso de muerte o daños físicos del consumidor debidos a una acción u omisión del mencionado profesional” (inciso a).
- b) Las cláusulas que tengan por objeto o efecto “excluir o limitar en forma inadecuada los derechos legales del consumidor con respecto al profesional u otra parte en caso de incumplimiento total o parcial, o de cumplimiento defectuoso de una cualquiera de las obligaciones contractuales por parte del profesional, incluida la posibilidad de compensar sus deudas respecto del profesional mediante créditos que ostente en contra de este último” (inciso b).
- c) Las cláusulas que tengan por objeto o efecto “conceder al profesional el derecho a determinar si la cosa entregada o el servicio prestado se ajusta a lo estipulado en el contrato, o conferirle

el derecho exclusivo a interpretar una cualquiera de las cláusulas del contrato” (inciso m).

- d) Las cláusulas que tengan por objeto o por defecto “restringir la obligación del profesional de respetar los compromisos asumidos por sus mandatarios o supeditar sus compromisos al cumplimiento de formalidades particulares” (inciso n).
- e) Las cláusulas que privan al consumidor de interponer la *exceptio inadimpleti contractus*, obligándolo “a cumplir con todas sus obligaciones aun cuando el profesional no hubiera cumplido con las suyas” (inciso o).
- f) Las cláusulas que prevén “la posibilidad de cesión del contrato por parte del profesional, si puede generar merma de las garantías para el consumidor sin el consentimiento de éste” (inciso p).
- g) Las cláusulas que suprimen u obstaculizan “el ejercicio de acciones judiciales o de recursos por parte del consumidor, en particular obligándole a dirigirse exclusivamente a una jurisdicción de arbitraje no cubierta por las disposiciones jurídicas, limitándose indebidamente los medios de prueba a su disposición o imponiéndole una carga de la prueba que, conforme a la legislación aplicable, debería corresponder a otra parte contratante” (inciso q).
- h) Las cláusulas que tengan por objeto o por efecto “permitir que el profesional se quede con las cantidades abonadas en concepto de prestaciones aún no efectuadas si es el propio profesional quien rescinde el contrato” (segunda parte del inciso f).

2) Las cláusulas de sorpresa “exponen al consumidor al riesgo de encontrarse implicado en situaciones contractuales diversas (y más desventajosas) respecto de aquellas que podía razonablemente imaginar o prever”⁸³. Dentro de estas cláusulas se pueden encontrar tres niveles, a saber:

A. La sorpresa sobre el vínculo, se presenta cuando la situación nueva e imprevista en la cual se coloca al consumidor se refiere a la permanencia del vínculo contractual (que podría resultar disuelto cuando

comunicación por escrito al asegurado dentro de un mes a partir del día en el cual ha recibido el aviso (de hechos que agraven el riesgo, cuya comunicación es obligatoria para el asegurado, según el primer párrafo de este artículo) o ha tenido de otra manera conocimiento del agravamiento del riesgo” (GAGGERO, op. cit., p. 502).

⁸² ROPPO, op. cit., p. 288.

⁸³ Ibid., p. 289.

el consumidor piensa que continuaba o, viceversa, que sigue existiendo cuando el consumidor entendía que se había extinguido)⁸⁴. En este grupo están las siguientes cláusulas:

- a) Las que autorizan “al profesional a poner fin a un contrato de duración indefinida, sin notificación previa con antelación razonable, salvo por motivos graves” (inciso g).
- b) Las que prorrogan “automáticamente un contrato de duración determinada si el consumidor no se manifiesta en contra, cuando se ha fijado una fecha límite demasiado lejana para que el consumidor exprese su voluntad de no prorrogarlo” (inciso h).

B) La sorpresa sobre la regulación, se da “cuando el consumidor está expuesto a sufrir modificaciones de los contenidos contractuales (modalidades de derechos y obligaciones recíprocos de las partes) inesperados para éste”⁸⁵. Pertenecen a este grupo:

- a) Las cláusulas que hacen “constar de forma irrefragable la adhesión del consumidor a cláusulas de las cuales no ha tenido la oportunidad de tomar conocimiento real antes de la celebración del contrato” (inciso i).
- b) Las diversas cláusulas que atribuyen a la empresa un excesivo e injusto *ius variandi*, tales como:
 - b.1) Las cláusulas que autorizan “al profesional a modificar unilateralmente sin motivos válidos especificados en el contrato los términos del mismo” (inciso j).
 - b.2) Las cláusulas que autorizan “al profesional a modificar unilateralmente sin motivos válidos cualesquiera características del producto que ha de suministrar o del servicio por prestar” (inciso k).

- b.3) Las cláusulas que tengan por objeto o por efecto “estipular que el precio de las mercancías se determine en el momento de su entrega, u otorgar al vendedor de mercaderías o al proveedor de servicios el derecho a aumentar los precios, sin que en ambos casos el consumidor tenga el correspondiente derecho a rescindir el contrato si el precio final resultare muy superior al precio convenido al celebrar el contrato” (inciso l).

Cabe poner de manifiesto que calificación de **abusivas** (así como la correspondiente prohibición) de algunas cláusulas de sorpresa (las que están contenidas en los incisos g, h y l del anexo de la Directiva que comentamos), se atenúa y en ciertos casos se elimina, con referencia a algunos tipos de contratos, particularmente en los contratos con prestaciones de servicios financieros (punto 2 del anexo de la Directiva), es así que “las exigencias de flexibilidad, que son propias de estas operaciones, evidentemente priman sobre la *ratio* de la protección del consumidor contra las modificaciones inesperadas de la relación contractual”⁸⁶.

El anexo de la Directiva comunitaria, tal como lo recita el artículo 3.3., “contiene una lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas”. Esto debe ser interpretado, no en el sentido de que cada Estado adherente puede elaborar una lista mayor o menor, sino en que su naturaleza es la de un elenco de “carácter mínimo”⁸⁷, lo cual se desprende fácilmente de una lectura inspirada en el principio de tutela del consumidor, así como del artículo 8⁸⁸ de la misma Directiva y uno de sus considerandos⁸⁹. Asimismo, para determinar el carácter abusivo de las cláusulas, el operador jurídico tendrá a su disposición una serie de cláusulas normativas abiertas, vale decir, formuladas sobre la base de conceptos elásticos, como se daría en los siguientes casos: “limitar de forma inadecuada los derechos”

⁸⁴ *Ibid.*, loc. cit.

