

LA REGULACIÓN DE LAS CLÁUSULAS GENERALES DE CONTRATACIÓN APROBADAS ADMINISTRATIVAMENTE EN EL PERÚ

THE REGULATION OF ADMINISTRATIVELY APPROVED GENERAL CONTRACTING CLAUSES IN PERU

Carlos Tamani Rafael*
Pontificia Universidad Católica del Perú

The present article examines the regulation and application of administrative approval of general contract clauses in the Peruvian context, with a focus on the financial services and telecommunications sectors.

It highlights and questions the importance of this approval for consumer protection. Furthermore, it discusses jurisprudential discrepancies regarding the challenge of these clauses.

In summary, the article offers a detailed and critical view of the regulation of general contract clauses in Peru, highlighting key challenges and considerations in this legal field.

KEYWORDS: *General contracting clauses; administrative approval; regulation; consumers.*

El presente artículo examina la regulación y aplicación de la aprobación administrativa de cláusulas generales de contratación en el contexto peruano, con énfasis en los sectores de servicios financieros y telecomunicaciones.

Se destaca y cuestiona la importancia de esta aprobación para la protección de los consumidores. Además, se discuten las discrepancias jurisprudenciales sobre la impugnación de estas cláusulas.

En suma, el artículo ofrece una visión detallada y crítica de la regulación de las cláusulas generales de contratación en el Perú, destacando los desafíos y consideraciones clave en este ámbito legal.

PALABRAS CLAVE: *Cláusulas generales de contratación; aprobación administrativa; regulación; consumidores.*

* Abogado. Magíster en Derecho Privado Patrimonial por la Universidad de Salamanca. Consultor en la Secretaría Técnica de la Sala Especializada en Protección al Consumidor del Tribunal de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual del Indecopi. Profesor de Derecho Privado en los Departamentos Académicos de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) y de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Contacto: ctamani@pucp.edu.pe.

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THÉMIS-Revista de Derecho el 13 de marzo de 2024, y aceptado por el mismo el 13 de mayo de 2024.

I. INTRODUCCIÓN

Estamos a cuarenta años de la promulgación de nuestro principal cuerpo legal en el ámbito del derecho privado: el Código Civil peruano de 1984. Esta ocasión invita a reflexionar acerca de nuestra codificación, con sus aciertos y errores, pero también a explorar las figuras que fueron recogidas en dicho cuerpo normativo y que han tenido un desarrollo más allá de su configuración original. El tema escogido para la presente investigación versa sobre las cláusulas generales de contratación que cuentan con aprobación administrativa.

La contratación en masa o por adhesión ya no es un caso extraño o novedoso, sino más bien una realidad que lleva varias décadas entre nosotros y que ha tenido un interesante desarrollo dogmático, normativo y jurisprudencial tanto dentro como fuera del país¹. Esta evolución se refleja en la gran cantidad de casos que existen en el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (en adelante, Indecopi) y en sede judicial, en la presencia de secciones dedicadas a la materia de consumo en revistas de actualidad jurídica en el Perú, así como en la existencia de áreas dedicadas a dicha materia en los principales estudios jurídicos y empresas.

La gran relevancia práctica de la materia, que se tramita tanto en sede administrativa como judicial, no ha implicado que se produzcan estudios que acompañen la complejidad de la temática. Esto se debe en parte a la percepción de que existe una especialidad que lo aleja de la dogmática civil en general, lo que ha generado un espacio lleno de novedad, aunque con poca profundidad. Dicha circunstancia ha impactado en la resolución de algunos casos, creando escenarios que se alejan del régimen de la contratación privada en general y dando una falsa idea de autonomía a los operadores jurídicos.

El panorama planteado se encuentra también vinculado al hecho de que la gran mayoría de casos son de baja cuantía o no tienen un gran impacto social, pese a que pudieran ser circunstancias graves para los consumidores (como reportes indebidos ante centrales de riesgos, falta de concreción de compras de deuda, falta de cobertura de seguros, incumplimientos en compras de inmuebles, cortes de servicio, atribuciones indebidas de créditos, etc.). Debido a que el Indecopi no puede brin-

dar resarcimiento por daños y perjuicios, muchas circunstancias solo se ven desde la óptica sancionadora, perdiéndose la posibilidad de evaluar los daños generados o permitiendo una mejor tutela a los consumidores afectados.

Lo señalado pone en evidencia la necesidad de trabajar en la construcción de categorías jurídicas que puedan armonizar la doctrina contractual con los pronunciamientos jurisprudenciales del Indecopi, brindando claridad a los operadores jurídicos que a menudo se enfrentan a situaciones donde la respuesta no es clara.

En ese sentido, el presente trabajo analiza el régimen de los contratos que incluyen cláusulas generales aprobadas por la Administración, específicamente en el ámbito de los servicios públicos y aquellos bajo la supervisión de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (en adelante, SBS). Es importante destacar que este aspecto no ha sido tomado en cuenta por la mayoría de la doctrina nacional al analizar las cláusulas generales de contratación. Se ha afirmado de manera bastante ligera que no existen casos de cláusulas generales aprobadas administrativamente (Arias-Schreiber Pezet, 2000, pp. 162-163; De la Puente y Lavalle, 2007, pp. 745-749; González Barbadillo, 2020a, pp. 319-321). En contraposición, cabe resaltar una única corriente doctrinaria que sí toma en cuenta la existencia de un sistema de aprobación de cláusulas generales por la Administración, aunque de manera poco profunda (Torres Vásquez, 2012, pp. 459-460).

