



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

Escuela Profesional de Derecho

TESIS

**“CONTRATOS POR ADHESIÓN RESPECTO A LOS
CRÉDITOS INMOBILIARIOS, EN LA FUERZA AÉREA
DEL PERÚ, LIMA, 2017”.**

PRESENTADO POR:

BACH. NAOMI ASHELY ROMAN RUIZ

Asesores:

Dr. Edwin Barrios Valer
Mg. Pablo Felipe Miranda Miranda

PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO

LIMA, PERÚ

2021

Dedicatoria

Con cariño, para los pilares de mi vida:
mis padres.

Agradecimiento

Para los Doctores Carlos Bulnes y Edwin Barrios, especialista y metodólogo, que con su asesoramiento hicieron posible el desarrollo de esta investigación.

Reconocimiento

El reconocimiento va a mi casa de estudios de Pregrado de la Facultad de Derecho y Ciencia Política, Universidad Alas Peruanas.

Índice

DEDICATORIA	2
AGRADECIMIENTO	3
RECONOCIMIENTO.....	4
RESUMEN.....	7
ABSTRACT.....	8
INTRODUCCIÓN	9
CAPÍTULO I PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	13
1.1 DESCRIPCIÓN DE LA REALIDAD PROBLEMÁTICA.....	13
1.2 DELIMITACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN.....	17
1.2.1 Delimitación Espacial.....	17
1.2.2 Delimitación Social.....	17
1.2.3 Delimitación Temporal	17
1.2.4 Delimitación Conceptual	17
1.3 PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN.....	18
1.3.1 Problema General.....	18
1.3.2 Problemas Específicos	18
1.4. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN	18
1.4.1 Objetivo General	18
1.4.2 Objetivos Específicos.....	19
1.5 SUPUESTOS Y CATEGORÍAS DE LA INVESTIGACIÓN	19
1.5.1 Supuesto General	19
1.5.2 Supuestos Específicos.....	19
1.5.3 Categoría	19
1.5.4 Subcategorías.....	20
1.5.5. Operalización de las categorías.....	21
1.6 METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN.....	22
1.6.1 Tipo y Nivel de la Investigación.....	22
1.6.2 Método y Diseño de la Investigación	23
1.6.3 Población y muestra de la investigación	24
1.6.4 Técnicas e Instrumentos de recolección de datos	25

1.6.5 Justificación, Importancia y Limitaciones de la investigación.....	27
CAPÍTULO II MARCO TEÓRICO.....	33
2.1 ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN	33
2.1.2 Antecedentes Internacionales.....	33
2.2.3 Antecedentes Nacionales	39
2.2 BASES LEGALES	46
2.3 BASES TEÓRICAS	50
2.4 DEFINICIÓN DE TÉRMINOS BÁSICOS	107
CAPÍTULO III PRESENTACIÓN, ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS.....	118
3.1 ANÁLISIS DE TABLAS.....	118
3.2 DISCUSIÓN DE RESULTADOS.....	123
3.3 CONCLUSIONES.....	127
3.4 RECOMENDACIONES.....	128
3.5 FUENTES DE INFORMACIÓN.....	129
ANEXOS	134
ANEXO 1: MATRIZ DE CONSISTENCIA	135
ANEXO 2: INSTRUMENTO - GUÍA DE ENTREVISTA.....	136
ANEXO 3: VALIDACIÓN DE EXPERTO, FICHA DE VALIDACIÓN DE INSTRUMENTO JURÍDICO, JUICIO DE EXPERTO	137
ANEXO 4: ANTEPROYECTO DE LEY	138

Resumen

El presente trabajo de investigación, tiene como objetivo general, determinar de qué manera los contratos por adhesión vulnera los créditos inmobiliarios, la sola obligatoriedad que existe mediante la Ley 24686, al firmar un contrato por adhesión con la finalidad de acceder a un crédito inmobiliario ofrecido por el Fondo de Vivienda Militar de la Fuerza Aérea del Perú – en la modalidad de programas de vivienda – ley que a su vez hace un descuento arbitrario sin consentimiento de las partes, y más aún sin que las partes puedan gozar de este derecho, por tal motivo se ve una vulneración a la autonomía de voluntad de los militares en su calidad de aportantes obligatorios, así como la vulnerabilidad a su libertad para contratar y acceder a una vivienda digna.

Además, la investigación tiene la siguiente metodología: el tipo es básica porque permite recoger información de la realidad orientándolos al descubrimiento de leyes, además, el nivel es descriptivo: porque solo busca explicar una situación real, dentro de un contexto, también se rige por un método inductivo, validado en un caso particular, para concluir en una explicación general, y aplica el diseño no experimental, porque no se hace una manipulación de las variables, y con un enfoque cualitativo y por último teniendo como instrumento, la guía de entrevista.

En el resultado de la investigación, se determinó que existe una vulneración de los contratos por adhesión respecto de los créditos inmobiliarios, y ello se produce desde el momento que el miembro militar que aporta obligatoriamente por una norma imperativa, por verse limitado y recortado parte de su remuneración se adhiere a este tipo de contrato del Fondo de Vivienda Militar de la Fuerza Aérea del Perú.

Palabras Clave: Contratos por adhesión, Libertad para contratar, Capacidad para negociar, Órgano de Control, Créditos Inmobiliarios, Fondos de Vivienda Militar.

Abstract

The general objective of this research work is to determine in what way adhesion contracts violate real estate loans, the only obligation that exists through Law 24686, to sign a contract for adhesion in order to access a loan property offered by the Military Housing Fund of the Peruvian Air Force - in the form of housing programs - law that in turn makes an arbitrary discount without the consent of the parties, and even more so without the parties being able to enjoy this right. For this reason, there is a violation of the autonomy of the military in their capacity as mandatory contributors, as well as the vulnerability to their freedom to hire and access decent housing.

In addition, the research has the following methodology: the type is basic because it allows collecting information from reality, orienting them to the discovery of laws, in addition, the level is descriptive: because it only seeks to explain a real situation, within a context, it is also governed by an inductive method, validated in a particular case, to conclude in a general explanation, and applies the non-experimental design, because there is no manipulation of the variables, and with a qualitative approach and finally having as an instrument, the guide of interview.

In the result of the investigation, it was determined that there is a violation of the adhesion contracts with respect to real estate loans, and this occurs from the moment that the military member who compulsorily contributes by an imperative norm, for being limited and cut part of His remuneration is adhered to this type of contract from the Military Housing Fund of the Peruvian Air Force.

Key Words: Contracts by adhesion, Freedom to contract, Ability to negotiate, Control Body, Real Estate Credits, Military Housing Funds.

Introducción

La Ley N° 24686, que crea en cada instituto de las Fuerzas Armadas y Fuerzas Policiales el fondo de vivienda militar y policial, señala en su artículo 4: *“El aporte a que se refiere los incisos a) y h) del artículo anterior, será el 5% de la remuneración pensionable del personal de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional”*. Por lo que, desde hace 30 años, esta obligatoriedad de aportación tiene como finalidad crear programas de vivienda masivos para el personal militar y policial. Es importante resaltar que, según información revelada por el congresista Osias Ramírez Gamarra, señaló que, de 1990 hasta el 2016 solo 2,231 han logrado algún beneficio, lo que significa que la referida Ley no está cumpliendo con su finalidad. Ahora bien, la problemática en la cual se centra la presente investigación es que existe una orientación a firmar un contrato por adhesión respecto de un crédito inmobiliario, contrato que se encuentra preestablecido por el Fondo de Vivienda Militar de la Fuerza Aérea del Perú (en adelante FOVIMFAP) - en la modalidad de programas de vivienda - en el cual, si bien no existe negociación por la naturaleza de este contrato, existe un vicio de voluntad hacia los aportantes, lesionando su autonomía de voluntad y vulnerando la libertad para contratar de los mismos. En ese orden de ideas, mi posición es que, se está desnaturalizando el contrato por adhesión, desde el momento que existe una ley que obliga a los miembros de esta institución a aportar el 5% de su remuneración de manera obligatoria, orientándolos a firmar un crédito inmobiliario, ocasionando así, lesión a la autonomía de voluntad, vulnerando la capacidad para negociar, y además limitando la capacidad de contratar con cualquier entidad financiera que le ofrezca posibilidades - reales - de acceder a una vivienda, ello debido a que parte de su remuneración está siendo descontada para una finalidad, que lamentablemente en la realidad, no se está cumpliendo. En un escenario real, si una institución o empresa, me descuenta para darme un servicio determinado, la misma velará para que cada consumidor que aceptó el contrato es decir el descuento, obtenga el servicio en óptimas condiciones, llenando así sus expectativas; sin embargo, esta utopía de tener un techo propio de la mano de FOVIMFAP no sucede.

Para el desarrollo de la presente investigación se han planteado los siguientes problemas específicos: a) ¿De qué manera la libertad para contratar vulnera los créditos inmobiliarios frente a los contratos por adhesión?, b) ¿De qué manera la capacidad para negociar vulnera los Créditos Inmobiliarios frente a los Contratos por Adhesión?, c) ¿Cuál es la importancia de que exista un Órgano de Control que supervise los contratos por adhesión respecto a los créditos inmobiliarios? Asimismo se ha planteado objetivos concisos para el desarrollo de la presente investigación, tales como: a) Identificar de qué manera la libertad para contratar vulnera los créditos inmobiliarios frente a los contratos por adhesión, b) Describir de qué manera la capacidad para negociar vulnera los créditos inmobiliarios frente a los contratos por adhesión, c) Establecer cuál es la importancia de que exista un órgano de control que supervise los contratos por adhesión respecto a los créditos inmobiliarios. No obstante para darle base a la presente investigación se ve justificada en cuatro aspectos los cuales serán: teóricamente la investigación busca que el término Fondos de Vivienda Militar impuesto por ley, bajo la modalidad de los programas de vivienda se proyecta como un contrato por adhesión cuya finalidad es obtener un crédito inmobiliario sea desarrollado por nuestra doctrina con el fin de identificar en qué tipo de contrato queda realmente expuesto un Fondo de Vivienda Militar, prácticamente la investigación pretende buscar una solución para que los miembros de la institución no vean limitados sus opciones de contratar con alguna entidad y/o empresa al momento de adquirir una vivienda, ello por el simple hecho de que por norma imperativa existe un descuento obligatorio de su remuneración, el mismo que va destinado a un fondo que en la práctica no está cumpliendo su finalidad, metodológicamente la investigación busca demostrar que existe un déficit en las aulas de derecho sobre la interpretación y doctrina del Fondo de Vivienda Militar, el cual será un problema para los futuros estudiantes de derecho al profundizar sus estudios en materia contractual, y legalmente la presente investigación aplicará un conjunto de opiniones que buscan respaldar la no obligatoriedad de aportar parte de su remuneración a un Fondo de Vivienda Militar que a lo largo de los años han sido pocos los beneficiados, con ello se podrá tipificar al Fondo de Vivienda Militar de la Fuerza Aérea del Perú como un contrato por Adhesión referido a

un crédito inmobiliario que permita la supervisión por un órgano de control externo como la de la Superintendencia de Banca y Seguros y AFP's dentro de las normas contractuales del derecho financiero, pues se tratan de dinero aportado por particulares, y como tal debería estar supervisado. La importancia al desarrollar la presente investigación es demostrar la realidad de todo aportante de una Institución militar, la misma que es la vulneración de su libertad para contratar y por ende la reducción arbitraria de un porcentaje de su remuneración. En las siguientes líneas describiremos el presente trabajo, el mismo que se encuentra dividido en tres capítulos, donde veremos a detalle el desarrollo de la presente investigación.

En el Capítulo I de la presente investigación nos enfocamos en la descripción de la realidad problemática, el cual nos adentrará a la investigación desde los ojos del investigador ello basado en organismos internacionales, regionales, locales, lo que nos permitirá describir el tema central de la investigación, seguidamente se delimitó la investigación en cuatro aspectos, comenzando el orden de los mismos por espacial, social, temporal y terminar ello con el conceptual, además de lo señalado el presente capítulo contiene, el problema de investigación, los objetivos de investigación que permitieron dar respuesta al problema principal y específico, asimismo la justificación como características y aspectos de la investigación que permitirá darle a la investigación un sentido lógico, teórico, metodológico que permitió llegar a una investigación precisa, a pesar de las limitaciones de la investigación que están presentes en cualquier tipo de investigación.

Seguidamente se desarrolló el Capítulo II que lleva por nombre Marco Teórico, nos presenta en función de los antecedentes comenzando por los internacionales y nacionales el cual permitió al investigador tener un panorama de la realidad externa e interna y qué respuesta le dieron a aquel problema planteado, además las bases teóricas que sirvieron como sustento para la presente tesis donde se arribará con el conjunto de citas comentadas que le dieron un soporte teórico y doctrinario al tema principal, como mencionamos permitieron dar sustentabilidad al tema de investigación desarrollado por el investigador, y por último tenemos las bases legales que son el cimiento donde se centró nuestro

tema en función de ciertas normas existentes, a su vez se usó un listado términos bajo la definición de términos básicos en relación al tema de investigación.

Lo mencionado en los párrafos precedentes se verán respaldados en el Capítulo III, que consiste en el Análisis e Interpretación de Resultados, en el encontramos la aplicación de instrumento, siendo la guía de entrevista utilizada en la presente investigación lo que permitió dar un soporte con otros profesionales especialistas en la materia, mediante el cual realizaremos cuadros, que serán interpretados para finalmente llegar a realizar una discusión de resultados que nos permitirán descubrir a profundidad el tema de investigación en este presente capítulo también le corresponden las conclusiones y recomendaciones, la primera de nuestra categoría y subcategoría y la segunda de las conclusiones para finalizar con fuentes de información que fueron utilizadas.

Los anexos son los respaldos a nuestra investigación el cual está conformado por la Matriz de Consistencia, como segundo anexo el instrumento el cual es la Guía de Entrevista por tratarse de una investigación del tipo cualitativa, el Juicio de Expertos, y el Anteproyecto de Ley.

La investigación se realizó en Lima.

CAPÍTULO I PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1 Descripción de la Realidad Problemática

Internacional

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, (2010), señala que:

La vivienda adecuada fue reconocida como parte del derecho a un nivel de vida adecuado en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966. (pg.1)

El tener una vivienda adecuada se encuentra reconocido como un derecho fundamental dentro de un Organismo Internacional, lo que significa que, aquella persona que desee acceder a una tiene que vivir dentro de las condiciones mínimas para asegurar su salubridad y seguridad, así mismo se encuentra contemplado en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su artículo 17, que toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente. Ello evidencia la facultad de toda persona de ejercer un derecho reconocido internacionalmente.

Continental

Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. (2012), nos refiere que:

La Ley NAHA es un acuerdo entre el Gobierno Nacional de Australia y cada uno de los Estados que componen la estructura federal de ese país, que entró en vigencia en enero de 2009. Su foco apunta a generar accesibilidad a un techo para la sociedad en general, sobrepasando con creces el filtro clásico de la vulnerabilidad extrema que regía en la ley anterior como criterio de elección para los beneficiarios de viviendas sociales.

Suecia ha visto en su población la necesidad de que todos accedan a una vivienda conforme a sus necesidades y posibilidades, ello juega un rol importante a nivel estado, pues será el estado que trabaje arduamente para ofrecer viviendas y/o arriendos adecuados, y serán sus ciudadanos los que dentro de su libertad decidirán qué tipo de vivienda se ajusta a sus posibilidades, una de arriendo o una para la compra.