⁸⁵ *Ibid.*, loc. cit.

⁸⁶ *Ibid.*, p. 290. Dentro de esta línea de pensamiento se afirma que: “según el modelo de definición comunitaria, las cláusulas sobre el *ius variandi* no son abusivas, puesto que la calificación no puede prescindir de la aplicación en concreto de los dos principios implícitos de la directiva: del equilibrio de las posiciones jurídicas subjetivas de las partes y de la buena fe, de las cuales constituyen expresión de la intelegibilidad de las cláusulas contractuales” (GAGGERO. *La disciplina del jus variandi nel testo unico bancario (D.lgs. 1 settembre 1993, n. 385)*. En: *Le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori*, cit. p. 382).

⁸⁷ *Ibid.*, loc. cit.

⁸⁸ Artículo 8: “Los Estados miembros podrán adoptar o mantener en el ámbito regulado por la presente Directiva, disposiciones más estrictas en sean compatibles con el Tratado, con el fin de garantizar al consumidor un mayor nivel de protección”.

⁸⁹ “Considerando que, a los efectos de la presente Directiva, la lista de cláusulas que relaciona al Anexo no puede tener sino carácter indicativo y que, dado su carácter mínimo, los Estados miembros, en el marco de su legislación nacional, pueden someterla a añadidos o a formulaciones más restrictivas, en particular con respecto al alcance de dichas cláusulas”. Nótese que se habla de **formulaciones más restrictivas**, lo cual difiere del sentido de eliminar cláusulas de la lista de esta directiva.

(inciso b), "indemnización **desproporcionadamente elevada**" (inciso e), "notificación previa con antelación **razonable**" (inciso g), "fecha límite demasiado **lejana**" (inciso h), "sin motivos **válidos**" (incisos j y k), "precio final (...) **muy superior**" (inciso l), entre otros⁹⁰. Es dentro de esta arquitectura legislativa que tendrán que ser diseñados los modelos jurídicos de los países que pertenecen a la Unión Europea.

4.4. LA RECEPCIÓN DE LA DIRECTIVA COMUNITARIA EN EL CÓDIGO CIVIL ITALIANO (LEY 52 DEL 06 DE ABRIL DE 1993)

Partiendo de la premisa que la Directiva comunitaria se basa en el "diseño dirigido a la creación de un mercado que podremos definir de **cara humana**, o sea, seguro y reasegurante en cuanto a la ética de las relaciones con los proveedores de bienes y servicios, pero sobre todo de un mercado racional y moderno"⁹¹, el legislador italiano, al aplicar la Directiva comunitaria sobre cláusulas vejatorias, se ha dejado seducir fácilmente por el gran atractivo que irradia su Código Civil⁹². En efecto, por la Ley 52 del 06 de

abril de 1993, se introduce en el Código Civil italiano de 1942, el capítulo XIV-bis dedicado a los "Contratos del consumidor", introducido al final del Título II del Libro IV, el cual está compuesto por cinco artículos (desde el 1469-bis al 1469-sexies), siendo colocado al final de la disciplina general de los contratos. Se observa que "el tejido normativo confiere relevancia a un contrato en función de las calidades subjetivas de las partes"⁹³. Sin embargo, esta opción legislativa no ha sido compartida por un sector importante de la doctrina italiana, el cual proponía la promulgación de una *lex ad hoc*⁹⁴. Dentro de esta línea de pensamiento, autorizada doctrina ha cuestionado si la opción criticada se trata de una verdadera y propia novelación⁹⁵.

Siguiendo muy de cerca a la Directiva comunitaria se ha entendido por **consumidor** a "la persona física que actúa con distintos fines a la actividad empresarial o profesional eventualmente desenvuelta" (artículo 1469-bis), lo cual ha generado la justa observación sobre la necesidad de **alargar** esta noción⁹⁶. Si la definición de consumidor resulta escueta, no

⁹⁰ ROPPO, op. cit., p. 292, el cual afirma que "la calificación del carácter abusivo de las cláusulas está, si así se puede decir, circundada de una doble indeterminación, que corresponde a un doble ejercicio de discrecionalidad por parte del intérprete: por un lado, la indeterminación interna del elenco, ligada a las fórmulas elásticas usadas para definir muchas de las cláusulas; y por otro lado, al exterior del elenco, la indeterminación derivada de los conceptos amplios empleados para identificar, de manera general, la noción de abuso".

⁹¹ GIUDICA. *Clausole abusive e razionalità del mercato*. En: *Le nuove leggi civili commentate*, cit. p. 777

⁹² Así, DE NOVA, el cual afirma que "el Código Civil (italiano)(...) es el gran índice de nuestro Derecho Privado e insertar la nueva disciplina en un lugar o en el otro tiene un significado particular" (p. 308). A favor de esta posición se encuentra ROPPO. *Ulteriori osservazioni*, p. 349; COSTANZA. *Condizioni generali di contratto e contratti stipulati dai consumatori*. p. 454; ambos. En: *Le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori*, cit.

⁹³ V. CARBONE *Il commento. La tutela del consumatore: le clausole abusive*. En: *Il Corriere Giuridico*. Milano. No. 3, (1996) p. 250.

