



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO

**“LOS CONTRATOS POR ADHESIÓN DE LAS EMPRESAS DE
TELEFONÍA Y LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DEL
CONSUMIDOR, DISTRITO DE LIMA, AÑO 2015”**

PRESENTADO POR:

ELLEN KARINA, SOLLEDER SCHULER

PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO

LIMA, PERÚ

2016



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLITICA
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO

DICTAMEN DE EXPEDITO DE TESIS N° 026-T-2016-OIYPS-FDYCP-UAP

Visto; el Oficio N° 0026-2016/ODGYT/FDYCP-UAP, de fecha 25 de abril de la Oficina de Grados y Títulos, en el que se solicita la revisión final de Trabajo de Investigación presentado por la bachiller **ELLEN KARINA SOLLEDER SCHULER**, a fin que se declare expedita para sustentar la tesis intitulada “**LOS CONTRATOS POR ADHESIÓN DE LAS EMPRESAS DE TELEFONÍA Y LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DEL CONSUMIDOR, DISTRITO DE LIMA, AÑO 2015**”.

CONSIDERANDO

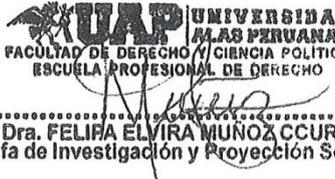
Que, las disposiciones normativas relacionadas con las funciones de la Oficina de Investigación de la Escuela Profesional de Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Alas Peruanas, comprenden el Reglamento de Investigación Científica aprobado por Resolución N° 904-2000 de fecha 15/09/2000) y el Reglamento de Grados y Títulos aprobado por Resolución N° 991-2001 de fecha 25/07/2001).

Que, de la revisión de la tesis, se aprecia que ésta cuenta con el informe del asesor temático Mg. Walter Oswaldo Guerrero Carbonel de fecha 21 de abril de 2016, y el informe de la asesora metodológica Dra. Felipa Elvira Muñoz Ccuro de fecha 17 de marzo de 2016, informes que señalan que la tesis ha sido desarrollada conforme a las exigencias requeridas para el trabajo de investigación correspondiente al aspecto temático y procedimiento metodológico.

DICTAMEN

Atendiendo a estas consideraciones y al pedido de la bachiller **ELLEN KARINA SOLLEDER SCHULER**, esta Jefatura **DECLARA EXPEDITA LA TESIS**; “**LOS CONTRATOS POR ADHESIÓN DE LAS EMPRESAS DE TELEFONÍA Y LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DEL CONSUMIDOR, DISTRITO DE LIMA, AÑO 2015**” debiendo la interesada continuar y cumplir con el proceso y procedimientos para que se le programe el examen oral de sustentación de Tesis.

La Victoria, 29 de abril de 2016


Dra. FELIPA ELVIRA MUÑOZ CCURO
Jefa de Investigación y Proyección Social



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLITICA
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO

INFORME N° 011- 2016-I ASESORIA DE TESIS

A : Dr. RICARDO DIAZ BAZAN
Decano de la Facultad de Derecho y Ciencia Política

DE : Dra. FELIPA ELVIRA MUÑOZ CCURO
Asesora Metodológica

ASUNTO : INFORME ASESORIA DE TESIS
"LOS CONTRATOS POR ADHESIÓN DE LAS EMPRESAS DE
TELEFONÍA Y LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DEL
CONSUMIDOR, DISTRITO DE LIMA, AÑO 2015"
Bachiller: ELLEN KARINA, SOLLEDER SCHULER

REFERENCIA : Resolución N°8579-2016-OGYT-FDYCP-UAP

FECHA : 17 de marzo de 2016

Tengo el agrado de dirigirme a usted, con relación al asunto de la referencia, a fin de hacer de vuestro conocimiento que se ha cumplido con la asesoría de tesis de la bachiller **ELLEN KARINA, SOLLEDER SCHULER**, el mismo que ha respondido satisfactoriamente con las exigencias que se requieren para la presentación del trabajo de investigación correspondiente al procedimiento metodológico, lo que puede observarse del diseño de la investigación.

Por lo expuesto considero que el trabajo de investigación contiene los presupuestos establecidos para su respectiva sustentación.

Atentamente,


Dra. Felipa Elvira Muñoz Ccuro
Asesora Metodóloga



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLITICA
ESCUELA ACADÉMICO PROFESIONAL DE DERECHO

INFORME DE ASESORÍA DE TESIS

A : Dr. Ricardo Díaz Bazán
Decano de la Facultad de Derecho y Ciencia Política
Universidad Alas Peruanas

DE : Mg. Walter Oswaldo Guerrero Carbonel
Asesor Temático

ASUNTO: Asesoría Temática de Tesis
"LOS CONTRATOS POR ADHESION DE LAS EMPRESAS DE
TELEFONIA Y LA PROTECCION DE LOS DERECHOS DEL
CONSUMIDOR, DISTRITO LIMA, AÑO 2015"
Bachiller: ELLEN KARINA SOLLEDER SCHULER

REFERENCIA: Resolución de Asesoría N° 0792-2016-OGYT-FDYCP-UAP

FECHA: 21 de abril de 2016

De mi especial consideración:

Me dirijo a Usted, para informarle que estando concluida mi labor de Asesoría de Tesis a la Bachiller ELLEN KARINA SOLLEDER SCHULER requisito para optar el Título Profesional de Abogado, debo manifestar que se ha cumplido en forma satisfactoria con los requisitos que se requieren para la presentación del mencionado documento, en lo que corresponde al procedimiento temático que a continuación se detalla:

De los aspectos preliminares y de fondo de acuerdo al esquema de tesis de la Escuela Académico Profesional de Derecho, problema de investigación, marco teórico, hipótesis y variables, marco temático, conclusiones y las recomendaciones.

Atentamente,



Mg. Walter Oswaldo Guerrero Carbonel
Asesor Temático

Dedicatoria

A todas aquellas personas que hayan sido vulnerados sus derechos en la contratación de servicios de telefonía móvil.

Agradecimientos

A mis padres y a mis hermanos, por el constante apoyo y comprensión a lo largo del desarrollo de la presente tesis.
A mis amigos Harold Chiappe y Emily Morales, por la motivación constante.

Al Dr. Ronald Gastello, por todos los conocimientos y pautas brindados durante todo el desarrollo de la investigación.

A la Dra. Felipa Muñoz, por su entusiasmo y el desinteresado apoyo metodológico y por su persistencia en el logro de esta tesis.

Al Dr. Walter Guerrero, por su apoyo en la culminación de esta tesis y por su espíritu de bienvenida.

Reconocimiento

A la universidad Alas Peruanas por darme la oportunidad de
lograr concretar mis metas.

A la Dra. Felipa Muñoz, por el gran trabajo que realiza en lograr
la acreditación de nuestra universidad y el desarrollo de la
investigación.

ÍNDICE

Dedicatoria	vi
Agradecimiento	vii
Reconocimiento	viii
Índice	ix
Resumen	xii
Abstract	xiii
INTRODUCCIÓN	xiv
CAPÍTULO I: PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	
1.1 Descripción de la Realidad Problemática	17
1.2 Delimitación de la Investigación	19
1.2.1 Delimitación Espacial	19
1.2.2 Delimitación Social	19
1.2.3 Delimitación Temporal	19
1.2.4 Delimitación Conceptual	19
1.3 Problema de Investigación	20
1.3.1 Problema Principal (general)	20
1.3.2 Problemas Secundarios (específicos)	20
1.4 Objetivos de la Investigación.	20
1.4.1 Objetivo General	20
1.4.2 Objetivos Específicos	20
1.5. Supuestos Y categorías de la Investigación	21
1.5.1. Supuestos Principal	21
1.5.2. Supuestos Secundario	21

1.5.3. Categorías (Definición conceptual y Operacional).	21
1.6 Metodología De La Investigación	22
1.6.1. Tipo y Nivel de la investigación	22
a) Tipo de investigación	22
b) Nivel de Investigación	23
1.6.2. Método y Diseño de la Investigación	23
a) Método de la investigación	23
b) Diseño de investigación	24
1.6.3. Población y muestra de la Investigación	24
a) Población	24
b) Muestra	25
1.6.4. Técnicas e Instrumentos de recolección de datos	26
a) Técnicas	26
b) Instrumentos	26
1.6.5. Justificación, Importancia y Limitaciones de la investigación	27
a) Justificación	27
b) Importancia	28
c) Limitaciones	29
CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO	
2.1 Antecedentes de la Investigación	31
2.2 Bases Teóricas	39
2.2.1 Fundamentos Teóricos: Contratos por adhesión	39
2.2.1.1 Dimensiones	49
2.2.1.2 Medición de la Categoría	72
2.2.2 Fundamentos Teóricos: Derechos del consumidor	72
2.2.2.1 Dimensiones	74
2.2.2.2 Medición de la Categoría	85
2.3 Bases Legales	85

2.4 Definición de Términos Básicos	85
------------------------------------	----

CAPÍTULO III: PRESENTACIÓN, ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS

3.1. Análisis y Discusión de Resultados	89
3.2. Conclusiones	103
3.3. Recomendaciones	103
3.4. Fuentes de Información	104

ANEXOS

Anexo: 1 Matriz de Consistencia	108
Anexo: 2 Entrevista	109
Anexo: 3 Proyecto de ley	111

Resumen

La presente investigación denominada: “Los contratos por adhesión de las empresas de telefonía y la percepción de la protección de los derechos del consumidor”, tuvo como objetivo determinar el grado de conocimiento y ejercicio de los derechos que tenemos como consumidores frente a la idoneidad de lo adquirido, la libertad contractual y la negociación en los contratos ya dispuestos o denominados contratos por adhesión; así como determinar el nivel de observancia en la protección que brinda el estado a los consumidores.

El método de investigación fue descriptivo, con diseño correlacional. La muestra estuvo constituida por 2 personas: un funcionario de INDECOPI y un funcionario de OSIPTEL. Mediante la técnica de la entrevista se elaboró y aplicó la guía de la entrevista para recoger información sobre: Los contratos por adhesión de las empresas de telefonía y la percepción de la protección de los derechos del consumidor en el distrito de Lima, año 2015.

Finalmente se manifiesta de que existe una relación significativa positiva entre Los contratos por adhesión de las empresas de telefonía y la percepción de la protección de los derechos del consumidor

PALABRAS CLAVES: Contratos por adhesión, derechos del consumidor, defensa del consumidor, cláusulas abusivas, primacía de la realidad.

Abstract

This research called "contracts of adhesion of telephone companies and the perception of the protection of consumer rights", aimed to determine the degree of knowledge and exercise of the rights we have as consumers face the suitability of the acquired, freedom of contract and negotiation in the longer willing or called contracts of adhesion contracts; and to determine the level of compliance in the protection provided by the state to consumers.

The research method was descriptive, correlational design. The sample consisted of two people: an official of INDECOPI and an official from OSIPTEL. By interview technique he was developed and applied the interview guide to collect information on: The contracts of adhesion of telephone companies and the perception of the protection of consumer rights in the district of Lima, 2015.

Finally it appears that there is a significant positive relationship between adhesion contracts for telephone companies and the perception of the protection of consumer rights

KEYWORDS: Contracts for membership, consumer rights, Consumer Protection, unfair terms, the primacy of reality.

INTRODUCCIÓN

La ciudadanía realiza contratos de consumo todos los días, en muchos de los casos para conseguir un producto mucho más rápido realizan contratos aceptando las condiciones sin plantear algunos de sus intereses para poder acceder a satisfacer una necesidad más primordial, se acogen a un contrato ya preestablecido, conocido como contrato por adhesión, que no es otra cosa que eso mismo: la parte más débil y con menos información acepta las condiciones y cláusulas de la otra parte; determinan asimismo la existencia de una relación del individuo con el Estado, que se basa en reglas que limitan el poder que detenta este último con el objetivo de que cumpla sus mandatos para realizar el interés general, sin limitar la libertad individual más allá de lo estrictamente necesario, en este caso concreto las reglas a las que se avoca el Estado es garantizar la protección de los derechos como consumidores; y es materia de la presente investigación titulada: “Los contratos por adhesión de las empresas de telefonía y la percepción de la protección de los derechos del consumidor.”

El cual tiene como objetivo determinar el grado de conocimiento y ejercicio de los derechos que tenemos como consumidores frente a la idoneidad de lo adquirido, la libertad contractual y la negociación en los contratos ya dispuestos o denominados contratos por adhesión; así como determinar el nivel de observancia en la protección que brinda el estado a los consumidores.

La presente investigación consta de cinco capítulos: En el planteamiento del problema, describimos la realidad problemática relacionada con los contratos por adhesión de las empresas de telefonía y la percepción de la protección de los derechos del consumidor, señalamos la delimitación de la investigación, formulamos los problemas de la investigación, planteamos los objetivos de la investigación, la justificación y las limitaciones de la investigación; además planteamos los supuestos y categorías, así como la operacionalización de las categorías del problema. También desarrollamos el diseño, tipo y nivel de la investigación, así como el enfoque y métodos utilizados en la investigación, la población y muestra estudiada, señalamos también las técnicas e instrumentos de recolección de datos.

Asimismo en el Marco Teórico, comentamos los antecedentes de la investigación vinculados a Los contratos por adhesión de las empresas de telefonía y la percepción de la protección de los derechos del consumidor del presente estudio, las bases teóricas que sustentan cada una de las Categorías, las bases legales que regulan el problema y la definición de términos básicos citados en la presente investigación.

Finalmente en el Análisis e Interpretación de los resultados, se esboza la presentación las entrevistas realizadas a los sujetos informantes con su respectivo análisis y la contratación de las Supuestos respectivas. Además de las conclusiones y recomendaciones, referencias bibliográficas y los respectivos anexos considerados.

El autor

CAPÍTULO I
PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1 Descripción de la Realidad Problemática

Cuando se inicia la vigencia del Código de Protección y Defensa del Consumidor (Ley N° 29571) la cual regula entre otros aspectos una de las dimensiones de esta investigación: los derechos del consumidor frente a los contratos por adhesión y las cláusulas abusivas en los diversos contratos de consumo; los cuales surgen a partir de la contratación en masa; se encuentra que muchos de los supuestos no estaba regulados y se fueron integrando no en la norma si no en la obligatoriedad de aprobarse en primer lugar por autoridad administrativa los contratos; pero ello no llegó a abarcar todos los supuestos nuevos que surgieron a partir de la creación de nuevas necesidades y la comercialización indiscriminada de nuevos productos.

La razón que ha justificado el presente estudio es por la observación del empleo indiscriminado de estipulaciones o cláusulas que solo obedecen al designio unilateral del proveedor y conllevan inevitablemente a causar un perjuicio en desmedro de los consumidores; en aquellos contratos de consumo celebrados bajo la modalidad de adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación. Es pues, por la debilidad contractual o el estado de desventaja en que se halla el consumidor frente al proveedor y la frente a la función de tutela de los organismos del Estado para proteger y hacer valer los derechos de los mismos.

Al respecto debemos recordar que en nuestro Código Civil de 1984 se han regulado los contratos por adhesión en el artículo 1390 y las cláusulas generales de contratación en el artículo 1392, distinguiendo entre estas últimas, las aprobadas por autoridad administrativa y también aquellas que no fueron aprobadas por autoridad competente; asimismo el código establece un grupo de cláusulas que son calificadas como cláusulas abusivas, vejatorias o leoninas; pero es de verse que no se ha estipulado una concepción de este tipo de cláusulas y otra de las omisiones por el código es que no se estableció la posibilidad de que existan cláusulas

abusivas cuando fueron objeto de una previa revisión y posterior aprobación administrativa.

Asimismo, hay que señalar que a través de la Ley de Protección al Consumidor – Decreto Legislativo N° 716 (1991), si bien se reconocieron los derechos de los consumidores y se establecieron los deberes de los proveedores, sin embargo se omitió normas respecto de las cláusulas abusivas; luego con el Decreto Legislativo N° 1045, Ley Complementaria del Sistema de Protección al Consumidor (26.06.2008), y posteriormente con el TUO de la Ley de Protección al Consumidor, aprobado por D.S.N° 006-2009-PCM, se pretendió regular de un modo más preciso las cláusulas abusivas en los contratos de consumo, sin embargo existía una total falta de organicidad en nuestro sistema de control de cláusulas vejatorias pues muchos de los cuerpos legales regulan a medias y defectuosamente, o hay un desconocimiento de los mismos, como es el caso de la ley de Condiciones y Usos que dicta el OSIPTEL sobre la cual no tenía conocimiento alguno de su existencia y de sus alcances desde mi perspectiva de consumidora.

Ahora bien, en la legislación internacional también se ha observado el mismo problema, ya sea en su legislación o en la vulneración de los mismos o sobre la interpretación de los contratos de consumo celebrados por adhesión, con especial referencia a la determinación de las reglas aplicables: En Uruguay la Ley de Defensa del Consumidor N° 17.250, de agosto de 2000, carece de previsiones al respecto. A diferencia de lo que acontece en otras legislaciones, la ley uruguaya contiene una escueta disciplina para los contratos por adhesión, pero no destina disposición alguna para la interpretación de los mismos, careciendo por completo de una formal consagración del principio de interpretación a favor del consumidor. Frente a este vacío la doctrina nacional ha procurado extraerlo recurriendo a la propia ratio legis, al principio de igualdad y al artículo trece del citado texto legal.

En Colombia, pese a que el tema no está reglamentado de manera sistemática, se puede encontrar supuestos aislados de cláusulas que no son toleradas por el ordenamiento con diferentes sanciones que pueden ser la inexistencia, la nulidad, la ineficacia, que se tengan por no escritas o la nulidad. En caso de que un juez encuentre una cláusula que tenga el carácter de abusiva pero que no tenga una sanción expresa en la legislación, aun así podría descartar su aplicación en un caso determinado, decretando la inexistencia (en caso que el adherente no haya conocido y aceptado la cláusula); la nulidad absoluta cuando considere que por ir en contra del principio de la buena fe es contraria al orden público y, en consecuencia, tiene objeto y causa ilícita o la nulidad relativa, en caso de considerar que esa es la sanción aplicable en los casos que la ley no consagre expresamente una sanción diferente.

1.2 Delimitación de la Investigación

1.2.1 Delimitación Espacial:

La presente investigación se ha desarrollado en el Distrito de Lima.

1.2.2 Delimitación Social

Comprenden la delimitación social los usuarios del servicio de telefonía móvil y trabajadores de OSIPTEL e INDECOPI.

1.2.3 Delimitación Temporal:

La presente investigación se ha desarrollado en el año 2015.

1.2.4 Delimitación Conceptual:

La presente investigación comprende dos conceptos fundamentales: Los contratos por adhesión y los derechos del consumidor. Los contratos por adhesión se han comprendido a partir del estudio y análisis de la norma jurídica, doctrina y la jurisprudencia.

Por otro lado tenemos el concepto de derechos del consumidor cuyos alcances se han entendido a partir del análisis e interpretación del código de protección de los derechos del consumidor.

1.3 Problema de investigación:

1.3.1 Problema Principal (general):

¿Cómo se relaciona los contratos por adhesión de las empresas de telefonía y la protección de los derechos del consumidor en el distrito de Lima, año 2015?

1.3.2 Problemas Secundarios (específicos):

¿Cuál es la relación entre las cláusulas generales de contratación y la protección de los derechos del consumidor en el distrito de Lima, año 2015?

¿Cuál es la relación entre las cláusulas abusivas y la protección de los derechos del consumidor en el distrito de Lima, año 2015?

¿Cuál es la relación entre la contratación masiva y la protección de los derechos del consumidor en el distrito de Lima, año 2015?

1.4 Objetivo de la Investigación

1.4.1 Objetivo General:

Determinar la relación entre los contratos por adhesión de las empresas de telefonía y la protección de los derechos del consumidor en el distrito de Lima, año 2015.

1.4.2 Objetivos Específicos

Determinar la relación entre las cláusulas generales de contratación y la protección de los derechos del consumidor en el distrito de Lima, año 2015.

Determinar la relación entre las cláusulas abusivas y la protección de los derechos del consumidor en el distrito de Lima, año 2015.

Determinar la relación entre la contratación masiva y la protección de los derechos del consumidor en el distrito de Lima, año 2015.

1.5 Supuestos:

1.5.1 Supuesto principal:

Existe relación entre los contratos por adhesión de las empresas de telefonía y la protección de los derechos del consumidor en el distrito de Lima, año 2015.