Regional

Ley 1469 de 2011, de Colombia, refiere:

Art.24, Contrato de arrendamiento con opción de compra a favor del arrendatario. Como mecanismo para garantizar el derecho de acceso a una vivienda VIS o VIP, nueva o usada, a personas o familias que deseen adquirir una vivienda para su habitación, en especial aquellas personas o familias sin capacidad de ahorro ni acceso a crédito hipotecario, a partir de la vigencia de la presente ley se podrán suscribir contratos de arrendamiento con opción de compra a favor del arrendatario a través de los cuales podrá adquirirse la propiedad del inmueble destinado para el fin indicado.

La Ley colombiana, señala la facultad para que los ciudadanos accedan a una vivienda mediante un crédito hipotecario; como vemos existe la ley que otorga facilidades a los ciudadanos, pero no existe obligatoriedad en suscribir créditos hipotecarios que no se ajusten a las necesidades, gustos de los contribuyentes.

Local

Desde el punto de vista local, los Fondos de Vivienda Militares es la captación de recursos y tiene como finalidad que miembros de la institución Militar tengan acceso a una vivienda, sea ésta un departamento, terreno, casa, o reconstrucción de aires siempre y cuando el miembro militar no sea propietario de ningún predio.

Por otra parte, tenemos a los Contratos por adhesión, que son cláusulas estipuladas por el oferente donde la otra parte tiene la posibilidad de aceptar en su totalidad sin opción a negociar cláusula alguna, como también a no adherirse a él, existiendo un órgano regulador que proteja al más débil que vienen a ser los contratantes.

No obstante, la ley 24686 que regula los Fondos de Vivienda Militares, estipula que el aporte es de carácter obligatorio para todo aquel que no sea propietario de un bien, y de carácter voluntario aquel que tendiendo un bien decida seguir aportando. El problema radica en el límite de viviendas que ponen a disposición para los miembros militares mediante los Programas de vivienda, así como la falta de supervisión por parte de un órgano externo; encontrándose el contratante no sólo ante una serie de barreras burocráticas para su acceso, sino que además se le está vulnerando sus derechos.

Si bien existe un órgano de control interno dentro del Fondo de Vivienda Militar, éste en la realidad no protege los derechos de sus contribuyentes, dejando la falta de fiscalización externa un mal manejo de los fondos aportados. Es por ello que los contratos por adhesión respecto de los créditos inmobiliarios para acceder a una vivienda mediante un Programa inmobiliario, de conformidad con que señala la norma, debe existir un órgano de control ajeno a la institución, que se encargue de supervisar y velar los derechos del consumidor, que en el presente caso no existe.

La investigadora cree conveniente que dichas aportaciones sean de manera voluntaria, toda vez que estaría dentro de su manifestación de voluntad exteriorizar si desea adherirse a acceder a un crédito inmobiliario mediante un Programa de vivienda. Ya que, al tener pocos

proyectos de vivienda para una cantidad exorbitante de miembros militares resulta impensable, e imposible acceder a un techo propio.

El objetivo de la presente investigación no busca la derogación de la existente ley, busca una buena gestión de vivienda, administración de las aportaciones y, un órgano de control externo a la institución que se encargue de velar, supervisar, y defender cada uno de los derechos de los más susceptibles del presente contrato como lo serían los miembros militares, sin distinguir jerarquía, o años de servicio aportados.

Un antecedente importante en el Perú, fue el Fondo Nacional de Vivienda que estuvo lleno de corrupción, mala administración, y falta de supervisión, que a la fecha muchos aportantes solo han podido recuperar el 10% de lo aportado. ¡Conozcamos nuestro pasado y no repitamos la historia!

1.2 Delimitación de la Investigación

1.2.1 Delimitación Espacial

La presente investigación se realizó en la Base Aérea las Palmas, ubicado en Av. Jorge Chávez S/N, Santiago de Surco 15063, Lima.

1.2.2 Delimitación Social

La presente investigación se encuentra delimitada socialmente, por todos los aportantes del Fondo de Vivienda Militar de la Fuerza Aérea del Perú, donde cada uno ve afectado un porcentaje de su remuneración mensual - al descontársele de manera obligatoria - por una norma que en la práctica no consigue resultados idóneos, ya que conforme señala el despacho congresal hasta la fecha sólo 2,231 efectivos han logrado algún beneficio, ello pese a los años aportados. No obstante, ello no sólo conlleva a que los no beneficiados se encuentren limitados por una sola oferta al momento de adquirir una vivienda, sino que además ven vulnerados su manifestación de voluntad al momento de contratar.

1.2.3 Delimitación Temporal

El presente trabajo comenzó a estructurarse en agosto del año 2017 en el curso de Metodología de la Investigación, seguidamente fue perfilándose en el curso de Proyecto de Tesis, para finalmente en concluir en diciembre de 2018 en el curso de Ejecución de Tesis. No obstante, es importante señalar que la esencia per se en el día a día que hoy desarrollamos como problemática acontece desde hace más de 20 años.

1.2.4 Delimitación Conceptual

Elmer Capcha Vera, respecto del contrato por adhesión, indica que:

El contrato por adhesión se pretende facilitar la contratación en masa, disminuyendo los costos que significaría su realización de acuerdo con el sistema clásico de contratación; el consumidor puede celebrarlo o

abstenerse de hacerlo; sin embargo, no existe posibilidad alguna que negocie sus términos. (pg.350)

Respecto al crédito inmobiliario, conocido como un mutuo, Sumar, O. y Velarde, S. (2015) señalaron:

El mutuo es un contrato de crédito; una de las especies dentro del amplio genero de este tipo de contratos. Su utilidad es el financiamiento; la provisión de fondos económicos en favor de quien los requiera, con la obligación de restituirlos en un plazo convenido (o en defecto de este, en el plazo legal) y generalmente adicionado al pago de intereses, dado que actualmente es un contrato oneroso. (p.111)

1.3 Problema de Investigación

1.3.1 Problema General

¿De qué manera los contratos por adhesión vulneran los créditos inmobiliarios, en la Fuerza Aérea del Perú? Lima, 2017

1.3.2 Problemas Específicos

a) ¿De qué manera la libertad para contratar vulnera los créditos inmobiliarios frente a los contratos por adhesión, en la Fuerza Aérea del Perú? Lima, 2017

b) ¿En qué medida la capacidad para negociar vulneran los créditos inmobiliarios frente a los contratos por adhesión, en la Fuerza Aérea del Perú? Lima, 2017

c) ¿Cuál es la importancia de que exista un órgano de control que supervise los contratos por adhesión respecto a los créditos inmobiliarios, en la Fuerza Aérea del Perú? Lima, 2017

1.4. Objetivos de la Investigación

1.4.1 Objetivo General

Determinar de qué manera los contratos por adhesión vulneran los créditos Inmobiliarios, en la Fuerza Aérea del Perú, 2017.

1.4.2 Objetivos Específicos

- a) Identificar de qué manera la libertad para contratar vulnera los créditos inmobiliarios frente a los contratos por adhesión.
- b) Describir de qué manera la capacidad para negociar vulnera los créditos inmobiliarios frente a los contratos por adhesión.
- c) Establecer cuál es la importancia de que exista un órgano de control que supervise los contratos por adhesión respecto a los créditos inmobiliarios.

1.5 Supuestos y Categorías de la Investigación

1.5.1 Supuesto General

Es importante determinar de qué manera los Contratos por Adhesión vulneran los Créditos Inmobiliarios, en la Fuerza Aérea del Perú, 2017.

1.5.2 Supuestos Específicos

- a) Es viable identificar de qué manera la libertad para contratar vulnera los créditos inmobiliarios frente a los contratos por adhesión.
- b) Es posible describir de qué manera la capacidad para negociar vulnera los créditos inmobiliarios frente a los contratos por adhesión.
- c) Es permitido establecer cuál es la importancia de que exista un órgano de control que supervise los contratos por adhesión respecto a los créditos inmobiliarios.

1.5.3 Categoría

Los contratos por adhesión respecto a los créditos inmobiliarios.

Categoría dependiente: Contratos por adhesión

Elementos que tipifican al contrato de adhesión es que una de las partes fija unilateralmente las estipulaciones contractuales, sin la participación de otra, asimismo otro elemento característico de la definición legal del contrato por adhesión es que la parte que redacta o fija las estipulaciones plantea a la otra una alternativa inmodificable

entre la aceptación íntegra de tales estipulaciones, o sea de su oferta, y el rechazo, también íntegro, de ella. (De la puente, 2007)

Categoría independiente: Créditos inmobiliarios

El mutuo es un contrato de crédito; una de las especies dentro del amplio género de este tipo de contratos. Su utilidad es el financiamiento; la provisión de fondos económicos en favor de quien los requiera, con la obligación de restituirlos en un plazo convenido (o en defecto de este, en el plazo legal) y generalmente adicionado al pago de intereses, dado que actualmente es un contrato oneroso. (Sumar, y Velarde, 2015)

1.5.4 Subcategorías

Libertad para contratar

Así, en el ejercicio de la libertad contractual, las partes se convierten en legisladores de sus reglas contractuales, modificando si así lo disponen la regulación dispositiva de la ley, alterando los tipos – contratos mixtos y complejos-, regulando otros no previstos – contratos innominados-, o combinando los existentes. (Sumar, y Velarde, 2015)

Capacidad para negociar

La iniciativa negocial en virtud del reconocimiento jurídico de la autonomía privada, mediante el intento práctico, sigue siendo la única capaz de crear negocios jurídicos. El ordenamiento, en este caso, se limita a recibir esa manifestación de voluntad. Será comprensible, por tanto, que si en cada caso el intento se eleva a la categoría de precepto jurídico, el ordenamiento intervenga para disciplinar la actuación de la autonomía privada. (De la Puente, 2007)

Órgano de Control

El control público está enraizado en la estructura misma del poder estatal, pues no hay “poder sin control”, o al menos no debe haberlo, y es un predicado republicano su instauración y regulación, más aún en tiempos de un Estado, providencial, planificador y burocrático. El

control se impone para asegurar la sujeción del obrar público a reglas y principios de derecho y buena administración, en el que debe de imperar inexcusablemente la perspectiva finalista del bien común (causa fin), a la que debe ajustarse el poder (causa medio). El control es el instrumento impuesto para verificar esa correspondencia entre “medios” y “fines” y un deficiente procedimiento o estructura de contralor, además del riesgo político por las tentaciones que el ejercicio del poder ofrece, coadyuva a que se enseñoree la arbitrariedad y se falseen los valores en desmedro del fin del Estado. (León, y Necochea, 2007)

1.5.5. Operalización de las categorías.

CATEGORÍAS	DEFINICIÓN CONCEPTUAL	DEFINICIÓN OPERACIONAL	SUB - CATEGORÍAS
CAT.1	Elementos que tipifican al contrato de adhesión es que una de las partes fija unilateralmente las estipulaciones contractuales, sin la participación de otra, asimismo otro elemento característico de la definición legal del contrato por adhesión es que la parte que redacta o fija las estipulaciones plantea a la otra una alternativa inmodificable entre la aceptación íntegra de tales estipulaciones, o sea de su oferta, y el rechazo, también íntegro, de ella. (De la puente, 2007)	El contrato por adhesión implica que una de las partes delimita el contenido del contrato a cabalidad, quedando la otra parte en la posibilidad de aceptar o rechazar cada una de las cláusulas estipuladas; el aceptante no tiene la posibilidad para negociar el contenido del contrato, pues la particularidad de este tipo de contrato es agilizar la contratación.	Libertad para contratar
Contratos por adhesión			Capacidad para negociar
CAT.2	El mutuo es un contrato de crédito; una de las especies dentro del amplio género de este tipo de contratos. Su utilidad es el financiamiento; la provisión de fondos económicos en favor de quien los requiera, con la obligación de restituirlos en un plazo convenido (o en defecto de este, en el plazo legal) y generalmente adicionado al pago de intereses, dado que actualmente es un contrato oneroso. (Sumar, y Velarde, 2015)	Un crédito inmobiliario, su naturaleza contractual está contenida en un mutuo, sin embargo el fin de este préstamo será la de adquirir un bien inmueble, donde debido a la onerosidad se pacta el pago mediante un cronograma establecido, que la falta de incumplimiento de las cuotas permite al acreedor, cobrarse con el remate del bien inmueble, salvo pacto en contrario.	Órgano de control
Créditos inmobiliarios			

1.6 Metodología de la Investigación

1.6.1 Tipo y Nivel de la Investigación

a) Tipo de Investigación

Básica

Es de tipo básica porque: Investiga la relación entre variables o constructos, diagnostica alguna realidad empresarial, prueba y construye o adapta instrumentos de medición. (Vara, 2012, p.202.), es la que no tiene propósitos aplicativos inmediatos, pues solo busca ampliar y profundizar el caudal de conocimientos científicos existentes acerca de la realidad. Su objeto de estudio lo constituye las teorías científicas, las mismas que las analiza para perfeccionar sus contenidos (Carrasco. 2016 p.43)

De acuerdo a lo señalado por el referente, la presente investigación calzó dentro de una investigación básica, debido a que busco ampliar y profundizar la amplia gama de conocimientos científicos acerca de los contratos por adhesión respecto a los créditos inmobiliarios, las mismas que desarrollaron de manera minuciosa en los contenidos referentes a sus subcategorías.

b) Nivel de Investigación

Descriptivo

Con los estudios descriptivos se busca especificar las propiedades, las características y los perfiles de personas, grupos, comunidades, procesos, objetos o cualquier otro fenómeno que se someta a un análisis. Es decir, únicamente pretenden medir o recoger información de manera independiente o conjunta sobre los conceptos o las variables a las que se refieren, esto es, su objetivo no es indicar cómo se relacionan éstas. (Hernández, Fernández, Baptista, 2014:92)

Partiendo de los citados autores, el nivel de investigación en el presente trabajo fue descriptiva, lo cual permitió recoger información de manera independiente y conjunta sobre la categoría y las

subcategorías como parte del fenómeno de estudio en su realidad en concreto.

1.6.2 Método y Diseño de la Investigación

a) Método de la investigación

Inductivo

En la búsqueda cualitativa, en lugar de iniciar con una teoría y luego “voltar” al mundo empírico para confirmar si ésta es apoyada por los datos y resultados, el investigador comienza examinando los hechos en sí y en el proceso desarrolla una teoría coherente para representar lo que observa (Esterberg, 2002). Dicho de otra forma, las investigaciones cualitativas se basan más en una lógica y proceso inductivo (explorar y describir, y luego generar perspectivas teóricas). Van de lo particular a lo general. (Hernández, Fernández, Baptista, 2014:6)

El desarrollo de la presente investigación basado en un método de investigación deductivo, desde que se centró en desarrollar un caso particular que lo conllevo a un caso en general, ello permitió que los resultados sean obtenidos de manera individual en cuanto al fenómeno de estudio investigado.

b) Diseño de Investigación

(...), el término diseño adquiere otro significado, distinto al que posee dentro del enfoque cuantitativo, particularmente porque las investigaciones cualitativas están sujetas a condiciones de cada contexto en particular. En el enfoque cualitativo, el diseño se refiere al abordaje general que habremos de utilizar en el proceso de investigación. (Hernández, Fernández, Baptista, 2014:470)

Por lo anterior, el diseño de investigación de la presente investigación consistió en la adecuada aplicación de la metodología lo que permitió llevarlo a un contexto particular, a su vez, ello permitió brindar respuestas a la formulación del planteamiento del problema planteado por el investigador.