⁹⁴ Así, BARBIERA. *Il recepimento della Direttiva del 5 aprile 1993 del Consiglio CEE sulle clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori nell'alternativa tra inserzione nel Codice e redazione di una legge speciale*. En: *Le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori*, cit. p. 311, quien a propósito del entonces proyecto de ley italiano, sostenía que: "se realiza en tal modo una contaminación de la precisión metodológica del código y, al mismo tiempo, se da la ocasión para que surjan dudas sobre la conciliabilidad de los contenidos divergentes de las reglas de la directiva con los contenidos de las normas del Código" (p. 315). También es de este parecer, NUZZO. *Controllo giudiziario sulle clausole abusive. Valutazione dell'operazione economica complessiva e nullità parziale necessaria*. p. 329; DI MAJO. *Proposte e scelte dei progetti di recepimento*, 335; ambos En: *Le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori*, ob cit; LENER. *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti del consumatore*. En: *Il Foro Italiano*. Roma. Año CXXI No. 4, (abril de 1996) p. 154, entre otros.

⁹⁵ Así BIGLIAZZI GERI, quien parte de la definición de novelación como "relectura y refacción orgánica y sistemática de reglas y principios", sostiene que "tengo la sensación de encontrarme, en realidad, frente no a una propuesta (la autora se refería al entonces proyecto) de novelación del Código Civil, sino a una serie de disposiciones que constituyen, en vez de un cuerpo orgánico, una suerte de cuerpo extraño traicionablemente insertado en Código: a la sumatoria de una serie de reglas agregadas, sin un carácter sistemático ni de organicidad" (*A proposito della proposta di attuazione della direttiva comunitaria sulle clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori*, En: *Le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori*, cit. p. 319).

⁹⁶ DE NOVA, op. cit., p. 309. Se sostiene, con razón, que también las empresas intermedias también son "débiles" en la cadena de distribución de los productos y, por consiguiente "se encuentran en la situación de sufrir las cláusulas abusivas introducidas por las **empresas fuertes**, de mayores dimensiones y de fuerza contractual superior, con el riesgo de desaparecer del mercado, poniendo siempre más en contacto directo a la gran empresa con el consumidor, es decir, el destinatario final de la producción" (V. CARBONE, op. cit., p. 250). Sólo queda a salvo el caso del revendedor final que sufre daños, que tiene el derecho de regreso con respecto de propio productor, como consecuencia de la demanda interpuesta por el consumidor, haciendo valer la ineficacia de las cláusulas abusivas (artículo 1469-quinquies, cuarto párrafo). Dentro de esta corriente de pensamiento, se afirma que "la limitación de la tutela al consumidor individual excluye a quien contrata en el ejercicio de la propia actividad profesional y a las empresas de pequeñas dimensiones - también los **eslabones débiles** de la cadena distributiva - frente a los cuales pueden presentarse no disímiles exigencias de tutela" (CABELLA PISU, op. cit., p. 120, quien considera que se hubiera incluido dentro de este concepto también a los artesanos y a las empresas familiares.) La misma autora observa que "el régimen resulta particularmente duro para los profesionales intelectuales, que en los contratos con las

puede decirse lo mismo de la definición de **profesional**⁹⁷ que emplea el legislador italiano, vale decir, "la persona física o jurídica, pública o privada que, en el cuadro de su actividad empresarial o profesional, utiliza los contratos con los consumidores" (artículo 1469-*bis*). Esto quiere decir que también puede entrar en esta categoría la Administración Pública, tal como ha sido ya la interpretación que ha dado la jurisprudencia italiana⁹⁸.

El tipo de contrato que es objeto de esta regulación especial es aquél "concluido entre el consumidor y el profesional, que tiene por objeto la cesión de bienes o la prestación de servicios", considerándose vejatorias⁹⁹ "las cláusulas que, no obstante la buena fe¹⁰⁰, determinan de cargo del consumidor un significativo¹⁰¹ desequilibrio de los derechos y de las obligaciones derivadas del contrato". Se ha interpretado que el legislador italiano ha optado por la ineficacia **relativa**, en el sentido que releva, incluso de oficio, en favor de un solo consumidor y además **parcial**, porque se limita sólo a la cláusula abusiva, dejando intacto el resto del contrato¹⁰².

El legislador italiano, siguiendo en ello al legislador alemán, ha optado por la regulación de una **lista gris** y una **lista negra** de cláusulas vejatorias. En la **lista gris**, merece atención el hecho de que el presunto carácter vejatorio (artículo 1469-*bis*, tercer

párrafo) (que se establece en una relación de 22 supuestos), consistente en el "significativo desequilibrio", se desvanece frente a la prueba de que la cláusula haya sido "objeto de tratativa individual"¹⁰³ (artículo 1469-*ter*, cuarto párrafo). Esta situación ha generado la crítica de quien sostiene que "considerar que, por el simple hecho de sentarse en la mesa de negociaciones, haga venir a menos el peligro de un sometimiento es una descubierta ingenuidad, agravada por el hecho de ponerse en manifiesta contradicción con aquel que parecía ser el criterio guía de la nueva disciplina"¹⁰⁴. Este modelo jurídico, diseñado por el legislador italiano, se aparta de aquel esbozado por la Directiva comunitaria¹⁰⁵.

Sin embargo, el segundo párrafo del artículo 1469-*quinquies*, establece la **lista negra**, en la cual se colocan tres supuestos de hecho que, no obstante haber sido objeto de tratativa, son ineficaces. Estos son los siguientes:

- a) Excluir o limitar la responsabilidad del profesional en caso de muerte o daño a la persona del consumidor, resultante de un hecho o de una omisión del profesional (supuesto de responsabilidad extracontractual).
- b) Excluir o limitar las acciones del consumidor con respecto al profesional o de otra persona en caso

empresas proveedoras, por ejemplo, de los instrumentos y de las instalaciones profesionales no pueden ser técnicamente considerados consumidores, estando en una posición de debilidad contractual absolutamente análoga a aquella de quien contrata fuera de una eventual actividad profesional" (p. 120-121).

⁹⁷ El término **profesional** es extraño a la cultura jurídica italiana y cierto sector de la doctrina de este país prefiere el término de **empresario**. Así, ROPPO, op. cit., p. 294; FRANCESCHELLI, *I contratti per adesione e l'interpretazione contro l'autore della clausola* En: *Le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori*, cit. p. 464; entre otros.

⁹⁸ V. CARBONE, op. cit., p. 251.