Dado el panorama planteado, se procederá a realizar una aproximación a las cláusulas generales, centrándonos luego en la división entre cláusulas aprobadas y no aprobadas administrativamente, y su régimen según el Código Civil del Perú y el Código de Protección y Defensa del Consumidor (en adelante, CPDC). Posteriormente, se evaluarán dos casos concretos de aprobación administrativa: el sector bancario y el de las telecomunicaciones.

II. BREVE APROXIMACIÓN A LA NATURALEZA JURÍDICA DE LAS CLÁUSULAS GENERALES

Las cláusulas generales son condiciones contractuales empleadas en una serie de contratos sin haber sido elaborados para un contratante particular. Dicha uniformización es útil a efectos de agilizar las transacciones en el mercado, ello es factible al ge-

¹ Véase a Arias-Schreiber Pezet (2000); Bautista Huaranca (2022); Cañizares Laso (2015); Cárdenas Quirós (1996); Chiassoni, (2011); Criado-Castilla (2021); Cueva Chaman (2022); González Barbadillo (2020a, 2020b); Mato Pacín (2017); Mendoza Alonzo y Morales Ortiz (2020); Soncco Mendoza (2003); Soto Coaguila, (2003); Vásquez Rebaza (2023); Vega Mere (2020).

nerar un marco de adhesión general que permite despersonalizar la contratación y eliminar la posibilidad de negociación.

En atención a su funcionamiento y descripción, surge la pregunta sobre si estas cláusulas tienen naturaleza normativa o negocial. Esto se centra en el momento de la celebración de estas y en el hecho de que cada cláusula sea independiente en cada contrato en particular.

Por un lado, en la teoría normativa, se ha afirmado que “sólo [sic] en apariencia el contrato por adhesión es el resultado de una voluntad de las partes; en realidad, el predisponente expresa una voluntad unilateral y dicta su ley, no a cierto individuo, sino a una colectividad indeterminada” (Bianca, 2007, p. 365). Esta doctrina pone énfasis en el carácter abstracto e indeterminado de las cláusulas, ya que existen de manera independiente de los contratos a los que pertenecen, lo que sugiere que su naturaleza no se limita al ámbito contractual, sino que se sitúa en el normativo al ser impuestas al adherente.

El planteamiento reseñado considera que el contrato es un acuerdo que requiere la participación efectiva de las partes en la construcción del reglamento contractual. Sin embargo, esta visión no es suficiente para entender cómo funciona actualmente la contratación. Hoy en día, se ha alejado de una conformación pormenorizada del reglamento contractual por cada una de las partes (incluso en la contratación civil clásica), poniendo más énfasis en la posibilidad de alejarse de la oferta que en la posibilidad de su modificación. Así, en la actualidad, el contrato no requiere una negociación sobre todas sus estipulaciones, siendo suficiente el plegamiento de una de las partes hacia la oferta. Además, el poder económico de la parte que propone el futuro reglamento contractual es irrelevante, siempre que no haya empleado mecanismos que impidan la construcción libre de la decisión de contratar de la parte adherente (Bianca, 2007, p. 365).

Por otro lado, la teoría negocial afirma que:

Las condiciones generales son eficaces en cuanto tengan su título en el contrato, esto es, en cuanto sean aceptadas por el adherente. La regla legal válida para las condiciones generales no excluye la necesidad de la aceptación del adherente, sino que reconoce como suficiente la aceptación genérica de lo que dispuso la otra parte. Las cláusulas, en definitiva, son eficaces, no porque así lo quiere la ley, sino porque el adherente aceptó el reglamento de la otra parte. (Bianca, 2007, p. 366)

El planteamiento resaltado enfatiza la necesidad de una aceptación expresa de las condiciones generales, lo que significa que la predisposición de cláusulas generales para un número indeterminado de contratos no elimina la necesidad de obtener el consentimiento del adherente para que ese cuerpo de reglas tenga eficacia en una relación concreta. De este modo, no es la voluntad del que propone el contrato lo que determina la eficacia de las cláusulas generales en cada contrato individual, sino que es la manifestación de conformidad de cada uno de los adherentes con ese conjunto normativo. Por ello, nos adherimos a esta mirada sobre la naturaleza de las cláusulas generales como derivadas de una fuente negocial.

Aunque puede resultar una obviedad, es preciso indicar que la adhesión a las cláusulas generales debe ser expresa, libre e informada debidamente, sin que exista vicio en la decisión tomada, no solo en consideración de la regulación del Código Civil peruano, sino en particular con lo dispuesto sobre métodos comerciales coercitivos en el CPDC.