Teoría Fundamentada

La teoría fundamentada provee de un sentido de comprensión sólido porque “embona” en la situación bajo estudio, se trabaja de manera práctica, es sensible a las expresiones de los individuos del contexto considerado, además puede representar toda la complejidad descubierta en el proceso. (Creswell, 2013b; Draucker *et al.* 2007; y Glaser y Strauss, 1967). (Hernández, Fernández, Baptista, 2014:473)

“La teoría fundamentada provee de un sentido de comprensión sólido porque “embona” en la situación bajo estudio, se trabaja de manera práctica, es sensible a las expresiones de los individuos del contexto considerado, además puede representar toda la complejidad descubierta en el proceso...”(Hernández, Fernández, Baptista, 2014:473)

El fenómeno de estudio tuvo presente la teoría fundamentada en el sentido que al ser una teorización de opiniones en su máxima expresión, no comprobó hipótesis, es decir, que al recopilar datos producto de las entrevistas, trajo consigo conceptos originales y supuestos, que le son propios al resultado del método de investigación.

1.6.3 Población y muestra de la investigación

a) Población

"una población es el conjunto de todos los casos que concuerdan con una serie de especificaciones". Es la totalidad del fenómeno a estudiar, donde las entidades de la población poseen una característica común la cual se estudia y da origen a los datos de la investigación. (Hernández, Fernández, Baptista, 2014:174)

Población o universo conjunto de todos los casos que concuerdan con determinadas especificaciones. (Hernández, Fernández, Baptista, 2014:174)

Categoría	Especialidad	Población
Los contratos por adhesión respecto a los créditos inmobiliarios.	Abogados especialistas en Derecho de los contratos.	Fuerza Aérea del Perú.

b) Muestra

Muestra en el proceso cualitativo, grupo de personas, eventos, sucesos, comunidades, etc., sobre el cual se habrán de recolectar datos, sin que necesariamente sea estadísticamente representativo del universo o población que se estudia. (Hernández, Fernández, Baptista, 2014:384)

Categoría	Especialidad	Población
Los contratos por adhesión respecto a los créditos inmobiliarios.	Abogados especialistas en Derecho de los contratos.	Cuatro especialistas en Derecho de los contratos.

1.6.4 Técnicas e Instrumentos de recolección de datos

a) Técnicas

(...), el investigador cualitativo utiliza técnicas para recolectar datos, como la observación no estructurada, entrevistas abiertas, revisión de documentos, discusión en grupo, evaluación de experiencias personales, registro de historias de vida, e interacción e introspección con grupos o comunidades. (Hernández, Fernández, Baptista, 2014:9)

Los datos se recolectan por medio de diversas técnicas o métodos, que también pueden cambiar en el transcurso del estudio: observaciones, entrevistas, análisis de documentos, y registros, etcétera. (Hernández, Fernández, Baptista, 2014:460)

Entre las principales técnicas e instrumentos de recolección de datos se encuentran los diversos tipos de observación, diferentes clases de entrevista, estudio de casos, historias de vida, historial oral, entre otros. Asimismo, es importante considerar el uso de materiales que faciliten la recolección de información como cintas y grabaciones,

videos, fotografías y técnicas de mapeo necesarias para la reconstrucción de la realidad social. (Hernández, Fernández, Baptista, 2014:466)

Se deben aplicar técnicas en todo proceso de investigación, pues son la llave que permitirán al investigador determinar cuáles son las más adecuadas para la recolección de datos con la finalidad de responder sus objetivos.

Fichaje

El fichaje usado como técnica de recopilación de datos, consiste en registrar o consignar información significativa y de interés para el investigador, por escrito, en tarjetas de diferentes tamaños llamadas fichas. (Carrasco, 2007:280)

El fichaje, además permitirá al investigador que sea un aliado al momento de su estudio para una sustentación de grado, pues serán la clave al investigador para reforzar las hipótesis planteadas.

Entrevista

La entrevista cualitativa es más íntima, flexible y abierta que la cuantitativa, es decir que se define como una reunión para conversar e intercambiar información entre una persona (el entrevistador) y otra (el entrevistado) u otras (entrevistados). Por lo que, la entrevista, a través de las preguntas y respuestas se logra una comunicación y la construcción conjunta de significados respecto a un tema. (Hernández, Fernández, Baptista, 2014:403)

La posibilidad de que el investigador pueda realizar entrevistas a especialistas que se encuentran inmiscuidos en la problemática central planteada por el investigador, permite obtener respuestas e incluso permitirá resolver la problemática planteada por el investigador.

b) Instrumentos

El momento de aplicar los instrumentos de medición y recolectar los datos representa la oportunidad para el investigador de confrontar el

trabajo conceptual y de planeación de hechos. (Hernández, Fernández, Baptista, 2014:196)

El instrumento de recolección de los datos en el proceso cualitativo es el investigador (Hernández, Fernández, Baptista, 2014:459)

Tal es así que, el instrumento que se aplicó para el desarrollo de la presente investigación fue el cuestionario, el cual fue aplicado a los especialistas en Derecho de los contratos de la Fuerza Aérea del Perú.

Guía de entrevista

(...), La guía de entrevista tiene la finalidad de obtener la información necesaria para responder al planteamiento. (Hernández, Fernández, Baptista, 2014:407)

Entrevista cualitativa pueden hacerse preguntas sobre experiencias, opiniones, valores y creencias, emociones, sentimientos, hechos, historias de vida, percepciones, atribuciones, etcétera. (Hernández, Fernández, Baptista, 2014:407)

Cuando el investigador se encuentra en dicha etapa, no debe estar permitido improvisar, con ello me refiero que, la guía de entrevista le hace saber a sus entrevistados que domina el tema de investigación, lo cual no impide a los especialistas dar pequeñas correcciones o precisiones respecto de algunos vacíos o deficiencias.

1.6.5 Justificación, Importancia y Limitaciones de la investigación

a) Justificación

Justificación Teórica

Para definir la justificación teórica de la presente investigación, debemos tener presente lo señalado por Hernández, Fernández, Baptista, (2014) que mencionó:

“Justificación de la investigación indica el porqué de la investigación exponiendo sus razones. Por medio de la justificación debemos demostrar que el estudio es necesario e importante”. (p.40)

El investigador busco establecer cómo el miembro militar en su calidad de aportante ve vulnerado su libertad para contratar respecto a un contrato por adhesión, esto en razón que se ve obligado a aportar a un Fondo que nace de una norma con carácter imperativo, lo que perjudica parte de su libertad de decisión propia en su autonomía de la voluntad. El investigador busco desarrollar en la doctrina elementos que identifiquen cualquier vulneración a la libertad para contratar de un contrato por adhesión cuando ésta nace de una norma, norma que en la realidad no satisface las necesidades para lo cual fue creada. De tal modo, la presente investigación sirva de antecedente para futuras investigaciones que puedan distinguir y prevenir cualquier tipo de vulneración a la libertad de contratación respecto a un contrato por adhesión.

Justificación Práctica

Para definir la justificación práctica de la presente investigación, debemos tener en cuenta lo señalado por Hernández, Fernández, Baptista (2014) que mencionó:

“¿Ayudará a resolver algún problema práctico? ¿Tiene implicaciones trascendentales para una amplia gama de problemas prácticos?”
(p.40)

La investigadora busco dar solución a este tipo de normas de carácter imperativo que de cierta manera inducen al militar en su calidad de aportante – obligatorio – a aceptar un contrato por adhesión respecto de un crédito inmobiliario ofrecido por un Fondo de Vivienda al cual no decidieron pertenecer, ocasionándosele no sólo un perjuicio a su libertad de contratar sino que además ocasiona un desmedro a su esfera patrimonial en razón de su remuneración mensual como servidor de la patria.

Justificación Metodológica

Para definir la investigación metodológica de la presente investigación, debemos tener presente lo señalado por Hernández, Fernández, Baptista (2014) que mencionó:

La investigación, ¿puede ayudar a crear un nuevo instrumento para recolectar y/o analizar datos?, ¿ayuda a la definición de un concepto, variable o relación entre variables?, ¿pueden lograrse con ella mejoras de la forma de experimentar con una o más variables?, ¿sugiere cómo estudiar más adecuadamente una población? (p.40)

La investigación metodológica busca desde un aspecto inductivo reconocer que en los contratos por adhesión respecto a los créditos inmobiliarios se vienen vulnerando la libertad de contratación a los miembros militares en su calidad de aportantes, calidad que se adquieren mediante una ley, y a su vez partimos de un paradigma correlacional que busca descubrir la relación que existe entre la categoría y subcategorías, asimismo también obedece a la guía de entrevista donde se recolecto información y se identificó cuando el miembro militar en su calidad de aportante es propenso a vulnerársele su libertad para contratar, donde en su mayoría ha sido producto de la ley.

Justificación Legal

Para definir la justificación Legal de la presente investigación, debemos tener en cuenta lo señalado por Hernández, Fernández, Baptista (2014) que mencionó:

“¿Cuál es su trascendencia para la sociedad?, ¿quiénes se beneficiarán con los resultados de la investigación?, ¿de qué modo? En resumen, ¿qué alcance o proyección social tiene?” (p.40)

Con el desarrollo de la presente investigación se buscó beneficiar a un grupo social de servidores públicos que laboran en una institución militar, en específico los pertenecientes a la Fuerza Aérea del Perú, debido a que por una ley de carácter imperativo son propensos a que su libertad de contratación se vea vulnerada, lesionando así parte de su esfera patrimonial; la derogación o la modificación de la Ley 24686 permitirá a los militares a que se les devuelva una aportación arbitraria, y además tener mayor libertad de decisión para la compra de un bien.

Justificación Legal

Para definir la justificación legal de la presente investigación, debemos tener presente lo señalado por Hernández, Fernández, Baptista (2014) que mencionó:

Una investigación llega a ser conveniente por diversos motivos: tal vez ayude a resolver un problema social, a formular una teoría o a generar nuevas inquietudes de investigación. Lo que algunos consideran relevante para investigar puede no serlo para otros, pues suele diferir la opinión de las personas. (p.40)

La presente investigación en cuanto a la justificación legal aplico un conjunto de opiniones que buscaron respaldar primero la vulneración de la libertad para contratar de los miembros de la institución en su calidad de aportante, que los induce a contratar de manera obligatoria con un tipo de contrato por adhesión que no trae beneficios, una futura norma puede evitar la vulneración de sus derecho fundamental como la autonomía de la voluntad, y además que no se le vea afectado su remuneración, todo ello a través de un órgano de control autónomo supervisar las adendas que pudieran ser lesivas al miembro aportante.

b) Importancia

Según Cruz (2014) nos manifestó respecto de la importancia que: “Para ello, los profesores deben infundir en los alumnos la importancia de la investigación en el terreno académico y en el profesional, destacando su relevancia tanto en la generación de conocimiento como en la búsqueda de solución a problemas”. (p.335)

La importancia al desarrollar la presente investigación es la demostrar la realidad de todo aportante de una Institución militar que, durante años se ha vulnerado su libertad para contratar, lo que ha conllevado no sólo a afectar parte de un descuento arbitrario en su remuneración, sino que además, en esos años han sido pocos los

beneficiados, lo que demuestra estadísticamente que el fondo de vivienda militar no está cumpliendo con la finalidad por la cual fue creada, que es la de que los militares aportantes cuenten con una vivienda.

c) Limitaciones de la Investigación

Ejemplos de limitaciones serían que algunos participantes abandonaron el estudio; que no se efectuara una sesión grupal que era importante; que se requería evidencia contraria, pero el presupuesto o el tiempo se agotó y ya no se pudo regresar al campo para recabar más datos. (Hernández, Fernández, Baptista, 2014:523)

Búsqueda de Fuentes de Información

Para desarrollo de la presente investigación se ha presentado una serie de limitaciones que han hecho difícil la investigación de la problemática presentada en el presente trabajo. Se tuvieron limitaciones bibliográficas, ya que no se encontró libros específicos que detallen el problema de los Fondos de Vivienda, pese a tener el antecedente nacional como lo es FONAVI, de igual manera sucedió con los contratos por adhesión, ya que al ser un tema poco abarcado por la doctrina, solo se encontraron libros que hablan de manera general. Frente a esta limitación se consultó referencias bibliográficas internacionales para coadyuvar dicha limitante.

Recursos económicos

Es preciso mencionar que, la presente investigación también se vio limitada por la falta de recursos económicos. No se pudo obtener acceso a bibliotecas nacionales y/o universitarias para el acceso de fuentes de información, toda vez que parte del desarrollo investigativo se dio en medio de una pandemia mundial, como lo es el COVID-19. Dicha pandemia, afectó en la falta de recursos económicos para el gasto impresiones de libros y/o compendios de derecho que permitan la explicación y desarrollo de la problemática materia de investigación. Asimismo, se tuvo recursos económicos

limitados para la compra de libros nacionales e internacionales, revistas jurídicas, toda vez que al encontrarnos en una pandemia mundial, donde además el gobierno nacional declaró en emergencia sanitaria y dio una serie de medidas restrictivas que impidieron recorrer bibliotecas de manera presencial para la consulta y compra de libros, asimismo al ser una situación nueva para el país, eran contadas las bibliotecas que tenían una página web que permita el acceso y/o compra de estos por medios digitales. Por último, otro gasto económico se dio en las entrevistas a los especialistas consultados en la problemática desarrollada en el presente trabajo.

Para la subsanación de las limitantes dentro de las fuentes de información se tuvo que cambiar la variable dependiente de fondos de vivienda a contratos por adhesión, de esta manera se pudo enriquecer la presente investigación, asimismo la proporción desinteresada de libros de derecho respecto al tema por parte de abogados de mi centro laboral.

De igual manera, para la subsanación de las limitantes que se tuvo como la falta de recursos económicos, el desarrollo rápido de páginas web de bibliotecas y universidades permitió el acceso de libros, compendios de derechos, y revistas jurídicas. Otra forma de subsanar la falta de recursos económicos para las impresiones, tuve ayuda del centro laboral para las impresiones de los materiales a necesitar, o en su defecto se hizo lectura digital. Por otro lado, la falta de recursos económicos en la compra de libros, fue coadyuvada por libros proporcionados de estudiantes de derecho de otras universidades, abogados de mi centro laboral, y grupos de estudio. Finalmente, los gastos para las entrevistas se desarrollaron con ahorros que se tuvo con las remuneraciones como practicante en dicho momento.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1 Antecedentes de la Investigación

2.1.2 Antecedentes Internacionales

Naranjo, (2017), en su tesis titulada: “Los Contratos por Adhesión y sus implicaciones legales en la Sociedad Ecuatoriana en el primer semestre del año 2016” para obtener el grado de Abogada, por la Universidad Central de Ecuador, arriba a los siguientes objetivos: Analizar el impacto que en los derechos individuales de los ecuatorianos tiene la prestación de bienes y servicios mediante los Contratos por Adhesión, Delimitar el marco conceptual de los Contratos por Adhesión, Comprobar en la sociedad ecuatoriana, la incidencia que en los derechos individuales posee la prestación de bienes y servicios mediante los Contratos por Adhesión, Proponer los pilares sobre los que se debe fundar un orden normativo que permita respetar a cabalidad, los principios fundamentales en la contratación, teniendo como población y muestra a 5 abogados especializados en temas civiles; 5 jueces especializados en el ámbito civil; y 50 ciudadanos de la población ecuatoriana, y por conclusiones: a) A pesar de contar desde el año 2000 con una Ley Orgánica de Protección al Consumidor, que regula entre otras

cuestiones el contrato de adhesión y las cláusulas que se considerarían nulas por ser abusivas, en la realidad nacional, la mayoría de las relaciones contractuales que tienen lugar son mediante la instrumentación de contratos por adhesión, que implican un resquebrajamiento de la autonomía de la voluntad de la parte adquirente. b) En este sentido, es mayoritaria la postura de considerar pertinente, prudente y necesaria, una reforma a la legislación nacional, de forma tal que se logre una ley con mayor objetividad, y con ello brinde mayor seguridad a los consumidores en las relaciones contractuales de adquisición de bienes y servicios, llegando a las siguientes recomendaciones: a) Establecer por parte de los ministerios pertinentes, las políticas públicas necesarias destinadas a elevar la cultura jurídica de la población, en materia de derechos constitucionales, contractual, y de defensa del consumidor. En este sentido Ministerios tales como de comercio, así como otros relacionados, deberán establecer políticas concretas, objetivas que materializasen y generalicen las formas de exigir por la ciudadanía el respeto de sus derechos en las relaciones contractuales que sean capaces de entablar, b) Proponer una reforma parcial al Código Orgánico de Protección al Consumidor, de forma tal que se logre materializar con mayor certeza, la protección debida a los derechos de los consumidores en las relaciones contractuales que entablen.