⁹⁹ Se ha preferido utilizar el término **vejatorias** y no **abusivas** para "no evocar los temidos escenarios del abuso del Derecho" (Así, LENER, op. cit., p. 146).

¹⁰⁰ En lo que se refiere a esta expresión, reproducimos los comentarios de ROPPO expresados respecto de la versión italiana de la directiva comunitaria 93/13/CEE. En este sentido interpretativo, para el caso de la reforma del Código Civil italiano, se alinea LENER, op. cit., p. 160. ALPA sostiene que "una formulación más precisa habría evitado las deformaciones interpretativas que están destinadas a perpetuarse" (*Breve glossa* En: *Le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori*, cit. p. 708). Sobre el principio de la buena fe, se afirma que "debería imponerse al juez italiano un esfuerzo de evaluación de la justicia del contrato" (PATTI, *Le clausole abusive nei contratti con i consumatori*. En: *Saggi di diritto privato europeo: persona proprietà contratto responsabilità civile private, a cura de PARDOLESI*. Napoli: ESI, 1995. p. 114).

¹⁰¹ A propósito del término **significativo** (aunque el comentario fue hecho respecto del proyecto de ley italiano, es del todo vigente para el actual artículo 1469-*bis*), se afirma que nos encontramos frente a "una probable nueva fuente de una específica *equitas* reconocida ahora al intérprete, que hace indispensables el artículo bajo comentario", así, FORCHIELLI, *Clausole abusive e disciplina vigente dell'interpretazione*. En: *Le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori*, cit. p. 461.

¹⁰² V. CARBONE, op. cit., p. 257.

¹⁰³ En este sentido, se sostiene que "cláusula no negociada es sinónimo, la mayor parte de las veces, de cláusula no conocida" (COSTANZA, op. cit., p. 459).

¹⁰⁴ LENER, op. cit., p. 147.

¹⁰⁵ *Ibid.*, loc. cit.

de incumplimiento total, cumplimiento parcial o de cumplimiento inexacto por parte del profesional (supuesto de responsabilidad contractual)¹⁰⁶.

- c) Prever que la adhesión del consumidor se extienda a cláusulas que no ha tenido, de hecho, la posibilidad de conocer antes de la conclusión del contrato.

Concorre pues, un régimen de ineficacia relativa (**lista gris**) y de ineficacia absoluta (**lista negra**), en el reformado Código Civil italiano. Sin embargo, se ha advertido en doctrina, una evidente duplicidad de dispositivos (tal es el caso del artículo 1469-*bis*, tercer párrafo, incisos 1, 2 y 10 con el artículo 1469-*quinquies*, tercer párrafo, incisos 1, 2 y 3), frente a los cuales se presenta un grave problema en la aplicación de la ineficacia absoluta o relativa¹⁰⁷.

Constituye una gran preocupación por parte de la doctrina italiana la carga de la prueba de la tratativa, eximente de la calificación de vejatoria, en las cláusulas pre-redactadas unilateralmente. El último párrafo del actual artículo 1469-*ter* establece que "en el contrato concluido mediante suscripción de módulos o formularios predispuestos para disciplinar de manera uniforme determinadas relaciones contractuales, corresponde al profesional la carga de probar que las cláusulas, o los elementos de cláusula, aunque sean unilateralmente predispuestos por el mismo, hayan sido objeto de específica tratativa con el consumidor". Por consiguiente, en la hipótesis de un contrato de adhesión estipulado sin el recurso a dichos módulos o formularios, se determina en desventaja del consumidor, la inversión de la carga de la prueba¹⁰⁸.

Conforme al modelo jurídico diseñado por la Directiva comunitaria, el artículo 1469-*ter*, segundo párrafo, establece que "la evaluación del carácter vejatorio de la cláusula no se refiere a la determinación del objeto del contrato, ni a la adecuación del correspondiente de los bienes y servicios, siempre que tales elementos estén individualizados de manera clara y comprensible". Esto implica que también en los contratos con los consumidores seguirá siendo vigente el debate sobre la distinción entre cláusulas limitativas de responsabilidad y cláusulas delimitativas del objeto del contrato, "que dejan abiertos (por ejemplo en los contratos de seguros) notables problemas de tutela del consumidor, con la diferencia de que ahora también las cláusulas delimitativas del objeto serán consideradas vejatorias si no presentan el requisito de la **transparencia**"¹⁰⁹.

Siguiendo a la Directiva Comunitaria 93/13/CEE, el artículo 1469-*bis*, establece una suerte de régimen de excepción, de la siguiente manera: "si el contrato tiene por objeto la prestación de servicios financieros a tiempo indeterminado, el profesional puede, derogando los incisos 8¹¹⁰ y 11¹¹¹ del tercer párrafo:

- 1) resolver el contrato cuando haya un motivo justificado, sin previo aviso, dando inmediata comunicación al consumidor;
- 2) modificar, cuando haya un motivo justificado, las condiciones del contrato, dando previo aviso dentro de un término adecuado al consumidor, que tiene el derecho de resolver el contrato.

Si el contrato tiene por objeto la prestación de servicios financieros el profesional puede modificar, sin previo aviso, siempre que haya motivo justificado, en derogación de los incisos 12¹¹² y 13¹¹³ del tercer

¹⁰⁶ Frente a la opinión corriente que quedaría fuera de la prohibición de la limitación o exoneración de la responsabilidad contractual por culpa leve, se afirma que "la ineficacia de las cláusulas en examen estará subordinada a un juicio sobre el significado de desequilibrio a la luz del principio de buena fe: un juicio no descontado, no pudiéndose compartir ni la tesis según la cual una cláusula de exclusión o limitación de responsabilidad por culpa leve no determinaría un desequilibrio significativo de los derechos y de las obligaciones derivados del contrato, ni la tesis exactamente opuesta" (BUSNELLI, op. cit., p. 772).

¹⁰⁷ LENER, op. cit., p. 155-156.

¹⁰⁸ Ibid., p. 150.

¹⁰⁹ CABELLA PISU, op. cit., p. 125.