1.5.2 Supuesto secundario:

Existe relación entre las cláusulas generales de contratación y la protección de los derechos del consumidor en el distrito de Lima, año 2015.

Existe relación entre las cláusulas abusivas y la protección de los derechos del consumidor en el distrito de Lima, año 2015.

Existe relación entre la negativa injustificada a contratar y la protección de los derechos del consumidor en el distrito de Lima, año 2015.

1.5.3. Definición conceptual de categorías:

Los contratos por adhesión: Son aquellos en los que una parte contratante, colocada en la alternativa de aceptar o rechazar la celebración

de un contrato, acepta íntegramente las condiciones fijadas por la otra parte

La protección de los derechos del consumidor: El derecho de protección al consumidor tiene como fin equilibrar la situación de desigualdad en la que se encuentra la parte más débil de la relación contractual al existir un desequilibrio económico conocido como asimetría negocial y de conocimientos respecto a los bienes o servicios ofrecidos el cual se conoce como asimetría informativa

1.6 Metodología de la investigación

El presente trabajo de investigación es de enfoque cualitativo; para LeCompte (1995), la investigación cualitativa podría entenderse como "una categoría de diseños de investigación que extraen descripciones a partir de observaciones que adoptan la forma de entrevistas, narraciones, notas de campo, grabaciones, transcripciones de audio y vídeo casetes, registros escritos de todo tipo, fotografías o películas y artefactos". Para esta autora la mayor parte de los estudios cualitativos están preocupados por el entorno de los acontecimientos, y centran su indagación en aquellos contextos naturales, o tomados tal y como se encuentran, más que reconstruidos o modificados por el investigador, en los que los seres humanos se implican e interesan, evalúan y experimentan directamente. Mientras que Taylor y Bogdan (1986: 20) consideran, en un sentido amplio, la investigación cualitativa como "aquella que produce datos descriptivos: las propias palabras de las personas, habladas o escritas, y la conducta observable"

1.6.1. Tipo y nivel de la investigación

a) Tipo de investigación:

Investigación **básica**, porque el estudio tiene como propósito recoger información de la realidad y enriquecer el conocimiento

científico orientándonos al descubrimiento de principios y leyes. Sánchez y Reyes (2002:13)

b) Nivel de Investigación:

De acuerdo a la naturaleza del estudio de la investigación reúne por su nivel las características de un estudio **descriptivo y correlacional** que pertenecen a los niveles II y III. Sánchez (1996).

Es **transversal** ya que su propósito es “describir categorías y analizar su incidencia e interrelación en un momento dado. Es como tomar una fotografía de algo que sucede” (Hernández et al., 2010, p.151).

1.6.2. Método y Diseño de la Investigación:

a) Método de la investigación:

Esta investigación se realizó con el método inductivo; el filósofo inglés Francis Bacon (1561-1626) señalaba que el método inductivo es aquel que intenta ordenar la observación tratando de extraer conclusiones de carácter universal desde la acumulación de datos particulares.

Según Aristóteles, las cosas particulares están constituidas por la unión de materia y forma. La materia es lo que hace que un particular sea un individuo único y la forma es aquello que lo constituye en miembro de una clase de cosas similares. Especificar la forma de un particular equivale a especificar las propiedades que comparte con otros de su clase y estas generalizaciones sobre las formas se extraen de la experiencia sensible, por medio de la inducción. Indicaba existían dos tipos de inducción, el primero consiste en la enumeración simple y en ella los enunciados sobre los objetos individuales se toman como

base para una generalización sobre la especie de la que son miembros. El segundo tipo se basaría en la intuición directa de aquellos principios generales que están ejemplificados en los fenómenos observados. La segunda etapa del conocimiento científico sería la etapa deductiva, mediante la cual, las generalizaciones logradas mediante la inducción, se usan como premisas para la deducción de enunciados sobre las observaciones iniciales.

INDUCCIÓN

DEDUCCIÓN

OBSERVACIONES → PRINCIPIOS EXPLICATIVOS → DEDUCCIONES

b) Diseño de investigación:

El diseño de la investigación fue de tipo **no experimental**: Corte transversal y correlacional, ya que no se manipuló ni se sometió a prueba las categorías de estudio.

Es no experimental “la investigación que se realiza sin manipular deliberadamente categorías. Es decir, se trata de estudios donde no hacemos variar en forma intencional las categorías independientes para ver su efecto sobre otras categorías” (Hernández et al., 2010, p. 149).

1.6.3. Población y muestra de la Investigación

a) Población:

Según Hernández, Fernández y Baptista (2006: 235), “la población es el conjunto de todos los casos que concuerdan con una serie de especificaciones (...) Las poblaciones deben situarse claramente en torno a sus características de contenido, de lugar y en el tiempo”.

La población está constituida por los trabajadores del área de absolución de reclamos del INDECOPI y del OSIPTEL.

Tabla 3: Funcionarios encargados de la absolución de reclamos en INDECOPI y OSIPTEL

Organismo	Población
INDECOPI	15
OSIPTEL	45
Total	60

b) Muestra:

Según Hernández, Fernández y Baptista (2006:235), “la muestra es, en esencia, un subgrupo de la población. Digamos que es un subconjunto de elementos que pertenecen a ese conjunto definido en sus características al que llamamos población (...) Básicamente categorizamos las muestras en dos grandes ramas, las muestras no probabilísticas y las muestras probabilísticas. En estas últimas todos los elementos de la población tienen la misma posibilidad de ser escogidos y se obtienen definiendo las características de la población y el tamaño de la muestra (...) en las muestras no probabilísticas, la elección de los elementos no depende de la probabilidad, sino de causas relacionadas con las características de la investigación o de quien hace la muestra. Aquí el procedimiento no es mecánico, ni con base en fórmulas de probabilidad, sino depende del proceso de toma de decisiones de una persona o de un grupo de personas, y desde luego las muestras seleccionadas obedecen a otros criterios de investigación”. Se aplicó una muestra no probabilística.

Tabla 4:

Organismo	Muestra
INDECOPI	1
OSIPTEL	1
Total	2

1.6.4. Técnicas e Instrumentos de recolección de datos

a) Técnicas:

Técnica de recolección de datos

La técnica utilizada fue la entrevista, según Buendía, Colás y Hernández (2009), es “la recogida de información a través de un proceso de comunicación, en el transcurso del cual el entrevistado responde a cuestiones previamente diseñadas en función de las dimensiones que se pretenden estudiar planteadas por el entrevistador” (p.83).

b) Instrumentos:

Para realizar la recolección de datos, que contribuya al tema de investigación se empleó el siguiente instrumento:

Guía de la entrevista, según Alvira F. (2000), es la comunicación establecida por medio de un cuestionario o guía entre el investigador y el sujeto de estudio a fin de obtener respuestas verbales a las interrogantes planteadas sobre el tema propuesto. Es un cuestionario previamente establecido por el investigador, con el que se pretende conocer lo que hacen, opinan o plantean

los entrevistados mediante el uso de preguntas abiertas y/o cerradas.

1.6.5. Justificación, Importancia y Limitaciones de la investigación

a) Justificación:

Nuestra investigación adquiere relevancia en las siguientes justificaciones:

Justificación teórica: Este estudio me permitió obtener una comprensión significativa acerca de los contratos por adhesión de las empresas de telefonía y la percepción de protección de los derechos del consumidor. Los hallazgos han contribuido a acrecentar las pruebas empíricas que avalan las teorías utilizadas en el presente estudio de investigación; asimismo que se logró influir en que se estudie con mayor ímpetu esta problemática, estudios que perfeccionen o complementen esta tesis, las normas jurídicas y la doctrina misma.

Justificación metodológica: El estudio sirvió de inspiración a otros investigadores para reconocer, que la investigación científica es el camino para el desarrollo del país. Demuestra que cada uno de nosotros puede elaborar y crear instrumentos como la entrevista para obtener un resultado ante un problema específico.

Justificación práctica: Los resultados de la investigación servirá para plantear acciones concretas, para beneficiar a disminuir costos y a tutelar los derechos de los consumidores, el poder acceder a negociar antes de contratar, o que cláusulas ya dispuestas no perjudiquen a los usuarios; que se disminuyan las cláusulas abusivas y que los usuarios de los servicios de telefonía tengan mayor conocimiento de sus

derechos y de las acciones que pueden realizar para que los mismos se vean protegidos.

Justificación Legal: La presente investigación se basa en normas jurídicas, como lo es el Código de Protección del consumidor, normas internas del INDECOPI y de OSIPTEL, así como plantea la posibilidad de que se establezcan normativas específicas o una vía más rápida no solo para la solución de controversias sino para establecer la compensación por daños y perjuicios que generan este tipo de servicios mal ofrecidos.

b) Importancia:

Con la contratación masiva de servicios de telefonía se vulnera en muchas ocasiones algunos derechos al no haber suficientes filtros a los contratos emitidos por acceder a estos servicios.

Esta investigación se basó en poder determinar el grado de conocimiento y ejercicio de los derechos que tenemos como consumidores frente a la idoneidad de lo adquirido, la libertad contractual y la negociación en los contratos ya dispuestos o denominados contratos por adhesión; así como determinar el nivel de observancia en la protección que brinda el estado a los consumidores; la importancia de esto radica en que al conocer la forma y el grado en que se vulnera el derecho del más débil o consumidor, se podrá tutelar los mismos y proteger de manera más eficaz los derechos de los consumidores; y por tanto beneficiar a la población en general que acceden a este tipo de servicios con una mejor calidad de vida, mayor respeto y seguridad en el consumidor y la disminución de los costos.

c) Limitaciones

En el proceso de la investigación nos hemos encontrado con una serie de dificultades que hemos ido superando a lo largo del presente trabajo. Sin embargo cabe mencionar algunos de ellos.

Informativa: El limitado acceso a bibliotecas físicas y virtuales; así como la reducida doctrina que estudie el tema en concreto a nivel nacional.

Temporal: La falta de tiempo del investigador para realizar la investigación; así como el limitado tiempo por parte de los directivos de los organismos reguladores: INDECOPI y OSIPTEL, para brindarnos una entrevista; razón por la cual se entrevistó a funcionarios y trabajadores de las referidas entidades.

Recursos: Los recursos de financiamiento fueron bastante escasos; se llevó adelante con la economía del tesista.

CAPÍTULO II
MARCO TEÓRICO

2.1 Antecedentes de la Investigación

2.1.1. Antecedentes nacionales

Malpartida (2003). En la tesis titulada: *“El derecho del consumidor en el Perú y en el derecho comparado”*. Para optar por el grado académico de Doctor en Derecho en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. La investigación planteada se inicia con un carácter histórico-descriptivo, en cuanto a la configuración de sus fundamentos y la enunciación del derecho al consumidor. Asimismo, se hace un recuento de la normatividad internacional y nacional; y también tiene un carácter explicativo. La finalidad de la investigación es descartar o rectificar la existencia de un solo sistema de protección del consumidor en nuestro país, así como establecer su fundamento. Con esta perspectiva, se complementa lo anterior encontrando los aspectos a mejorar la normatividad referente a la protección al consumidor. El objetivo de la investigación es analizar los criterios que encierra el Decreto Legislativo N° 716, así como los resultados en la protección del consumidor, así como aquellos criterios de otra normatividad que también tiene como objetivo la protección al consumidor.

El autor llegó a las siguientes conclusiones: La primera es referente al papel de INDECOPI en lo que respecta a la protección del consumidor. Se ha visto claramente que muchos de los reclamos ante INDECOPI solo se quedan en tales, sin pasar a formalizarse, es decir, convertirse en denuncias. Esto nos lleva a que exija un número de procedimiento mucho menor que el que se presenta en los Organismos Reguladores. Hay entonces un ambiente mayor de controversia entre consumidor-proveedor (prestador de servicios) en lo que respecta a los servicios públicos que en lo actuado ante INDECOPI. La segunda apreciación es en lo concerniente a que tanto en los reclamos ante INDECOPI como en lo que acaece ante los organismos Reguladores, los rubros más reclamados tienen relación con una situación de posición de dominio en el mercado o situación

de concentración de mercado. Hay una indudable ligazón entre la posición de dominio en el mercado y la violentación de los derechos del consumidor. Se comprueba que en la problemática de protección al consumidor no existe solo una asimetría informativa, sino que también habría que contemplar principalmente la asimetría en el poder económico entre dichos sujetos o polos. La ley de protección al consumidor peruana, de manera increíble, no contemplaría esta última asimetría nombrada, produciéndose como consecuencia una asimetría en el derecho también.

2.1.2. Antecedentes internacionales

Retana (2008). En la tesis titulada: *“Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión y sus implicaciones por no existir una legislación adecuada”*. Para optar por el grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales en la Universidad de San Carlos de Guatemala. El diseño de investigación utilizado fue descriptivo, basado en un análisis jurídico y doctrinario del Derecho Mercantil, que se relaciona con las cláusulas abusivas que son impuestas por una de las partes en los contratos mercantiles y comerciales, específicamente en los contratos de adhesión, los cuales tienen su naturaleza propia del Derecho Mercantil y constituyen una forma de contratación, y las incidencias que se producen con las denominadas cláusulas abusivas y con ello, determinar que la legislación actual es ineficiente y por lo tanto, se encuentran los consumidores o usuarios que lo conforman la mayoría de la población, en un estado de indefensión. El investigador llegó a las siguientes conclusiones: Los contratos de adhesión son aquellos denominados contratos formularios, que tienen como fundamento que han sido creados por la parte, que ofrece los bienes o servicios, en la cual éste propone las formalidades contenidas dentro de la contratación, mismas que tienden a ser mucho más favorables al ente oferente de bienes o servicios, y los que acceden a dichos contratos

únicamente les queda firmar y aceptar todas y cada una de las cláusulas. En la legislación nacional, existe una amplia gama de normas que regulan los contratos de adhesión, como lo es específicamente la Constitución Política de la República de Guatemala, el Código Civil y el Código de Comercio, pero ninguno de estos regula la protección que debe brindar el Estado a los consumidores o usuarios sobre las cláusulas abusivas, que se resumen en cláusulas leoninas que favorecerán únicamente al oferente de bienes o servicios.

Donato (2012). En la tesis titulada: *“El contrato de adhesión de telefonía móvil analizado desde la perspectiva de los derechos del usuario final de los servicios de telecomunicaciones”*. Para optar por el grado de Licenciatura en Derecho en la Universidad de Costa Rica. El método de investigación utilizado fue descriptivo, basado en un análisis exhaustivo del ordenamiento jurídico costarricense, no solo en materia de telecomunicaciones, sino también de la normativa de protección al consumidor. Llegando a diversas conclusiones: La prestación de los servicios de telecomunicaciones por parte de los proveedores se rige por medio de contratos de adhesión, en los cuales las cláusulas y condiciones son predispuestas por una de las partes de forma unilateral, por lo cual la participación de la parte adherente en la elaboración del contenido del contrato es prácticamente nula, y su rol se limita únicamente a aceptar o rechazar las condiciones propuestas por la parte predisponente. Esto genera una situación de desigualdad en la cual el consumidor o usuario queda en una posición desventajosa en relación con la parte predisponente. Esta desigualdad de las partes exige, también, la intervención del Estado, el cual por medio de los controles de incorporación, interpretación y contenido procura garantizar la inexistencia de abusos de la parte predisponente, en razón de su posición dominante. El contrato de adhesión de telefonía móvil es el contrato por medio del cual el abonado se adhiere a las cláusulas y

condiciones predispuestas por un proveedor del servicio de telefonía móvil a efectos de que el abonado por medio de un terminal pueda acceder y hacer uso de la red pública de telecomunicaciones en la cual el proveedor presta sus servicios, con el fin de comunicarse con los demás usuarios de las redes. El servicio de telefonía móvil es un servicio de interés general, por cuanto su prestación reviste un interés esencial para la ciudadanía y para la sociedad. Esta calificación justifica la intervención estatal sobre una actividad económica prestada por sujetos de derecho privado en un régimen de libre competencia. El Estado interviene no necesariamente por medio de una prestación exclusiva del servicio, sino como regulador; a través del establecimiento de una serie de garantías de calidad y derechos de los usuarios, así como el establecimiento de ciertos principios generales y la imposición de obligaciones a los operadores y proveedores, que buscan asegurar una prestación adecuada de estos servicios que satisfaga los intereses de la sociedad y la ciudadanía, en un marco de prestación del servicio abierto a la competencia. Todas estas obligaciones impuestas a los proveedores, los derechos reconocidos de los usuarios y los principios generales establecidos por medio de la regulación, tienen el fin de evitar el riesgo de que el desenvolvimiento libre del mercado no garantice el nivel mínimo de calidad y eficiencia del servicio para los ciudadanos, y de evitar que existan abusos por parte de los proveedores de los servicios sobre los usuarios, en razón de la posición desventajosa del usuario.

Roquel (2010). En la tesis titulada: *“La violación a los principios informadores de la contratación mercantil en los contratos por adhesión de telefonía residencial”*. Para optar por el grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala. La metodología usada en la investigación es el análisis de la doctrina y la legislación de Guatemala y las formas de contratación, la inducción y la deducción que permitieron el desarrollo de la investigación. Finalmente este autor arribó a las

siguientes conclusiones: El fenómeno de la contratación en masa ha generado un sinnúmero de abusos en contra de los usuarios y consumidores, y no existe un órgano con la capacidad estructural y económica suficiente para sancionar a las empresas que los cometen. La mayoría de los consumidores y usuarios en Guatemala, no denuncian los abusos cometidos en su contra, pues por necesidad contratan determinados servicios. Las empresas que prestan el servicio de telefonía residencial son pocas y todas tienen la misma política, tener grandes ganancias económicas sin brindar beneficios al consumidor. La mayoría de contratos por adhesión de telefonía residencial, se redactan en formularios trifolios, con letra tan pequeña, que el interesado con tal de obtener rápidamente el servicio que necesita, no lee todas las cláusulas de mismo. Los contratos de adhesión de telefonía residencial, violan los principios informadores de la contratación mercantil como el de verdad sabida y buena fe guardada, al ser redactados por una sola de las partes, con cláusulas abusivas en perjuicio del usuario.

López (2007). En la tesis titulada: *"Importancia del derecho de retracto por contratos por adhesión según la ley de protección al consumidor y usuario"*. Para optar por el grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Mariano Gálvez de Guatemala. La metodología se basó en el uso de técnicas apropiadas para la realización de una investigación pura y descriptiva. se utilizó el método científico, con la recolección de la información directamente de las fuentes por medio de libros, leyes y demás textos. También se utilizaron procesos análisis, síntesis, abstracción, comparación y concordancias diferencias de los elementos teóricos con los empíricos por técnicas de correlación. El autor llegó a las siguientes conclusiones: los contratos de adhesión, contratos tipos o contratos bajo condiciones predispuestas, entre otros, son aquellos en los cuales una de las partes predetermina el contenido de las convenciones y las cláusulas particulares a la que la otra parte se

debe adherir sin posibilidad de modificar o negociar dichas condiciones. Dichos contratos nacen a partir de la necesidad de facilitar las relaciones comerciales entre las personas. Los contratos por adhesión son un claro ejemplo de la intervención del Estado en la contratación privada, que con el fin de hacer más justas las condiciones del instrumento, restringe la autonomía de la voluntad de los contratantes, sin embargo, en estos contratos no se violan los principios de autonomía de la voluntad y la libertad contractual, ya que la parte que se adhiere al mismo conserva el derecho a elegir entre obligarse o no, aceptando los términos de la contratación ofrecidos por el proveedor. A pesar de lo anterior, las partes no contratan en igualdad de condiciones, ya que únicamente el proveedor o predisponente redacta las disposiciones del mismo.