Existen teorías adicionales, como la de la institución (las cláusulas generales serían verdaderas instituciones, en la medida que se instaura una situación permanente, susceptible de generar futuras relaciones jurídicas), la de interpretación típica (el adherente realiza una declaración de adhesión al contrato a través de la que se incluyen las cláusulas generales a este) y la de declaración tipificada (la declaración del adherente tiene un carácter típico en la medida que se le da el valor de una manifestación de voluntad) (De la Puente y Lavalle, 2007, p. 713). Sin embargo, no consideramos que estas teorías sean adecuadas para explicar el fenómeno de las cláusulas generales, ya que obvian la cuestión fundamental de que se produce un verdadero acuerdo entre las partes, a pesar de que una de ellas estipule las condiciones unilateralmente con el objetivo de celebrar un número indeterminado de futuros acuerdos (De la Puente y Lavalle, 2007, pp. 697-702; Vega Mere, 2020, pp. 307-310).

Habiendo establecido la naturaleza negocial de las cláusulas generales en los términos precisados, podemos analizar sus características distintivas, como a continuación detallamos.

A. Predisposición

La predisposición de las cláusulas generales es la característica principal de esta figura. Esto implica que las condiciones son preestablecidas por el predisponente con la finalidad de aplicar ese reglamento a sus relaciones habituales, en el marco de la actividad empresarial dirigida a un público masivo. Aunque las cláusulas están pensadas

para el ámbito de las relaciones de consumo, no es excluyente de que se predispongan condiciones en el marco de relaciones entre profesionales o entre consumidores.

La predisposición implica que la construcción de las cláusulas generales debe hacerse de manera previa a la celebración del contrato y de manera abstracta sin pensar en una relación concreta. Si bien esta característica por definición excluye la posibilidad de negociar, sería posible que incluyan cláusulas generales de contratación en un contrato paritario, ello sobre puntos accesorios respecto a lo contratado, sin que ello implique que se convierta en un contrato por adhesión.

La característica de la predisposición es una necesidad del tráfico comercial, el cual al masificarse hace imposible pensar en negociaciones individuales para los cientos de relaciones contractuales a realizarse para la adquisición de bienes o servicios producidos en serie. Esto, que sin duda genera ventajas para el funcionamiento de las complejas cadenas de distribución y comercialización modernas, no deja de conllevar un riesgo de afectación a los consumidores y usuarios que pueden verse obligados a aceptar condiciones desfavorables sin siquiera ser conscientes de ello debido a la velocidad de las transacciones actuales, que dejan poco espacio para la reflexión.

B. Generalidad y abstracción

Otras características de las cláusulas generales son la generalidad y abstracción. Sobre la primera, se entiende como “la posibilidad de aplicar las cláusulas a una serie (o clase, o categoría) indefinida de contratos singulares sin desnaturalizarlos, aun cuando cada uno de éstos [sic] tenga elementos propios” (De la Puente y Lavalle, 2007, p. 699). Como ya se señaló previamente, se pone énfasis en la función que cumple la cláusula, en su carácter indeterminado y útil para un número indefinido de operaciones, que si bien particulares (al cambiar los adherentes), siempre recogerán una transacción típica, en el sentido de su uniformidad.

Sobre la segunda, se refiere a que “las cláusulas son concebidas sin pensar en una relación concreta, o sea no se toma en consideración la personalidad de las contrapartes de los futuros contratos ni la relación jurídica particular que van a crear tales contratos” (De la Puente y Lavalle, 2007, p. 670). De este modo, se pone énfasis en la despersonalización de las cláusulas generales, las cuales no reflejan las motivaciones de las partes involucradas, sino que se reducen al reglamento contractual necesario para la materialización de una operación económica concreta.

Ambas características brindan la necesaria maleabilidad a las condiciones generales para que puedan adaptarse a un número indeterminado de operaciones económicas, sin que sean relevantes las motivaciones particulares de cada adherente. Esto no implica que deba existir una sola clase de condiciones generales por proveedor, sino que es posible que existan tantas clases como sea necesario para el empresario o profesional, en atención a su particular rubro económico. Así, cada ‘paquete’ de cláusulas generales recoge lo más relevante e indispensable para la celebración de contratos de manera masiva y eficiente.

C. Inmutabilidad

Sobre esta característica se ha indicado que:

Consiste en que dichas cláusulas, bien se incorporan automáticamente a todas las ofertas que se formulan para contratar con arreglo a ellas (artículos 1393 y 1397 del Código Civil), o bien, a semejanza de los contratos por adhesión, son planteadas por el predisponente como un conjunto único e indiscutible, de tal manera que no cabe modificación de tales cláusulas. (De la Puente y Lavalle, 2007, pp. 700-701)

Se ha señalado, con razón, que la fortaleza de esta característica es que:

Depende de las condiciones del mercado en el cual se ofrecen productos y servicios bajo ciertos términos contractuales, dado que en un mercado abiertamente competitivo y al cual concurren diversos proveedores, el interesado podrá optar (aunque no es lo frecuente en consumidores inadvertidos o que centran su interés en las prestaciones esenciales) por cláusulas menos onerosas o menos desfavorables y con ello no tendrá que someterse a las mismas de modo ineluctable. (Vega Mere, 2020, p. 309)

En definitiva, la inmutabilidad es una característica fundamental de las cláusulas en la medida que está vinculada con su carácter predispuesto; toda vez que resultaría contradictorio que, por un lado, se establezcan en forma anticipada las condiciones bajo las cuales se van a realizar una serie de operaciones y, por otro, sea posible modificarlas en cada oportunidad.