¹¹⁰ Que establece que se presumen vejatorias, salvo prueba contraria, las cláusulas que tienen por objeto o efecto "consentir al profesional resolver contratos a tiempo indeterminado sin un razonable preaviso, salvo justa causa".

¹¹¹ Que establece que se presumen vejatorias, salvo prueba contraria, las cláusulas que tienen por objeto o efecto "consentir al profesional modificar unilateralmente las cláusulas del contrato, o las características del producto o del servicio a suministrarse, sin un justificado motivo indicado en el mismo contrato".

¹¹² Que establece que se presumen vejatorias, salvo prueba contraria, las cláusulas que tienen por objeto o efecto "establecer que el precio de los bienes o de los servicios sea determinado al momento de la entrega o de la prestación".

¹¹³ Que establece que se presumen vejatorias, salvo prueba contraria, las cláusulas que tienen por objeto o efecto "consentir al profesional aumentar el precio del bien o del servicio sin que el consumidor pueda resolver el contrato, si el precio final es excesivamente elevado respecto a aquel originariamente convenido".

párrafo, la tasa de interés o el importe de cualquier cargo relativo a la prestación financiera originariamente convenidos, dando inmediata comunicación al consumidor que tiene el derecho de resolver el contrato.

Los incisos 8, 11, 12 y 13 del tercer párrafo no se aplican a los contratos que tienen como objeto valores mobiliarios, instrumentos financieros y otros productos o servicios cuyo precio está vinculado a las fluctuaciones de un curso y de un índice de bolsa o de una tasa de mercado financiero no controlado por el profesional, así como la compraventa de moneda extranjera, de *traveler checks* o de giros postales internacionales emitidos en moneda extranjera.

Los incisos 12 y 13 del tercer párrafo no se aplican a las cláusulas de indexación de los precios, cuando son consentidos por ley, a condición de que las modalidades de variación estén descritas expresamente".

Como puede verse, se reconoce el *ius variandi* que corresponde al profesional en los contratos financieros, siempre y cuando se de previo aviso al consumidor y se le informe del derecho que tiene a resolver el contrato por esta variación. En el caso que el profesional opte por resolver el contrato, le asiste al consumidor el derecho a estar inmediatamente informado de esta decisión. Todo ello debe estar predeterminado en el contrato, a efectos excluir el carácter abusivo de este poder unilateral del profesional¹¹⁴.

Cerramos esta reseña comparativa con un curioso caso que se presentó en Milán: un panadero es visitado durante el horario de atención, en su propio negocio, por una persona que le propone la adquisición de obras literarias. El pobre negociante, "con la finalidad de beneficiar a sus hijos y de sacarse de

encima (sic) a una persona que lo obstaculizaba en el desenvolvimiento de la actividad"¹¹⁵, se rinde y firma, sin leer, el contrato de adquisición. Una vez leídas las cláusulas generales contenidas en el mismo, el panadero se da cuenta de que el bien referido en las mismas, no corresponde en absoluto a lo que le había sido informado verbalmente. Acto seguido, el engañado comprador envía una carta certificada, solicitando la rescisión del contrato. Sin embargo, existe un pequeño particular: una cláusula del mismo establece que "las obras serán utilizadas para finalidades inherentes a mi actividad profesional". Con ello, el que predispuso unilateralmente el contrato, pretende bajo un burdo *make-up* que, al no haber "formalmente" consumidor, tampoco haya "formalmente" derecho de receso.

El truco es "abiertamente ingenuo"¹¹⁶, y el Pretor no tiene la menor dificultad para desenmascarlo: "no se ve la inherencia de la adquisición de monografías, aunque sean famosas, con la actividad de un panificio". El panadero ha actuado en calidad de consumidor, no de profesional, por consiguiente, el contrato entra en el ámbito de la disciplina de los contratos negociados fuera de los locales comerciales y el panadero puede rescindir el contrato en los términos previstos en el mismo¹¹⁷.

Diremos, a manera de moraleja, contrariamente al título de un trabajo sobre el tema que estamos tratando: "¡Lea primero, firme después!"¹¹⁸.

5. CRITERIOS A TENERSE EN CUENTA FRENTE A UNA POSIBLE REGULACIÓN DE LAS CLAUSULAS VEJATORIAS EN LOS CONTRATOS PREDISPUUESTOS UNILATERALMENTE

A manera de conclusiones, después del recorrido efectuado en las experiencias jurídicas alemana,

¹¹⁴ Así, se afirma que: "La exclusión de la presunción del carácter abusivo de las cláusulas sobre el *ius variandi* depende, en principio, del concurso de dos elementos: el condicionamiento del poder unilateral reservado al profesional cuando concurren motivos justificados y la indicación específica en el contrato de estos dos elementos" (GAGGERO, op. cit., p. 387).

¹¹⁵ ANTONIOLLI DEFLORIAN, *Il consumatore, un personaggio in cerca d'autore*. En: *Responsabilità civile e previdenza*. Milano. Vol. LX, N. 6, (nov. - dic., 1995) p. 970.

¹¹⁶ *Ibid*, loc. cit.

¹¹⁷ *Ibid*, loc. cit. Este caso se vio en la Pretura de Milano, el 17 de enero de 1995 y se resolvió en base al Decreto legislativo 50/92 (actuación de la directiva 85/577/CEE, en materia de contratos negociados fuera de los locales comerciales) y no de la directiva 93/13/CEE, sobre cláusulas abusivas en los contratos estipulados con los consumidores, no obstante que esta última ya estaba vigente en la época que se presentó este conflicto. El Decreto legislativo 50/92, define como consumidor "a la persona física que, en relación a los contratos o a las propuestas disciplinadas en el presente decreto, actúa con finalidades que pueden considerarse extrañas a la propia actividad profesional". Como se ve, esta definición coincide tanto con la contenida en la directiva 93/13/CEE, así como la que figura en el artículo 1469-bis del reformado Código Civil italiano.