Troncoso (2008). En la tesis titulada: *“Las cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual en los contratos de adhesión”*. Para optar por al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales en la Universidad de Chile. Este trabajo constituye un estudio de las cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual, en el contexto de los contratos por adhesión regulados por la Ley 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores. El objetivo central consiste en analizar los diversos aspectos de este tipo de cláusulas en el marco del Derecho del Consumidor, esencialmente en cuanto se vuelven abusivas, pretendiendo por sobre todo aportar en la fijación de criterios apropiados de control para las mismas, con base en la legislación nacional vigente. Finalmente el autor llegó a las siguientes conclusiones: Con el paso del tiempo, la contratación por adhesión ha sufrido transformaciones sustantivas en su estructura original, entre ellas, pasando de ser un contrato que comúnmente se celebraba por escrito y con la firma del adherente, a uno que generalmente no se expresa en un documento con esas características, sino que se perfecciona incluso al presumir los proveedores de actitudes del consumidor, que éstos han aceptado las condiciones de contratación

tal como se les imponen, como es el caso de los carteles, tickets, timbres, leyendas al reverso de boletas, etc. No obstante los beneficios que estos contratos representan para la agilización y simplificación del comercio, han mostrado también ser una fuente en aumento de desequilibrios y abusos en perjuicio del adherente, situación que con el tiempo ha ido suscitando el interés del legislador; la consecuencia es que, tanto a nivel comparado como nacional, se han dictado normas para regular el contrato por adhesión. En nuestro país sin embargo, la Ley 19.496 ha sido insuficiente para controlar los nuevos desafíos que han ido generando la acelerada masificación y transformación de estos contratos. En este sentido, se observa que comúnmente los proveedores, desentendiéndose de los principios que inspiran a la Ley en este aspecto, no desaprovechan las oportunidades para hacer valer su posición privilegiada respecto del consumidor, imponiéndole condiciones abusivas. En base a lo señalado creemos que se justifica una revisión y actualización de la legislación nacional vigente. El principal problema que genera el contrato por adhesión y las especiales condiciones en que éste se celebra, está dado por la creciente proliferación de las llamadas “cláusulas abusivas”. Al ser predisuestas por el proveedor, éstas materializan el abuso de su posición privilegiada respecto de los consumidores.

Rodríguez (2013). En la tesis titulada “*La interpretación de los contratos de consumo celebrados por adhesión en el Derecho Civil uruguayo*” Para optar por el grado de Abogado en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República de Uruguay. En este trabajo se examinan las particularidades que presenta la interpretación de los contratos de consumo celebrados por adhesión, con especial referencia a la determinación de las reglas aplicables, en virtud de que en Uruguay la Ley de Defensa del Consumidor N° 17.250, de agosto de 2000, carece de previsiones al respecto. A diferencia de lo que acontece en otras legislaciones, la Ley uruguaya

contiene una escueta disciplina para los contratos por adhesión, pero no destina disposición alguna para la interpretación de los mismos, careciendo por completo de una formal consagración del principio de interpretación a favor del consumidor. Frente a este vacío la doctrina nacional ha procurado extraerlo recurriendo a la propia ratio legis, al principio de igualdad y al artículo 13 del citado texto legal. Sin perjuicio de la aplicación de las normas correspondientes del Código Civil, en esta temática existen reglas particulares de interpretación, que han sido recogidas por algunas legislaciones en el Derecho Comparado, entre las que se encuentran las reglas de la prevalencia, de la condición más beneficiosa y de la cláusula más relevante. Pueden considerarse formando parte de la interpretación sistemática, al aportar especificaciones en función de las peculiaridades y del núcleo de valoración inmanente a la propia materia donde operan. Se llegaron a las siguientes conclusiones: Primero; la legislación de consumo de Uruguay se caracteriza por la completa ausencia de normas para la interpretación de los contratos; segundo, no obstante lo expresado, el reenvío formal dispuesto por el artículo 1º de la Ley de Defensa del Consumidor torna plenamente aplicables las normas correspondientes del Código Civil (artículos 1297-1307), resultado lógico si se piensa que la disciplina especial no está destinada a suplantar completamente al régimen general; tercero, las reglas de interpretación previstas por el Código Civil se estructuran en dos categorías de perfiles bien definidos (interpretación subjetiva e interpretación objetiva), con una clara jerarquía entre ambas; cuarto, las peculiaridades sustantivas de la contratación de consumo por adhesión a condiciones generales no excluyen de manera alguna la aplicación de las normas de interpretación subjetiva del Código Civil, tendientes siempre a la determinación de la común intención de las partes; quinto, las denominadas reglas de la prevalencia, condición más beneficiosa y cláusula más relevante, pueden considerarse criterios o directivas específicas para la actuación del principio de interpretación sistemática (artículo 1299 del CC), puesto que a través de las mismas se resuelven contradicciones o discrepancias entre dos

o más cláusulas, extremo que viabiliza su aplicación en la contratación de consumo; sexto, de acuerdo a las particularidades de la materia la regla *contra proferentem* (artículo 1300 CC) tendrá una funcionalidad específica y trascendente, aunque limitada siempre al presupuesto de la ambigüedad, dato que permite distinguirla de las tres reglas precedentemente expuestas; séptimo, a pesar del silencio legislativo el principio de interpretación a favor del consumidor puede extraerse recurriendo a la *ratio* y al contexto de la Ley núm. 17.250, así como también al principio de igualdad, como lo hace parte de la doctrina; octavo, la colisión entre el principio de conservación del contrato y la regla *contra proferentem* habrá de recibir una solución diferente a la que procede asignar en materia de contratos negociados y paritarios, si bien hay que reconocer que el punto puede ser controvertido; noveno, la interpretación a favor del deudor constituye otra norma de interpretación objetiva prevista por el Código Civil (artículo 1304, inciso 1º), pero en la órbita de los contratos por adhesión resultará desplazada por la aplicación prioritaria de la regla *contra proferentem*; décimo, en una futura reforma de la legislación uruguaya de consumo deberían incorporarse algunas reglas específicas para la interpretación de los contratos, como lo han hecho otros sistemas, pues ello contribuye a la seguridad y certeza, evitando así que la cuestión quede librada exclusivamente a las construcciones de la doctrina y la jurisprudencia.

2.2 Bases Teóricas

2.2.1 Fundamentos Teóricos de Contratos por adhesión

2.2.1.1. Principios teóricos de Contratos por adhesión:

A. Antecedente:

Se puede tomar como inicio o surgimiento de los contratos por adhesión a la revolución industrial, aquella época en donde

empezaron a aparecer y surgir nuevas tecnologías, una de ellas la máquina, que permitió la producción masiva y en serie y por tanto provocó el aumento en la producción de bienes y servicios que exigía ubicarlos dentro del mercado; es decir, que a mayor cantidad de personas que accedan a ellos traía aparejado la extensión del tráfico comercial con una oferta a un precio razonable, teniendo las empresas que reducir costes y mejorar la gestión de la empresa; produciéndose así la quiebra de la autonomía de la voluntad, el contrato ya no sería más la consecuencia de la libre voluntad de las partes en el marco de la igualdad jurídica; es ahí en donde aparecen los contratos de adhesión, con las cláusulas predispuestas en las que un empresario impone condiciones y a las que el consumidor debe aceptar y someterse si pretende acceder al producto.

El fenómeno del contrato de adhesión encontró gran expansión en el siglo XX, en distintas órbitas, como lo fue en seguros, bancos, suministros de luz, agua transporte terrestre, marítimo o aéreo, telecomunicaciones, publicidad, turismo, hospedaje, espectáculos públicos (teatro, cine, deportes), etc. Así como también cobró gran importancia en pleno auge de la revolución industrial la contratación en masa; debemos ver lo señalado por Saleilles: “Indudablemente hay contratos y contratos. Existen unos pretendidos contratos que no tienen de tales más que el nombre, cuya construcción jurídica aún está por hacer...; se les podría llamar, a falta de otra denominación más adecuada, contratos de adhesión, en los cuales se da un predominio exclusivo de la voluntad de una de las partes contratantes, actuante como voluntad unilateral, la cual dicta su ley no ya solo a un individuo, sino a una colectividad indeterminada, y que se vincula por anticipado, unilateralmente, salvo la adhesión de quienes deseen aceptarse *lex contractus* y entrar a formar parte de ese ya creado por el mismo”.

La adopción circunstancial por Saleilles de “contrato de adhesión”, fue difundida en países como Francia e Inglaterra (contracts of adhesión, standarform contracts), mientras que en Alemania, Italia y España se divulgó la de condiciones generales de los contratos o condiciones negociales generales. Y si bien en el siglo XX se desarrollaron nuevas tecnologías es cierto que también que antes se podían encontrar relaciones jurídicas entre sujetos con obligaciones para ambos que serían asimilables a lo que hoy consideramos contrato de adhesión, lo que sucedía es que no había sido desarrollado jurídicamente para conceptualizarlo como hoy llamamos contrato de adhesión.

B. Naturaleza:

En la doctrina existe una amplia controversia sobre la verdadera naturaleza jurídica de este contrato, al punto que algunos tratadistas sostienen que en realidad se trata, no de un verdadero contrato, sino de un simple acto unilateral. Hay aquellos que lo admiten como contrato pero que discuten también el hecho de si se trata de un contrato con todos los elementos suficientes para considerarlo como una “categoría genérica”; o si por el contrario, participando formalmente de todos los elementos contractuales, se trataría solo de un esquema susceptible de ser utilizado por todos los demás contratos, por lo cual, obviamente se excluirá de la categoría de contrato genérico con estructura independiente y específica. El hecho de considerar la adhesión como contrato, obliga a buscar sus inicios en Francia en la que los contratos por adhesión no eran vistos propiamente como contratos; pero es de verse que luego de la Segunda Guerra Mundial; la doctrina francesa acogió los contratos por adhesión como verdaderos instrumentos contractuales. Los alemanes en cambio, han optado por cambiar el centro de gravedad hacia las estipulaciones generales de contratación, reconocen sin embargo, en la adhesión un mecanismo de naturaleza contractual. Mientras que en Italia y España han acogido también favorablemente a los contratos por adhesión y su naturaleza

contractual. En todos los casos la conclusión es la misma: los contratos por adhesión no constituyen una categoría propia de acto jurídico, sino una modalidad de contrato, las razones para llegar a esta conclusión varían según los autores (De la Puente 1983: 294).

Por otro lado, la adhesión como acto unilateral afirma que el contrato descansa en el principio que en él importa esencialmente una conciliación de intereses, de modo que cuando no se da este supuesto, o sea cuando no hay dos voluntades, una frente a la otra, que se ponen en contacto no hay contrato. Por tanto, contrato y adhesión son términos que no se concilian, la adhesión es más un sometimiento no un consentimiento y nos encontramos frente a un acto unilateral constituido por la voluntad del que fija las condiciones con carácter inmodificable.

Las Tesis Intermedias han tenido también su espacio, autores como Lukas sostienen que los contratos por adhesión tienen una faceta contractual y otra reglamentaria o unilateral, ocurriendo que la primera es principal y la segunda es accesoria, pues no hace sino adherirse a aquella para integrarla, aunque es en esta parte reglamentaria donde se vuelca toda la influencia del monopolio, intereses generales de la industria, etc. Así como Pereux y Boucart verifican materialmente una distinción en los contratos de adhesión a través de dos clases de cláusulas: las esenciales, que generalmente son verbales o manuscritas, y las accesorias que usualmente figuran impresas. Por ello me inclino por considerar la adhesión como contrato, apoyada en las consideraciones arriba expuestas, y en la posición adoptada por nuestro Código civil.

C. Etimología:

Filológicamente, la adhesión es un sustantivo derivado del verbo “adherir”, que significa convenir en un recurso o dictamen utilizado por la parte contraria. Semánticamente adherir importa coincidir con lo expresado por otro. Una aproximación a su definición permitiría describir al contrato por adhesión como la aceptación, asentimiento o expresión de una voluntad. Aceptación dirigida a lograr la

celebración de un contrato, admitiendo las cláusulas y condiciones de su contenido preparado previa y unilateralmente por el oferente-proponente.

2.2.1.2. Definición de Contratos por adhesión

Existen diversas definiciones sobre esta categoría; entre ellas tenemos a la dada por Messineo (2002) que planteó su definición de contrato de adhesión, al indicar que se trata de:

“Aquel en que las cláusulas son dispuestas por uno de los futuros contratantes de manera que el otro no puede modificarlas o rechazarlas, este tipo de contrato existe debido a una situación inicial de disparidad entre las partes; una dotada de una particular fuerza contractual que impone su esquema a la otra” (p. 482).

Mientras que Baudrit (2007), establece que los contratos de adhesión son aquellos en los cuales el contenido del contrato es obra exclusiva de una de las partes. El otro contratante no ha contribuido a determinar ese contenido y se ha limitado a manifestar su acuerdo, simplemente. Por ello se dicen estos contratos de adhesión, en el sentido de que una de las partes se despliega totalmente a un contenido contractual previamente establecido sin su participación.

Por otro lado Alterini (1998), da una definición muy acertada al establecer que los contratos por adhesión son aquellos en los que una parte contratante, colocada en la alternativa de aceptar o rechazar la celebración de un contrato, acepta íntegramente las condiciones fijadas por la otra parte. (p.4). y De La Maza (2010), dispone que el contrato por adhesión es aquel cuyas cláusulas han sido propuestas unilateralmente por el proveedor sin que el consumidor, para celebrarlo pueda alterar su contenido. (p.4)

Asimismo Tapia Y Valdivia (2002), sostienen que:

Es una modalidad de la formación del consentimiento, en que una de las partes ofrece e impone los términos del contrato a la otra, de tal modo que esta última se limita a aceptarlos o rechazarlos íntegramente sin poder alterar su contenido, excluyéndose de esta forma su negociación”.¹¹ De aquí que la relación se establece entre un oferente que redacta el contrato y un adherente a quien se lo presenta para su eventual aceptación en bloque. (p.24).

Por otro lado; Soncco (2006); establece que; “esta modalidad o esquema de contratación evita las tratativas, las negociaciones, las objeciones, y solo exige del destinatario de la oferta una aceptación total de los términos ofrecidos. El consentimiento prestado por adhesión resulta de fenómenos económicos y sociales que exigen esa modalidad contractual. Sólo apreciando la intensidad de estos fenómenos, es posible entender que esta forma de contratar no es una categoría autónoma del Derecho de contratos.”

Podemos apreciar que la mayoría de autores brindan la misma idea: Una de las partes, aquel que tiene mayor información (dicha figura se establecerá posteriormente como: asimetría de la información); será quien determine las cláusulas en el contrato, y en base a la oferta y demanda, la parte más débil aceptará cada una de las cláusulas en razón a satisfacer una necesidad. A causa de muchas de las definiciones nace la pregunta de cómo surge el consentimiento ante la perspectiva de adquirir un servicio, que se deja de observar si se niega a negociar y disponer que es aquello que no nos conviene, no necesitamos o es de un costo elevado. Es de verse también, que este tipo de contrato surge ante la necesidad de la reducción del tiempo en la elaboración de contratos individuales de bienes y servicios de venta masiva y constante; con el fin de simplificar el proceso de adquisición de los mismos.

El art. 1390^o de nuestro Código civil, menciona este esquema de contratación al señalar que en dicho tipo de contratos no existe lo que se conoce con el nombre de “tratos preliminares”, no hay ofertas y contraofertas, sólo cabe la aceptación de la oferta, o el rechazo de la misma. Pero siempre existirá ese factor esencial: el consentimiento. “El contrato concertado por adhesión tiene identidad propia y contenido sui generis” (pág. 9)

Ahora bien, el consentimiento no necesariamente va a estar unido a la negociación; pues no hay una obligación de aceptar los términos de una de las partes sino que en ejercicio de la libertad podemos adquirir un servicio y aceptar términos sin observar los mismos.

Respecto a las ventajas y desventajas de los contratos por adhesión, Arias-Schreiber ofrece una enumeración interesante que incluye como ventajas: la celeridad, la falta de regateo, la claridad del texto, las facilidades para el negocio a través de agentes en lugares lejanos y la reducción de costos. Como desventajas señala: la pérdida de la negociación, el debilitamiento de la autonomía, la inferioridad de la contraparte, la posibilidad que sea opresivo y el riesgo de cláusulas vejatorias (pág. 8).

Asimismo el 1390^o también dispone lo siguiente: “El contrato es por adhesión cuando una de las partes, colocada en la alternativa de aceptar o rechazar íntegramente las estipulaciones fijadas por la otra parte, declara su voluntad de aceptar.” El profesor De la Puente; especialista en el tema contractual; coincide con varios autores, en denominar contrato por adhesión a aquellos en que las condiciones del mismo son pre redactadas unilateralmente por una de las partes, de tal manera que la otra sólo puede aceptarlas o rechazarlas en bloque. Su particularidad, consistirá únicamente en la “forma de concertación”, es decir, en el acuerdo o convenio entre las partes, pues no se trata de un acuerdo al que llegan dos o más personas sobre un determinado asunto después de discutirlo, la adhesión es

tan sólo una forma de expresar el consentimiento como en cualquiera de los contratos conocidos.

A. Características:

Los autores no coinciden en un mismo número de características, por ello intentaré señalar algunas de ellas reconocidas por la mayoría: la primera es la redacción anticipada y unilateral; sustentada en el hecho que una de las partes redacta el contrato sin consultar ni discutir el contenido del mismo con la otra. El segundo es sobre la unidad e imposibilidad de negociación en el que se reconoce en el contrato la característica de un todo unitario, inmodificable y estructuralmente concertado. Así como otra característica es el grado de complejidad y tecnicismo; ello se explica en el poder de negociación del oferente que invierte recursos en redactar un contrato, recurriendo a abogados que se encargarán de elaborarlo con tal grado de tecnicismo que resulte difícil que algún hecho imprevisto escape a lo establecido en él. Se debe ver también a la multiplicidad de personas a las que se dirige ya que el destinatario no es un individuo determinado, sino una generalidad de personas frente a la cual se mantiene la oferta; otra característica es la asimetría entre las partes que es la capacidad económica que fortalece al proponente-oferente, para imponer su voluntad; tenemos también a el estado de necesidad cuando el aceptante brinda su consentimiento en un contrato con condiciones pactadas unilateralmente. Finalmente está, la aceptación como condición de la adhesión, referida a la manifestación de la voluntad del aceptante, expresando su deseo de contratar en las condiciones y cláusulas que aparecen en el contrato que se le presenta la cual recién con su adhesión se estaría logrando el consentimiento.

B. Clasificación:

Planteamos ahora las distintas modalidades contractuales que se presentan en los contratos por adhesión:

a. Adhesión simple o pura:

Se da tan solo con la firma de una carta, de una solicitud o de un acuerdo según el cual la parte se sujeta y acepta las cláusulas preexistentes, sin observar ninguna de ellas. No existiendo oportunidad de discusión alguna. Por ejemplo, al pagar el pasaje en el bus. Albaladejo señala que a diferencia de los demás contratos, la peculiaridad de la adhesión está en la formación de la oferta, y es que en estos contratos por adhesión, no hay una oferta última fruto de las negociaciones, hay sólo una única oferta (Albaladejo 1997: 427).

b. Adhesión condicionada o modificada:

Es la adhesión que se configura imponiendo modificaciones a las cláusulas o un cambio en sus características, o formas de aplicación. Por ejemplo, estas se presentan en las cláusulas adicionales o aclaratorias en las pólizas de seguro, más concreto aun en las clausulas sobre coberturas y excepciones.

c. Adhesión parcial:

Podría confundirse con la condicionada o modificada, pero la doctrina considera que no son la misma; pues en la adhesión parcial se establece que la adhesión no es por la totalidad del contenido contractual, sino que se determina ciertas exclusiones de responsabilidad, mientras que en la condicionada, está ajustada a la realización o no realización de determinados actos. En este punto, es necesario hacer notar que una adhesión “parcial” no contradice la naturaleza de la adhesión; lo que se configura en este caso es una adhesión que contempla en el mismo contrato la posibilidad de exclusión de determinadas cláusulas, en función de las características del adherente.

d. Adhesión anómala:

Esta se presenta cuando un individuo ingresa a cualquier régimen particular de una sociedad comunitaria, que se rige con las normas

pre-aceptadas por los ingresantes precedentes. Caso típico lo constituyen el ingreso a asociaciones, comités o clubes privados, etc.

e. Adhesión referida a aprobación:

Es la adhesión sometida o subordinada a que el acuerdo sea aprobado por el grupo u organismo, limitación que se hace constar en una cláusula adicional.

C. Ventajas:

Dentro de los diferentes autores y acepciones del concepto podemos tomar como ventajas de este tipo de contratos, dos importantes:

- La primera es la agilidad en la negociación de los contratos; no hay negociación previa, es decir lo rápido que se logra contratar; y,
- Lo segundo es la claridad en el texto del contrato, se evita ambigüedades al ser redactadas sólo por el oferente.

Y finalmente podríamos intentar añadir una tercera ventaja, que es la reducción de los costos de transacción, y ello conllevaría a que el ahorro de estos costos haga más barato el producto o servicio a adquirir.

D. Inconvenientes:

Así como se llegó a determinar algunas ventajas sobre este tipo de contrato, trataremos de señalar algunos inconvenientes; como por ejemplo:

- La pérdida absoluta de la libertad contractual del aceptante porque si bien mantiene su libertad de contratar, no decide en lo más mínimo el contenido de la oferta ni el contenido del contrato.