III. CLÁUSULAS GENERALES APROBADAS Y NO APROBADAS ADMINISTRATIVAMENTE

Ahora bien, es necesario hacer algunas precisiones en atención al tipo de cláusulas generales que existen en el ordenamiento jurídico peruano: las aprobadas y las no aprobadas administrativamente. En

primer lugar, las cláusulas aprobadas por la Administración resultan vinculantes para el predisponente (en calidad de ofertas), pero no pierden su naturaleza contractual. Esto significa que no será hasta el momento de su aceptación por el adherente que resultarán de obligatorio cumplimiento.

En segundo lugar, las cláusulas no aprobadas administrativamente, hasta que no sean incorporadas al contrato, no resultan vinculantes para el predisponente, a menos que las hubiera publicitado (de manera que el adherente, con uso de su diligencia ordinaria, puede tomar conocimiento de estas). En ese caso, estas cláusulas se vuelven vinculantes. En ambas circunstancias, nos mantenemos en el ámbito de la naturaleza contractual, ya que siempre será necesaria la adhesión de la parte no estipulante para que las condiciones generales se conviertan en obligatorias para ambas partes.

Desde el punto de vista legal, las cláusulas generales se dividen en aprobadas y no aprobadas administrativamente, cada una con un régimen diferenciado. Los artículos 1393, 1394 y 1396 del Código Civil peruano, hacen referencia a las cláusulas aprobadas administrativamente, mientras que los artículos 1397, 1398, 1399 y 1400 del mismo texto legal se refieren a las cláusulas no aprobadas administrativamente. Esta clasificación también está presente en el CPDC, donde el artículo 49 menciona las cláusulas no aprobadas administrativamente, y el artículo 52 y siguientes se refieren a las cláusulas aprobadas administrativamente.

Esta clasificación no genera mayor complejidad, en tanto basta con corroborar si la operación económica para la cual se desea predisponer una serie de reglas preestablecidas está sujeta o no a la aprobación administrativa. Sobre los contratos específicos que pertenecen a una u otra clase, se trata de contratos que requieren la aprobación administrativa de sus cláusulas generales. Esto aplica a los contratos de consumo celebrados por empresas prestadoras de servicios públicos, sujetos o no a regulación económica, y los celebrados por empresas sometidas a la supervisión de la SBS (conforme al artículo 54 del CPDC). De este modo, todos los demás serían considerados como contratos con cláusulas no aprobadas administrativamente.

Cabe precisar que el hecho de que un contrato pertenezca a una u otra clase, tiene consecuencias respecto a las reglas que se le aplican, por lo que al aproximarse a esta materia es vital ubicar el contrato que se esté analizando en una u otra categoría.

Uno de los aspectos más destacados de la regulación de las cláusulas generales en Perú es la dispersión regulatoria existente. Si bien no es inusual

en el Derecho comparado que exista más de un cuerpo legislativo dedicado a la contratación de consumo (Código Civil del Perú y alguna ley o código especial), resulta peculiar que la legislación especial se haya desarrollado sin tener en cuenta el derecho común. Esto ha llevado, en la práctica, a que no se recurra a las reglas del Código Civil, sino a las de protección al consumidor. Esta interpretación errónea de la regulación autónoma del CPDC ha generado confusiones en nuestra doctrina y práctica legal, al punto de que ciertos sectores afirman una supuesta independencia o autonomía del derecho de consumo respecto del derecho civil.

En vista de esta circunstancia, planteamos la necesidad de sistematizar ambas regulaciones estableciendo con claridad, estableciendo sus ámbitos de aplicación y sus interconexiones necesarias. Esto no implica generalizar las reglas establecidas en la legislación especial, sino encontrarles un lugar dentro del sistema de derecho privado. De esta manera, se brindará claridad a los operadores jurídicos que pudieran verse privados de valiosas herramientas del derecho común, esto al pensar en esos ‘cantos de sirena’ que afirman la autonomía del derecho de consumo.

Así, por ejemplo, analizamos a continuación una importante modificación en el ámbito de los contratos por adhesión y de cláusulas generales: la vuelta a la formalidad en la celebración de los acuerdos. Debido a la gran cantidad de operaciones económicas para las que están pensadas las condiciones generales, se ha convertido en estándar plasmar por escrito las cláusulas preestablecidas, ello con la finalidad de facilitar su distribución y comunicación a los posibles adherentes. Aunque no se excluye la posibilidad de utilizar otros tipos de soporte, siempre que sea posible revisitarlos sin problemas (grabación de audio o video).

Es de resaltar que, sobre la redacción y formalidad de las cláusulas, los artículos 47 y 48 del CPDC obligan a los proveedores a que las condiciones cumplan con lo siguiente:

- Verificar de manera indubitable la voluntad de contratar de los consumidores, incluyendo las restricciones o condiciones especiales del producto o servicio materia del acuerdo.
- Prohibición de establecer obstáculos injustificados para que los consumidores puedan ejercer sus derechos derivados del acuerdo.
- Se debe garantizar que los consumidores puedan apartarse o modificar los contratos empleando los mismos mecanismos que fueron utilizados para la celebración del contrato.