Archila, (2015), en su tesis titulada: *"El Contrato De Consumo, La Protección Del Consumidor"* para obtener el grado de Licenciado en ciencias Jurídicas y Sociales, por la Universidad Rafael Landívar, arriba a los siguientes objetivos: promover la cultura del consumidor y usuario para fortalecer la calidad de vida, a través de conferencias, creación y divulgación de material educativo, ferias del Consumidor y Ferias Escolares, mediante el cumplimiento de lo establecido en el Plan Operativo Anual, brindar en forma eficiente, eficaz y personalizada la atención al 100% de las quejas desde su recepción hasta su resolución mediante la aplicación del debido procedimiento administrativo, Promover la mejora continua en el servicio mediante

capacitaciones al personal una vez al mes y una evaluación trimestral del desempeño a todo el personal de la Institución, Vigilar y verificar el respeto e igualdad de los derechos y obligaciones entre los consumidores y proveedores mediante el cumplimiento de lo establecido en el plan operativo anual. La política de calidad es promover, divulgar y defender los derechos de los consumidores y usuarios, cumpliendo con la legislación a través de procedimientos eficientes y eficaces, aplicando la mejora continua, fomentando para ello relaciones equitativas entre consumidores y usuarios, la presente investigación tiene como población y muestra: costa Rica, Guatemala, El Salvador, Honduras, Nicaragua, Panamá, Datos publicados en el “Compendio Estado de los Derechos del Consumidor en Centroamérica”, CONCADECO, Consejo de Protección al Consumidor, Centroamérica, agosto 2008, y por conclusiones: a) La Ley de Protección al Consumidor y Usuario es la principal ley en Guatemala encargada de regular las relaciones entre consumidores o usuarios y los proveedores de bienes y servicios, la cual establece derechos, obligaciones, prohibiciones, diferentes formas para la resolución de conflictos, sanciones administrativas, etc.; Sin embargo es necesario la promulgación de una nueva ley que diseñe los mecanismos que generen mercados más competitivos, para que los consumidores puedan satisfacer sus expectativas y necesidades, siendo de suma importancia que la normativa que se adopte no obstaculice el desarrollo económico y al contrario fortalezca una economía de libre mercado en beneficio de consumidores y proveedores, b) La importancia de la protección del consumidor así como sus derechos forman parte del derecho actual, el cual ha ido cobrando relevancia y desarrollándose con el transcurso del tiempo, llegando a ser parte de movimientos jurídicos y políticos en defensa del consumidor, lo que pone en evidencia el papel de este último en las relaciones de consumo, proponiendo las siguientes recomendaciones: a) Con la promulgación de una ley que fortalezca y vele por los derechos del consumidor y usuario, se

recomienda crear una Procuraduría de los Derechos del Consumidor y Usuario la cual debe de fortalecer la verificación de los derechos del consumidor y debe de ser la entidad encargada de dirigir y regular las políticas de protección y defensa de los derechos del consumidor, siendo esta última una institución autónoma y descentralizada, con personalidad jurídica y patrimonio propio, con independencia funcional y administrativa y con competencia en todo el territorio nacional, b) La nueva ley de protección al consumidor debe de velar y tener especial interés en realizar acciones preventivas y de concientización de los derechos del consumidor para así buscar el equilibrio en las relaciones de consumo. Dichas acciones preventivas deberían de constituirse en las herramientas para la consolidación la protección de los derechos del consumidor, procurando la modernización útil y eficaz de la forma de trabajar de los proveedores de bienes y servicios, mejorando así la relación con los consumidores, quienes son la razón de su existencia.

Velasco, (2015), en su tesis titulada: “El efecto de la nulidad de pleno derecho de las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión bancarios” para obtener el grado de Abogada, por la Universidad San Francisco de Quito, arriba a los siguientes objetivos: Analizaré su aplicación en los contratos y cómo su relación con otras instituciones del derecho civil me lleva a concluir que es inadecuada. La nulidad de pleno derecho prescinde de la declaración de un juez para que surta su efecto, o deje inválida la cláusula o contrato, Analizaré a las cláusulas prohibidas por las resoluciones de la Superintendencia de Bancos y Seguros como el Código de Derechos del Usuario del Sistema Financiero. Posteriormente, pasaré a estudiar la nulidad de pleno derecho como efecto de estas cláusulas prohibidas, sus características, elementos y su aplicación en el Ecuador, Estudiaré los efectos de la nulidad de pleno derecho de las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión bancarios, y su relación con otras instituciones civiles, y como población y muestra: superintendencia de bancos de ecuador, el consumidor, y por

conclusiones: a) Las cláusulas abusivas pueden afectar al objeto del contrato bancarios, entonces el consumidor puede abstenerse de cumplirlo amparado en la Ley. No obstante sin declaración judicial, la institución financiera podría iniciar una acción por incumplimiento, b) La cláusula abusiva por espacios en blanco puede afectar cualquier estipulación del contrato, por lo mismo al ser una cláusula abusiva tan amplia, requiere que el Juez compruebe que dicha cláusula tiene espacios en blanco sustanciales, c) La protección por ley a los usuarios financieros, a través de la nulidad de pleno derecho, es ineficaz. Por lo que deberá ser declarada judicialmente o a través de un control efectivo por la Superintendencia de Bancos.

Segura, (2014), en su tesis titulada: “Análisis Jurídico De Distintos Contratos De Adhesión En El Ámbito Comercial Moderno Y Sus Implicaciones En Los Derechos Del Consumidor, Dentro De La Perspectiva De Las Cláusulas Abusivas Y Las Prácticas Comerciales Desleales” para obtener el grado de Licenciado en Derecho, por la Universidad de Costa Rica, arriba a los siguientes objetivos: Analizar desde un enfoque jurídico distintos contratos de adhesión y demostrar la existencia de cláusulas abusivas que limitan los derechos del consumidor. Determinar cuál ha sido la labor de la LPCDEC N°7472 y otras leyes relacionadas, así como de los distintos órganos competentes en la materia, Exponer una reseña breve acerca de la teoría general de los contratos, que facilite una base para comprender y discernir las características de una cláusula abusiva, Establecer una concepción clara de los conceptos de “contratos de adhesión”, “contratos atípicos”, “cláusulas abusivas”, “responsabilidad civil” y “consumidor”, todo desde una perspectiva legal y/o doctrinaria y/o jurisprudencial, Externar un enfoque interpretativo acerca de los objetivos que tuvo la promulgación de la LPCDEC N°7472 con respecto a la regulación en un mismo cuerpo legal de conceptos en apariencia excluyentes como el de “promoción de la competencia” y la “defensa del consumidor” con respecto al uso exagerado de los contratos de adhesión, Analizar distintos

contratos de adhesión de uso recurrente en la actualidad y establecer cuáles son las cláusulas abusivas más comunes que estos presentan, Investigar las interpretaciones sobre el tema emanadas por las autoridades judiciales y administrativas y asimismo conocer cómo se han resuelto muchas de las denuncias planteadas por los consumidores con respecto a cláusulas abusivas. Proponer una reforma para tratar de reducir al máximo el uso de cláusulas abusivas o algunas prácticas desleales relacionadas con determinada figura contractual, y como población y muestra: Consumidores de Costa Rica, Consumidores de contratos modernos en Costa Rica, teniendo como conclusiones: a) A la CPPC le corresponde sancionar las cláusulas que tiendan a las restricciones de la libre competencia y a la libertad de comercio; esta potestad es bastante útil, ya que es muy beneficioso que un órgano administrativo tenga esta capacidad, al ayudar con la descongestión del aparato judicial. Sin embargo, surge la duda del porqué un órgano similar como la CNC creado por la misma ley, no tiene aptitudes para sancionar y eliminar prácticas similares e igualmente reprochables como las cláusulas abusivas; esto de nuevo es consecuencia de una errada técnica legislativa, proponiendo la siguiente recomendación: a) Se debe crear un órgano totalmente neutral capaz de eliminar alguna cláusula que algún denunciante considere abusiva, en especial atención a aquellas que eximan de responsabilidad e impliquen renunciar a acudir ante la jurisdicción del país de residencia del consumidor o donde la prestación se ejecute.

Aragón, y Rivel, (2013), en su tesis titulada: "Cláusulas Abusivas en Los Contratos De Tarjeta De Crédito. Una Perspectiva Desde El Derecho Del Consumidor" para optar el título de licenciatura en Derecho, por la Universidad de Costa Rica, arriba al siguiente objetivo: Analizar la contratación de tarjetas de crédito en Costa Rica, a la luz de nuestro ordenamiento normativo, con la finalidad de identificar la posible incursión en prácticas ilegales por parte de los

emisores bancarios, mediante la fijación de cláusulas abusivas en perjuicio del consumidor, Población y Muestra: Consumidores Costarricenses, Consumidores Costarricenses de Tarjetas de Crédito, en torno a su investigación llega a las siguientes conclusiones: a) El tráfico mercantil avanza rápidamente, de igual manera lo hacen las posibles situaciones de peligro y desigualdad a las que se enfrenta la parte adherente en los contratos de tarjetas de crédito. Dado lo anterior, se considera que la imposición de un listado taxativo de cláusulas abusivas mediante los artículos 1023 del Código Civil y 24 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, no logra responder a la evolución del mercado y abarcar en su totalidad las cláusulas que pudieran llegarse a configurar como abusivas, b) Se presenta una amplia falta de oficiosidad por parte del Estado, el cual se ha mantenido distante ante el crecimiento del mercado de tarjetas de crédito hacia un notable desequilibrio en perjuicio de la sociedad como conjunto y en favor de unos pocos comerciantes que se favorecen de las multimillonarias ganancias que de él se derivan. Se podría decir que la reciente creación del Reglamento de Tarjetas de Crédito y Débito es un parcial despertar por parte de los gobernantes, así como en su momento lo fue la creación de la ley 7472, no obstante, no es secreto para nadie que estas normas no han conseguido velar del todo por el bienestar común y mucho menos detener al agresivo mercado de dañar al consumidor

2.2.3 Antecedentes Nacionales

Galván, (2014), en su tesis titulada: “Los Contratos de Adhesión y su vulneración a la Libertad Contractual por Empresas de Servicios de Telefonía, en la Ciudad de Huaraz, Durante El Año 2010” para optar el título de Magister en Derecho Civil y Comercial, por la Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo, arriba a los siguientes objetivos: Analizar cómo los contratos de adhesión general afectan la libertad contractual por parte de las Empresas de Servicios de Telefonía, en la ciudad de Huaraz, durante el año 2010, a) Explicar

los planteamientos teóricos directamente relacionados con la celebración de los contratos de adhesión utilizados en las Empresas de Telefonía de la ciudad de Huaraz, b) Determinar los presupuestos del Acto Jurídico establecidos en el artículo 140, 1390 y siguientes del Código Civil, son aplicados por los operadores jurídicos en la Celebración de los contratos de adhesión, c) Identificar y describir los problemas que presentan los contratos de adhesión general en relación a la libertad contractual por parte de las Empresas de Servicios de Telefonía, en la ciudad de Huaraz, durante el año 2010, d) Identificar y describir los derechos vulnerados como consecuencia de la presencia de los contratos de adhesión general por parte de las Empresas de Servicios de Telefonía, en la ciudad de Huaraz, durante el año 2010, e) Explicar los límites a libertad contractual en relación a los principios constitucionales del valor de la persona humana, el orden público económico, derecho de los consumidores, el derecho a una información completa y exhaustiva y el derecho a la no discriminación, por población y muestra: Ciudad de Huaraz en el año 2010. Usuarios de las empresas Telefónicas, conclusiones: a) En los contratos de adhesión libertad contractual de una de las partes se reduce a la mínima expresión imaginable, donde debe someterse a todas las estipulaciones previamente redactadas por la otra, de manera que la única manifestación de su voluntad contractual consiste en la firma del contrato y la consiguiente automática asunción del hermético y preordenado condicionado del mismo, b) En los contratos de adhesión la libertad contractual queda reducida a la libertad de contratar o no hacerlo, como simple facultad alternativa que puede resultar excesivo denominar como libertad contractual, del mismo modo que puede entenderse como generoso titular de pactos o estipulaciones a las referidas condiciones generales de la contratación, cuya razón de ser consiste, precisamente, en la ordenación interesada del sinalagma en cuanto a sus efectos, mediante la eliminación del mismo en el momento de la creación de las obligaciones, c) Los contratos de adhesión general

realizadas por parte de las Empresas de Servicios de Telefonía, afectan la libertad y autonomía contractual de los usuarios, y afectan principios y derechos constitucionales como el valor de la persona humana, el orden público económico, derecho de los consumidores, el derecho a una información completa y exhaustiva y el derecho a la no discriminación; teniendo las siguientes recomendaciones: a) Proponer la revisión de la legislación civil peruana, principalmente en materia contractual, con el objetivo de rediseñar los esquemas de contratación en masa, o en su defecto, la modificación de los pilares del contrato tradicional, basados en un criterio humanista para regular la autonomía privada en los contratos de adhesión, admitiendo que los daños al proyecto de vida del ser humano constituyen límites infranqueables de la libertad contractual, ya que las tendencias modernas en materia contractual sólo serán valiosas si respetan cabalmente a la persona humana, b) Con el fin de proteger a las víctimas de imposiciones unilaterales y abusivas en los contratos de adhesión, se hace necesario la aplicación de su poder de control sobre lo pactado en la interpretación de las cláusulas leoninas o draconianas que suelen revelar un desequilibrio en la relación contractual, cuando ha sido llamada a determinar las obligaciones respectivas de las partes en causa; debido a que estos constituyen una flagrante violación de los pilares básicos del contrato tradicional, afectando definitivamente la autonomía de la voluntad.

Herrera, (2015), en su tesis titulada: “Análisis Jurídico de las Cláusulas Abusivas en los Contratos de Consumo” para optar el título de Abogado de, por la Universidad Nacional de San Agustín, arriba a los siguientes objetivos: determinar cómo se viene tratando –*identificación, aplicación, deficiencias y aciertos*– las cláusulas abusivas en los contratos de consumo, establecer los criterios que se deben tomar en cuenta para identificar las cláusulas abusivas en los contratos de consumo, identificar la forma de aplicación de normas y procedimientos en el tratamiento de las cláusulas abusivas, analizar las deficiencias y aciertos en la normativa sobre

el tratamiento de las cláusulas abusivas, determinar los casos de admisibilidad, procedibilidad y fundabilidad de demandas o denuncias en los procesos que versen sobre cláusulas abusivas, elaborar un marco general sobre el tratamiento normativo, procedimental y jurisprudencial de las cláusulas abusivas, y por población y Muestra: Perú, Contratos de Consumo en el Perú en el año 2014, y por conclusiones: a) El Código, ha dado paso a la Constitución en la regulación de la conducta entre los particulares, estos no escapan a irradiación de los principios y valores; y, en el campo de las relaciones contractuales no puede concebirse el principio de autonomía privada y la libertad contractual como absoluto, fundado en la libertad, pues encuentra límites en la Constitución, y en especial, en el principio que obliga a no abusar de la libertad de contratación y los derechos fundamentales, normas que sustentan todo el ordenamiento jurídico, b) Consideramos que serán consideradas abusivas, las cláusulas que no fueran claras, comprensibles y negociadas individualmente que empeoran la posición del consumidor respecto al derecho dispositivo vigente y que no las habría aceptado en una negociación leal y equitativa, c) Sobre los sectores económicos objeto de denuncia, se puede corroborar que el sector hotelero, financiero e inmobiliario representa el más denunciado, aunque, a partir de las decisiones a favor del consumidor estas se centraron en mayor medida en los sectores financiero y hotelero. Aquí debemos tener en cuenta que a pesar de las atenciones expuestas, el sector regulado correspondiente al financiero sigue manteniendo índices elevado de denuncias referidas a cláusulas abusivas.