- Así como la existencia de peligro a que el oferente imponga cláusulas vejatorias o abusivas a la contraparte, dado que el contrato de adhesión es utilizado ordinariamente en el caso de grandes empresas monopólicas. Ej.: Luz del Sur, Edelnor, bancos, Telefónica, Etc.
- La adquisición de productos o servicios no deseados por encontrarse atados al bien deseado.
- La dificultad de ejercer el derecho de reclamo ante una entidad gubernamental al transar antes con el proveedor, sin tener en cuenta que nuestro derecho seguirá siendo vulnerado.

2.2.1.2. Dimensiones de Contratos por adhesión

A. Cláusulas generales de contratación:

La doctrina peruana antes del Código Civil de 1984 no se ocupó de la temática de las cláusulas generales de contratación; únicamente analizaron la figura de los contratos por adhesión. No obstante el profesor De La Puente en su tesis para optar por el grado académico de doctor en derecho en 1979, estudia esta figura bajo el nombre de “estipulaciones generales de contratación” y las define como: las condiciones, cláusulas o estipulaciones formuladas preventivamente en forma unilateral por la empresa o conjunto de empresas, en forma general y abstracta, que son publicadas o hechas a conocer con miras a que, con base a ellas, se celebren una serie indefinida de contratos individuales, las cuales sólo tendrán carácter vinculatorio cuando se celebren los respectivos contratos. A partir de 1991, se abandonaría el término estipulación para referirse a esta modalidad contractual como cláusulas generales de contratación, término adoptado en forma mayoritaria por la doctrina jurídica.

Actualmente, el Código Civil en el artículo 1392 dispone que las cláusulas generales de contratación son aquellas redactadas previa y unilateralmente por una persona o entidad, en forma general y abstracta, con el objeto de fijar contenido normativo de una serie indefinida de futuros contratos particulares, con elementos propios de ellos.

Para el profesor argentino Atilio Anibal Alterini, las cláusulas generales de contratación son un conjunto inmutable de cláusulas o condiciones redactadas en forma previa y unilateral por una persona natural o jurídica, con la finalidad de fijar las condiciones de una serie indefinida de futuros contratos particulares, cada uno de los cuales tendrá sus propios elementos. Pero estas cláusulas generales constituirán parte integrante del contrato únicamente cuando, cumpliendo con los requisitos previstos por la ley, se celebre un contrato específico entre una parte predisponente y otra adherente. Por tanto, sólo tendrán eficacia una vez celebrado un contrato en particular. Ahora, encontrándose unilateralmente predispuestas las cláusulas generales de contratación, pueden estar físicamente incluidas dentro del texto escrito que contiene el contrato a celebrarse o en un documento separado que se anexará luego a él. También puede darse el caso de que las cláusulas generales de contratación se encuentren publicadas en una norma legal que las aprueba, tal es el caso de las cláusulas generales de contratación de los servicios de telefonía que se encuentran en las respectivas guías telefónicas de los usuarios, pero que también fueron aprobadas por el legislador. O como ocurre con las cláusulas generales de contratación aplicables a los contratos de préstamo hipotecario, las mismas que han sido aprobadas por la Superintendencia de Banca y Seguros.

Ahora bien en el Código Civil en su artículo 1390 tipifica que:
“El contrato es por adhesión cuando una de las partes,

colocada en la alternativa de aceptar o rechazar íntegramente las estipulaciones fijadas por la otra parte, declara su voluntad de aceptar". En ese sentido se puede deducir que es un tipo de contrato en el que no existen tratativas y el contenido de la oferta es determinado exclusivamente por el oferente sin participación alguna de la contraparte. Es decir que en este tipo de contrato, el aceptante sólo puede aceptar o rechazar la oferta formulada unilateralmente por el oferente, sin posibilidad de proponer la más mínima modificación. Ej.: Contrato de suministro de agua, de energía eléctrica, contrato de telefonía, contrato de tarjeta de crédito, contrato de seguro de vida o seguro de accidentes, etc.

a. Características:

De acuerdo con la definición contenida en el artículo 1392 del Código Civil y la posición de la doctrina. Las características de las cláusulas generales de contratación son las siguientes:

- a) La predisposición o pre formulación; es el acto por el cual una persona ya sea natural o jurídica, concibe intelectualmente y redacta en forma previa y unilateral las cláusulas generales.
- b) La generalidad; está referida al hecho de que las cláusulas generales se formulan sin tener relación con un contratante específico por lo tanto, están dirigidas al público en general.
- c) La uniformidad; se presenta cuando las cláusulas generales son comunes a una serie indefinida de contratos particulares.
- d) La abstracción; significa que las cláusulas generales son concebidas independientemente de una concreta relación jurídica, y;
- e) La inmutabilidad; que es otro elemento esencial de las cláusulas generales, pero que no ha sido incorporado por el codificador peruano en el Código Civil, ya que de acuerdo a establecido por los artículos 1395 y 1400 del Código vigente,

se faculta a las partes contratantes a pactar que determinadas cláusulas generales no se apliquen a un contrato en particular. Sin embargo, las cláusulas generales pre formuladas por el predisponente deben ser un conjunto único e indiscutible y como tales, no pueden ser modificadas.

b. Rol en la formación del contrato:

Las Cláusulas Generales de Contratación determinan que la oferta de los contratos particulares tenga dos tipos de cláusulas: Las Cláusulas Generales de Contratación (que son inmodificables) y las cláusulas especiales de cada contrato (que son objeto de negociación). Ej.: Contrato de Tarjeta de Crédito (Cláusulas Generales de Contratar + cláusulas especiales: monto, intereses, establecimientos, Etc); Contrato de Seguros (Cláusulas Generales de Contratar + cláusulas especiales: prima, plazo, cobertura, beneficiarios, Etc); Etc.

Tiene como ventajas:

- El ahorro de tiempo; pues solo se va a negociar las cláusulas especiales; y la,
- regulación de cuestiones técnicas la cual va a permitir regular aspectos técnicos que escapan a la capacidad del legislador.

Así como también tiene como inconvenientes:

- La pérdida parcial de la libertad contractual de la contraparte; el consumidor negocia e influye en la negociación de las cláusulas especiales mas no en las ya dispuestas.
- La ambigüedad; pues el proveedor maquilla; es decir, usa términos no comunes para el consumidor en el contenido de las cláusulas;

- Son laberínticas; ya que las cláusulas ya dispuestas contienen disposiciones difíciles de entender para una persona sin conocimientos en Derecho.

Por otro lado, las cláusulas generales se pueden clasificar entre las que tienen aprobación administrativa y las que no tienen aprobación administrativa. En nuestro Código Civil, específicamente en el artículo 1393 señala lo siguiente: *“Las cláusulas generales de contratación aprobadas por la autoridad administrativa se incorporan automáticamente a todas las ofertas que se formulen para contratar con arreglo a ellas, sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 1395”*. Por lo tanto si las cláusulas generales de contratación son aprobadas por la autoridad administrativa, se incorporarán automáticamente a las ofertas de los contratos particulares que se celebren en base a ellas, a condición de que el predisponente haga conocer a la contraparte la existencia de las cláusulas. Por ello la frase “con arreglo a ellas” debe interpretarse como el hecho de que si el predisponente no pone en conocimiento de la contraparte la existencia de las cláusulas generales de contratación, éstas no se incorporarán a la oferta del contrato que se celebre. Ahora la contraparte deberá averiguar cuál es el contenido de las cláusulas generales de contratación aprobadas por la autoridad administrativa, a fin de hacer valer sus derechos. Así como el predisponente debe cumplir con su deber de hacer conocer a la otra parte que existen cláusulas aprobadas por la autoridad administrativa. Por ejemplo en un contrato de tarjeta de crédito, bastará que el banco advierta al cliente que existen cláusulas generales de contratación aprobadas por la Superintendencia de Banca y Seguros y será obligación de la otra parte conocer el contenido de estas cláusulas y comprender sus alcances.

Son denominadas como autoridades administrativas aquellas instituciones del estado que tienen dentro de su función la tutela y supervisión a algún tipo de servicio, que pueden ser: los ministerios, las municipalidades, los organismos autónomos y los organismos descentralizados que tengan competencia sobre la comercialización de los bienes o servicios de que se trate. En la materia de esta investigación por ejemplo la autoridad administrativa competente en supervisar las empresas de servicios públicos de telecomunicaciones es el OSIPTEL y en el caso de supervisar la protección de los derechos del consumidor es el INDECOPI.

Es de verse que en el artículo 1397 del Código Civil se señala que: *“Las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente se incorporan a la oferta de un contrato particular cuando sean conocidas por la contraparte o haya podido conocerlas usando de una diligencia ordinaria. Se presume que la contraparte ha conocido las cláusulas generales de contratación cuando han sido puestas en conocimiento del público mediante adecuada publicidad”*. Por ello si las cláusulas generales de contratación no han sido aprobadas administrativamente, el predisponente deberá hacerle conocer a la contraparte el contenido de las cláusulas generales de contratación; por ejemplo, adjuntándolas al documento que contiene la oferta, remitiendo comunicado al domicilio, señalándose al final de un recibo; o por lo menos hacerle accesible su contenido; es decir, consignándolas en los pasajes o boletos, publicándolas en sus oficinas o en un diario de gran circulación, etc.

El artículo comentado establece una presunción iuris tantum: si las cláusulas generales de contratación han sido puestas en conocimiento del público por medio de una adecuada publicidad, se presumirá; salvo prueba en contrario; que la

contraparte conoció las cláusulas generales de contratación y que, por lo tanto, dichas cláusulas han entrado a formar parte del contrato celebrado. La publicidad será adecuada dependiendo de la clase de público de que se trate. Por ejemplo: En el caso de cláusulas generales de contratación publicadas en el diario El Peruano o en el diario de mayor circulación de la ciudad, es por ello que se presumirá que dichas cláusulas fueron conocidas por el público en general. O en el caso de las tarjetas de crédito, se notifica con una carta al domicilio con un mes de anticipación el cambio de las tasas que se van a aplicar; ello hace presumir el conocimiento del mismo a cada uno de los clientes.

En el artículo 1398 del Código Civil se dispone que: *“En los contratos celebrados por adhesión y en las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, no son válidas las estipulaciones que establezcan a 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 renovar tácitamente el contrato”*. Este artículo establece varios supuestos de cláusulas ineficaces en los contratos celebrados por adhesión y en las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, estos supuestos no generan nulidad pues no se encuentran sancionadas expresamente. Puede verse que la finalidad del artículo es la de evitar que el oferente (Contrato por adhesión) o el predisponente (cláusulas generales de contratación) abusen de su posición con cláusulas que ellos han redactado de manera unilateral y sin ningún control administrativo. Estas cláusulas son:

1. Exonerarse o limitar la propia responsabilidad: El oferente o el predisponente se exonera de indemnizar por dolo, culpa grave o culpa leve. La cláusula sería nula en los dos primeros casos (Art. 1328) e ineficaz en el último (Art.

1398). Si bien uno puede exonerarse de la culpa leve en un contrato paritario, no sucede lo mismo en un contrato por adhesión o en base a cláusulas generales de contratación.

2. Reservarse la facultad de suspender la ejecución del contrato, de rescindirlo o de resolverlo. El oferente o el predisponente se reserva el derecho a suspender la ejecución de la prestación, de resolver o rescindir la obligación a su libre arbitrio. Esto podría hacerse en un contrato paritario pero no en un contrato por adhesión o en base a cláusulas generales de contratación en que el oferente o el predisponente podría imponer abusivamente su posición a la contraparte.
3. Prohibir a la contraparte el derecho de oponer excepciones. Es decir, en el contrato, el oferente o el predisponente prohíben a la contraparte a interponer excepciones sustanciales (excepción de incumplimiento, de caducidad del plazo) y/o procesales. En un contrato paritario podría prohibirse a la contraparte interponer excepciones sustanciales, pero no en un contrato por adhesión o en base a cláusulas generales de contratación en que el oferente o el predisponente podría imponer abusivamente su posición. De otro lado, prohibir la interposición de excepciones procesales, atentaría contra el derecho de defensa de la contraparte.
4. Reservarse el derecho de prorrogar o renovar el cumplimiento del contrato. En el contrato, el oferente o el predisponente se reserva el derecho de prorrogar o renovar el cumplimiento de la prestación de manera unilateral.

El artículo 1399 del Código Civil dispone que: *“En los contratos nominados celebrados por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación no aprobadas*

administrativamente, carecen de eficacia las estipulaciones contrarias a las normas establecidas para el correspondiente contrato, a no ser que las circunstancias de cada contrato particular justifiquen su validez”. Ello lleva a deducir que en los contratos típicos legales, de compra-venta, arrendamiento, permuta y otros; que se celebren por adhesión o en base a cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, son ineficaces las cláusulas contrarias a las normas imperativas y dispositivas establecidas para dichos contratos. Por ejemplo; si una empresa celebra contratos de compra-venta por adhesión o en base a cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, el contenido de dicho contrato no podrá contravenir las normas imperativas y dispositivas comprendidas entre los artículos 1529 a 1601 del Código Civil.

Las normas dispositivas de los contratos típicos legales se convierten en imperativas cuando se trate de un contrato celebrado por adhesión o en base a cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente. Se entiende que las normas establecidas en la ley son justas para ambas partes y con ello se evitan los abusos que podrían ocurrir. La excepción prevista en la última parte del Art. 1399, se daría por ejemplo si el régimen legal del contrato diera una menor protección a la contraparte que la conferida por el contrato celebrado por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación no aprobadas por la autoridad administrativa.

B. Cláusulas abusivas

a. Definición:

El término abusivo, en este contexto, no se encuentra relacionado con la figura de abuso del derecho o el ejercicio abusivo de un derecho, sino como un criterio de “excesivo”; es

decir, una cláusula será abusiva cuando en una relación contractual específica reporta una ventaja indiscriminada a favor de uno de los contratantes en menoscabo del otro. Así como también se van a denominar como cláusulas vejatorias porque agravan la posición del contratante, o cuando en la relación contractual exista una desviación del principio de la buena fe contractual o desequilibrio de la relación contractual; un detrimento o perjuicio en contra del adherente al esquema contractual.

Las cláusulas abusivas algunos autores la definen de la siguiente manera:

Farina (1994); determina que se entienden como aquellas que son *“impuestas unilateralmente por el empresario, que perjudiquen de manera inequitativa a la otra parte, o determinen una posición de desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de los contratantes, en perjuicio, por lo común, de los consumidores y usuarios”*. Es decir que generalmente, el problema de las cláusulas abusivas se circunscribe a una violación del principio de buena fe contractual. *“La buena fe no significa otra cosa que corrección o lealtad, que indica un estado subjetivo, simplemente significa ignorancia de lesionar el derecho de otro, lo que implica el deber de las partes contratantes de comportarse con corrección y lealtad. (...) La buena fe se traduce así en la exigencia de una conducta leal de las partes del contrato mercantil en todas las etapas de su creación y en el cumplimiento de las relaciones que de él nacen”* (p. 138).

Cabello, (2010), lo define como cláusula abusiva a aquélla que se incluye en los contratos y es contraria a la buena fe y al justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes (consumidor y proveedor) en perjuicio del consumidor y no ha sido negociada individualmente entre las dos partes. Una cláusula no negociada es abusiva cuando causa, en

detrimento del consumidor, un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones que se derivan del contrato.

El Decreto Legislativo N° 1045 - Ley Complementaria del Sistema de Protección; establece lo siguiente: *“en los contratos entre consumidores y proveedores: a. No podrán incluirse cláusulas que impongan obstáculos onerosos o desproporcionados para el ejercicio de los derechos reconocidos al consumidor en los contratos.”* (Art. 18).

En las Propuestas de Reformas del Código Civil (2006); señala que es: *“...cualquier estipulación que cause, en detrimento de la otra parte, un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de los contratantes que contravenga el principio de la buena fe.”*(p. 1398).

Mientras que el Código de Protección y Defensa del Consumidor indica que se entiende por cláusulas abusivas; *“todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que, en contra de las exigencias de la buena fe, coloquen al consumidor, en su perjuicio, en una situación de desventaja o desigualdad o anulen sus derechos.”* (Art. 49.1). Como se aprecia, en el Código de Protección y Defensa del Consumidor se considera cláusula abusiva aquella estipulación que no hubiera sido negociada previamente entre las partes, en consecuencia no serán vejatorias las cláusulas o componentes de las mismas que hubieran sido negociadas con el consumidor, teniendo el proveedor la carga de la prueba de dicha situación. Al respecto el artículo 49.3 del Código establece que *“el hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se haya negociado individualmente no excluye la aplicación de las normas sobre cláusulas abusivas al resto del contrato. El proveedor que*

afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente asume la carga de la prueba”.

Por otro lado el Dr. Tovar (2000). Establece que:

“la razón de ser de la sanción de ineficacia de las cláusulas vejatorias es restituir el equilibrio contractual cuando el predisponente, precisamente por gozar de esa posición, ha redactado cláusulas a su favor o en contra de la otra parte, generando un desequilibrio de derechos y obligaciones. Pero, si una cláusula no fue pre redactada por el proveedor, sino negociada y acordada individualmente con el consumidor, no existe razón para deshacer tal desequilibrio si lo hubiere. (p. 46).

Así como Messineo (1971), determinaba que las cláusulas vejatorias:

“son aquellas que están destinadas a poner a la otra parte en situación de inferioridad. Messineo manifiesta que Esta última clase de estipulaciones pueden establecerse en beneficio del predisponente como son las de limitación de responsabilidad, declaraciones del buen estado del bien, caducidad de las garantías de funcionamiento, etc. O bien a cargo de la otra parte, que pueden consistir en la renuncia a los plazos para interponer acciones, asunción de la carga de la prueba, competencia de tribunales, etc.” (p. 217).

b. Breves antecedentes de las cláusulas abusivas:

Esta práctica contractual abusiva, se viene tratando de revertir desde mediados del Siglo XIX, por la doctrina y legislación europeas; en América a partir de la década del 40 de este siglo. Y en ambos continentes concuerdan en que desde un principio estas se presentaban como cláusulas exageradas.

A lo largo de los años se ha buscado una solución, partiendo desde la idea de que si bien este tipo de cláusulas limitaban

los derechos de los consumidores ellas no podían desvirtuar la eficacia de las demás cláusulas por tanto no se ponía en peligro la naturaleza del contrato; se buscaba, fundamentalmente, proteger la validez del contrato.

Ya en la década del 70, estas cláusulas vejatorias o leoninas provocan en el ordenamiento jurídico una verdadera crisis contractual. Paralelamente, decaía el sistema económico generándose en las tratativas contractuales, una arraigada suerte de mala práctica comercial, que se tradujo en indignos abusos económicos contra la parte más débil de la sociedad, el consumidor.

c. Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión:

En los contratos por adhesión es donde se ha visto en mayor cantidad la presencia de este tipo de cláusulas; ello a lo largo de los años. Se debe señalar que muchas de ellas fueron desvirtuadas por la autoridad administrativa.