¹¹⁸ La alusión es al ya citado artículo de BULLARD GONZALEZ, ¡Lea primero, firme después!, cit.

francesa, comunitaria e italiana, así como la nacional, creemos pertinente determinar, frente a una posible regulación del problema de las cláusulas vejatorias predispuestas unilateralmente, cuáles serían los principios que deberían tenerse en cuenta, para tal efecto.

5.1. DELIMITACIÓN DE LOS PROTAGONISTAS EN LOS CONTRATOS PREDISPUES- TOS UNILATERALMENTE: LAS NOCIONES DE CONSUMIDOR Y EMPRESARIO

Dentro del formante legislativo nacional, la Ley de Protección al Consumidor, Decreto Legislativo 716, define a los consumidores o usuarios como “las personas naturales o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales productos o servicios” (artículo 3, inciso a). Asimismo, son proveedores “las personas naturales o jurídicas que fabrican, elaboran, manipulan, acondicionan, mezclan, envasan, almacenan, preparan, expenden o suministran bienes o prestan servicios a los consumidores” (artículo 3, inciso b). Si bien es cierto que el ámbito de la tutela del consumidor no coincide exactamente con el de la tutela de la parte que no ha intervenido en la elaboración de los contratos predispuestos por la contraparte, merece algún comentario el alcance que se le ha dado a la definición de consumidor.

A partir de un caso, en el cual una empresa individual de responsabilidad limitada, adquirió un laboratorio fotográfico (compuesto por un procesador de películas y una impresora) “con garantía de un año” a una conocida empresa del ramo, la que le vendió un producto defectuoso, motivo por el cual se le denunció ante el INDECOPI; este organismo tuvo la oportunidad de pronunciarse oficialmente respecto de los alcances de la definición de consumidor. En efecto, mediante Resolución 5, del 05 de octubre de 1995, la Comisión de Protección al Consumidor, declaró improcedente esta denuncia, por no considerarse competente para conocer la misma, por cuanto el denunciante no era considerado como un **destinatario final** en los términos establecidos por la ley ya comentada. Apelada esta decisión, la Sala de la Defensa de la Competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, mediante Resolución 101-96 TDC, de fecha 18 de diciembre de 1996, confirmó esta deci-

sión, resolviendo que “se considera consumidor o usuario, de acuerdo a lo establecido en el inciso a) del artículo 3 del Decreto Legislativo 716, a la persona natural o jurídica que adquiere, utiliza o disfruta un producto o un servicio para fines personales, familiares o de su entorno social inmediato. No se consideran por tanto consumidores y usuarios para los efectos de la Ley a los proveedores cuando adquieren, utilizan o disfrutan de un bien o servicio para fines propios de su actividad como tales, según las definiciones contenidas en los Artículos 1¹¹⁹ y 3 inciso b) del mencionado cuerpo legal. En tal sentido, las denuncias que tengan por pretensión la protección de intereses de quienes no puedan ser considerados consumidores o usuarios, deberán ser declaradas improcedentes”.

Los fundamentos de esta decisión se basan en el entendimiento del concepto “destinatario final” como la persona (natural o jurídica) que “ocupa el último eslabón de la cadena producción-consumo”¹²⁰. Se advierte, sin embargo, la presencia de “zonas grises, en las que no es sencillo determinar con toda precisión si el valor del bien se agota o no con su uso por el destinatario”: tal es el caso del taxista eventual. En esta decisión se manifiesta que no se deja al denunciante en estado de indefensión, por cuanto éste tiene expedita la vía judicial para hacer valer sus derechos.

Como ya lo dijo García Maynez, clasificar es una cuestión de perspectiva y, si elevamos esa clasificación a categoría jurídica, ello es una cuestión de opción. Podrá objetarse que el concepto de consumidor que ofrece la Ley de Protección al Consumidor resulta mezquino frente a las situaciones en las que, si bien es cierto que no nos encontramos frente a un destinatario final, merece una tutela efectiva y, por tanto, resulta legítimo ensanchar dichas definiciones, como se hace en otras experiencias jurídicas, para permitir que surjan criterios interpretativos que vayan acordes a la dinámica del mercado.

En cuanto a la definición y a la nomenclatura de **proveedor**, creemos que resultan adecuadas, por cuanto el legislador se ha apartado de la corriente que se ha dejado **colonizar** por expresiones ajenas a la propia experiencia jurídica: tal es el caso de la palabra **profesional**, que resulta ser una mala tra-

¹¹⁹ Artículo 1: “Están sujetas a la presente Ley todas las personas, naturales o jurídicas, de derecho público o privado, que se dediquen en establecimientos abiertos al público, o en forma habitual, a la producción o comercialización de bienes o la prestación de servicios en el territorio nacional”.

¹²⁰ En un pasaje de la motivación de esta resolución, se afirma que “en ese contexto, en principio, no le es exigible a quien adquiere, utiliza o disfruta un bien o servicio la diligencia propia del proveedor, sino únicamente la que le corresponde como un consumidor razonable”.

ducción del término operador económico profesional. Sin embargo, creemos que también pudo utilizarse la palabra **empresario** (para la misma definición), la cual ya tiene cierta tradición y presencia en nuestro sistema jurídico.

El concepto de consumidor-destinatario final difiere del de parte débil (sea cual fuere el motivo) en la relación contractual, así como del de contratante en un contrato predispuesto unilateralmente por la contraparte. Para distinguir estos dos conceptos, veamos un caso que se presenta en las empresas del sistema financiero que emiten sus acciones, así como otros valores mobiliarios, tal como lo establece la Ley 26887, Ley del Mercado de Valores, y los representan en anotaciones en cuenta en el registro contable de valores de una conocida institución del ramo, creada por ley. Esta institución del ramo hace firmar un contrato, predispuesto unilateralmente, a las entidades del sistema financiero. Merece particular atención la cláusula que establece lo siguiente:

“El emisor (que sería la institución financiera) declara conocer que la prestación de el servicio se realiza a través de infraestructura y facilidades técnicas de los equipos y servicios de terceros, y de los sistemas de telecomunicaciones existentes y disponibles. En consecuencia, sólo es posible garantizar el funcionamiento continuo de el servicio que la institución presta, en la medida que los equipos y servicios de terceros y el sistema de comunicaciones funcionen adecuadamente.