- Se debe garantizar la legibilidad de los formularios, tanto en su redacción y contenido, como en las cuestiones formales, indicándose concretamente una medida del tamaño de letra a utilizar en el documento (3 milímetros).
- Se debe de entregar copia de todos los documentos contractuales firmados por los consumidores, siendo de cargo de los proveedores dejar constancia de dicha entrega.
- Debe garantizarse en todo momento la buena fe y equilibrio contractual, evitando la inclusión de cláusulas abusivas.

Se aprecia que existen una serie de reglas pormenorizadas respecto a la complejidad, lenguaje y forma que deben emplearse en las condiciones generales y contratos por adhesión. Esto refleja las necesidades propias de la protección a los consumidores, donde se ha tenido que intervenir de forma más activa. Cabe indicar que esto no es una peculiaridad del ordenamiento jurídico peruano, sino que resulta ser la regla en la mayoría de los sistemas de protección al consumidor que se basan en el mundo legal de origen romano germánico.

En este caso, podemos apreciar que el Código Civil no hace referencia a la necesidad de formalidad ni de la claridad al redactar cláusulas generales. Sin perjuicio de ello, aunque existen reglas para contratos de adhesión o de cláusulas generales que abordan la forma, redacción y contenido mínimo estas figuras, al estar reguladas por el CPDC, se excluyen aquellos contratos paritarios que pudieran ser considerados como contratos de adhesión. Por lo tanto, en estos casos no sería necesario cumplir con los estándares mencionados, sino sujetarse que las partes deben seguir los usos y reglas que, en virtud de la buena fe, guíen su conducta en el contrato.

En definitiva, en el momento actual del derecho privado peruano, es menester que al revisar la regulación referida a las cláusulas generales de contratación se tenga en cuenta no solo el Código Civil, sino también el CPDC, así como la normativa que se ha desarrollado en específicos sectores del mercado.

El régimen general de la aprobación administrativa de cláusulas generales de contratación se encuentra en el artículo 54 del CPDC, el cual establece dos tipos de contratos de consumo que pueden estar sujetos al juicio previo de la Administración: los referidos a los servicios públicos y los referidos al sistema financiero.

En el mencionado artículo se establece que la aprobación de la cláusula por la Administración solo puede ser cuestionada en la vía judicial (CPDC, 2010). Esto significa que la aprobación de la cláusula en forma abstracta (sin vinculación a una concreta relación contractual), solo podría ser cuestionada de manera general. De esta manera, se otorga mayor legitimidad a la aprobación realizada por la Administración y mayor seguridad a los proveedores que confían en el criterio de la entidad competente.

Sin perjuicio de lo indicado, de existir alguna afectación concreta a un consumidor, este puede recurrir a la vía administrativa o judicial para obtener un pronunciamiento específico. Esto quiere decir que, si bien abstractamente se le brinda a la cláusula una protección fuerte con miras a asegurar su legitimidad, ello se equilibra con la posibilidad de cuestionar alguna cláusula aprobada por la Administración en casos concretos. Solo se ha de precisar que tal pronunciamiento tendría efectos solo para las partes del proceso o procedimiento.

La diferencia en el tratamiento para sancionar una cláusula abusiva ha sido objeto de pronunciamiento por parte del Indecopi, el cual ha indicado lo siguiente:

De haberse producido la aprobación administrativa por la SBS, el consumidor solo podrá realizar la denuncia si la cláusula cuestionada le hubiese sido efectivamente opuesta y aplicada. Ello se debe a que, de manera previa, el ente regulador ya ha efectuado un control, a efectos de lograr un equilibrio contractual entre las empresas supervisadas y los usuarios. Así, la tutela a los intereses difusos o colectivos de los consumidores está garantizada por la labor supervisora de la SBS, mediante la aprobación de cláusulas generales de contratación, siendo que la decisión del ente regulador solo podrá ser cuestionada en la vía judicial. (Indecopi, 2019, pp. 115-116)

Finalmente, el artículo 54 del CPDC (2010) establece que la Autoridad Administrativa, al revisar las solicitudes de aprobación de cláusulas generales, puede identificar aquellas que son abusivas y emitir normativa que impida su inclusión en futuros contratos, tanto para el caso del solicitante como para todos los demás proveedores del mercado supervisado.

Ahora bien, conforme al artículo 55 del CPDC (2010) se indica que las cláusulas generales aprobadas administrativamente deben ser difundidas a través del portal institucional de las entidades. Esta medida puede comprobarse fácilmente visi-

tando los portales de los organismos reguladores de diversos sectores económicos, como la SBS.

Hasta este punto, se aprecia que existe un verdadero sistema de aprobación de cláusulas generales por la Administración, un aspecto importante que algunas doctrinas nacionales parecen ignorar (González Barbadillo, 2020a, p. 321). En definitiva, hay una gran cantidad de contratos en el ámbito privado que cuentan con cláusulas generales aprobadas por entidades administrativas especializadas.