Una cláusula será abusiva cuando por su contenido o por su forma se determinan injustificados entre los derechos y obligaciones de los contratantes en perjuicio de los consumidores, así como toda aquella que vulnere la obligación de actuar de buena fe. Esto significa que la eficacia de la cláusula depende de su ejercicio no abusivo con relación al caso en concreto. Es a partir de aquí que la doctrina describa indistintamente como: leoninas, gravosas, opresoras, restrictivas, inequitativas, vejatorias, desleales, draconianas, lesivas, entre otras.

d. Frecuencia de las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión:

La frecuencia de la presencia de cláusulas abusivas en los contratos por adhesión ha sido diversos y variada; aquí señalamos algunas de ellas:

- El establecimiento de la condición de la provisión de bienes o servicios a la de otros bienes o servicios, pero que se establece en letra chiquita que quien firma el adherente no ha tenido el completo conocimiento y convicción de que realmente eso es lo que quiere; que en muchos casos es denominado como venta atada.
- La negativa a proveer un bien o servicio al consumidor en forma arbitraria y que no le fue comunicado con antelación, pero que lo establece de una manera sutil y haciendo una interpretación un poco inadecuada, en su perjuicio; también fue denominado como la negativa injustificada a contratar algún servicio adicional.
- El hacer circular información que pueda directamente desprestigiar al consumidor a causa de hacer valer sus derechos, como por ejemplo la imposición en el contrato de una disposición en la que condiciona al consumidor a tranzar y agotar la vía con el proveedor antes de ejercer un reclamo ante la autoridad competente y que una vez leída por el consumidor, se toma como aceptada y por tanto este no pretenderá en determinado momento hacer valer sus derechos, por esa condicionante.
- El fijar precios fraccionados para algunos elementos del bien o servicio que constituya una unidad, cuando la finalidad sea el incremento del precio y funciones como un enganche. Esto es muy común cuando se coloca con letra grande en los anuncios una determinada cantidad pero que para poder acceder a ello debes pagar cuotas por adelantado o los llamados pago a cuenta es decir la cantidad publicitada es de enganche y que el precio real es diferente.
- Cuando se limita la responsabilidad por daños; en la Ley de Protección del Consumidor se regula que el consumidor puede solicitar el pago de daños y perjuicios derivados de un mal servicio; sin embargo no se señala la vía por la cual hacer efectivo ese derecho, así como los proveedores no

determinan en el contrato las pautas a seguir; es decir no solo no se informa al consumidor sino que no hay una vía establecida en la que se pueda solicitar el pago de daños y perjuicios derivados del mal servicio, y por ellos se tiene que recurrir a la vía civil, en los juicios ordinarios, y es común saber, que si acude a esa vía, se tendría que disponer no solo de recursos económicos sino de tiempo; pues los procesos son muy largos y tediosos.

- Que a pesar de existir claro abuso en cláusulas que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte. El consumidor o usuario no le queda más que aceptar tal situación, como por ejemplo, el hecho de que se le informe en la compra de un teléfono móvil celular, en un lugar determinado, la garantía no la cubre el lugar en donde lo adquirió sino que se tiene que conducir a otro lugar, en donde no quieren hacerse cargo de ello, porque verbalmente se le indica ello, y que formalmente no se dice nada al respecto; como es el caso de que la empresa de telefonía no se hace cargo de reemplazar un equipo, sino que te remiten con el proveedor o la marca en este caso para realizar ahí el trámite.
- Aquellas que contienen cualquier precepto que impone la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor, pues es muy común que el consumidor es el que tiene que probar y no el proveedor y en el caso de testigos, por ejemplo, casi siempre deben ser los mismos trabajadores del negocio, empresa, o centro, pero estos no pueden hacerlo porque se encuentra en juego su trabajo y salario.

e. Inconvenientes que surgen:

La gran complejidad de la naturaleza jurídica, técnica o científica de los contratos de adhesión genera ciertos desequilibrios contractuales de los cuales se puede dar generalmente que el consumidor por su entendible prisa en

adquirir un bien o contratar un servicio, entrega importantes sumas de dinero, desconociendo totalmente las responsabilidades y obligaciones que está asumiendo; así como existen contractualmente, un número importante de exigencias y obligaciones para el consumidor y mínimas para la parte predisponente, ejemplo de ello es que en cualquier contrato existe la incomprensible ausencia de multas para esta última (en caso de incumplimiento parcial o total); La parte dominante (proveedor) se fortalece económicamente, de los consumidores; es de verse también que las desproporciones contractuales también se manifiestan entre los exiguos medios de que dispone el consumidor normal ante el poderío informativo, organización humana idónea y técnicas de avanzada de las empresas. Posibilita que los grupos poderosos agoten al consumidor en su reclamo; ejemplo de ello, es la conocida mecánica de derivarlo de empleado en empleado para que, finalmente agotado y desmoralizado, desista de su queja. En sentido contrario, si una empresa reclama al consumidor, desde su inicio lo apremia, asfixia y termina por ahogar en conflictos a su familia; ahora bien, otro de los inconvenientes que genera un cláusula abusiva es la tan conocida “letra chica” que en su avanzado y generalizado uso, tiene una doble acepción: la más antigua, se refiere a una cláusula ilegible por sus características mínimas tipográficas y la segunda, denomina por extensión a aquellas cláusulas sorprendidas, imprevistas o inauditas, que no se consideraron en las negociaciones y que no formaban parte de las reglas del juego.

f. Control de las cláusulas abusivas en los contratos por adhesión:

Para controlar el uso de cláusulas abusivas en los contratos por adhesión, los consumidores o usuarios pueden defenderse mediante el ejercicio de su propia libertad de

contratación o autonomía privada, o agrupándose en asociaciones de consumidores; así como el estado también controla los abusos en este sistema de contratación a través de diversos mecanismos, ya sean administrativos, legislativos o judiciales.

f.1. Protección autónoma:

La solución o erradicación de las cláusulas abusivas puede provenir de los propios contratantes a través del ejercicio de su autonomía privada, quienes tienen la facultad de decidir si contratan o no bajo determinadas circunstancias o condiciones; ya que nadie está obligado a contratar. Así como también, se puede contrarrestar las cláusulas abusivas cuando se actúa de forma colectiva; es decir con la conformación de un grupo o asociación de consumidores; convirtiéndose en una persona jurídica que tendrá por fin el de proteger a los consumidores, con la obtención de información de los bienes y servicios que se ofrecen, así como los precios, garantías, intereses, responsabilidades, penalidades y demás; esta información podrá ser difundida entre los asociados a efectos de que ya no sean engañados y/o sorprendidos sino que cuenten con igual cantidad de información frente al proveedor o empresario y se ofrezcan mejores condiciones negociales, dejando de adquirir los bienes o solicitar los servicios en los establecimientos o empresas que incorporen cláusulas leoninas que perjudiquen a los consumidores o usuarios. Mediante este mecanismo, y con el conocimiento de que es lo que se está adquiriendo y bajo qué condiciones las personas pueden decidir si contratan o no y habría un equilibrio entre la información que tiene el empresario y el posible usuario.

f.2. Control administrativo:

Este control se llevará a cabo antes de la celebración del contrato; es un control ex-ante; que será llevado a cabo por la autoridad administrativa, mediante la elaboración y redacción de cláusulas generales de contratación; a través de la cual la autoridad administrativa podrá hacerlo mediante un acto normativo (dación de un reglamento), o mediante un acto normativo concreto (imponiendo normas particulares que van a regular los contratos de una determinada empresa). Además, la autoridad administrativa puede aprobar los contratos de una determinada empresa que desea ofrecer sus bienes o servicios a los usuarios a través de contratos predispuestos.

El control administrativo se encuentra tipificado en nuestra legislación en el artículo 1394 del Código Civil, que establece que; *“el poder ejecutivo tiene la facultad para señalar la provisión de bienes y servicios que deben ser contratados con arreglo a cláusulas generales de contratación aprobadas por la autoridad administrativa”*. Sin embargo, al día de hoy el poder ejecutivo no ha emitido decreto o reglamento alguno señalando que contratos deberán de celebrarse mediante cláusulas generales aprobadas administrativamente, así como tampoco ha señalado que bienes o servicios están inmersos en esta disposición.

A partir de ello, nuestra normativa ha introducido algunas normas para regular esta materia, como por ejemplo: el Reglamento general de la Ley de Telecomunicaciones en su artículo 65 establece que *“La prestación del servicio telefónico está sujeta a un contrato que suscribirán el concesionario y el abonado, de acuerdo a cláusulas generales de contratación aprobadas por OSIPTEL y publicadas en la guía de abonados.”*

Ello significa que OSIPTEL está facultado para aprobar las cláusulas generales de contratación que se van a considerar en el contrato de servicios.

Por tanto, la facultad que tiene el Estado a través de sus organismos autónomos, es la de aprobar cláusulas generales de contratación; y en este caso concreto el OSIPTEL, tiene la facultad para regular y aprobar cláusulas en materia de prestación de servicio telefónico a través de la autoridad administrativa y que se ha materializado mediante la Resolución N° 007-97-CD/ OSIPTEL publicada en el diario oficial el Peruano el 15 de abril de 1997.

Ahora bien, con la aprobación administrativa se van a incorporar automáticamente a todas las ofertas que se formulen para contratar con arreglo a ellas; y si se generara la aprobación de una cláusula abusiva esta no puede ser cuestionada ni solicitarse la nulidad de la misma; pues según lo dispone el artículo 1398 del Código Civil, no es posible solicitar la nulidad de alguna cláusula general abusiva que haya sido aprobada administrativamente, ya que la invalidez o nulidad de cláusulas abusivas sólo está referida a las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente. Por lo tanto, una interpretación contrario sensu, nos advierte que las mencionadas cláusulas serán válidas siempre que exista la aprobación de la autoridad administrativa competente.

f.3. Control legislativo:

Este tipo de control también se realiza ex-ante de la celebración del contrato. La doctrina y la jurisprudencia han enfrentado las cláusulas abusivas desde dos perspectivas: la primera es mediante la inclusión de una “regla general” y la segunda es de una “lista negra”, o de ambas, las mismas que determinan en qué supuestos serán nulas algunas cláusulas por considerarse abusivas.

Ahora bien; el sistema de una regla general se encuentra referido a una norma de carácter y contenido abstracto y de

alcance general, que comprende a todas las cláusulas del contrato que puedan estar creando un desequilibrio contractual. Algunos autores consideran que la cláusula general o norma abierta configura un precepto amplio, una estructura de tipo que comprende un determinado campo de hechos a los que alimenta; de tal manera que todas las cláusulas que se encuentran comprendidas dentro de esa estructura son abusivas o vejatorias.

Mientras que el sistema de una lista negra consiste en la enumeración taxativa de una relación, cerrada o abierta, de supuestos en los que determinadas cláusulas contractuales podrían declararse nulas. Será cerrada cuando los supuestos enunciados son los únicos, es decir, estamos ante una lista de *numerus clausus*. En cambio, será abierta cuando se permite, adicionalmente a los supuestos ya establecidos otros que no se encuentran contemplados, lo que la doctrina denomina *numerus apertus*.

En nuestro Código Civil se han considerado doce artículos dedicados a regular esta figura jurídica, muchos autores concuerdan al asegurar que se ha regulado la contratación privada desde un punto de vista tradicional. Ahora bien, sobre las cláusulas abusivas señala que no serán válidas sólo aquellas que se encuentran detalladas en la norma o no hayan sido aprobadas administrativamente; es decir que se opta por el sistema de "lista negra cerrada". Mientras que en el artículo 1398 sobre las sanciones contra las cláusulas abusivas, solo indica que no serán válidas mas no precisa que se esté refiriendo a la nulidad o anulabilidad; lo que genera una confusión en los operadores del derecho le brindarán a esta norma; pero en la doctrina es unánime en sancionar con nulidad las cláusulas abusivas en los contratos predispuestos, así como se tiene la certeza de que el ordenamiento jurídico sanciona con invalidez este tipo de cláusulas y por tanto se declaran nulas las disposiciones no aprobadas por la

administración que establezcan a favor del que las redacto; exoneraciones o limitaciones de responsabilidad; facultades de suspender la ejecución del contrato, de rescindirlo o de resolverlo; facultades de prohibir a la otra parte el derecho de oponer excepciones; y facultades de prorrogar o renovar tácitamente el contrato.

En conclusión podemos decir que el Código Civil ha optado por hacer una enumeración corta de las cláusulas abusivas sancionándolas con invalidez y la futura ineficacia de las mismas. Así como debemos recalcar que las cláusulas que pueden ser declaradas como abusivas y luego nulas son aquellas cláusulas generales de contratación que no fueron aprobadas administrativamente; además que solo serán ineficaces las cláusulas contrarias a las normas legales de carácter imperativo incorporadas por el legislador en cada contrato típico o nominado según lo señala el Código Civil.

f.4. Control judicial:

Una de las modalidades para controlar la predisposición de cláusulas abusivas en los contratos es el control judicial, el cual es ex-post. Es a través de este control en el que los jueces pueden declarar la ineficacia o la nulidad de determinadas cláusulas, hasta cuando ya sea posterior a la celebración del mismo.

Todos los contratos en principio así sean negociados o predispuestos se van a regir por las reglas generales de la teoría general del contrato, la cual se encuentra regulada en la sección primera del libro VII del Código Civil destinado a las fuentes de las obligaciones. En ese sentido, serán correctamente aplicables a los contratos por adhesión las figuras que tienen por finalidad tutelar la justicia contractual y la seguridad jurídica entre los particulares; como son la lesión,

la excesiva onerosidad de la prestación, la teoría de la imprevisión, el abuso del derecho, los vicios ocultos, etc.

Ahora bien, en la norma peruana no existe una norma expresa que autorice la intervención judicial en los contratos por adhesión, a diferencia de otros países. Y a pesar de que en nuestro Código Civil de 1984 no exista una regla general que permita la intervención judicial para poder controlar el uso de cláusulas abusivas, el legislador ha recogido algunos principios que favorecen al más débil; tal como se puede apreciar en el artículo 1401 que establece: “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”. En aplicación a este artículo el juez puede intervenir en las relaciones contractuales e interpretar este artículo en favor del adherente.

El juez también puede ampararse en el principio de la buena fe, la cual se encuentra contenido en los artículos 1362 y 168 del Código Civil; según lo cual el juez puede revisar el contenido del contrato ante la solicitud de parte; y por tanto puede controlar el uso de cláusulas abusivas en los contratos predispuestos y esto significa también que no hay nada que impida que la parte perjudicada por el contenido contractual predispuesto pueda solicitar al juez que según el principio de la buena fe las declare nulas a dichas cláusulas que sean abusivas en una concreta relación contractual e inclusive de todo el contrato si la cláusula constituye el núcleo del mismo.

C. Contratación masiva:

La contratación masiva no se encuentra regulada por el Código Civil, ya que este no contiene reglas explícitas que regulen el

tráfico en masa de bienes y servicios en el cual, en forma directa o indirecta, inmediata o mediata, está presente la gran empresa, influyendo y estableciendo pautas en las actividades económicas.

DÍEZ- PICAZO, advierte que no es posible que la gran empresa (y vale esto también para la mediana y aun para la pequeña) formalice contratos singulares con cada uno de los posibles clientes; por ello un criterio de racionalización y de organización empresarial conduce a la imposición de contratos tipo (formularios, impresos, etcétera). Y muchas veces las grandes empresas mercantiles e industriales, que celebran contratos en masa, imponen a sus clientes un contrato tipo previamente redactado; pero ocurre que a su vez el Estado suele establecer ciertos límites e, incluso, llega a predisponer cláusulas, en amparo del público. Esto va a generar que la autonomía de la voluntad de ambas partes, aunque generalmente la del adherente se encuentre restringida.

El contrato no es ya la obra común de ambas partes, sino que una de ellas, el adherente se encuentra limitado a solo aceptar o a rechazar el contrato; es decir, que en este tipo de contratación no existe el principio de la igualdad de las partes que supone el Código Civil; ambas se encuentran en situaciones claramente desiguales, puesto que una de ellas ocupa una posición de supremacía real respecto de la otra, e impone su esquema contractual.

Otro de los factores a analizar es que derecho comercial es, fundamentalmente, el derecho de la contratación en masa, generalmente sobre la base de cláusulas predispuestas y de condiciones generales de contratación impuestas por el empresario; la contratación y la negociación generalmente se concluye mediante el empleo de formularios que contienen las cláusulas y condiciones mencionadas. Todo esto otorga al contrato comercial de nuestra época algunas características

comunes que lo diferencian del contrato civil. La mayoría de los contratos comerciales se celebra según algunas de estas modalidades o varias de ellas al mismo tiempo: contratos de formulario o contrato tipo; condiciones generales de contratación; contrato de adhesión; contrato normado; contrato de ventanilla, etcétera.

2.2.1.3 Medición de la Categoría

Para medir la Categoría: Los contratos por adhesión de las empresas de telefonía y la protección de los derechos del consumidor se realizó una entrevista a un funcionario de INDECOPI y a un funcionario de OSIPTEL.

2.2.2. Fundamentos Teóricos de Derechos del Consumidor

2.2.2.1 Principios teóricos de Derechos del Consumidor

A. Definiciones:

Veamos algunas de las definiciones considerados por algunos autores:

Según, Acosta (2009); “El derecho de protección al consumidor tiene como fin equilibrar la situación de desigualdad en la que se encuentra la parte más débil de la relación contractual al existir un desequilibrio económico conocido como asimetría negocial y de conocimientos respecto a los bienes o servicios ofrecidos el cual se conoce como Asimetría Informativa. A través de la tutela que otorgue cada Estado al consumidor, se le concederán derechos especiales o instrumentos de protección eficaces para protegerlo de las citadas asimetrías. (p. 56).”

Donato (2012). Establece que; “el Estado, como regulador, tiene la misión de garantizar una prestación de los servicios de

telecomunicaciones adecuada, eficiente y que satisfaga ciertos estándares mínimos de calidad, en razón a su carácter de servicios de interés general. Por esta razón, tanto a nivel internacional como nivel nacional, se han reconocido una serie de derechos propios de los usuarios finales, en aras de salvaguardar sus intereses.”

Pero ante todo, debe tenerse en cuenta que el usuario final es un consumidor (*“toda persona física o entidad de hecho o de derecho, que, como destinatario final, adhiere, disfruta o utiliza los bienes o los servicios, o bien, recibe información o propuestas para ello”*). Por esta razón, la normativa general en materia de los consumidores resulta, igualmente, aplicable a los usuarios de los servicios de telecomunicaciones. Pero es de verse que con la finalidad de proteger los intereses de los consumidores y porque los servicios de telecomunicaciones son servicios de interés general; el Estado ha establecido otra serie de derechos a favor de los usuarios (muchas veces plasmados como obligaciones recíprocas de los proveedores y operadores), esto como un mecanismo para tutelar condiciones mínimas en la prestación de servicios. Ello significa que el usuario final es una categoría especial de consumidor, se le añade un grupo adicional de derechos especial en la regulación de materia del consumidor.

Esta serie de derechos y garantías serán en favor del consumidor o usuario por la imposición de obligaciones a los operadores y proveedores a fin de lograr y asegurar la eficiencia, igualdad, continuidad, calidad, información, cobertura, confidencialidad y privacidad de los servicios de telecomunicaciones. Por ejemplo, una de las obligaciones que se establece para los operadores y los proveedores es el de “respetar los derechos de los usuarios de telecomunicaciones y atender sus reclamaciones”; en caso de incumplir esta obligación tendrá una sanción de acuerdo a lo dispuesto en la norma especial.

La importancia que la norma ha dado a los derechos de los usuarios o consumidores llega hasta que un determinado derecho dentro del

contrato no sea establecido como tal y el respeto del mismo sino que este sea satisfecho; esto significa que el contrato debe contar con las condiciones mínimas señaladas en la normativa y deberán ser respetadas a lo largo de la duración del contrato. La normativa extranjera como es el caso del ordenamiento jurídico costarricense reconoce el derecho de los usuarios finales esto es a suscribir contratos de adhesión con los proveedores de los servicios de telecomunicaciones los cuales deben respetar los derechos de los usuarios, y apegarse a las normas establecidas por medio de la regulación.

Esta tendencia al desarrollo de los derechos de los usuarios por medio de la regulación se ha ido expandiendo a través del mundo; pero cobró mayor fuerza a partir de la emisión de las resoluciones y publicaciones de la Comisión de la Comunidades Europeas, principalmente del “Libro verde sobre la convergencia de los sectores de telecomunicaciones, medios de comunicación y tecnologías de la información y sus consecuencias para la reglamentación” y del “Libro verde de la Comisión sobre los servicios de interés general”.

En nuestra normativa nacional, esto es principalmente en el Código de Protección y Defensa del Consumidor se estipula los diversos derechos que deberán ser respetados y protegidos durante la relación contractual, asimismo es de verse que existen dos órganos autónomos que se encargan de velar por la protección de los derechos, lo cuales son el INDECOPI y OSIPTEL, en el tema concreto de esta tesis; existe una acción tuitiva de ambas instituciones pero primordialmente de OSIPTEL, que a través de las normas sobre atención de reclamos se tutela los derechos de los usuarios de servicios públicos.

2.2.2.2. Dimensiones de Derechos del Consumidor:

A. Defensa del Consumidor:

El Código de Protección y Defensa del Consumidor señala que en cualquier campo de su actuación, el Estado ejerce una acción tuitiva a favor de los consumidores. En proyección de este principio; en caso de duda insalvable en el sentido de las normas o cuando exista duda de los alcances de los contratos por adhesión y los celebrados en base a cláusulas generales de contratación, debe interpretarse en sentido más favorable al consumidor. (2010)

- **Principio de la Primacía de la Realidad:**

El Código de Protección y Defensa del Consumidor indica que la determinación de la verdadera naturaleza de las conductas, se consideran las situaciones y relaciones económicas que efectivamente se realicen, persigan o establezcan. La forma de los actos jurídicos utilizados en la relación de consumo no enerva el análisis que la autoridad efectúe sobre los verdaderos propósitos de la conducta que subyacen al acto jurídico que la expresa. (2010).