La institución no se compromete a prestar el servicio en caso de fallas en los equipos y servicios de terceros o en el sistema antes mencionado, o en general en la infraestructura de comunicaciones o energética disponible.

En consecuencia, la institución queda exenta de toda responsabilidad frente a el emisor si en un determinado momento o día el sistema no funciona o no realiza algunas de las operaciones, como consecuencia de desperfectos ocasionales del *hardware* y/o *software* o por la suspensión de el servicio, ocasionados por hechos fortuitos, imprevisibles o ajenos a la diligencia ordinaria que la institución está obligada a tener.

Asimismo, dado el número de fuentes desde donde se obtienen las informaciones y los servicios, y los riesgos inherentes a la distribución electrónica de los mismos, pueden haber demoras, omisiones, o inexactitudes en tales servicios o información, por los que la institución no se hace responsable en ningún caso”.

Evidentemente nos encontramos frente a una cláusula de exoneración de responsabilidad, la cual está atacada de nulidad por el artículo 1328 del Código Civil. En efecto, no se trata de un esquema consumidor-empresario ni mucho menos, de un conflicto parte fuerte versus parte débil del contrato. 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.

Es por ello que coincidimos con el modelo jurídico elaborado por el legislador alemán, en el cual la Ley sobre condiciones generales del contrato, no limita su protección al esquema consumidor-empresario, desprendiéndose sabiamente, de pre-calificaciones subjetivas que delimiten el alcance de las cláusulas vejatorias predispuestas unilateralmente.

5.2. DEFINICIÓN DE CLÁUSULAS VEJATORIAS (BUENA FE, EQUILIBRIO CONTRACTUAL Y NEGOCIACIÓN DEL CONTRATO)

Frente a la predominante posición de acuñar el término de “cláusulas abusivas”, proponemos utilizar el de “cláusulas vejatorias”, por cuanto en nuestra tradición jurídica el término **abuso**, suele asimilarse al de **abuso de derecho**, cuyo contenido conceptual es el de un principio general del Derecho, definido como una limitación intrínseca del derecho subjetivo que, al trasgredirse (o pretender trasgredirse procesalmente), genera (o podría generar) daños a terceros, aplicándose para remediarlo, en el primer caso, la normatividad relativa a la responsabilidad civil y en el segundo, declarando judicialmente su ineficacia¹²¹.

¹²¹ Sobre este concepto de abuso de derecho, Cfr. ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Ensayos sobre teoría general del Derecho y los derechos de las personas. Lima: Huallaga, 1996, p. 27 y ss. Para un análisis jurisprudencial a nivel nacional, del mismo autor, Sobre la necesidad de salvar al abuso del Derecho de los excesos de la doctrina. En: Diálogo con la jurisprudencia. Lima. Año II, No. 2, (1995) p. 69 y ss; Algo más sobre el abuso de derecho y la arquitectura interpretativa del operador jurídico en materia de disolución y decaimiento del vínculo conyugal. En: Diálogo con la jurisprudencia, Lima. Año III, No. 6, (1997) p. 129 y ss. Sobre este tema han escrito páginas fundamentales, RESCIGNO. *L'abuso del diritto*. En: *Rivista di Diritto Civile*. Padova. Año XXI, (1965), y FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. *Abuso del Derecho*. Buenos Aires: Astrea, 1992. Entre otros.

El *status* de las partes contratantes no debe ser determinante para la definición de las cláusulas vejatorias; pero sí puede servir como indicador frente a los requisitos de la buena fe y equilibrio contractual, que sí son determinantes para tal efecto. En efecto, si entendemos al requisito de la buena fe en un sentido objetivo, vale decir como conducta objetivamente correcta de la parte contratante, la misma servirá como medidor del desequilibrio contractual. Dentro de la dinámica de las relaciones jurídicas, difícilmente nos encontraremos frente a un perfecto equilibrio contractual entre las partes. Lo que resulta relevante para determinar si nos encontramos frente a una cláusula vejatoria es que ese desequilibrio sea de mala fe (o si queremos, sea contrario al principio de buena fe).

5.3. PREDISPOSICIÓN UNILATERAL VERSUS FALTA DE NEGOCIACION INDIVIDUAL

No basta que las cláusulas vejatorias generen una asimetría (en contraste con el principio de buena fe) en la economía de las obligaciones a las que se encuentran vinculadas contractualmente las partes. Estas cláusulas han tenido que ser redactadas previamente por una de las partes, la cual ha asumido el costo de su preparación, obteniendo el beneficio de una rápida circulación del modelo contractual diseñado, así como el de economizar el tiempo de la negociación con la otra parte. Sin embargo, es fácil comprender que estas cláusulas tendencialmente obedecen a una protección favorable hacia la persona (sea natural o jurídica) que las redacta.

En el caso de las cláusulas predisuestas unilateralmente se propone establecer una presunción *iuris tantum* de que ha faltado una negociación con la otra parte. La opción asumida al establecer esta presunción obedece a una simple constatación de lo que sucede en el mercado. Corresponderá pues, a la parte que ha redactado unilateralmente el contrato, probar que ha existido negociación con la contraparte. Reiteramos la distinción hecha en el sentido de que puede haber negociación aunque no se haya modificado la propuesta inicial. Sin embargo, se deberá verificar y acertar cuidadosamente si efectivamente se produjo dicha negociación, no basando para ello una cláusula que indique que las cláusulas contenidas en un contrato han sido negociadas por las partes. Quedará a la **imaginación** del que predispone unilateralmente el contrato el probar la negociación individual con la contraparte, caso contrario, se le aplicaría la normatividad que se propone.

Ello no obsta que, al igual que en el modelo jurídico italiano, hayan cláusulas vejatorias que serían con-

sideradas ineficaces, como es el caso de la limitación o exoneración de responsabilidad del que redacta las cláusulas, aunque se pruebe su negociación.