IV. SERVICIOS QUE REQUIEREN APROBACIÓN ADMINISTRATIVA DE CLÁUSULAS GENERALES DE CONTRATACIÓN

El artículo 54 del CPDC (2010) establece que están sujetos a aprobación administrativa los contratos celebrados por empresas supervisadas por la SBS, así como los contratos celebrados por empresas prestadoras de servicios públicos, ya sea que estén sujetas o no a regulación económica. Es importante destacar que el Indecopi, en atención a una investigación efectuada en el ámbito de su competencia, puede proponer a la Presidencia del Consejo de Ministros un sector del mercado que requiera la aprobación administrativa de cláusulas generales de contratación. Aunque hasta la fecha no ha habido propuestas por parte del Indecopi, habrá que ver si en el futuro se incluye algún nuevo sector de la economía nacional.

Así, en lo que sigue, evaluaremos a modo de ejemplo los servicios financieros y el servicio público de telecomunicaciones, así como la forma en que su contratación está sometida al control administrativo.

En el ámbito de las telecomunicaciones, el regulador del sector es el Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones (en adelante, Osiptel), el cual está encargado de la supervisión de la calidad y condiciones del servicio, así como de la aprobación de las cláusulas generales de contratación.

Así, el Texto Único Ordenado de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones (Resolución de Consejo Directivo 138-2012-CD-OSIPTEL), en su artículo 17, establece la necesidad de aprobar las cláusulas generales incluidas en los diversos contratos elaborados por las empresas concesionarias. Así, se indica la necesidad de la aprobación para continuar con la comercialización de los productos, así como que, en caso de existir alguna negociación sobre algún punto del contrato, esta deberá ser demostrada por el prestador del servicio:

Artículo 17.- Cláusulas generales y adicionales de contratación

El contrato de abonado estará compuesto por las Cláusulas Generales de Contratación aprobadas por el OSIPTEL y por aquellas cláusulas adicionales en las que el abonado consigne su opción respecto de cualesquiera de las alternativas de adquisición, arrendamiento u otra modalidad de utilización de equipos, su mantenimiento u otras condiciones inherentes al servicio. (Osiptel, 2012)

Asimismo, no será posible contratar con cláusulas no aprobadas administrativamente ni tampoco será posible incluir condiciones contrarias a la normativa vigente. Esto último resulta reiterativo, pero tiene más que ver con un tema de política legislativa debido a la naturaleza del concreto mercado. También se establecen contenidos mínimos del contrato y la necesidad de informar al Osiptel sobre cualquier modificación que se vaya a realizar a los contratos aprobados.

En el ámbito financiero, la Resolución SBS 3274-2017, Reglamento de Conducta de Mercado del Sistema Financiero (en adelante, 'el Reglamento'), establece en su Título V todo lo vinculado a las condiciones generales de contratación. En lo que resulta relevante para el presente trabajo, en el artículo 50 se indica la lista de productos y servicios financieros en los que las cláusulas generales de los modelos de contratos deben ser aprobadas por la SBS, encontrándose las siguientes: crédito hipotecario y de consumo, depósito de ahorro y a plazos (incluye los certificados de depósitos y certificados bancarios), depósito por compensación de tiempo de servicio y en cuenta corriente, y dinero electrónico.

La mencionada lista no es cerrada, ya que eventualmente podrían ampliarse las materias bajo este sistema. Asimismo, se indica que no se puede utilizar cláusulas generales no aprobadas administrativamente y que el plazo máximo para la aprobación previa es de sesenta días hábiles. Es decir, que las entidades financieras solo pueden utilizar las cláusulas generales que hayan sido aprobadas por la SBS, lo que, sin embargo, no excluye la posibilidad de que se realice la negociación individual de algunas cláusulas del contrato. Aunque en dicho caso corresponderá al proveedor demostrar la existencia efectiva de dicha negociación. Adicionalmente, resulta relevante indicar que se cierra toda posibilidad de que, a través de los anexos del contrato, se incorporen derechos y obligaciones adicionales a los establecidos en las cláusulas generales aprobadas por la SBS, ni tampoco se puede establecer alguna modificación.

Si bien en ambos casos es posible cuestionar si las cláusulas generales aprobadas administrativamente resultan ser o no correctas, en el caso particular de los contratos bancarios, el hecho de ser una cláusula aprobada administrativamente puede implicar una vía distinta para cuestionar la corrección de estas. Ello puede apreciarse de diversos pronunciamientos de la Sala Especializada en Protección al Consumidor del Indecopi.

Es preciso señalar de manera previa que el artículo 54 del CPDC, ya mencionado previamente, establece en su inciso 2 que solo es posible cuestionar la aprobación administrativa de una cláusula en la vía judicial (2010). Siendo que solo en caso de que la cláusula haya sido opuesta directamente al consumidor este puede recurrir a la autoridad administrativa o judicial competente.