- a. Solución en favor al consumidor:

Rodríguez (2013); en su tesis establece que al primar la realidad en la solución de un conflicto en favor al consumidor; la solución de interpretar las cláusulas ambiguas a favor del consumidor impone la coordinación de esta regla con el principio de conservación del contrato del artículo 1105 de nuestro Código Civil.

Lo que señala el jurista Rodríguez es que la interpretación más favorable al consumidor no siempre es la que resulta de norma sino de la primacía de la realidad; ello nos lleva a que puede darse dos supuestos de interpretación; la primera que lleva a la validez y mantenimiento de la cláusula esto si se ampara en favor del contrato; y la segunda que conduce a la nulidad e ineficacia de esta ello partiendo como fundamento el principio pro-consumidor (pro-consumatore).

Dice Stella Richter que en un ordenamiento que reconoce la autonomía privada en una amplia medida resulta evidente la exigencia lógica de conservar al máximo la actividad negocial, manteniéndola en vigor allí donde sea posible también ante una fórmula ambigua o lagunosa, permitiendo así la realización del fin práctico perseguido por los sujetos. Esa exigencia lógica se expresa en el denominado principio de conservación del contrato, cuando hay dudas sobre el real sentido de la declaración.

Este principio, según Grasseti, puede ser entendido fundamentalmente como un canon hermenéutico, que enunciado legalmente en un texto particular inspira todo el ordenamiento jurídico, al extremo que se habla de un principio de conservación del contrato, o más ampliamente del negocio jurídico, de un principio de conservación de la sentencia, y de los demás actos procesales y, en definitiva, de un principio de conservación de la norma jurídica. En todos estos casos, si bien se ve, se trata de aspectos particulares de un más amplio principio de conservación del acto jurídico, susceptible de ser puesto de manifiesto desde una perspectiva de Teoría General del Derecho o de una indagación histórica y de Derecho Comparado. Es Teoría General del Derecho porque se trata de un principio que involucra a la esencia misma del Ordenamiento Jurídico; y de Derecho Comparado porque, consagrado ya en el “*res magis valeat quam pereat*” de Juliano, y reafirmado por los autores del Derecho común, ha sido incorporado por la mayor parte de las codificaciones vigentes, siendo así una exigencia de todos los tiempos y de todos los lugares.

Ahora bien, como expresa Marín Padilla, deben mantenerse diferenciados el principio general de conservación de los actos y negocios jurídicos (que informa todo el ordenamiento jurídico) y el principio *utile per inutile non vitiatur*, cuya elaboración doctrinaria se debió a Bartolo de Saxoferrato. El

primero tiene varias manifestaciones, aun cuando cada una de ellas responda a una misma finalidad, cual es la de conservar (conversión, ratificación, anulabilidad, revisión, simulación relativa, nulidad parcial), haciéndolo por medios y procedimientos distintos. El principio de que lo útil no debe viciarse por lo inútil, formando parte general del principio de conservación, permite conservar con vida a todo acto o negocio jurídico, a pesar de que una parte de ellos esté viciada, principio que rige única y exclusivamente en aquellos supuestos en que los negocios jurídicos son nulos en parte. Para conservar la parte válida (sin que le afecte la parte inválida) este principio emplea cuatro técnicas jurídicas diferentes: la técnica de la nulidad parcial, la técnica jurídica de la reducción o ajuste a Derecho, la técnica de la sustitución de la parte nula por lo dispuesto por la Ley y la técnica de la no consideración de la parte nula.

El principio de conservación es una norma de interpretación objetiva, cuya subsidiaria aplicación presupone que el recurso a los criterios de interpretación subjetiva no sea suficiente para eliminar la ambigüedad, persistiendo la duda sobre el significado a atribuirse a la declaración.

Resulta obvio, pues, que el ámbito operativo del precepto está limitado a la existencia de una ambigüedad, que conduce a una ambigüedad en los resultados de la interpretación, con la consiguiente calificación en términos de validez o invalidez. Esto presupone que el intérprete, además de interpretar, tiene que haber calificado al tipo contractual, dado que es ésta operación técnico jurídica de reconducción típica la que permite individuar el régimen jurídico aplicable, a partir del cual y sólo a partir del cual puede examinarse debidamente su existencia, validez y eficacia. Si bien en términos conceptuales estrictos la calificación es abstractamente una fase ulterior y dependiente de la interpretación, hay supuestos, como los examinados, en donde se percibe una

influencia recíproca entre ambas. Lo que sucede, dice Gil Rodríguez, es que cuando se acude a las reglas legales para llevar a cabo la interpretación, se advierte que algunas de ellas presuponen que el intérprete ha de tener averiguada la naturaleza del contrato. Para salvar esta contradicción se concluye que la interpretación es una tarea previa a la calificación, si bien ésta en ocasiones se interrelaciona con aquélla. Es que la calificación del contrato, a pesar de ser posterior, vuelve a actuar, esto es, reobra sobre la interpretación; se trata de dos operaciones distintas, próximas en el plano lógico-temporal, que en muchos casos se cortan.

Si bien la norma literalmente refiere a las cláusulas y no al contrato entero, ello no es óbice para que se aplique también al mismo, pues si al derecho le interesa el mantenimiento de un pacto o estipulación, con mayor razón debe interesarle el mantenimiento de todo el negocio jurídico.

El fundamento racional del principio de conservación del contrato reside según Messineo en considerar que el empleo del instrumento práctico del contrato por parte de los particulares tiende constantemente a algún resultado útil, que debe ser garantizado siempre que fuere posible, aunque por cualquier razón de índole técnico-jurídica no pudiera, en rigor, lograrse tal resultado. Es un modo mediante el cual el ordenamiento jurídico viene en auxilio de las partes contratantes, supliendo la imperfecta manifestación de voluntad o salvando los efectos del contrato que, utilitatis causa, deben escapar a las razones de invalidez, resolución o rescisión.

En la medida que la ambigüedad conduce a la adjetivación en categorías (validez o invalidez) insusceptibles de coexistir por ser excluyentes, es racional y coherente que la norma imponga al intérprete el deber de adoptar el significado compatible con la validez del negocio o cláusula particular, puesto que la nulidad, como dice Tommasini, es un

instrumento de control normativo que expresa un juicio de desvalor de los intereses programados, una calificación jurídica negativa en términos de relevancia.

Analizado entonces el fundamento y alcance del principio de conservación del contrato, corresponde ahora pronunciarse sobre el conflicto que puede producirse entre esas dos reglas de interpretación objetiva.

No cabe duda que en el régimen general previsto por el Código Civil para la interpretación de los contratos paritarios la regla contra estipulator tiene un carácter residual, estando subordinada a las demás reglas de interpretación, inclusive, como expresa Gamarra, a las de su misma familia de interpretación objetiva.

B. Libertad contractual:

Uno de los pilares fundamentales sobre los que se erige el concepto tradicional de contrato es el de igualdad y libertad jurídica. Así, con relación al contrato tradicional se ha señalado que en ejercicio de la autonomía privada, los sujetos de derecho tienen libertad para decidir el momento y lugar de celebración de un contrato y elegir a su co-contratante (libertad de contratar), así como establecer el contenido u objeto del contrato (libertad contractual), encontrándose limitada su actuación por el orden público y las buenas costumbres.

El Tribunal Constitucional refiriéndose al derecho a la libre contratación consagrado en el inciso 14) del artículo 2 de la Constitución Política, ha manifestado que es “el acuerdo o convención de voluntades entre dos o más personas naturales y/o jurídicas para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica de carácter patrimonial. Dicho vínculo - fruto de la concertación de voluntades- debe versar sobre bienes o intereses que poseen apreciación económica, tener fines lícitos y no contravenir las leyes de orden público. Tal

derecho garantiza, prima facie: Autodeterminación para decidir la celebración de un contrato, así como la potestad de elegir al co-celebrante. Autodeterminación para decidir, de común acuerdo, la materia objeto de regulación contractual.”

Guido Alpa ha señalado que “la libertad contractual constituye una fórmula que debe ser decodificada, porque si es entendida genéricamente podría hacer creer que las partes pueden celebrar cualquier contrato, sin ningún obstáculo ni límite. (...)”. Aquí el autor reconoce un primer límite al principio de la libertad contractual, en notoria consecuencia con la tradición italiana, al plantearnos una primera mirada hacia la causa del Negocio Jurídico, en donde el límite de la voluntad en la conformación del negocio estará puesto en la legitimidad de su causa. De esta manera los elementos a los que antes aludimos se ponen nuevamente de manifiesto, teniendo en primer lugar a la libertad como elemento esencial del principio (autodeterminación), luego la intención de los sujetos de obligarse (voluntad interna) y finalmente la libertad contractual en donde se expresa la voluntad interna (voluntad de configuración externa), consiguiendo finalmente un contrato. Podría aquí afirmarse que el postulado de la autonomía de la voluntad se encontraría reñido con los contratos por adhesión. Cabe recordar, sin embargo, que en un contrato por adhesión las partes integran un contrato como cualquier otro (forma y observancia de principios), y la manifestación de voluntad es expresa y válida para las partes. Louis Josserand, en su momento, ya aludió a este principio con referencia a la supuesta limitación de la voluntad que se presentaría a la sola adhesión de una de las partes a la voluntad de la otra, pues si no hubo negociación faltarían elementos que constituirían una flagrante violación al principio de la autonomía de la voluntad. Josserand explicaba con acierto lo siguiente sobre este debate: “Esta concepción (que

en la adhesión no habría autonomía) es generalmente rechazada: los contratos de adhesión son verdaderos contratos; la ley no exige, en ninguna parte, que el acuerdo contractual vaya precedido de una libre discusión, de largos tratos; sobre todo, ningún texto exige que las dos partes tengan una intervención igual en la génesis del contrato; todo lo que se pide es que ambos interesados consientan, que exista acuerdo entre ellos al objeto de hacer nacer las obligaciones.

- **Principio de la autonomía de la voluntad:**

Este principio configura el acto creador de la relación jurídica, siendo para ello necesario que se realice en plena libertad. La voluntad así expresada es la que finalmente busca obligarse frente a otro sujeto y generar, en esta forma, los elementos del contrato. La aplicación de este principio y su importancia reside en que la manifestación de voluntad se realice en libertad. Ello supone que los sujetos que se obligan tienen plena autodeterminación individual del acto, el mismo que generará una relación obligacional que afectará su esfera de interés y su patrimonio.

Müller. (2003) determina que la autonomía de la voluntad se da cuando el ser humano encuentra en sí mismo el fundamento de su conducta, es decir, que el hombre es libre y las reglas que lo rigen emanan de su voluntad. Su base radica en la voluntad de “soy libre, quiero, debo” por lo que en derecho privado, el derecho civil reposa sobre cuatro pilares que abrazan las libertades fundamentales: libertad personal, propiedad libre, libertad de testar y libertad contractual. La autonomía de la voluntad constituye la base para aclarar y testimoniar la fuerza obligatoria de los contratos. Por consiguiente, si el hombre es por esencia libre, no se le puede obligar sino por su voluntad, y es esa voluntad la que crea los

efectos del contrato, de manera que el contrato se da porque ha sido querido. (p. 22).

- **Contrato y acuerdo de voluntades**

Se ha afirmado también que el contrato es el acuerdo de voluntades de dos o más partes destinado a la producción de efectos jurídicos patrimoniales, definición consagrada en el artículo 1351 de nuestro Código Civil.

Así, se refiere que el contrato es el resultado de la integración recíproca de dos declaraciones de voluntad, unilateral y recepticias, la oferta y la aceptación, que conforman una declaración conjunta de voluntad común.

De otro lado, se ha indicado que el contrato es el negocio jurídico de autorregulación de intereses privados con contenido patrimonial, resultado de todo un proceso de negociaciones o tratativas, más o menos extensas y complejas -dependiendo del contenido del contrato-, realizadas por sujetos de derecho que actúan en igualdad de condiciones y con total libertad; es decir, en el iter contractual podemos identificar hasta tres etapas : negociación, celebración y ejecución, las mismas que deben desarrollarse en estricta observancia del principio de buena fe; en consecuencia, la posibilidad de negociar con total libertad y en igualdad las estipulaciones o cláusulas que regirán la relación jurídica patrimonial, constituye la esencia misma del contrato.

C. Asimetría de la Información:

El Código de Consumo establece normas de protección y defensa de los consumidores, determinando aquellas relaciones jurídicas que se encontrarían comprendidas dentro de su ámbito de aplicación. Así, el artículo III del Título Preliminar establece que un presupuesto para la aplicación de la normativa en materia de Protección al Consumidor, es la

existencia de una “relación de consumo”, entendiéndose como aquella relación a través de la cual un consumidor adquiere un producto o contrata un servicio con un proveedor, a cambio de una contraprestación económica.

Ahora bien, cabe definir qué se entiende por “consumidor”, siendo que según el artículo IV del Título Preliminar del Código de Consumo, se consideran consumidores a las personas naturales o jurídicas que utilicen o disfruten como destinatarios finales productos o servicios en beneficio propio, actuando en una esfera ajena a su actividad profesional o empresarial. En esta relación de consumo existe la predisposición de informar por ejemplo; dado sea el caso del bien o servicio a adquirir, de los beneficios, excepciones, condiciones de uso, instrucciones de manipulación y demás; es ahí donde nace una de las dolencias o fallas de mercado que puede afectar al derecho del consumidor, esto es que, el proveedor pueda tener cierta información que le hace tomar mayor ventaja al contratar frente al consumidor que al desconocer algunos aspectos técnicos pueden aceptar un contrato que a la larga pueda afectarlo o condicionar uno de sus derechos; a esto es lo que se denomina asimetría informativa.

Al respecto, Alfredo Bullard señala que “la información puede ser conceptualizada como un bien, en cuanto tiene un valor económico determinado por las circunstancias y por la utilidad que tiene para los particulares. En ese sentido, obtener información resulta valioso al permitir adoptar decisiones adecuadas y asignar eficientemente los recursos. Veamos algunos ejemplos de cómo influye la información en una decisión satisfactoria para el consumidor: si se trata de un medicamento se necesitará saber si produce alergias en el paciente; si se trata de un producto alimenticio se necesitará saber si alguno de sus componentes puede causar un malestar; si se trata de un seguro, se necesitará determinar

cuál es su cobertura y el procedimiento a seguir luego de ocurrido el siniestro; del mismo modo, si se trata de la adquisición de acciones habrá que determinar cuál es la situación de la empresa, cuáles han sido los dividendos pagados en los últimos años, qué proyectos de crecimiento tiene la misma y si el paquete de acciones que se ofrece concede o no el control de dicha empresa. Asimismo, habría que contar con información sobre la seriedad del proveedor en el cumplimiento de sus obligaciones, responsabilidad con la que honra “su garantía”, o si por el contrario, se trata de un agente desprestigiado por sus incumplimientos, moras o defraudaciones, etc. Todo lo expresado evidencia lo valioso que puede ser conseguir y transar en base a información veraz. Evidentemente no es fácil obtenerla en todos los casos, debido a que ésta resulta sumamente costosa y, probablemente no todos los agentes tengan la misma cantidad de recursos para poder invertir o comprar información suficiente antes de cada adquisición. Este es uno de los problemas del mercado: la Asimetría Informativa, que junto con la Asimetría Económica pueden generar asignaciones ineficientes de recursos.

- **Institucionalidad de la competencia:**

La Institucionalidad de la competencia no desconoce la existencia de fallas en el mercado, pero es a través de la libre acción de sus agentes y de la regulación pública, cuando ello resulta indispensable, que se busca neutralizar sus efectos. En este último caso se pretende que el mercado funcione simulando una competencia poco costosa, semejante al mercado de “Competencia Perfecta”. En este contexto, la regulación de la Competencia (al promover el mercado) a su vez tutela al consumidor, pues facilita que la oferta (y la demanda) se formen en un mercado con opciones

(conocidas por la mayor información), desincentivándose así conductas monopólicas.

2.2.2.3. Medición de la Categoría

Para medir la Categoría: Los contratos por adhesión de las empresas de telefonía y la percepción de protección de los derechos del consumidor se realizó una entrevista a un funcionario de INDECOPI y a un funcionario de OSIPTEL.

2.3. Bases Legales

Código Civil. Libro VII Sección Primera, artículos 1390 al 1401

Ley 29571. Código de protección y defensa del consumidor.

Texto Único Ordenado de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones - Resolución de Consejo Directivo N° 138-2012-CD-OSIPTEL.

Reglamento para la Atención de Reclamos de Usuarios de Servicios Públicos de Telecomunicaciones - Resolución de Consejo Directivo N° 047-2015-CD-OSIPTEL

Constitución Política del Perú

2.4. Definición de Términos Básicos

Asimetría informativa: es una característica de la transacción comercial por la cual uno de los agentes, el proveedor, suele tener mayor y mejor información sobre los productos y servicios que ofrece el mercado a los consumidores. Esto genera que ciertas prácticas puedan distorsionar

excepcionalmente el buen funcionamiento del mercado. Bullard (2010, p. 250).

Buena fe: En el derecho, el principio de buena fe está vinculado a la convicción en cuanto a la verdad de un hecho o la rectitud de una conducta. La buena fe exige la honestidad en la relación con las partes que intervienen en un contrato, proceso o acto.

Cláusulas abusivas: son aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe, causen en perjuicio del consumidor y usuario un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. Farina (1994).

Consumidor: Persona natural o jurídica que adquiere, utiliza o disfruta como destinatario final productos o servicios materiales e inmateriales, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, actuando así en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. En tal sentido, no se considera consumidor a quien adquiere, utiliza o disfruta un producto o servicio normalmente destinado para los fines de su actividad como proveedor. Asimismo califica como consumidor el micro empresario que evidencie una situación de asimetría informativa con el proveedor respecto de aquellos productos o servicios que no formen parte del giro propio del negocio. (Código de Protección del Consumidor)

Contrato: Es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial. (Código Civil)

Contrato de adhesión: Es aquel contrato en virtud del cual un consumidor o usuario, se adhiere a las estipulaciones y condiciones previamente establecidas por un proveedor de bienes y servicios, normalmente mediante un formulario pre impreso, sin la posibilidad de participar en la redacción de estas. (1996, p. 1067)

Decisión de consumo: Es la elección final que realiza el consumidor entre varias alternativas que se le presentan en el mercado, a fin de satisfacer sus necesidades.

Derechos del consumidor: Son todos aquellos derechos que nuestro régimen especial de protección al consumidor reconoce a favor de los consumidores. (Código de protección de los derechos consumidor)

Proveedor: Es la persona natural o jurídica, de Derecho Público o Privado, que de manera habitual fabrica, elabora, manipula, acondiciona, mezcla, envasa, almacena, prepara, expende, suministra productos o presta servicios de cualquier naturaleza a los consumidores.

Producto: Es cualquier bien mueble o inmueble, material o inmaterial, producido o no en el país, materia de una transacción comercial con un consumidor.

CAPÍTULO III: PRESENTACIÓN, ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS

3.1 Análisis y discusión de resultados

- Análisis de resultados:

1. Considera Usted, que los contratos por adhesión afectan los derechos del consumidor, ¿Por Qué?, ¿en qué casos?:

Entrevista 1: Los contratos por adhesión no son perniciosos para los derechos de los consumidores, por el contrario en términos generales, facilitan la contratación masiva de bienes y servicios. Debemos tomar en cuenta que en un mundo globalizado la dinámica del mercado exige la realización de operaciones de consumo y contratación cada vez más céleres, en dicho sentido la existencia de contratos previamente redactados por los proveedores reduce significativamente los costos de transacción permitiendo que los consumidores puedan acceder con mayor facilidad y rapidez a los bienes y servicios que requieren para atender sus necesidades; no obstante, los intereses empresariales pueden en ocasiones condicionar la redacción de contratos que busquen satisfacer principalmente el interés de los proveedores en detrimento del interés de los consumidores. De hecho el diseño del sistema de los contratos por adhesión si bien favorece la reducción de los costos de transacción, puede dificultar al mismo tiempo que los consumidores planteen condiciones que permitan equilibrar los intereses comprometidos en el contrato. La situación se agrava cuando estos contratos están referidos a servicios públicos, dado que los consumidores se ven obligados a aceptar la contratación bajo condiciones adversas debido a que son mayores los costos que debieran asumir en caso decida no contratar.