Flores, (2016), en su tesis titulada: “Ni para atrás ni para adelante, Cuándo la Regulación Desconoce los Derechos de los Consumidores en los Contratos de Capitalización Inmobiliaria” para optar el título de Magister en Derecho Bancario y Financiero, por la Pontificia Universidad Católica del Perú, arriba al siguiente objetivo: Establecer en qué situaciones se aplican estas normas, quien asume

responsabilidad por infracción a estas normas y finalmente tener claro el camino del consumidor de estos contratos sobre lo que puede o no pretender en sede administrativa respecto a sus derechos, y como población y muestra: Consumidor en el Sector Financiero, Perú, y como conclusiones: a) Se ha establecido que los consumidores de los Contratos de Capitalización Inmobiliaria sí encuentran protección de las normas de protección al consumidor ante INDECOPI – sede administrativa – por vulneración a sus derechos e incumplimiento a las obligaciones del proveedor por defectos derivados de la idoneidad de los inmuebles materia del contrato en cuestión, ello, ante la exposición a una relación de consumo, b) Se ha establecido que las Empresas de Operaciones Múltiples y Empresas de Capitalización Inmobiliaria son quienes asumen la responsabilidad por vulneración a los derechos de los consumidores o incumplimiento de sus obligaciones por defectos que nazcan del mismo Contrato de Capitalización Inmobiliaria, y por recomendaciones: a) Se recomienda hacer seguimiento de las resoluciones de la Comisión de Protección al Consumidor del INDECOPI así como resoluciones y criterios establecidos por la Sala de Protección al Consumidor en la conceptualización de “consumidor” y aquellas surgidas de la actividad inmobiliaria con la finalidad de establecer la factibilidad de denuncias por infracción a las normas de protección al consumidor en el caso de contratos de capitalización inmobiliaria. La variación de un criterio puede reforzar o restar una acción de esta naturaleza, b) Se recomienda tener presente que la inclusión normativa de la responsabilidad del constructor frente al beneficiario de un contrato de capitalización inmobiliaria legítima una acción de naturaleza administrativa sancionadora ante INDECOPI de este último contra el constructor

Lázaro, (2014), en su tesis titulada: “El Crédito Hipotecario – Fondo Mi Vivienda y su Incidencia en la Morosidad en el Sistema Financiero 2010 - 2014” para optar el título de Licenciado en Administración, por la Universidad Privada del Norte, arriba a los siguientes objetivos:

Determinar la incidencia del Crédito Hipotecario – Fondo MIVIVIENDA en la morosidad en el sistema financiero durante los años 2010-2014, Determinar la relación entre el Crédito Hipotecario Fondo MIVIVIENDA y la morosidad en el sistema financiero entre los años 2010 – 2014 en el sistema financiero, Explicar el grado de aumento o disminución del Crédito Hipotecario Fondo MIVIVIENDA respecto a la morosidad, entre los años de estudio en el sistema financiero, como población y muestra: Para unidad de estudio se considera el Nuevo Crédito Hipotecario Fondo MIVIVIENDA, en las instituciones del sistema financiero (Bancos, Financieras CMAC, y CRAC), para la muestra se ha considerado el Nuevo Crédito Hipotecario Fondo MIVIVIENDA, específicamente con los bancos (Banco de Crédito del Perú (BCP), Interbank, BBVA Banco Continental, Scotiabank Perú), son los que tienen mayor porcentaje de participación de créditos hipotecarios MIVIVIENDA, como conclusiones y recomendaciones: a) La primera conclusión, respecto al primer objetivo específico es que se ha encontrado que la relación entre el Crédito Hipotecario-Fondo MIVIVIENDA y la morosidad en el sistema financiero ha crecido con el otorgamiento de créditos y además con aspectos económicos, como el bajo crecimiento de la economía del país, la tasa de desempleo y los créditos del sector no bancario por sus tasas de interés elevadas con relación a las otorgadas en el sistema bancario, b) Se recomienda al fondo mi vivienda no subsidiar los créditos hipotecarios, con la intención de alentar la inversión en el sector inmobiliario; porque estaría dando oportunidad a los sub prestadores que no califican para este tipo de crédito, y además se estaría generando un aumento del riesgo crediticio, y propone las siguientes recomendaciones: a) Se recomienda al fondo mi vivienda no subsidiar los créditos hipotecarios, con la intención de alentar la inversión en el sector inmobiliario; porque estaría dando oportunidad a los sub prestadores que no califican para este tipo de crédito, y además se estaría generando un aumento del riesgo crediticio, b) Se

recomienda que las entidades financieras orienten al cliente y le brinda la información oportuna del Crédito Mi Vivienda informándole los días que tiene que pagar, la penalidad en caso no cancele puntual y las cuotas que tiene que pagar.

Roldan, (2016), en su tesis titulada: “Protección del Consumidor en el Código Civil y Código de Protección y Defensa Del Consumidor Frente a Las Cláusulas Abusivas en los Contratos Por Adhesión de Telefonía Fija” para optar el título Magister Derecho con Mención en Derecho Civil y Comercial, por la Universidad Nacional de Trujillo, arriba al siguiente objetivo: Estudiar la protección del consumidor en el Código Civil y Ley del Consumidor respecto a los contratos de adhesión de telefonía fija, Determinar que los contratos de adhesión de telefonía fija se ejecutan masivamente, Verificar que los contratos de adhesión de telefonía fija están debidamente predeterminados en formatos, Analizar que los contratos por adhesión de telefonía fija garantizan que no vulneran los derechos del consumidor, como población y muestra: La Doctrina Nacional sobre Contratos por Adhesión, La Legislación Nacional sobre Contratos por Adhesión, Los Contratos por Adhesión en el Perú, La Doctrina Nacional, Contratos por Adhesión en telefonía de celulares y teniendo como conclusiones: a) La tesis contractual es la más aceptada en los contratos de adhesión, b) El control judicial de los derechos del consumidor está orientado solucionar problemas de cláusulas ambiguas u oscuras, así como declarar la nulidad de las cláusulas leoninas y en el ámbito administrativo el control se hace a través de INDECOPI y OPSIPTTEL, c) En cuanto a los contratos tipo de prestación de servicios de telecomunicaciones, por tratarse de un servicio masivo no se puede negociar ni eludir las cláusulas de contratación, por ser de adhesión; sin embargo contamos con un organismo estatal llamado OSIPTTEL que regula y fiscaliza la labor de las empresas de telefonía fija y móvil, para adecuarlos a la normatividad vigente y de este modo proteger a los consumidores del servicio; propone las siguientes recomendaciones: a) El Código

de Protección y Defensa del Consumidor deberá especificar claramente los derechos del consumidor, b) Los contratos deben predeterminar la contratación teniendo en cuenta la masificación de los mismos, c) Asimismo, sugerimos que la ejecución al igual que la contratación sea masiva, teniendo en cuenta los derechos del consumidor.

2.2 Bases Legales

- Constitución Política del Perú, Artículo 2º Toda persona tiene derecho: 14. A contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público.

- Constitución Política del Perú, Artículo 12º Los fondos y las reservas de la seguridad social son intangibles. Los recursos se aplican en la forma y bajo la responsabilidad que señala la ley.

- Constitución Política del Perú, Artículo 41º Los funcionarios y servidores públicos que señala la ley o que administran o manejan fondos del Estado o de organismos sostenidos por éste deben hacer declaración jurada de bienes y rentas al tomar posesión de sus cargos, durante su ejercicio y al cesar en los mismos. La respectiva publicación se realiza en el diario oficial en la forma y condiciones que señala la ley.

Cuando se presume enriquecimiento ilícito, el Fiscal de la Nación, por denuncia de terceros o de oficio, formula cargos ante el Poder Judicial.

La ley establece la responsabilidad de los funcionarios y servidores públicos, así como el plazo de su inhabilitación para la función pública.

El plazo de prescripción se duplica en caso de delitos cometidos contra el patrimonio del Estado.

- Constitución Política del Perú, Artículo 59º El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad pública. El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades.

- Constitución Política del Perú, Artículo 61º El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios.

- Constitución Política del Perú, Artículo 62º La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley.

Mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente.

- Constitución Política del Perú, Artículo 65º El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado. Asimismo, vela, en particular, por la salud y la seguridad de la población.

- Decreto Legislativo N° 295, Código Civil de 1984, Contrato por adhesión Artículo 1390.- 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.

- Decreto Legislativo N° 295, Código Civil de 1984, Noción de contrato Artículo 1351.- El contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial.

- Decreto Legislativo N° 295, Código Civil de 1984, Artículo 1648.- Por el mutuo, el mutuante se obliga a entregar al mutuatario una determinada cantidad de dinero o de bienes consumibles, a cambio de que se le devuelvan otros de la misma especie, calidad o cantidad.

- Decreto Legislativo N° 295, Código Civil de 1984, Artículo 1392.- Las cláusulas generales de contratación son aquéllas redactadas previa y unilateralmente por una persona o entidad, en forma general y abstracta,

con el objeto de fijar el contenido normativo de una serie indefinida de futuros contratos particulares, con elementos propios de ellos.

- Ley N° 29571, Código de Protección y Defensa al Consumidor, Artículo 54.- Aprobación de cláusulas generales de contratación, inciso 54.2 En el caso de los contratos de consumo celebrados por empresas sometidas a la supervisión de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones, la aprobación administrativa de las cláusulas generales de contratación corresponde a dicha entidad, conforme a la ley de la materia.

- Ley N° 29571, Código de Protección y Defensa al Consumidor, Artículo II.- Finalidad El presente Código tiene la finalidad de que los consumidores accedan a productos y servicios idóneos y que gocen de los derechos y los mecanismos efectivos para su protección, reduciendo la asimetría informativa, corrigiendo, previniendo o eliminando las conductas y prácticas que afecten sus legítimos intereses. En el régimen de economía social de mercado establecido por la Constitución, la protección se interpreta en el sentido más favorable al consumidor, de acuerdo a lo establecido en el presente Código.

- Ley N° 24686, Artículo 1.- Créase en cada Instituto de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional el Fondo de Vivienda Militar y Policial, con la finalidad de contribuir a dar solución al programa de vivienda propia para el Personal Militar y Policial en las situaciones de Actividad, Disponibilidad y Retiro con goce de pensión, dándose preferencia al personal que ha quedado lisiado y en estado de invalidez, así como a sus deudos.

- Ley 27801, Ley que modifica la Ley 24686, Artículo 3.- Destino de los recursos

Los recursos del Fondo de Vivienda Militar y Policial podrán ser destinados a otorgar préstamos al personal militar y policial que aporta al Fondo, que, teniendo terreno propio o casa propia o aires, desee construir, ampliar o reparar un casco habitable o sanear legalmente la inscripción registral de los mismos, o para el pago y cancelación de la cuota inicial en la adquisición de una vivienda.

Dichos préstamos no podrán exceder de los límites que se establezcan por acuerdo del Directorio de cada Fondo de Vivienda.

- Ley 27801, Ley que modifica la Ley 24686, Artículo 7.- Aporte del personal en situación de retiro El personal militar y policial en situación de retiro, sin goce de pensión podrá aportar voluntariamente al Fondo y tener derecho a todos los beneficios.

- Ley N° 24686, "Artículo 8.- El Organismo Especial de Vivienda Militar y Policial tendrá la finalidad de contribuir a la solución del problema de vivienda propia, planificando, administrando y ejecutando las acciones necesarias tendientes a este fin en cada Instituto; dependiendo directamente del Comando respectivo e integrado por representantes que señale su reglamento".

- Ley N° 24686, "Artículo 10.- Los recursos del Fondo serán destinados a:

a) La construcción o adquisición de viviendas, cascos habitables y/o terrenos destinados al personal aportante comprendidos en el artículo 3, inciso

a) que no cuenta con vivienda o terreno propio; y,

b) Otorgar préstamos al personal Militar y Policial que aporta al fondo que cuenten con terreno propio para construir vivienda"

- Artículo 22.- El personal militar y policial, quedará excluido del aporte al Fondo de Vivienda que se crea por la presente Ley, una vez que haya cancelado el monto de la vivienda o préstamo respectivo.

- Reglamento de Créditos Hipotecarios para el personal aportante al FOVIMFAP, Artículo 14°.- Consideración Básica

El Personal Aportante al FOVIMFAP podrá acogerse a los beneficios de un CH, siempre que cumpla con los requisitos y trámites dispuestos en el presente Reglamento y que el destino del CH obtenido, sea contribuir a solucionar su problema de vivienda propia.

2.3 Bases Teóricas

2.3.1 Derecho romano

Normas y leyes aplicadas por los ciudadanos desde su fundación, y de donde tenemos mayor referencia de esta ciencia.

De la puente, M. (1993), explicó:

Conviene aclarar, en primer lugar, para evitar confusiones terminológicas, que en el Derecho romano clásico la palabra “contractus” no significó el acuerdo de voluntades, que es el sentido moderno que tiene, sino la relación jurídica o el vínculo obligatorio en sí (la obligación). El acuerdo de voluntades (consentimiento) adquirió significado en el Derecho justiniano y fue llamado “pactum” o “conventio” y no “contractus. (p.31)

Conforme menciona el referido autor, a lo largo de la historia nos hemos modernizando en un sentido de fondo de forma así como catalogar a un contrato en sentido estricto. Fuera de los cambios terminológicos soy de la idea que el contrato a lo largo de los años ha permanecido con un lema que se mantiene, y es el “Pacta Sunt Servanda” es decir, el fiel cumplimiento de la palabra, sea cual sea la obligación que se tiene que cumplir.

Según este principio, entendido como la libre facultad de los particulares para celebrar el contrato que les plazca y determinar su contenido, efectos y duración, se manifestó irrestrictamente en sus dos aspectos: la libertad de ponerse de acuerdo (libertad de contratar o conclusión del contrato) y la libertad para determinar su contenido (libertad contractual o configuración interna). (p.35)

La base de todo contrato se basa en la libertad de contratar, así como la libertad contractual. La primera significa la libertad que tienen las partes para decidir con quién(es) celebraran un contrato, mientras que la segunda significa que la persona que haya elegido para la celebración del mismo, será la que permitirá establecer el contenido del contrato para su celebración, y posterior ejecución.

En ambas concepciones, los elementos importantes son la existencia de una manifestación o declaración (exteriorización) de

una o varias voluntades y el propósito de producir mediante ella efectos jurídicos queridos por el ordenamiento jurídico, que pueden consistir en la creación, modificación o extinción de un derecho. La diferencia parece radicar, más que en los propios conceptos de acto y negocio jurídicos, en la elaboración de las construcciones intelectuales hechas para llegar a ellos. (p.39)

A estas alturas del trabajo de investigación, habiendo aclarado con distintos autores la base fundamental para la creación de un contrato, nos queda claro que es más que una manifestación expresa de la voluntad de las partes que se ve materializada en el consenso de las partes para la elaboración de un contrato. Por lo que, un contrato se podrá diferenciar ampliamente de un acto jurídico, puesto que las partes deberán tener el conocimiento de las obligaciones y derechos que les otorgará al momento de la constitución del negocio jurídico.