En la Resolución 1553-2023/SPC-INDECOPI, se indica que dicho inciso 2 del artículo 54 del CPDC solo se aplica a los escenarios de consumidores particulares, mas no a las denuncias que son formuladas por asociaciones de consumidores, ya que estos actúan en la defensa de intereses colectivos y no individuales. Por lo tanto, en el caso bajo análisis se consideró que sí era posible cuestionar una cláusula aprobada administrativamente.

No obstante, sobre el fondo de la cuestión, se consideró que la cláusula invocada como abusiva no lo era. La referida cláusula tenía el siguiente tenor: “El Asociado renuncia al fuero de su domicilio y se somete expresamente a la jurisdicción de los jueces y tribunales de Lima”. Por lo tanto, para el ejercicio de acción alguna contra la denunciada era necesario acudir a la ciudad de Lima. Sobre ello, la Sala en mayoría estableció que la referida cláusula no resultaba ser abusiva, ya que consideró que, en atención al artículo 25 de Código Procesal Civil (1992), era posible prorrogar la competencia territorial de forma convencional, lo que habría ocurrido en el caso concreto mediante la referida cláusula.

Cabe indicar que la denunciada en dicho procedimiento era una empresa que contaba con sucursales a nivel nacional, por lo que dicha estipulación aparecía en todos los contratos celebrados a nivel nacional. En esa línea, se puede apreciar cómo una equivocada consideración de la naturaleza de un contrato de adhesión que contiene cláusulas generales puede ser incorrectamente analizada, tanto por el regulador (que la aprobó), como por la entidad dirimente, en este caso el Indecopi.

De este modo, si bien el artículo 25 del Código Procesal Civil establece que es posible pactar la prórroga de la competencia territorial, esto impli-

ca una aceptación expresa y consciente de dicha circunstancia (1992). Esto se reconoce incluso en el propio CPDC (2010), que establece en diversos artículos la necesidad de no establecer trabas a la posibilidad de reclamar de los consumidores. Esto se condice además con la regulación existente en otras latitudes, como las consideraciones que existen al respecto en la Directiva 2011/83 y los Reglamentos Roma I y II, que siempre contemplan la necesidad de reconocer que es el domicilio del consumidor el que determina el ámbito de competencia territorial para efectos de realizar un reclamo o demanda.

En esa línea, el pronunciamiento de la Sala demuestra una visión alejada de los últimos desarrollos en materia de consumo y no recoge la esencia misma del CPDC, que busca tutelar la posición desventajosa del consumidor, brindándole herramientas para que pueda ejercer sus derechos y recibir una adecuada tutela.

Cabe indicar que hubo un voto en discordia que, si bien no recogió en concreto lo que indicamos, sí se opone a la consideración de que la cláusula habría sido correctamente establecida, ello en la medida que implicaría un costo adicional a nivel económico para poder ejercer sus derechos y obtener la tutela respectiva.

De otro lado, es de resaltar la Resolución 0283-2019/SPC-INDECOPI, que confirmó la improcedencia de la denuncia de un consumidor, en la medida que el cuestionamiento de los formularios contractuales solo era posible por la vía judicial.

El referido pronunciamiento es interesante, ya que parece existir una discrepancia con el pronunciamiento reseñado previamente. De la revisión del pronunciamiento del 2023, pareciera ser que existía una línea jurisprudencial consolidada respecto a considerar que las asociaciones de consumidores podían siempre cuestionar una cláusula aprobada administrativamente sin la necesidad de que exista una afectación concreta. Esto se aprecia también en la Resolución 2440-2018/SPC-INDECOPI y 1052-2019/SPC-INDECOPI.

Sin embargo, en la Resolución 0283-2019/SPC-INDECOPI se señala todo lo contrario, precisando que es indispensable la existencia de una afectación concreta a un determinado consumidor o consumidores. Por ello, declaran improcedente la denuncia.

Esta diferencia de criterios resulta preocupante, ya que no pareciera existir una línea jurisprudencial definida respecto a si es posible o no para las asociaciones de consumidores cuestionar las cláusulas aprobadas administrativamente. De este

modo, se hace necesario que se aclare el criterio respecto a este punto por parte de la autoridad administrativa.

En líneas generales, a través de la revisión de la jurisprudencia del Indecopi, se puede observar la relevancia práctica de la distinción entre cláusulas aprobadas administrativamente y aquellas que no lo están. Se entiende que las primeras se encontrarían sujetas a un mayor control respecto de su contenido, aunque, como se ha visto, esto no siempre sea así.

V. CONCLUSIONES

- A diferencia de lo afirmado por un sector mayoritario de la doctrina nacional, existen casos relevantes de contratos con cláusulas generales aprobadas administrativamente. Además, existe un marco regulatorio relevante y una gran cantidad de casos vinculados con dicha regulación en el sector administrativo.
- Los principales sectores donde se emplean cláusulas generales de contratación son los servicios financieros y el servicio público de telecomunicaciones, supervisados por la SBS y el Osiptel. Esto se debe al gran número de operaciones realizadas en dichos sectores y a su relevancia para la economía en general.
- Existen implicancias prácticas vinculadas con la existencia de las cláusulas aprobadas administrativamente, como la limitación para denunciar la existencia de una cláusula abusiva por un consumidor particular, ello solo en casos en los que hayan sido opuestas.
- Es necesario aclarar el criterio establecido sobre si las asociaciones de consumidores pueden denunciar cláusulas abusivas en casos donde las condiciones hayan sido aprobadas administrativamente, a efectos de comprender mejor esta situación. 🗣️

REFERENCIAS

- Arias-Schreiber Pezet, M. (2000). *Exégesis del Código Civil Peruano de 1984* (Tomo I, Vol. 1). Gaceta Jurídica.
- Bautista Huaranca, L. (2022). *La vulneración de la libertad de empresa a través del control de las cláusulas abusivas en las relaciones jurídicas de consumo* [Tesis de Segunda Especialidad en Derecho de Protección al Consumidor]. Pontificia Universidad Católica del Perú.