Entrevista 2: No necesariamente, si de hecho la finalidad de los contratos por adhesión está pensado para segmentos masivos, en los cuales lo que se busca es reducir los costos de transacción; tener que negociar con cada uno de los usuarios o consumidores es demasiado tedioso; es en ese caso que es aceptado en cierto punto el uso de cláusulas generales de contratación al tener contratos pre-elaborados en los cuales en ámbitos de mercados masivos, se pone en consideración del usuario para que los tome; es por eso que no podría afectar al consumidor; si existe por ejemplo en el caso de los servicios públicos una agencia

como el caso de OSIPTEL de su aprobación, porque imagina, los seguros que condiciones onerosas pondrían si no existiera una superintendencia o en todo caso INDECOPI. Entonces eso va a depender mucho de cómo el estado vela la libre protección del derecho del consumidor que está recogida en la Constitución. En nuestro caso por ejemplo en el caso de las telecomunicaciones, las cláusulas generales de contratación y los contratos están sometidos a una aprobación previa según lo establecido en el Texto Único Ordenado de las condiciones de uso. Desde el 2013 se estableció la obligación de las empresas operadoras de remitir sus contratos que antes de la comercialización sean aprobados por el OSIPTEL.

2. Existe un desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes contratantes, quien es la parte más favorecida, ¿porqué?

Entrevista 1: Como había referido en la respuesta anterior, la necesidad de los consumidores de contratar servicios públicos puede convertirse en la mejor oportunidad para que los proveedores aprovechen de tal necesidad para imponer condiciones que afecten el equilibrio contractual a su favor. En efecto la existencia de contratos pre-redactados por parte de los empresarios les otorga el tiempo y espacio suficiente para redactar cláusulas que les resulten favorables. Es de esperarse que la redacción de estas cláusulas por parte de empresas de grandes dimensiones (gran empresa) cuenten con asesoría especializada capaz de introducir en los contratos cláusulas generales de contratación que de forma sofisticada producen el efecto de favorecer los intereses del redactor del contrato, es decir el proveedor.

Entrevista 2: Más que un desequilibrio entre obligaciones y derechos, lo que sí existe es un desequilibrio en el poder de negociación, en un contrato por decir en el cual se incorporan generalmente cláusulas generales, al usuario le dicen: aceptas o no aceptas; en ese caso, evidentemente hay una simetría, pero no necesariamente en el caso de los mercados regulados hay un desequilibrio; pero justamente, organismos reguladores como el OSIPTEL, justamente reitero vela porque se respete los derechos necesarios básicos de los usuarios, no solamente a nivel de aprobación de contratos; si en el ejercicio, en la ejecución contractual,

la empresa se desviara de las obligaciones que tiene, el usuario tiene expedito el derecho de reclamar ante la empresa y ante nosotros; ante el Tribunal Administrativo de Solución de Reclamos de Usuarios de Servicios Públicos de Telecomunicaciones (TRASU), que abarca la Oficina de Orientación al Usuario; reciben muchas quejas de usuarios, de las cuales se hace un informe y se derivarse a la Gerencia de Fiscalización para que se inicie un procedimiento administrativo sancionador. Quien es la parte más favorecida; pues si estamos hablando de la negociación, evidentemente la empresa, pero como te digo el usuario en verdad está protegido y es un deber tuitivo por parte del estado hacerlo.

3. ¿Cómo visualiza el INDECOPI y/u OSIPTEL el derecho de negociación en un contrato?

Entrevista 1: Uno de los derechos fundamentales del consumidor es el derecho a la libertad. Tan igual como un ciudadano civil se define por la capacidad de tomar decisiones en sociedad con libertad, el consumidor como ciudadano económico se define porque la contratación de productos y servicios para su consumo obedece a la adopción de decisiones libres. Esta libertad de elección se ve vulnerada en el marco de los contratos por adhesión cuando los proveedores redactan cláusulas destinadas a privilegiar sus intereses y/o a limitar los derechos de los consumidores como el derecho a reclamar, desvincularse del contrato y en general a tomar cualquier tipo de decisión que resultaría común adoptar si es que se hubiese negociado un contrato ordinario, en donde la fase de negociación suele discurrir de forma tal que las partes intervinientes negocian conforme a sus propios intereses las condiciones y términos del contrato. Es cierto, que si bien en el marco de los contratos por adhesión, la fase de negociación de los términos del contrato no existen, el código de protección y defensa del consumidor le impone a los proveedores una serie de obligaciones que permitan en principio corregir los problemas de asimetría informativa prohibiendo al mismo tiempo que se afecte el equilibrio de intereses contractuales, mediante el enunciado de una lista de comportamientos que son calificados como cláusulas abusivas, que traen como consecuencia la imposición de sanciones y como medida correctiva la declaración

de la inexigibilidad de las cláusulas que son consideradas como cláusulas abusivas.

Entrevista 2: La verdad es que, como negociación no hay, pero el artículo 17 de las Condiciones de Uso; que la norma que rige la relación entre el usuario y la empresa operadora, es una norma bastante completa; en el artículo 17 trata sobre cláusulas generales y adicionales de contratación y dice lo siguiente: “La empresa operadora deberá remitir al OSIPTEL una copia del modelo de contrato de abonado y su(s) anexo(s) si lo(s) hubiere, independientemente de la modalidad de contratación utilizada, con anterioridad a la fecha de inicio de la comercialización del servicio, así como cualquier modificación al contenido del mismo, a efectos que dentro del plazo de veinte (20) días hábiles siguientes a la referida remisión, el OSIPTEL otorgue la conformidad a los mismos, o requiera a la empresa operadora la modificación de su contenido en caso dichos modelos de contrato y su(s) anexo(s) si lo(s) hubiere no se ajusten a lo establecido en la normativa vigente o establezcan disposiciones que ocasionen un desequilibrio importante e injustificado en perjuicio de los abonados. Esta disposición no resultará aplicable al supuesto establecido en el último párrafo del presente artículo. En caso se requiera la modificación del contenido del modelo de contrato de abonado, el plazo a que hace referencia el párrafo precedente se reiniciará a partir de la fecha en que la empresa operadora realice las modificaciones en virtud al requerimiento efectuado. En ningún caso, las empresas operadoras podrán emplear el referido modelo y su(s) anexo(s) si lo(s) hubiere, si el OSIPTEL no hubiera otorgado su conformidad al mismo.” Existe una prohibición a las empresas de comercializar si los contratos no han sido aprobados previamente.

4. ¿Cuáles son los niveles de observancia frente a la vulneración de un derecho?

Entrevista 1: El marco jurídico en materia de defensa del consumidor se encuentra consolidado en el Código de Protección y defensa del consumidor, el cual ha asignado a la autoridad administrativa competente que es la Comisión de Protección al Consumidor y al órgano de procedimientos sumarísimas tomando en cuenta la cuantía del INDECOPI, les ha asignado potestades sancionadoras

así como de adopción de medidas correctivas. En el ámbito de los servicios públicos de telefonía el regulador de las comunicaciones, OSIPTEL, es el ente competente para solucionar controversias en esta materia sobre cláusulas abusivas en contratos de servicios de telefonía.

Entrevista 2: Primero ex – ante a la vulneración de un derecho, es la evaluación previa del contrato y la aprobación del mismo; si posteriormente, algún usuario advirtiera que se está vulnerando un derecho contractual o una obligación tiene la posibilidad de reclamar primeramente ante la empresa operadora y en segunda instancia ante el Tribunal del OSIPTEL. Si se advirtiera que la empresa está comercializando un contrato que no ha recibido la aprobación de OSIPTEL; eso está tipificado con una sanción administrativa; las mismas Condiciones de Uso, establece que esto constituye una infracción: una infracción leve puede ser sancionada desde 9 UIT hasta 50 UIT.

5. ¿Cuáles son las medidas correctivas o sancionadoras que se imponen en casos de vulneración de los derechos de los consumidores en el marco de los contratos por adhesión?

Entrevista 1: El código de protección y defensa del consumidor establece que el INDECOPI puede ordenar medidas correctivas cuando determina la existencia de una infracción a los derechos de los consumidores. Estas medidas pueden ser de dos tipos medidas reparadoras y complementarias. Las medidas reparadoras son aquellas que tiene por objeto rectificar aquella situación que ha generado el acto infractor; en otras palabras permiten resarcir las consecuencias patrimoniales directas e inmediatas ocasionadas al consumidor con motivo de la infracción, de tal forma que sea posible reponer las cosas al estado anterior de la comisión del acto vulnerador. Las medidas correctivas complementarias en cambio tienen la finalidad de revertir los efectos de la conducta infractora o evitar que esta se produzca nuevamente a futuro. En el caso de las cláusulas abusivas el INDECOPI tiene la potestad de declarar inexigibles las cláusulas que hayan sido identificadas como abusivas, como ya lo había mencionado. Por otro lado la autoridad tiene la potestad de imponer multas de hasta 450 UIT's, atendiendo al beneficio ilícito, la

probabilidad de detección y los factores agravantes y atenuantes del comportamiento infractor.

Entrevista 2: No, en caso del reclamo de los usuarios, no es un poder tuitivo, pero como correctivas y sancionadoras para que la empresa encause su camino, pues sí. Nosotros tenemos una diferenciación entre las sanciones y las medidas correctivas; de acuerdo a nuestro Reglamento de Fiscalización de infracciones y sanciones, si una empresa incumple una obligación y esta está tipificado como infracción evidentemente habría una responsabilidad, esto ocurre en el caso del incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 17, que está tipificado como infracción. Sin embargo, si se incumple una obligación que no está tipificada como infracción administrativa, ahí se tendrá que poner una medida correctiva; pero nada quita que se pueda imponer una medida complementaria: suspensión de la contratación hasta que se apruebe, eso dependerá del caso concreto.

6. ¿Cuánto tiempo lleva la resolución de un procedimiento administrativo, reclamo o queja?, ¿cuáles son los pasos a seguir?

Entrevista 1: La normativa interna del INDECOPI ha establecido que el plazo para resolver un expediente por infracción al derecho del consumidor es de 120 días como máximo, cuando se trata de un procedimiento ordinario seguido ante la Comisión de Protección al Consumidor, mientras que el plazo ante los órganos resolutivos de procedimientos sumarísimos es de 30 días hábiles, lo que nos permite afirmar que se trata de un plazo razonable para resolver controversias entre proveedores y consumidores. Los pasos a seguir están básicamente centrados en la presentación de una denuncia por parte de quien es el consumidor que ha visto afectado su derecho a la libertad de elección como motivo de la celebración de un contrato, en la cual hay una cláusula que se estima abusiva. Con la presentación de la denuncia en la cual describe con detalle los hechos, adjunta a dicha denuncia una tasa, la cual se tiene que abonar en la mesa de partes del INDECOPI, presentada esta denuncia, se da trámite a la misma. Existe un trámite previo para poner en conocimiento de la empresa denunciada la información respecto a que se ha interpuesto dicha denuncia; de tal manera que la empresa denunciada tiene la oportunidad de satisfacer digamos al

denunciante con algún tipo de solución negociada, si no lo hace ya se da lugar al inicio del procedimiento sancionador y se otorga el plazo de 5 días hábiles para contestar la denuncia, existe la posibilidad de actuar medios de prueba. Una vez cerrada esta etapa de pruebas el expediente sube para resolver, siendo que la autoridad administrativa, como lo había mencionado, tiene potestades de emisión de medidas reparatoras o complementarias, y también las potestades de ejercer el del poder de sanción.

Entrevista 2: Los plazos no son uniformes van desde 30 a 25 hasta 3 días dependiendo el tipo de reclamo y también según el caso los procesos son diferentes. La queja tiene un plazo diferente, en la norma actual no recuerdo, en la directiva anterior eran 13 días. Y el procedimiento administrativo sancionador mucho va a depender de la etapa de supervisión y etapa de instrucción; en todo caso nuestro límite para sancionar es el plazo de prescripción que establece la Ley de Procedimiento Administrativo General y nuestra ley particular de organización y funciones que es la ley 27336.

7. ¿Cuáles son las principales razones por las que el consumidor no ejerce su derecho a reclamar?, ¿qué acciones toma INDECOPI y/u OSIPTEL frente a esto?

Entrevista 1: Una de las razones es el desconocimiento que pueda existir por parte de los consumidores respecto a sus derechos, lo que aunado a la necesidad de estos de contratar un producto o un servicio que estiman imprescindible, como ocurre en el caso de los servicios públicos de telefonía, decidan adecuar su comportamiento a las condiciones contractuales y soportar la presencia y aplicación de cláusulas abusivas. El INDECOPI viene desarrollando actividades de difusión de estos derechos, los que a la par del ejercicio de las potestades sancionadoras tienen por objetivo el desincentivar entre los proveedores la comisión de estos comportamientos.

Entrevista 2: Esta respuesta es una bastante personal, primero podría ser montos tan pequeños que no tiene sentido reclamar; reclamar por 2 soles hacer el trámite ante la empresa, hay algunas empresas establecen mecanismos para disuadir para que no reclames. También podría ser por falta de información; pero lo cierto

es que el OSIPTEL ha implementado canales suficientes para que el usuario este enterado, existen ventanillas de orientación, también nos escriben mucho por redes sociales: por Facebook y por Twitter; están a nivel nacional las oficinas descentralizadas donde hay orientadores y no ce el tema no creo que sea por falta de información ya que constantemente hay eventos y a nivel descentralizado están los consejos de usuarios que realizan campañas orientativas; yo pienso que realmente es un caso de costo y beneficio; prefieren evitar el trajín con la empresa operadora, hay casos en que tu llamas a una empresa operadora y estas 10 minutos a media hora para atenderte. Justamente nosotros tenemos un reglamento de calidad de atención al usuario, donde se evalúan los tiempos, las empresas tienen un indicador que cada cierto tiempo si incumple también se sanciona. Digamos que mecanismos hemos implementado para mejorar la atención.

8. ¿Existen vacíos en la norma al tipificar este tipo de contrato? ¿porque?

Entrevista 1: En mi opinión no existen vacíos en esta normativa especial, en todo caso frente a nuevos supuestos de hecho que puedan ser considerados como cláusulas abusivas el código ha adoptado la metodología de *numerus apertus*, en lugar de *numerus clausus*, lo que facilita la determinación de infracciones frente a comportamientos que el legislador no ha logrado describir a la fecha de manera exacta.

Entrevista 2: En el caso de las telecomunicaciones, yo considero que no existe un vacío ya que la norma y también están consideradas las sanciones administrativas. No ce si es que desde el 2013 que se estableció la obligación de la aprobación antes de la comercialización ha habido procedimientos administrativos sancionadores. De si existen vacíos, no, están recogidas en las Condiciones de Usos.

9. Considera Ud.: ¿se debe establecer una legislación para este caso? ¿porque?

Entrevista 1: Considero que la normativa sobre el particular es lo suficientemente técnica como para generar un escenario propicio para un adecuado ejercicio de los derechos del consumidor. Lo que se hace necesario en todo caso es fortalecer

las actividades de fiscalización del INDECOPI destinadas a hacer cumplir lo que la ley ha prescrito.

Entrevista 2: No, además nosotros tenemos un deber de hacer respetar el código de consumo, nosotros también tenemos una normativa, las telecomunicaciones se desarrollan en un ámbito muy dinámico y también el comportamiento de las empresas. Para toda ley siempre hay la forma de escapar de ella, pero estamos trabajando en eso, de hecho se están haciendo las supervisiones para ver que se tiene que mejorar en campo.

10. ¿Que otro tipo de medidas se deberían establecer para brindar seguridad jurídica a los consumidores en este ámbito?

Entrevista 1: Considero que es sumamente importante que el gobierno priorice de manera presupuestaria la necesidad de fortalecer las facultades del INDECOPI de tal manera que el ejercicio de potestades sancionadoras sea precedido por el desarrollo de intensas campañas de difusión de los derechos de los consumidores al mismo tiempo que estas campañas deberían involucrar también a los proveedores de tal forma que ellos también son aleccionados en lo importante que es adecuar su comportamiento a la normativa, porque definitivamente a mayor fiscalización el riesgo de que los proveedores actúen de manera ilegal digamos en estos términos de cláusulas abusivas van a terminar soportando sanciones tan rigurosas que se van a ver perjudicados por ende, no solamente una actividad represora por parte del INDECOPI puede generar incentivos para adecuar el comportamiento de los proveedores al Código, sino también una actividad de formación, educación, difusión de estos derechos hacia los consumidores y de las obligaciones a los proveedores pueden generar este tipo de comportamientos adecuados a la normativa.

Entrevista 2: Hacer un poco más de orientación, estamos en redes sociales en donde los usuarios pueden acceder a más información.

Comentario final de la representante de la Gerencia de Protección de Servicio al Usuario – Ana Távara: “De acuerdo a lo que establece el texto único de las condiciones y usos de servicios públicos de telecomunicación, existe una obligación a cargo de las empresas operadoras de remitir sus modelos de contratos de abonado a efectos de que nosotros le realicemos una evaluación

integral tanto del contrato como de sus anexos con la finalidad de que las cláusulas que se establezcan en el contrato o en los anexos no contravengan lo dispuesto en esta norma, entonces, una vez que nosotros recibimos este tipo de contratos, realizamos un análisis integral para ver que la empresa no este incluyendo dentro de los contratos de repente cláusulas que generen algún tipo de perjuicio a los abonados, y también de la mano en lo dispuesto en el Código de Protección y Defensa del Consumidor, este el análisis que se realiza a estos modelos de contratos. Una vez que se pasa el filtro de la revisión y si nosotros advertimos de que en estos modelos no existe alguna cláusula que ocasione algún tipo de perjuicio procedemos con el otorgamiento de la conformidad y esta conformidad lo otorga la gerencia general sobre la base de análisis que realiza la gerencia de protección y servicio del usuario.

En caso una empresa este comercializando con un contrato no aprobado; cuando se advierte este hecho se pone en conocimiento de la Gerencia de Fiscalización y supervisión para que se adopten las medidas correspondientes y de ser concerniente la adopción de los procedimientos necesarios y las sanciones si hubiera algún tipo de incumplimiento.”

- **Discusión de Resultados:**

De la primera respuesta a la entrevistados concuerdan que los contratos por adhesión no afectan los derechos del consumidor, señalan que no solo simplifica la contratación y sino también que reduce costos; esta opinión es compartida por diversos juristas, como por ejemplo el Dr. Percy Soncco quien indica que esta modalidad o esquema de contratación evita las tratativas, las negociaciones, las objeciones, y solo exige del destinatario de la oferta una aceptación total de los términos ofrecidos. Se puede deducir entonces que los contratos por adhesión no vulneran los derechos de los usuarios ya sea de servicios públicos o de consumidores de bienes diversos, que lo que logra hacer los contratos por adhesión no solo es simplificar en tiempo y dinero al momento de contratar sino que queda facultado el derecho de aceptar o no dichas condiciones.

Respecto a la segunda pregunta, los entrevistados concuerdan al señalar que la parte favorecida es el proveedor pues tiene la ventaja de plantear cláusulas

difíciles de comprender por el usuario al contar con mayor información sobre el bien o servicio que brinda, así como cuenta con mayor capacidad para tener a su disposición especialistas en la elaboración de cláusulas y contratos. Es de verse también que uno de los entrevistados indica que difícilmente puede suceder un hecho así al existir el Osiptel, quien es el órgano de aprobar administrativamente y previamente los contratos. El Dr. José Acosta señala que el derecho de protección al consumidor tiene como fin equilibrar la situación de desigualdad en la que se encuentra la parte más débil de la relación contractual al existir un desequilibrio económico conocido como asimetría negocial y de conocimientos respecto a los bienes o servicios ofrecidos el cual se conoce como asimetría informativa. A través de la tutela que otorgue cada Estado al consumidor, se le concederán derechos especiales o instrumentos de protección eficaces para protegerlo de las citadas asimetrías. Esto me lleva a indicar que en cierto grado existe cierto desequilibrio entre las partes contratantes al tener una de ellas la facultad de estipular las cláusulas y el tener mayor información sobre el servicio o bien que se este contrato; pero se debe tener en cuenta que ello no es muchas veces palpable porque el Estado a través de sus órganos autónomos se encarga de nivelar la balanza y de que no se perjudique al consumidor.