Al efecto, debe tenerse presente que el contrato, por definición, es un acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial. Aunque la definición no lo diga, este acuerdo de dos o más partes es el acuerdo de las voluntades de éstas y debe exteriorizarse mediante la declaración respectiva. (p.43)

Las partes son las únicas, dentro de su potestad, de crear relaciones jurídicas, por lo que la creación de un contrato implica que tenga un contenido patrimonial de lo contrario nos estaríamos refiriendo a actos jurídicos, cuyos derechos son personalísimos e imposibles de determinar en dinero.

Según el mismo autor (Pothier), una convención es el consentimiento de dos o más personas, para formar entre ellas algún compromiso, para resolver uno existente, o para modificarlo, agregando que la especie de convención que tiene por objeto sólo formar algún compromiso, es lo que se llama contrato. (p.84)

El acuerdo de voluntades que se celebra entre dos o más partes con la intención de celebrar un contrato, dice el autor, es lo que se denomina a un

contrato, asimismo, este acuerdo no es más que una promesa a futuro de lo que pretenden las partes celebrar. Recordemos pues que, la etapa de ejecución y/o de cumplimiento de derechos y obligaciones aún no se ha dado, por lo que si bien el contrato está constituido podríamos decir que este aún no ha cumplido su finalidad.

Según así la posibilidad de que, dentro de este planteamiento, un contrato – por ser una relación jurídica patrimonial- no sólo cree (regule, modifique o extinga) una obligación que tiene contenido patrimonial, sino también constituya o transfiera un derecho real (también con contenido patrimonial), que es lo que se llama contrato con efectos reales. (p.94)

Conociendo la infinidad de relaciones contractuales que pueden desarrollar las partes en beneficio propio, encontramos la posibilidad de que las partes no sólo cumplan con obligaciones de hacer, o no hacer, sino la de dar algún bien mueble y/o inmueble, lo que significa que el contrato además del efecto obligacional tiene un efecto real, el cual se ampara en concordancia con la norma pertinente.

“...Se agrega que los contratos forzosos constituyen una típica expresión de la restricción que viene sufriendo la libertad contractual en atención a preceptos sociales más importantes que la propia voluntad privada de los individuos”. (p.332)

La existencia de contratos forzosos, que a pesar de encontrarnos en pleno un mundo en constante evolución, donde existen miles de creaciones de relaciones jurídicas nuevas, implica que sigue existiendo una vulneración de las libertades, dentro de su esfera de autonomía privada, que tienen las partes para la creación de un contrato.

“Por lo tanto, la ley que estableciera la obligación de contratar sería inconstitucional. Podría objetarse que mientras no se declarara la inconstitucionalidad de esta sería obligatoria...” (p.335)

Si existiese una ley que obligue a las partes a contratar con determinada empresa, tendría la calidad de obligatoriedad, sin embargo ésta al contravenir la constitución, puesto que vulnera la libertad de las partes para decidir, sería

una ley inconstitucional que deberá ser declarada como tal por el Tribunal Constitucional para evitar celebrar contratos que vicien la voluntad de las partes.

2.3.2 Hecho Jurídico

El hecho jurídico es toda acción que como consecuencia de ejecución contraiga consecuencias jurídicas para la sociedad.

Vidal, F. (2007), sintetizó:

“El hecho es jurídico en la medida en que produzca consecuencias jurídicas y sea calificado así por el Derecho. No existe el hecho jurídico per se sino en cuanto merece esta calificación”. (p.32)

El transcurrir diario de toda persona se ve entablado en producir acciones, de tal manera que, algunas de ellas tienen consecuencias jurídicas; tales como el nacimiento de una persona, o su deceso.

...como razona Albaladejo, la norma, al atribuir efectos a determinados hechos, crea una serie de causas jurídicas, por lo que, sin norma que lo disponga no se daría el efecto y si el hecho lo produce es porque existe la norma: esta no es la causa sino la creadora de una relación de causalidad entre hecho y efecto. (pp.32-33)

Desde mi perspectiva es necesario que, la norma atribuya qué hechos tendrán consecuencias jurídicas, de lo contrario podríamos catalogar a que un mero hecho rutinario tenga consecuencias jurídicas, cuando ello en la realidad haría no sólo absurda su calificación, sino que resultaría engorroso en el practicar diario que alguna institución se implique en ello.

...Por ello, los hechos humanos voluntarios son aquellos que se quieren voluntariamente, porque son consecuencia del discernimiento y de la intención, aun cuando sus consecuencias puedan o no haber sido previstas, mientras que los hechos humanos involuntarios, son aquellos que se realizan sin intención, y aun sin discernimiento, pero con voluntariedad, derivándose una consecuencia no deseada ni prevista. (p.35)

Por lo tanto, todo aquel hombre con capacidad de actuación, en su día a día, se verá inmiscuido en la elección de la toma de sus propias decisiones, las cuales se verán reflejadas como hechos voluntarios. Ahora bien, consideramos que, cuando un hombre no se encuentra en la aptitud para ocuparse de sus decisiones, o incluso puede haberse visto obligado a actuar de cierta forma, ello significa que no tuvo la determinación al momento de actuar.

“los hechos se juzgan voluntarios, sin son ejecutados con discernimiento intención y libertad” (p.35)

Como bien hemos señalado, un hecho es la toma de una decisión, la misma que no debe haberse visto afectada por terceros para su ejecución.

2.3.3 Manifestación de voluntad

La manifestación de voluntad es realizada únicamente por el hombre, con la intención de demostrar su intención.

Vidal, F. (2007), explicó:

La manifestación de la voluntad, esto es, la exteriorización de lo que el sujeto quiere, es imprescindible para que el hecho jurídico lícito permita la determinación conceptual del acto jurídico. No basta la licitud, aunque es imprescindible, para que el hecho jurídico voluntario llegue a ser un acto jurídico pues, además es indispensable que la voluntad se exteriorice, que se manifieste.
(p.37)

Es preciso señalar que, todo aquel ser humano que tiene la capacidad de tomar decisiones, no sólo está generando un hecho, como bien hemos señalado líneas arriba, ello puede tener consecuencias jurídicas, las mismas que para que genere un acto jurídico, debe estar dentro del ordenamiento legal, es decir, de lo lícito; por ello es importante que todo hombre manifieste por cualquier canal su intención.

“Entre la manifestación de la voluntad y sus efectos debe existir una perfecta correlación, sin que se presenten factores que puedan producir una divergencia, consciente o inconsciente”. (p.37)

Ahora bien, la exteriorización de voluntad de todo hombre que genere consecuencias jurídicas, debe verse alineado desde el momento de su liberación hasta su ejecución.

“La conjunción de la voluntad y su manifestación es el resultado de un proceso que va de lo subjetivo a lo objetivo, de la voluntad interna a la voluntad exteriorizada, esto es, a la manifestación de la voluntad”. (p.90)

El hombre, como un ser complejo, tiene infinidad de tareas por cumplir, lo que significa que si bien podrían realizarse en un día, otras pueden permanecer mucho más tiempo sin si quiera exteriorizarse.

Se trata de un comportamiento que recurre a la expresión verbal o a la expresión escrita, y aun a cualquier otro medio expresivo, que puede ir desde la expresión mímica hasta una conducta concreta, siempre que denote la voluntad del sujeto. (p.94)

Encontrándonos en el siglo XXI, existe más de una forma de exteriorizar nuestra voluntad, como un mensaje de texto vía WhatsApp, un correo electrónico, una llamada telefónica, en realidad no importa el medio que se utilice para ello, lo que denota aquí es revelar la voluntad.

2.3.4 Discernimiento

Capacidad que tiene cualquier persona para decidir lo que le da bienestar o perjudica.

Vidal, F. (2007), precisó:

Es, pues, una aptitud que nos permite diferenciar lo que nos conviene de los que no nos conviene, de los que nos interesa de lo que no nos interesa, de lo que juzgamos bueno de lo que juzgamos malo, y, en general, de lo que nos hace actuar con entendimiento y desarrollar nuestra inteligencia. (p.91)

Debemos llegar a una determinada edad, una determinada experiencia, y/o vivencia para entender lo bueno de lo perjudicial para uno, si bien pueden existir terceros que nos ayuden a entender ello, esto no significa que serán los que tomaran las decisiones por nosotros.

“...el discernimiento es inherente a la racionalidad del ser humano y por eso es el presupuesto de su capacidad de ejercicio”. (p.91)

Tener criterio para que la toma de decisiones del ser humano sea la correcta, se desarrolla en el transcurrir de los años.

Águila, G., y Capcha, E. (2013), señalaron:

“El discernimiento se da cuando las personas que quieren celebrar un contrato no llegan a coincidir en sus declaraciones de voluntad”. (p.339)

Por poner un ejemplo, que dos o más niños puedan distinguir en sus diferencias, es como van desarrollando su capacidad de discernimiento.

2.3.5 Intención

La intención es la interiorización de la voluntad de realizar una acción o no.

Vidal, F. (2007), argumentó:

La intención es la decisión orientada a la consecución de una finalidad prevista por el sujeto, esto es, el propósito deliberado de celebrar el acto jurídico y producir sus efectos. Es complemento del discernimiento, pues todo acto jurídico celebrado con discernimiento se considera intencional. (p.92)

En las acciones u hechos se ven reflejadas las intenciones, lo que significa que esa persona al momento de ejecutar una acción no sólo se ha visto en una pelea interna de discernir lo bueno de lo malo, y qué consecuencias acarrea, sino que además preverá sus consecuencias jurídicas.

2.3.6 Libertad

Ejercer libertad como parte de su derecho fundamental, significa no tener presiones para la toma de decisiones.

Vidal, F. (2007), manifestó:

“La libertad es la espontaneidad que debe existir para tomar la decisión de celebrar el acto jurídico. Es la determinación, la facultad de elección, como consecuencia del discernimiento y de la intención”. (p.92)

Como derecho constitucional que otorga al hombre libertad, y como seres pensantes para la toma de decisiones que forjaran la vida en sí misma, el hombre, en su libre albedrío, es capaz de tomar las decisiones que mejor le convengan.

2.3.7 Autonomía de voluntad

Comprendida dentro de la libertad que tiene toda persona con la finalidad de exteriorizar su voluntad sin presiones.

Vidal, F. (2007), analizó:

La autonomía de la voluntad debe entenderse, por eso, como la libertad humana y el poder jurídico que el Derecho objetivo reconoce a los sujetos para la regulación de sus propios intereses, aunque habría que aclarar que los intereses deben ser entendidos en un significado muy lato, como todo aquello susceptible de recibir la tutela del Derecho, y no con un significado necesariamente pecuniario o patrimonial. (p.59)

Ahora bien, como bien hace referencia el autor, la autonomía de la voluntad parte de la esencia de cada individuo, en el que hará prevalecer sus intenciones y/o intereses -no pecuniarios-, los mismos que deberán encontrarse dentro de la ley, con la finalidad de que aquel individuo reciba la tutela del derecho; ello significa, una protección legal en la ejecución de la exteriorización de la voluntad, que se vio nacida en la autonomía de la voluntad de cada individuo.

Sumar, O. y Velarde, S. (2015) explicaron:

El ordenamiento no solo reconoce la autonomía privada de la voluntad, sino que la protege y la hace posible. Todo acto jurídico, y dentro de él por supuesto el contrato, surge dentro de un contexto legal preexistente, que le da virtualidad jurídica y eventualmente lo completa. (p.39)

Cada persona es autónoma para la toma de sus decisiones, ello garantiza que no existe alguna vulneración al momento de manifestar su voluntad para la generación de relaciones jurídicas. Por lo tanto, un acto jurídico como un contrato garantiza que para su creación, las partes han manifestado su voluntad

de celebrar dicho contrato, ya que estuvo dentro de su autonomía de voluntad su creación.

Aguila, G. y Capcha, E. (2013), indicaron:

“Es la facultad que permite a las partes determinar libremente el contenido de los contratos, siempre que no sea contrario a las normas de carácter imperativo, o vaya contra el orden público y las buenas costumbres”. (p.339)

La autonomía de la voluntad de las personas, sobrepasa lo regulado por el ordenamiento jurídico, sin embargo para la creación de un contrato no bastará con la manifestación expresa de las partes para vincularse, sino que además esto debe estar permitido por nuestro ordenamiento jurídico, a fin de cumplir con la premisa “jurídicamente posible”.

...podemos llegar a la conclusión que la noción de libertad individual se traduce en la libertad de contratar, o sea la libertad concedida a las personas para que, de común acuerdo, puedan crear, regular, modificar o extinguir entre sí relaciones jurídicas patrimoniales. Tal es el concepto estricto de autonomía privada. (p.262)

La libertad de cada persona se ve amparada en la Constitución Política, siempre y cuando esta vulnere derechos de otros y/o vaya contra el orden público. De ahí radica la facilidad que tienen las personas para ser los primeros reguladores de relaciones jurídicas, salvo lo previsto en la norma.

“Podemos decir, pues, que la autonomía privada es el poder reconocido a las personas para regular, dentro del ordenamiento jurídico, sus propios intereses y crear libremente relaciones jurídicas entre sí”.(p.262)

Considero que, no existiría libertad, si es que las partes dentro de su autonomía privada no tuvieran la potestad de decidir qué hacer en base a sus intereses personales.

El principio de la autonomía privada tiene un doble contenido: en primer lugar, la libertad de contratar, llamadas más propiamente libertad de conclusión, que es la facultad de decidir cómo, cuándo

y con quién se contrata, sabiendo que con ello va a crear derechos y obligaciones; y en segundo lugar, la libertad contractual, llamada también más propiamente libertad de configuración interna, que es la de determinar el contenido del contrato, o sea el modelado del mismo. Debe destacarse que la segunda libertad presupone la primera. (p.263)

Es cierto que, para la creación de relaciones jurídicas que conlleven a crear derechos y obligaciones para las partes se necesita de la libertad de contratar, así como la libertad contractual, lo cual permitirá a las partes delimitar el contenido del contrato. Por lo tanto, una persona A puede encontrarse en la necesidad de comprar una casa, y existirán infinidad de personas que cumplan con dicha premisa –vender una casa-sin embargo, sólo una persona, llamémosle persona B, cumplirá con las necesidades que ambos quieren para la ejecución de dicho contrato, estos pueden ser el precio, el tamaño del departamento, el pago de los servicios, entre otros.

Gaceta jurídica, (2010), describió:

“La autonomía privada consiste en que cada persona desarrolle su correspondiente libertad, según su propia voluntad, en sus relaciones jurídicas privadas, por tanto, debe dominar la autonomía, no la decisión extraña”. (p.38)

Gran parte de la libertad de una persona, se ve interiorizada en la autonomía, es decir, cada ser capaz, es autónomo en su toma de decisiones a lo largo de su vida, por lo tanto, hablar de una decisión extraña que modifique esa autonomía, vulnera la libertad de todo ser.

2.3.8 Acto Jurídico

Es la acción realizada por dos o más personas con la voluntad de contraer relaciones jurídicas.

Vidal, F. (2007) indicó:

“...es que el acto jurídico es un hecho jurídico, voluntario, lícito, con manifestación de la voluntad y efectos queridos que respondan a la intención del sujeto”. (p.38)

Aquella persona, que considere bien realizar un acto jurídico, no sólo conocerá las intenciones para su ejecución, sino que además de ello, deberá conocer las consecuencias jurídicas que dicho acto conlleva.

“Conviene, entonces, destacar que la voluntad que genera el acto jurídico es la voluntad privada. Es la voluntad declarada por un sujeto que, con plena conciencia, la destina a producir un efecto jurídico”. (p.39)

Tal es así que, la voluntad de dos personas, de consolidar su unión en la formalidad de un matrimonio, deberán encontrarse en las capacidades que el ordenamiento jurídico requiere para consolidar dicho acto jurídico.