- Bianca, C. (2007). *Derecho Civil 3. El Contrato*. Universidad del Externado de Colombia.
- Cañizares Laso, A. (2015). Control de incorporación y transparencia de las condiciones generales de la contratación. Las cláusulas suelo. *Revista de Derecho Civil*, 2(3), 67-105.
- Cárdenas Quirós, C. (1996). Las cláusulas generales de contratación y el control de las cláusulas abusivas. *Ius et Veritas*, 7(13), 19-35.
- Chiassoni, P. (2011). Las cláusulas generales, entre teoría analítica y dogmática jurídica. *Revista de Derecho Privado*, (21), 89-106.
- Criado-Castilla, J. (2021). *Proporcionalidad y cláusulas abusivas. El principio de proporcionalidad como criterio para definir la abusividad de las condiciones generales de la contratación* [Tesis de Doctorado]. Universidad de Salamanca.
- Cueva Chaman, A. (2022). *¿Más Estado o más mercado?: la crisis del sector inmobiliario de consumo en el Perú por la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos inmobiliarios* [Tesis de Segunda Especialidad en Derecho de Protección al Consumidor]. Pontificia Universidad Católica del Perú.
- De la Puente y Lavallo, M. (2007). *El Contrato en General. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil* (Tomo I, Vol.1). Palestra Editores.
- González Barbadillo, E. (2020a). Comentario al artículo 1393. *Código Civil Comentado* (tomo VII). Gaceta Jurídica.
- (2020b). Comentario al artículo 1394. *Código Civil Comentado* (tomo VII). Gaceta Jurídica.
- Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual (2019). *Lineamientos sobre Protección al Consumidor*. Indecopi.
- Mato Pacín, M. (2017). *Cláusulas abusivas y empresario adherente*. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.
- Mendoza Alonzo, P. y Morales Ortiz, M. (2020). Notas sobre el control de cláusulas abusivas entre empresarios. Una síntesis del modelo alemán. *Revista Chilena de Derecho Privado*, (34), 207-216.
- Soncco Mendoza, P. (2003). Los contratos por adhesión y las cláusulas generales de contratación. *Revista de la Facultad de Derecho de la UNSA*, (5), 161-178.

Soto Coaguila, C. (2003). Las cláusulas generales de contratación y las cláusulas abusivas en los contratos predispuestos. *Vniversitas*, 52(106), 563-609.

Torres Vásquez, A. (2012). *Teoría General del Contrato* (tomo I, Vol. 1). Instituto Pacífico.

Vásquez Rebaza, W. (2023). El control del contenido en contratos estandarizados. Análisis de la prohibición de cláusulas abusivas bajo el artículo 1399 del Código Civil peruano. *Ius et Veritas*, (67), 87-134.

Vega Mere, Y. (2020). Comentario del artículo 1392. *Código Civil Comentado* (tomo VII). Gaceta Jurídica.

LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES

Código Civil [CC], Decreto Legislativo 295, Diario Oficial *El Peruano*, 14 de 1984 (Perú).

Código de Protección y Defensa del Consumidor [CPDC], Ley 29571, Diario Oficial *El Peruano*, 1 de septiembre de 2010 (Perú).

Decreto Legislativo 768, Código Procesal Civil, Diario Oficial *El Peruano*, 4 de marzo de 1992 (Perú).

Sala Especializada en Protección al Consumidor del Tribunal de Defensa de la Competencia y

Propiedad Intelectual del Indecopi, 17 de setiembre de 2018, Resolución 2440-2018/SPC-INDECOPI (Perú).

Sala Especializada en Protección al Consumidor del Tribunal de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual del Indecopi, 30 de enero de 2019, Resolución 0283-2019/SPC-INDECOPI, Expediente 767-2017/CC1 (Perú).

Sala Especializada en Protección al Consumidor del Tribunal de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual del Indecopi, 22 de abril de 2019, Resolución 1052-2019/SPC-INDECOPI (Perú).

Sala Especializada en Protección al Consumidor del Tribunal de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual del Indecopi, 5 de junio de 2023, Resolución 1553-2023/SPC-INDECOPI (Perú).

Resolución de Consejo Directivo 138-2012-CD-OSIPTEL, Texto Único Ordenado de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones, 19 de setiembre de 2012 (Perú).

Resolución SBS 3274-2017, Reglamento de Gestión de Conducta de Mercado del Sistema Financiero, 18 de agosto de 2017 (Perú).