En el caso de la tercera pregunta los entrevistados tienen la misma concepción, pues si bien uno de ellos se explaya más en determinar cómo se visualiza el derecho de negociación en este tipo de contratos ya que básicamente no hay negociación pero el Estado ha creado medios para equilibrar y proteger al consumidor y es esto lo que señala el segundo entrevistado al citar el artículo 17 de la Ley de Condiciones y Usos del Osiptel la cuál dispone que todo contrato deberá ser previamente aprobada por esta institución a fin de no privar de los derechos de rescindir el contrato, reclamar y otras acciones que el consumidor pueda seguir teniendo como derecho. Al respecto, Louis Josserand señalaba con referencia a la supuesta limitación de la voluntad que se presentaría a la sola adhesión de una de las partes a la voluntad de la otra, pues si no hubo negociación faltarían elementos que constituirían una flagrante violación al principio de la autonomía de la voluntad. Josserand explicaba con acierto lo siguiente sobre este debate: “Esta concepción (que en la adhesión no habría autonomía) es generalmente rechazada: los contratos de adhesión son verdaderos contratos; la ley no exige, en ninguna parte, que el acuerdo

contractual vaya precedido de una libre discusión, de largos tratos; sobre todo, ningún texto exige que las dos partes tengan una intervención igual en la génesis del contrato; todo lo que se pide es que ambos interesados consientan, que exista acuerdo entre ellos al objeto de hacer nacer las obligaciones. Esto quiere decir que mientras exista la libre adherencia de los contratantes, no es necesario que medie negociación, así como es claro señalar una vez más que la norma dispone que solo serán válidos aquellos contratos revisados por la autoridad y los cuales ya tendrán tutelados los derechos de los usuarios; la negociación previa sobre las cláusulas va a generar mayores costos, pero si se aplica contratos ya aprobados y sin mediar negociación estos van a ser válidos.

En la cuarta pregunta, los entrevistados señalan que existen dos órganos encargados en tutelar los derechos de los consumidores pero que de ambos es el Osiptel; en este caso concreto; quien se encarga de tutelar los derechos de los consumidores y es por ello que dispone no solo sanciones para aplicarse sino el procedimiento que se deberá seguir. El Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones en su artículo 65 establece que la prestación del servicio telefónico está sujeta a un contrato que suscribirán el concesionario y el abonado, de acuerdo a cláusulas generales de contratación aprobadas por OSIPTEL y publicadas en la guía de abonados; ello significa que OSIPTEL está facultado para aprobar las cláusulas generales de contratación que se van a considerar en el contrato de servicios; es en esta misma norma y en la Ley de Condiciones y Usos que dispone que el Osiptel no solo aprobará cláusulas y contratos sino que está facultado para disponer medidas correctivas y sancionadora en caso de cometerse alguna infracción.

En la quinta pregunta los entrevistados señalan que el OSIPTEL se encuentra facultado para disponer medidas correctivas o sancionadoras; lo cual es cierto pues la Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones - LEY N° 27336, dispone que OSIPTEL está facultado para tipificar los hechos u omisiones que configuran infracciones administrativas y a imponer sanciones en el sector de servicios públicos de telecomunicaciones, en el ámbito de su competencia y con las limitaciones contenidas en esta Ley; es por ejemplo que OSIPTEL podrá disponer sanciones como multas de acuerdo a la siguiente escala: primero, la infracción

leve será sancionada con una multa equivalente a entre media (0.5) y diez (10) UIT; segundo, la infracción grave será sancionada con una multa equivalente a entre diez (10) y treinta (30) UIT y finalmente la infracción muy grave será sancionada con una multa equivalente a entre treinta (30) y cincuenta (50) UIT.

Respecto a la sexta pregunta; los entrevistados concuerdan al señalar que no hay plazo concreto para la solución de un procedimiento pues ello dependerá básicamente de los plazos que se determinen para cada caso en concreto y de acuerdo al órgano que corresponda; la Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones - LEY N° 27336; dispone en su artículo 27 que toda sanción administrativa deberá ser impuesta previo procedimiento administrativo sancionador. El plazo aproximado para absolución de un procedimiento se definirá por una norma interna expresa o por lo dispuesto en la Ley de Procedimiento Administrativo General.

En la pregunta número siete, los entrevistados no llegan a una respuesta uniforme pues el primero señala que esto se debe al desconocimiento del consumidor de las normas y los mecanismos existentes para hacer valer sus derechos y que por una necesidad se adhieren a un contrato; mientras que el segundo entrevistado considera que no se debe a un desconocimiento sino a una cuestión de costo – beneficio, el que muchas veces se vea vulnerado su derecho por un monto mínimo y lo tedioso que es seguir un amplio proceso para hacer valer sus derechos; lo que sí, es que ambos entrevistados concuerdan en que tanto el Osiptel como el Indecopi han establecido diversos mecanismos para proteger los derechos de los consumidores. Carlos Viguria en su tesis “El consumidor financiero: necesidades de su implementación en el sistema nacional de protección al consumidor”; señala que pese a la existencia de diversas instancias a disposición del cliente financiero, durante el desarrollo de esta investigación se ha podido observar diferentes deficiencias en el trato al consumidor del sistema financiero. Precisamente el caso de Indecopi resulta ser una instancia con recursos insuficiente para la alta cantidad de denuncias presentadas contra los servicios financieros. Esto mismo sucede en el caso de los servicios de telefonía, que es tan tedioso hacer el trámite ante la empresa operadora por las largas colas para sacar turno para atenderse y posterior a ello esperar para que pases a una

ventanilla y recién te registren el reclamo o apelación; es una de las razones por las que los usuarios prefieren soportar el contrato.

En la respuestas a la pregunta ocho, podemos apreciar que ambos entrevistados concuerdan al señalar que no existen vacíos en la normativa del Indecopi y del Osiptel referidos a la protección de los derechos del consumidor; indican que muchas veces a falta de norma especial se encuentra tutelado por la norma general. El código Civil de 1984 regula los contratos por adhesión en el artículo 1390 y las cláusulas generales de contratación en el artículo 1392, distinguiendo entre estas últimas, las aprobadas por autoridad administrativa y también aquellas que no fueron aprobadas por autoridad competente; asimismo el código establece un grupo de cláusulas que son calificadas como cláusulas abusivas. Pero es de verse que no se ha estipulado una concepción de este tipo de cláusulas y otra de las omisiones por el código es que no se estableció la posibilidad de que existan cláusulas abusivas cuando fueron objeto de una previa revisión y posterior aprobación administrativa; y es aquí donde se encontraría algún tipo de vacío en la norma, aunque en caso de existir alguna de estas figuras atípicas, el consumidor está facultado a recurrir a otras instituciones.

Con respecto a la pregunta número nueve, los entrevistados vuelven a concordar al indicar que no hay necesidad para establecer una norma especial sobre la protección del consumidor de los contratos de adhesión de servicios públicos como es el de telefonía; señalan que tanto el Código de Protección al Consumidor como la Ley de Condiciones y Usos, el Reglamento para la Atención de Reclamos de Usuarios de Servicios Públicos de Telecomunicaciones y demás normas del Osiptel e Indecopi cumplen el papel de protección; es de verse también que nuestra normativa nacional dispone una norma facultativa, es decir el Código Civil, que también tipifica sobre esta materia. Ahora bien, la doctrina acepta la posibilidad de que el consumidor ejerza la protección de sus derechos no solo en la vía administrativa y civil, sino también por la vía penal.

Finalmente, sobre la pregunta número diez, el primer entrevistado hace mayor hincapié de las medidas que se pueden tomar desde una mayor difusión de los derechos del consumidor, de las normas y de los mecanismos a seguir para la protección de sus derechos; asimismo señala que el estado debería disponer de más presupuesto al Indecopi y a Osiptel para que realice campañas de capacitación

dirigidos a los consumidores y a los proveedores. Uno de las principales causas por las que no se ejerce un derecho del consumidor es por el desconocimiento de los mecanismos para hacer valer sus derechos o del mismo desconocimiento de cuáles son sus derechos; así también del procedimiento engorroso ante el proveedor para la presentación de un reclamo o queja.

3.2 Conclusiones:

Es justo y necesario que se asegure en los contratos por adhesión de las empresas de telefonía la protección de los derechos del consumidor, en Lima, año 2015.

Es primordial que se verifique en las cláusulas generales de contratación la protección de los derechos del consumidor, en Lima, año 2015.

Es importante la determinación de las cláusulas abusivas en la protección de los derechos del consumidor, en Lima, año 2015.

Es necesario que se vele en la contratación masiva la protección de los derechos del consumidor, en Lima, año 2015.

3.3 Recomendaciones:

Primera: Se propone modificar el procedimiento para absolver reclamos y quejas por el proveedor, que estas se resuelvan por la autoridad administrativa – Osiptel, eliminando la primera instancia y facultando al proveedor para que solo cumpla una función de recepción de los reclamos o quejas; para ello, se tendrá que modificar el artículo 22° del reglamento para la atención de reclamos de usuarios de servicios públicos de telecomunicaciones – OSIPTEL. Ver anexo 3.

Segundo: Se propone la inserción de un artículo que disponga medidas de carácter retroactivo a la firma del contrato de aquellas cláusulas que hayan sido aprobadas por autoridad administrativa pero que pueda haberse omitido alguna posibilidad de perjuicio del mismo. Ver anexo 3.

Tercero: Se demostró a través de la observación de casuística la existencia de mayor vulneración en la ejecución del contrato a cláusula y no en su elaboración; por ello se recomienda que se cree un mecanismo de protección a favor del consumidor para resarcir los daños y perjuicios en favor del consumidor y no solo de sanciones a las empresas operadoras. Se propone la elaboración de un proyecto de ley. Ver anexo 3.

Cuarto: Se recomienda que el Osiptel cumpla con su función de supervisión, a través de visitas inopinadas a los proveedores en mayor escala.

3.4 Fuentes de Información:

Acosta Estévez, José. “Análisis de la Resolución 39/428 de la Asamblea General: La protección del Consumidor en el ámbito de la ONU”. En: Estudios sobre Consumo. Instituto Nacional de Consumo de España. Pág. 56.

Alterini Atilio, Anibal. El contrato por adhesión. Buenos Aires, Argentina. Ed. Abeledo Perrot, 1988.

Baudrit Carrillo (Diego) Derecho Civil IV, Volumen I Teoría General del Contrato, Tercera Edición, Editorial Juricentro, San José Costa Rica, 2007, p. 42.

Bullard Gonzales Alfredo. Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales. Palestra Editores. Lima 2009. Segunda edición. Pág. 1067, 1085.

Bullard Gonzáles, Alfredo. “Código de consumo: El discreto encanto del Socialismo”. En: El Comercio, edición del 10 de abril de 2010.

Cardenas Quiros, Carlos. Las cláusulas generales de contratación y el control de las cláusulas abusivas. En IUS ET VERITAS, Año VII, Número 13, Lima, Perú, setiembre 1996, pág. 31 y 32.

Carvajal Carballo Tatiana, y Jiménez Mayorga Samantha (2002) Cláusulas abusivas en contratos de adhesión en Internet, Trabajo Final de Graduación. Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica., citando a Messineo (Francesco), Manual de Derecho Civil y Comercial, Buenos Aires, Argentina, ediciones Jurídicas 3era edición, 1971, p. 483

Código De Protección Y Defensa Del Consumidor – Ley N° 29571 Del 02/09/2010.

De La Maza Iñigo, Sergio Cruz. Contratos por adhesión en plataformas electrónicas. 2010.

Farina (Juan M), Contratos comerciales modernos. Buenos Aires, Editorial Astrea, 1994, p. 138.

Muller Monterroso de Betancourt, Cynthia. El Derecho de Retracto regulado en la Ley de Protección al Consumidor y Usuario de Guatemala. Decreto número 6-2003 y sus efectos jurídicos. Pág. 22.

Propuestas de Reformas del Código Civil; Elaborado por la Comisión de Juristas Presidida por el Dr. Jorge Avendaño Valdés y publicado en el Diario Oficial El Peruano, el 11.04.2006.

Rodríguez Russo, Jorge. La interpretación de los contratos de consumo celebrados por adhesión en el Derecho Civil uruguayo. Facultad de Derecho. Universidad de la República (Uruguay) 2013.

Tapia, Mauricio y Valdivia, José Miguel. Contratos por adhesión. Ley N° 19.496. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 2002.

Tovar Mena, Teresa V., Cláusulas abusivas en los contratos de consumo, En Actualidad Jurídica, N° 186, Gaceta Jurídica Editores, 200..., Lima, Perú, p. 46.

Villegas Carlos Gilberto, Contratos Mercantiles y Bancarios, Tomo I, 1era edición, Edición del Autor, Buenos Aires, 2005, p. 58.

ANEXOS

TÍTULO: LOS CONTRATOS POR ADHESIÓN DE LAS EMPRESAS DE TELEFONÍA Y LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DEL CONSUMIDOR, DISTRITO DE LIMA, AÑO 2015

MATRIZ DE CONSISTENCIA

PROBLEMAS	OBJETIVOS	SUPUESTOS	CATEGORIAS	SUB CATEGORIAS O DIMENSIONES TEÓRICAS	DISENO METODOLOGICO
<p>Problema General Como se relaciona los contratos por adhesión de las empresas de telefonía con la protección de los derechos del consumidor, distrito de Lima, año 2015.</p> <p>Problemas Específicos</p> <p>¿Cuál es la relación entre las cláusulas generales de contratación y la protección de los derechos del consumidor, distrito de Lima, año 2015?</p> <p>¿Cuál es la relación entre las cláusulas abusivas y la protección de los derechos del consumidor, distrito de Lima, año 2015?</p> <p>¿Cuál es la relación entre la contratación masiva y la protección de los derechos del consumidor, distrito de Lima, año 2015?</p>	<p>Objetivo General Determinar la relación entre los contratos de adhesión de las empresas de telefonía y la protección de los derechos del consumidor, distrito de Lima, año 2015.</p> <p>Objetivos Específicos</p> <p>Determinar la relación entre las cláusulas generales de contratación y la protección de los derechos del consumidor, distrito de Lima, año 2015.</p> <p>Determinar la relación entre las cláusulas abusivas y la protección de los derechos del consumidor, distrito de Lima, año 2015.</p> <p>Determinar la relación entre la contratación masiva y la protección de los derechos del consumidor, distrito de Lima, año 2015.</p>	<p>Existe relación entre los contratos por adhesión de las empresas de telefonía y la protección de los derechos del consumidor, distrito de Lima, año 2015.</p> <p>Existe relación entre las cláusulas generales de contratación y la protección de los derechos del consumidor, distrito de Lima, año 2015.</p> <p>Existe relación entre las cláusulas abusivas y la protección de los derechos del consumidor, en el distrito de Lima, año 2015.</p> <p>Existe relación entre la contratación masiva y la protección de los derechos del consumidor, distrito de Lima, año 2015.</p>	<p>Los Contratos por adhesión de las empresas de telefonía</p> <p>La Protección de los Derechos del Consumidor</p>	<p>Cláusulas generales de contratación</p> <p>Las cláusulas abusivas</p> <p>Contratación masiva</p> <p>Defensa del Consumidor</p> <p>Libertad contractual</p> <p>Asimetría de la información</p>	<p>Tipo de investigación: Es básica</p> <p>Nivel de investigación: Es descriptiva, correlacional , transversal</p> <p>Diseño de la investigación No experimental.</p> <p>Método de la investigación Inductivo-Deductivo.</p> <p>Enfoque de la investigación Cualitativo</p> <p>Población Autoridades de INDECOPI y OSIPTEL</p> <p>Muestra 01 Autoridad de INDECOPI (Derecho del Consumidor) 01 Autoridad de OSIPTEL (Atención de Reclamos de Usuarios / Asesoría Legal)</p> <p>Técnica de la investigación Entrevista</p> <p>Instrumento de la investigación Guía de la entrevista</p>

GUÍA DE LA ENTREVISTA

1. Considera Ud.: ¿Los contratos por adhesión generan un detrimento del consumidor? ¿Por qué? ¿En qué casos?

2. ¿Existe un desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes contratantes? ¿Quién es la parte más favorecida? ¿Por qué?

3. ¿Cómo visualiza el INDECOPI y/u OSIPTEL el derecho de negociación en un contrato?

4. ¿Cuáles son los niveles de observancia frente a la vulneración de un derecho?

5. ¿Cuáles son las medidas correctivas o sancionadoras que se imponen en casos de vulneración de los derechos de los consumidores?

6. ¿Cuánto tiempo lleva la resolución de un proceso administrativo, reclamo o queja?
¿Cuáles son los pasos a seguir?

7. ¿Cuáles son las principales razones por las que el consumidor no ejerce su derecho a reclamar? ¿Qué acciones toma INDECOPI y/u OSIPTEL frente a esto?

8. ¿Existen vacíos en la norma al tipificar este tipo de contratos? ¿Por qué?

9. Considera Ud.; ¿Se debe establecer una legislación especial para este caso? ¿Por qué?

10. ¿Qué otro tipo de medidas considera Ud.? ¿Qué se deberían establecer para brindar seguridad jurídica a los consumidores?

Los congresistas que suscriben, a iniciativa del Congresista de la República _____, ejerciendo el derecho que le confiere el artículo 107° de la Constitución Política del Estado, concordante con los artículos 22° C, 67°, 75° y 76° del reglamento del Congreso de la República presentan el siguiente:

PROYECTO DE LEY

“LEY QUE MODIFICA EL REGLAMENTO PARA LA ATENCIÓN DE RECLAMOS DE USUARIOS DE SERVICIOS PÚBLICOS DE TELECOMUNICACIONES”

Artículo 1°.- OBJETO DE LA LEY

El objeto de la ley es preservar el derecho a la tutela jurisdiccional y debido proceso de los justiciables, los cuales pueden verse afectados por el incumplimiento por parte de las empresas operadoras de registrar los reclamos, así como la interposición de trabas para el registro de los mismos. Así como la posibilidad del ofrecimiento de beneficios para tranzar antes de continuar con el procedimiento. Asimismo preservar el derecho a ser resarcido por los daños y perjuicios que pudiera haberse ocasionado.

Artículo 2°.- MODIFIQUESE EL ARTÍCULO 22° DEL REGLAMENTO PARA LA ATENCIÓN DE RECLAMOS DE USUARIOS DE SERVICIOS PÚBLICOS DE TELECOMUNICACIONES

Dice:

“Artículo 22”.- Órgano de resolución en primera instancia

La empresa operadora es el órgano de resolución en primera instancia administrativa de los reclamos presentados por los usuarios con relación a los servicios que presta, conforme al presente Reglamento. Para tal efecto, la empresa operadora deberá designar e informar al TRASU acerca de los órganos y funcionarios competentes para la solución de los reclamos de usuarios en primera instancia y la variación de su designación en un plazo no mayor de tres (3) días útiles de producidas. Dicha competencia es irrenunciable.”

Debe decir:

Artículo 22.- Órgano de resolución en primera instancia:

La autoridad administrativa es el órgano de resolución en primera instancia administrativa de los reclamos presentados por los usuarios con relación a los servicios que prestan las empresas operadoras, conforme al presente Reglamento. Dicha competencia es irrenunciable.

Artículo 3°.- INSERTESE UN ARTÍCULO QUE DISPONGA LA FACULTAD DE DECLARAR LA UNA CLAUSULA APROBADA ADMINISTRATIVAMENTE COMO ABUSIVA.

Será facultad del Osiptel la declaración de una cláusula que ya fuera aprobada administrativamente previamente como abusiva si así se probara a través de un procedimiento administrativo; asimismo sus efectos se retrotraiga a la firma del contrato o formulario al que se adhirió la cláusula declarada como abusiva.

Artículo 4°.- INSERTESE UN ARTICULO QUE ESTABLESCA UNA VIA Y UNA COMPENSACION POR DAÑOS Y PERJUICIOS.

El Osiptel tiene la facultad de establecer una compensación por daños y perjuicios a favor de consumidor que hubiese sido vulnerado por alguna modalidad contractual ya se en su elaboración o ejecución; esta facultad la puede ejercer a pedido de parte con la presentación de una solicitud ante la autoridad o de oficio al momento de la resolución de la controversia originaria.

Las escalas de compensación se medirán en base al tipo de calificación de gravedad de la sanción, y estará comprendido entre 10 URP a 100 URP.

Artículo 5°.- VIGENCIA

La presente Ley entrará en vigencia al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial "El Peruano".

Artículo 6°- Deróguense cualquier disposición que se oponga al cumplimiento de la presente disposición legal.