2.3.9 Requisitos de validez del acto jurídico

Manifestación de voluntad interna

Toda persona tiene una voluntad interna la cual será conocida por los demás al momento que decida expresar su voluntad a terceros.

Vidal, F. (2007), comentó:

La voluntad interna, también llamada voluntad real, aun cuando esté conjugada con el discernimiento, la intención y la libertad, no es suficiente para la formación de la voluntad jurídica y darle validez al acto jurídico que se quiere celebrar, pues este requiere de la exteriorización de la voluntad interna mediante la manifestación. (p.93)

No podríamos imaginar crear relaciones jurídicas sin que los individuos exterioricen su voluntad por algún medio; por ello, no basta la voluntad interna, como requisito para creación de relaciones jurídicas, pues ésta (voluntad interna) sólo se mantendrá y conocerá a detalle en la psiquis del individuo, lo que imposibilitará la celebración del acto jurídico pretendido.

2.3.10 Manifestación de voluntad expresa

Significa que la persona podrá usar cualquier canal para expresar su voluntad y esta sea conocida por terceros o alguien en específico.

Dando fuerza a lo citado, Vidal, F. (2007), señaló:

La manifestación de la voluntad, esto es, la exteriorización de lo que el sujeto quiere, es imprescindible para que el hecho jurídico lícito permita la determinación conceptual del acto jurídico. No basta la licitud, aunque es imprescindible, para que el hecho jurídico voluntario llegue a ser un acto jurídico pues, además es indispensable que la voluntad se exteriorice, que se manifieste.
(p.37)

En ese mismo orden de ideas, el referido autor, indica que, lo que un sujeto manifieste, es igual a lo que desea que su entorno sepa, tal es así que, lo que no sea manifestado por un sujeto es igual a lo que nunca dijo, y lo que las partes nunca sabrán. Por ello, es fundamental que toda persona exteriorice esa con la(s) persona(s) que desee vincularse, ello asegura que el hecho jurídico convertido a posteriori en acto jurídico sea lícito en todo su esplendor.

Toboada, L., (2006), manifestó:

Esta primera causal de nulidad está referida a la circunstancia de que en un determinado supuesto no exista realmente manifestación de voluntad del declarante. En otras palabras, se trata de un verdadero supuesto de nulidad del negocio por ausencia de uno de sus elementos, en este caso, la declaración de voluntad.

Que exista nulidad de un acto jurídico por falta de manifestación de voluntad, amplia nuestro panorama, de lo importante que es la existencia de la exteriorización de voluntad de las partes. De lo contrario, de no existir dicho principio, por ejemplo, en un contrato, nos remitiríamos a las reglas generales contenidas en el código civil, que ante dicho supuesto generaría la nulidad de ese negocio jurídico, por carecer de uno de sus elementos principales.

Vidal, F. (2007), sintetizó:

“La manifestación de voluntad es expresa cuando los medios empleados por el sujeto tienen por finalidad dar a conocer su voluntad interna directamente a quien debe conocerla”. (p.99)

Como bien hemos señalado que, la exteriorización de voluntad es primordial para la creación de relaciones jurídicas, ello significa que los individuos pueden usar cualquier canal permitido por la ley para dar a conocer sus voluntades.

“... es expresa cuando se formula oralmente, por escrito o por cualquier otro medio directo” (p.100)

Con el avance de la tecnología, salvo norma en contrario, el individuo podrá usar cualquier medio que le permita dar a conocer su voluntad.

Sumar, O. y Velarde, S. (2015) señalaron:

“La manifestación de voluntad es fundamental para la formación del contrato puesto que, a través de ella, se constata el interés común de dos o más partes para crear, regular, modificar, o extinguir una relación jurídica patrimonial”. (p.59)

El referido doctrinario, no se aleja de la idea, sino que ampara la teoría de que la manifestación de voluntad nace en las partes, sean estos emisores o receptores de la creación de relaciones jurídicas. Pues, dependerá únicamente de ellas vincularse, con la finalidad de contraer derechos y obligaciones que emane un acto jurídico o contrato.

2.3.11 Manifestación tacita

Significa que la persona hará uso de señas, acciones, etc., que demuestre su intencionalidad de llevar a cabo una relación.

Vidal, F. (2007), argumentó:

“La manifestación de voluntad es tácita cuando se da a conocer la voluntad interna pero sin que la manifestación se dirija directamente a quien debe conocerla, quien tomará conocimiento de ella deduciéndola de ciertas actitudes o comportamientos del manifestante”. (p.99)

Para este tipo de manifestación existe un universo de comportamientos en la realidad, por ejemplo, una persona que para un carro con la intención de tomarlo, el sólo accionar de levantar la mano, y la de subirse al vehículo, hará de conocer al chofer su intención – manifestación tacita – de recibir el servicio.

2.3.12 Silencio

Se entiende como una manifestación de voluntad, puesto que en la posibilidad de expresarla, prefiere no hacerlo.

Vidal, F. (2007), analizó:

Posteriormente, Manuel de la Puente, ratificó su parecer y coincidió con León Barandarian en cuanto a que el silencio no es ni puede ser manifestación de voluntad, ni aun indirecta, ya que, precisamente, es carencia de manifestación, advirtiendo, sin embargo, que quien calla no es que no tenga una voluntad en determinado sentido, sino que, teniéndola o pudiéndola tener, no quiere expresarla. (p.107)

Coincido con el referido autor, pues, el silencio absoluto ante una pregunta de celebrar un acto jurídico no es sinónimo de su aceptación, por ello, según las formalidades de la celebración de actos jurídicos y/o contratos se requiere la manifestación de voluntad.

2.3.13 La capacidad

Toda persona para celebrar determinados actos jurídicos debe tener capacidad para que el acto nazca vivo.

Vidal, F. (2007), señaló:

“Es necesario que la manifestación emane de un agente o sujeto capaz”.

Otro de los requisitos para la celebración de relaciones jurídicas como tal, es primordial que el sujeto sea jurídicamente capaz de celebrar, de lo contrario, la norma, calificaría dicho acto, como uno nulo.

...la capacidad se distingue en capacidad de goce y en capacidad de ejercicio y se ha precisado que la primera es la aptitud del sujeto de derecho para ser titular de derechos y deberes u obligaciones mientras que, la segunda, es la posibilidad de adquirirlos o de contraerlos mediante la celebración de actos jurídicos por sí mismo. (p.112)

Desde que el sujeto nace, como sujeto de derecho, tiene capacidad de goce, lo que significa que lo hace acreedor de derechos como el de heredar, asimismo

este sujeto adquiere la capacidad de ejercicio en la medida que sea capaz de celebrar actos jurídicos, como por ejemplo la de comprar una vivienda.

2.3.14 El objeto

El objeto por el cual se realizará determinado acto jurídico debe ser física y jurídicamente posible, de lo contrario estaría contraviniendo las normas.

Vidal, F. (2007), analizó:

...el objeto como elemento esencial del acto jurídico y trasuntado a los derechos y deberes jurídicos integrados a la relación jurídica es un requisito de validez de todo acto jurídico, dentro del cual, por la latitud del concepto, quedan comprendidos los contratos. (p.120)

La formalidad que aplique para la celebración de un acto jurídico, conlleva a la celebración de contratos, lo que significa que, el objeto debe encontrarse dentro de la ley, pues, no podremos celebrar un contrato de compra venta de la luna, puesto que el objeto no es ni física, ni jurídicamente posible.

2.3.15 La finalidad

La finalidad al celebrar cualquier acto jurídico debe encontrarse dentro de la ley, y responde a la pregunta del por qué y para qué será usado.

Vidal, F. (2007), argumentó:

La finalidad del acto jurídico se da en relación con cada acto jurídico en particular, según su especie y nominación, para producir la relación jurídica correspondiente y los efectos que constituyen el propósito del o de los celebrantes del acto y los que le asigne el ordenamiento jurídico. (p.128)

Como bien debemos comprender, que en nuestro ordenamiento jurídico existen diversos tipos de actos jurídicos, los cuales, van a ser de utilidad dependiendo de las partes, y del objetivo común que estén buscando, así cada quien deberá cumplir un papel importante para la constitución de derechos y obligaciones para la creación de éste.

2.3.16 La forma

La forma implica que las partes cumplan con ciertos requerimientos para que el acto jurídico tenga validez.

Vidal, F. (2007), argumentó:

“No pueden existir actos jurídicos sin forma, desde que esta sirve de continente a la manifestación de voluntad y es la manera como se da a conocer la voluntad para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica”. (p.130)

El acto jurídico en sí, para su existencia, como bien hemos señalado líneas arriba, necesita de la manifestación expresa de la voluntad, así como también debe cumplir con requisitos de forma, ello quiere decir, el cómo se expresó la manifestación de voluntad para que dicho acto jurídico sea válido.

... la forma es ad solemnitatem y no cumple solo la función probatoria sino que viene a ser el documento mismo, que deviene, por eso, en el único y excluyente medio probatorio respecto del acto jurídico así celebrado. Por el contrario, en la forma ad probationem el documento es solo un medio probatorio y el acto jurídico así celebrado puede ser probado por medio probatorio distinto al de la forma empleada. (p.140)

El cómo se expresó la manifestación de voluntad en nuestro ordenamiento jurídico, se subdivide en dos, lo que permite, para algunos acto jurídicos, tener mayores facilidades para su creación, sin embargo para otros, es necesario el estricto cumplimiento de las formalidades, pues no sólo no admite prueba en contrario para demostrar la existencia de ese acto jurídico, sino que además podría ser declarado nulo.

Asimismo, Aguila, G. y Capcha, E. (2013), argumentaron:

“La forma viene a ser la manera como se expresa la voluntad, mientras que la formalidad es el conjunto de ritos especiales que se deben observar en la celebración de un acto jurídico determinadas en la ley”. (p.71)

En concordancia a lo mencionado, concluimos así que para hablar de forma nos contestaremos a la pregunta: ¿cómo se realizó el acto jurídico por las partes? y, para hablar de formalidades, nos contestaremos a la interrogante ¿qué necesito para la constitución de tal acto jurídico para que sea válido?

2.3.17 Obligaciones

Se entiende por obligaciones la voluntariedad a la que se someten las partes al momento de celebrar determinado acto jurídico.

Aguila, G. y Capcha, E. (2013), explicaron:

“Es la relación jurídica entre dos o más personas determinadas, en virtud de la cual una o varias de ellas quedan sujetas respecto de otra y otras a realizar una prestación de dar, hacer o no hacer”. (p.287)

Vínculo entre dos o más personas que al momento de comprometerse en la creación de algún tipo de obligación –dar, hacer o no hacer- crea además derechos entre las partes, que le serán exigibles producto de la relación creada.

2.3.18 Obligaciones de Dar

Las partes al momento de celebrar determinado acto jurídico, especificaran la naturaleza de esas obligaciones.

Aguila, G. y Capcha, E. (2013), propusieron:

La obligación de dar es aquella que tiene por objeto la entrega de un bien. Comprende no solo la obligación que tiene como propósito la transmisión de la propiedad, sino toda aquella en la que el acreedor tiene adquirido algún derecho sobre algún bien.
(p.289)

Dar y/o entregar un bien jurídicamente posible, es una de las posibilidades que tendrán las personas al momento de generar un vínculo contractual, en el cual el que tenga la calidad de acreedor será merecedor de exigir todo lo estipulado entre las partes.

2.3.19 Libertad de contratar o libertad de conclusión

Significa que toda persona dentro de su libre albedrío tiene la libertad de decidir bajo qué términos, y con quién los lleva a cabo.

Aguila, G. y Capcha, E. (2013), argumentaron:

“Consiste en la facultad de decidir cómo, cuándo y con quién se contrata, sabiendo que con ello se va a crear derechos y obligaciones”.(p.340)

Las partes, dentro de su autonomía privada, deberán decidir responderse a la inquietante, cómo, cuándo y con quién contrato. Debiendo tener el pleno conocimiento de que la decisión de con quien terminen contratando, cumpla con la finalidad del contrato en sí mismo, exista el fiel cumplimiento de la palabra de las partes, y no entorpezcan la finalidad del vínculo contractual entre las partes.

2.3.20 Libertad contractual o libertad de configuración interna

Consiste en que las partes dentro de su autonomía, pactarán el contenido del contrato sin contravenir las normas.

Por su parte, De la Puente, M. (2007), señaló:

La teoría de la voluntad responde a un criterio de protección de los contratantes, ya que nadie debe obligarse sino en la forma en que verdaderamente ha querido hacerlo, de acuerdo con su propia intención. Pero como la voluntad interna es un fenómeno invisible, necesita de la declaración para exteriorizarse, para que los demás sepan cual es esa voluntad interna. Si la declaración no exterioriza propiamente la voluntad, el contrato no existe por ser una “declaración sin voluntad. (p.110)

La teoría de la voluntad instaurada a lo largo de los años por diversos doctrinarios, obedece a proteger a los contratantes, por lo que nadie en la práctica debe obligarse a contratar si esa no fue su intención. Pongámoslo así, si María tiene deseos de ir a estudiar al extranjero, comienza a buscar programas, o empresas que le ofrezcan el servicio que ella necesita (voluntad interna), desde el momento que ella se acerca a una de las oficinas, o incluso hace un llamado preguntando precios, ha interiorizado su voluntad de contratar, al menos su interés de los servicios que ofrecen dichas empresas.

Podemos llegar a la conclusión que la noción de libertad individual se traduce en la libertad de contratar, o sea la libertad concedida

a las personas para que, de común acuerdo, puedan crear, regular, modificar o extinguir entre si relaciones jurídicas patrimoniales. Tal es el concepto estricto de autonomía privada.
(p.199)

De acuerdo a lo desarrollado en los párrafos anteriores, se concluye que la libertad contractual, se encuentra intrínseca a la libertad individual de las partes, donde son ellas exclusivamente a regular las relaciones jurídicas que deseen contratar. Pues, como bien lo menciona el referido autor, en estricto nace de la autonomía de los contratantes.

Aguila, G. y Capcha, E. (2013), sintetizaron:

“Consiste en la facultad de determinar el contenido del contrato”. (p.340)

Ello significa que son las partes que están en la facultad de delimitar el contenido de cada cláusula que contendrá el contrato en sí.

De la puente, M. (1993), indicó:

“Esta libertad supone la facultad reconocida legalmente a las partes para, de común acuerdo, determinar los términos del contrato que han convenido en celebrar”. (p.273)

Conforme hemos desarrollado en la presente investigación, dentro de la autonomía privada se encuentra la libertad contractual lo que supone a las partes esclarecer términos propios del contrato antes del consentimiento perpetuo.

Gaceta jurídica, (2010), mencionó:

“El concepto de libertad de contratación –y el del contrato mismo- no puede estar desligado de la relación que existe entre este principio y la operación económica que entraña toda relación contractual”.(p.38)

Conforme señala el referido párrafo, y es de mi consideración que la libertad de contratación jamás irá por camino separado al del contrato mismo, pues el primero hace que nazca el contrato es todo su esplendor, de lo contrario se concretarían contratos.

Sumar, O. y Velarde, S. (2015) señalaron:

El principio de consensualidad (artículo 1352 del C.C.) solo se explica por la libertad con que las partes han expresado su voluntad al momento de celebrar el contrato. De igual modo solo se entienden los principios de supletoriedad de las normas contractuales y el de libertad de tipología contractual (artículo 1356) por la necesidad de otorgar a las partes la mayor libertad legal para autorregular sus contratos. (p.40)

El consenso de las partes, considero que es la parte cumbre de todo contrato, donde las partes, ya decidieron los términos y condiciones de su obligación. Por lo tanto, no se podría apartar el principio de libertad contractual, donde las partes han sido propios legisladores de un vínculo jurídico que no sobrepase la ley, porque no es una libertad absoluta, hablamos de una libertad que es otorgada y amparada por la norma con la finalidad de que las partes sean cuidadosos al momento de regular un contrato.