5.4. MODELOS DE CONTROL

La experiencia jurídica comparada ha adoptado diversos tipos de control: legislativo, administrativo y judicial. En la actualidad, a nivel de protección del sujeto frente a las cláusulas vejatorias previamente redactadas por la contraparte, en la experiencia jurídica nacional, tenemos el tímido artículo 1398 del Código Civil, al cual no se ha implementado la protección administrativa prevista por el artículo 1394 del mismo cuerpo legal y además, aunque se carece de elementos que permitan una constatación segura, entendemos que existe un pobre contencioso sobre el particular.

Se propone asumir una legislación que regule esta situación para colmar los vacíos de la legislación civil, así como incorporar la propuesta de ley en la cual se establecía la obligatoriedad de contratar con cláusulas generales de contratación para el suministro o prestación de determinados servicios. El rol del juez en su papel de operador jurídico, para resolver este tipo de conflictos, resulta decisivo. Sin embargo, no creemos que este problema se soluciona sólo con leyes y jueces, tal como lo hemos observado de la experiencia jurídica alemana; se trata de un problema social, el cual parte de un cambio de actitud, no sólo de los consumidores, sino de todos los agentes económicos que participan en el mercado.

Creemos que si una sentencia que resuelve este tipo de conflictos, llega a la última instancia, no debería tener sólo efectos *inter partes*, sino que debería regir para casos similares.

5.5. TÉCNICAS DE ELIMINACIÓN DE LAS CLÁUSULAS VEJATORIAS

El sistema que propone un elenco indicativo de las cláusulas vejatorias, estableciendo dos listas, una negra, en la cual las cláusulas vejatorias son ineficaces y otra gris en la cual existe la **presunción** de que nos encontramos frente a cláusulas vejatorias, salvo prueba de negociación con la contraparte, resulta conveniente. Tanto en uno como en otro caso, es el juez quien declarará la ineficacia (o eficacia) de las cláusulas.

5.6. LA INTERPRETACIÓN CONTRA PROFERENTEM

Ya el artículo 1401 del Código Civil establece que las estipulaciones insertas en las cláusulas generales de

contratación o en formularios redactados por una de las partes, se interpretan, en caso de duda, en favor de la otra. Sería conveniente aplicar el criterio interpretativo *contra proferentem* también en esta ley que se propone crear.

5.7. LA DISCIPLINA DEL *IUS VARIANDI*

En el caso de las instituciones financieras y de seguros resulta imperativo, en los casos de aumento de la tasa de interés o de algún cargo relativo a la prestación originariamente convenida, reconocer el *ius variandi* de estas instituciones, con la obligación de notificar este cambio a la contraparte y darle a conocer su derecho a resolver el contrato.

La obligación de comunicación a la contraparte debería ser imperativa en el caso de resolución del contrato por motivo justificado. Esta facultad debe haber sido pactada previamente.

5.8. SUJETOS LEGITIMADOS

Habíamos señalado que resulta irrelevante, a efectos de calificar una cláusula como vejatoria, el *status* de las partes, sean consumidores o empresarios. De tal manera, estarían legitimados procesalmente para interponer una demanda que contenga la pretensión de declarar vejatoria una cláusula, aquellas personas que no la hayan negociado, pero que sí hayan firmado el contrato. Creemos que también debería reconocerse legitimación activa a las asociaciones de consumidores a las cuales, dicho sea de paso, el artículo 4 de la Ley de Protección al Consumidor, Decreto Legislativo 716, les reconoce capacidad para representar procesalmente a sus asociados y a las personas que hayan otorgado poder en su favor, para efectuar denuncias administrativas. Nosotros no vemos inconveniente alguno para que puedan intervenir, incluso, a nivel judicial.

Resulta emblemática la denuncia presentada por una asociación de consumidores por el impuesto creado por el Decreto Legislativo 11240, del 29 de diciembre de 1949, el cual establecía un recargo del 10% sobre el monto de las tasas registrales. Esta

asociación denunció que se trataba de un impuesto derogado por el Decreto Legislativo 25988, Ley de Simplificación del Sistema Tributario Nacional, el cual derogaba todo impuesto que fuese distinto a aquellos señalados taxativamente por el mismo. La Oficina Registral de Lima y Callao adujo en su defensa que no se trataba de un impuesto, sino de un arancel. La Comisión de Acceso al Mercado del INDECOPI, mediante Resolución 03-1997-CAM-INDECOPI/EXP-066, de fecha 02 de julio de 1998, declaró fundada la denuncia, la cual se confirmó mediante Resolución 0228-1998/TDC-INDECOPI, de fecha 26 de agosto de 1998, emitida por la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual.

5.9. SOBRE LA *SEDES MATERIAE* DE LA REGULACIÓN DE LAS CLÁUSULAS VEJATORIAS EN LOS CONTRATOS PREDISPUUESTOS UNILATERALMENTE

Advertidos por autorizada doctrina nacional, las órbitas del Código Civil y las de la Ley de Protección al Consumidor no son, necesariamente coincidentes. Dado lo especializado del tratamiento que merecen las cláusulas vejatorias predispuestas unilateralmente, creemos conveniente regularlas en una legislación independiente, resistiéndonos a esta suerte de **atracción fatal** que inspira el Código Civil.

6. COLOFÓN

El estudio comparativo de la circulación de otros modelos jurídicos nos lleva a la reflexión que el operador del Derecho, sea académico, juez, abogado, legislador, debe tomar conciencia del problema (del cual también forma parte) que se presenta frente a las cláusulas vejatorias predispuestas unilateralmente y, si el mismo no se siente parte de este problema, me permito recordarle la siguiente frase, con la cual concluyo este trabajo¹²²:

“La muerte de cualquier hombre me disminuye porque soy parte integrante de la humanidad; y por eso, nunca hagas preguntar por quién doblan las campanas, doblan por ti”.

¹²² Que figura en ARRARTE ARISNABARRETA, op. cit., p. 131. Esta es una frase de DONNE usada por HEMINGWAY, que a su vez se reitera en un trabajo de DE ANGELIS.