Así, en el ejercicio de la libertad contractual, las partes se convierten en legisladores de sus reglas contractuales, modificando si así lo disponen la regulación dispositiva de la ley, alterando los tipos –contratos mixtos y complejos-, regulando otros no previstos –contratos innominados-, o combinando los existentes. (p.41)

Tal es así que, las partes al ser reguladores autónomos en la relación jurídica contractual que desean mantener, tienen como reglas generales lo previsto en el código civil, sin embargo, el comercio, el avance y la necesidad de satisfacer necesidades ha llevado que creen los llamados contratos innominados, o incluso hagan una combinación de estos.

Si la libertad de contratación que proclaman la Constitución y el Código Civil no son absolutas, es preciso entonces conocer las fronteras de este principio, que nuestro ordenamiento ha materializado en regla legal. A las clásicas limitaciones derivadas de la moral y el orden público, hoy se suman límites más puntuales expresados en leyes basadas en razones de convivencia social y eficiencia económica, que buscan un equilibrio básico en el

mercado, limitando la acción de los actores con un excesivo poder de mercado poniendo límites al poder económico. (p.43)

Conforme lo hemos indicado, la libertad contractual de las partes no es absoluta, tiene limitaciones, limitaciones que la misma norma se antepone y las regula, como la de no ir en contra del orden público o la moral. A ello, se han sumado algunas excepciones como la que contendría un contrato por adhesión, pues por tratarse de un tipo de contrato masivo, también busca que la parte que se encuentra en mayor ventaja de regular el contrato, sea abusivo, sobrepasándose en precios, plazos, y por qué no mencionar que exista una norma que los vea obligados a contratar por la falta de opciones.

La libertad de contratación sigue siendo el principio básico inspirador de la contratación en el Perú; si bien las limitaciones a este derecho son cada vez más intensas y extensas, tales limitaciones se dan no para eliminar este derecho, sino para proteger la libertad de contratación de los contratantes débiles que en la actualidad son la mayoría. La admisión de las nuevas operaciones contractuales generadas por el avance de la tecnología representa un claro ejemplo de la vigencia de la libertad de contratación y del poder de esta para dinamizar el mercado. (p.47)

De lo expuesto, es preciso mencionar que si bien en el transcurso de los años, de la necesidad de satisfacer necesidades, y el cambio constante en el uso de nuevas tecnologías, ha permitido la creación de nuevos tipos contractuales, que han sido creados por libertades contractuales. Empero, es importante no dejar de lado la vulneración de esta libertad. Ello permitirá que el Estado a través de sus normas vigile de manera sigilosa a aquella parte que pueda ser desamparada de esta libertad contractual, propia de la autonomía y voluntad de las partes.

Asimismo, De la Puente, M. (2007), argumentó:

Tratándose del compromiso de contratar, esa obligación de hacer consiste en formular una aceptación por una de las partes ante la recepción de la oferta que formule la otra parte (la oferta puede

provenir de cualquiera de las partes en el compromiso plurilateral o de una de ellas en el compromiso unilateral) para la celebración del contrato definitivo en los términos estipulados en el compromiso de contratar. (p.52)

Vincularse, constituye un compromiso jurídico, donde el Pacta Sunt Servanda es sello de todo contrato, es decir, cumplir con tu palabra no sólo implicará una firma o un acepto de términos y condiciones, sino que además incluye el cumplimiento de dichas obligaciones, sean de dar, hacer o no hacer. Ello significa que la oferta puede venir de cualquier sujeto, pudiendo existir contraofertas, que hagan de ella finalmente la celebración de un contrato firme entre las partes.

2.3.21 La negociación

La negociación es el camino para que las partes llegado a un acuerdo puedan finiquitar una relación.

Aguila, G. y Capcha, E. (2013), manifestaron:

“Es la etapa de las tratativas. Aquí se produce el intercambio de información, cálculos, posibilidades, supuestos y problemas. Esta etapa se da en todo tipo de contratos, excepto en los contratos por adhesión”.
(p.341)

El iter contractual, supone a las partes no sólo de buscar el mejor postor para vincularse contractualmente, sino que incluso eligiendo al mejor postor para el cumplimiento de un contrato, en el camino se presentarán una serie de negociaciones que dependerá de la facultad de las partes aceptarlas para su posterior ejecución.

De la Puente, M. (1993), indicó:

“Existe una tendencia cada vez mayor a la contratación masiva, en la cual los contratos se celebran de esta manera, pues la rapidez de las transacciones no permite la fase previa de las tratativas”. (p.49)

La compra de celulares, servicios de telefonía, entre otros, al ser servicios básicos, son necesarios para un gran grupo de personas, que llevar a cabo las

ofertas y contraofertas tomaría mucho más tiempo de lo debido, por ello, la facilidad y rapidez en ellas están en celebrar contratos en masa.

En estos tratos los tratantes hacen cálculos, valoran posibilidades, plantean problemas, sondean puntos de diferencia, sugieren variantes, en fin van formándose un criterio sobre la verdadera naturaleza y alcances del negocio, que les permita tomar una decisión sobre llevarlo adelante o no. (p.49)

La etapa de tratativas para llevar a cabo un contrato no es tan sencillo como la de negociar con la señora del mercado al momento de comprar 1kg de Limón, sea este la que te baje el precio o te de una yapa. Nos vemos rodeados de contratos, lo que supone que para que las partes cumplan con la finalidad deseada busquen agotar todos los mecanismos necesarios para concretar – por ejemplo- la compraventa de un vehículo, y este no suponga un costo sino que más bien se sientan ganadores por cualquier forma.

De la Puente, M. (2007) indicó:

El contrato es el resultado de la conjugación de los intereses de las partes, que puede provenir tanto de la composición de intereses inicialmente opuestos como del reconocimiento de intereses inalterablemente iguales. Una vez establecido el interés común, el modelaje del contenido contractual responde a este interés, de tal manera que las prestaciones se establecen para satisfacerlo.(p.72)

Demostrar interés al momento de crear, regular, modificar o extinguir obligaciones es entendida en el derecho a esa capacidad de negociar que mantiene todo individuo que desee vincularse con otra para la obtención de ciertos resultados. Este interés que tiene que ser siempre, entre dos o más partes, mantiene a las partes en un juego de negociaciones que permitan la tan anhelada celebración de un contrato.

La iniciativa negocial en virtud del reconocimiento jurídico de la autonomía privada, mediante el intento práctico, sigue siendo la única capaz de crear negocios jurídicos. El ordenamiento, en este caso, se limita a recibir esa manifestación de voluntad. Será

comprensible, por tanto, que si en cada caso el intento se eleva a la categoría de precepto jurídico, el ordenamiento intervenga para disciplinar la actuación de la autonomía privada. (p.81)

La facultad de crear, regular, modificar, o extinguir un contrato, nace de la voluntad de las partes, es decir nace de la esfera de la autonomía de privada para vincularse entre sí. Son las partes, que se encontrarán en la capacidad de otorgarse derechos y obligaciones, siempre y cuando estas no estén fuera del marco legal, de lo contrario el contrato sería nulo, y no cumpliría con los preceptos generales que el ordenamiento jurídico le ha otorgado.

Es la forma que los interesados adoptan en ejercicio de su autonomía de la voluntad. Es la forma también llamada libre o convencional, que preferimos denominar voluntaria porque es indicativa de la libertad para su adopción y, porque pudiendo resultar de la convención es, por ende, voluntaria. Se le conoce también como forma no prescrita. (p.141)

Parte de la formalidad de un contrato, como lo hemos indicado en los párrafos anteriores, esta impregna en la voluntad de las partes. Es decir, que si Juana no exterioriza su voluntad, otro no podrá saber cuál es su deseo y en qué puede ayudarla, o por lo menos demostrar si tiene interés en celebrar un tipo de relación jurídica.

“La contraoferta produce el efecto de invertir los papeles, convirtiéndose el primitivo destinatario en oferente, en destinatario; de tal manera que el contrato se formara en virtud de un nuevo negocio de voluntad” (p.347)

La contraoferta podemos observarla de manera diaria a la hora de tomar un taxi, el primero en lanzar la oferta es aquel que pide el servicio, y el que esté dispuesto a realizar la carrera, lanzará su propia oferta más el precio, por lo que la primera persona podrá tener el papel de contra ofertante lanzando un nuevo precio, aceptando, o rechazando el servicio.

2.3.22 La celebración

Se entiende por celebración, que las partes han llegado a un acuerdo, con el cual tienen la intencionalidad de llevar a cabo una relación jurídica.

De la Puente, M. (2007) indicó:

“La oferta es la propuesta que hace una parte a la otra para la celebración de un contrato, donde el perfeccionamiento de la oferta en el momento que es conocida por el destinatario”. (p.345)

El camino contractual está llena de ofertas y contraofertas, donde los interesados a celebrar un futuro contrato, buscarán la manera idónea de que satisfaga sus necesidades, ello de acuerdo a sus requerimientos, es decir ofertas y contraoferta.

Aguila, G. y Capcha, E. (2013), sintetizaron:

“Comprende desde el momento de declaración de la oferta por el oferente hasta el conocimiento, por éste, de la aceptación del destinatario de la oferta, que da lugar a la celebración del contrato”. (p.341)

La oferta se verá definirá como tal, con el sólo aviso de ofrecer un servicio, un producto, o hacer público el deseo de concretar algún tipo de contrato; cuando éste se vea modificado por otra parte, sólo en un término y/o cláusula, la oferta dejó de ser oferta, y ya se volvió una contra oferta.

De la puente, M. (1993), indicó:

“Se ha visto que la etapa de las tratativas termina con la formulación de la oferta, lo que da lugar a la iniciación de la segunda etapa, que es la celebración del contrato”. (p.79)

Una vez que las partes hayan acordado la plenitud de los términos de un contrato, es decir, una vez acaba la etapa de ofertas y contraofertas –tratativas- que tengan las partes, existirá la consensualidad, lo que permitirá establecer un contrato único.

Esta etapa comprende desde la declaración de la oferta (policitación) por el oferente hasta el conocimiento por éste de la aceptación del destinatario de la oferta, que da lugar a la celebración del contrato, incluyéndose en la etapa las posibilidades de la retractación de la oferta, la contraoferta y la retractación de la aceptación. (p.79)

Desde la publicación de que un servicio y/o producto está disponible para su venta –oferta- hasta que una persona acepte o bien haga contraofertas, se considera que las partes buscan la celebración de un contrato, será el consenso entre las partes lo que permitirá su concertación.

...desde que se formula la oferta, que es el hecho que pone fin a la etapa de las tratativas y da inicio a la etapa de celebración del contrato, los contratantes se encuentran ligados por una nueva relación voluntaria, que está encaminada a la celebración del contrato. (p.83)

Las partes son las únicas dispuestas a decidir con quién, cómo y bajo qué condiciones se vinculan, por lo tanto, la celebración del contrato no es más que la libertad –facultad- de decidir que tienen las partes para crear, regular, modificar, extinguir un contrato.

2.3.23 La ejecución

La ejecución significa que las partes están llevando a cabo cada uno de los términos y condiciones pactados en la celebración del contrato.

De la puente, M. (1993), indicó:

“...la llamada ejecución del contrato se encuentra en la etapa postcontractual, o sea aquella en la cual el contrato ya se celebró y cumplió su objetivo de crear la relación jurídica”. (p.342)

Ejecutar los términos puestos en el contrato, significa que las partes harán uso de sus derechos y obligaciones que se han otorgado de manera mutua al momento de la celebración del contrato.

2.3.24 Consentimiento

Por consentimiento entendemos que las partes han manifestado su interés y/o voluntad de llevar a cabo una relación jurídica.

De la puente, M. (1993), propuso:

“Opinan otros, cuya posición comparto, que el consentimiento es la integración de las voluntades de las partes para dar lugar a un acto

jurídico unitario de manera tal que el contrato es el resultado de esa integración”. (p.127)

Conforme lo hemos mencionado líneas arriba, el consentimiento se dará cuando las partes hayan consensuado en su totalidad cada una de las cláusulas del contenido del contrato a celebrar, de lo contrario no se encontrarían en esta etapa.

“..., para la celebración del contrato, la declaración conjunta coincida con la voluntad común no habrá problema alguno. Se habrá producido el consentimiento, por la coincidencia de declaraciones y de voluntades”. (p.135)

El consentimiento será una promesa de las partes a futuro, para el cumplimiento del contrato, asimismo asegura que las partes se encuentran convencidas, en que no existirá algún tipo de controversia más adelante, puesto la consensualidad total que existió al momento de celebrar un contrato.

De la puente, M. (1993), explicó:

“La técnica que emplea el Derecho para plasmar esta exteriorización es mediante dos declaraciones, una de cada parte contractual (suponiendo que sean dos partes), llamadas *oferta* y *aceptación*”. (p.206)

La anuencia que existe al momento de celebrar un contrato, significa que ya ha sobrepasado las manifestaciones de voluntad, que se han visto exteriorizadas, y que cada uno se ha encontrado dentro de la autonomía privada de las partes.

“...el *perfeccionamiento*, para referirse al efecto del consentimiento (acuerdo de voluntades declaradas) y de la conjunción de la oferta con la aceptación, lo que evidencia que uno y otra son dos aspectos de un mismo acontecimiento: la formación del contrato”. (p.208)

Si bien el consentimiento es la voluntad de ambas partes de celebrar un contrato, ello conllevará a su perfeccionamiento, lo que significa la celebración del contrato, pues de nada sirve que ambas partes tengan la voluntad de crear relaciones jurídicas, si es que no materializan estas voluntades.

2.3.25 Oferta

La exteriorización que hace una persona dentro de un mercado, con la intención de llevar a cabo relaciones jurídicas patrimoniales.

Aguila, G. y Capcha, E. (2013), señalaron:

“La oferta es la propuesta que hace una parte a la otra para la celebración de un contrato”. (p.345)

Considero que la oferta es una invitación a otra para dar a conocer lo que estoy ofreciendo, ello con la finalidad de llegar a un contrato.

2.3.26 Aceptación

El receptor de cualquier oferta, dentro de su autonomía de voluntad, emitirá su aceptación de celebrar determinada relación jurídica.

Aguila, G. y Capcha, E. (2013), analizaron:

“Es la declaración de voluntad emitida por el destinatario y dirigida al oferente, mediante la cual aquel comunica a este su conformidad con los términos de la oferta”. (p.345)

Exteriorizar nuestra voluntad al destinatario o a la otra parte, conllevará de hacerle saber a éste en si está conforme en la totalidad de los términos y condiciones de la oferta inicial o ha variado en algo, para ello se necesita la manifestación expresa de la voluntad de las partes.

2.3.27 Contratos

La relación jurídica patrimonial que existe entre dos o más personas con la finalidad de adquirir derechos y obligaciones.

Gaceta jurídica, (2010), describió:

Al ser concebido el contrato dentro de un proceso en el que una persona pone a disposición de otra su acto –y con ello una porción de libertad, obligándose voluntariamente a realizar una prestación-, el contrato deviene, al decir de Hattenhauer, en una pieza central de la libertad civil en derecho, desarrollándose la tesis que culmina con el reconocimiento de la autonomía privada.
(p.38)

La creación de contratos, ha visto reflejada en la praxis la infinidad de posibilidades que tienen las partes al momento de obligarse entre sí. Los contratos son una muestra clara, en el derecho, de que las partes son autónomos para su creación, siempre y cuando cumplan con las formalidades previstas por la ley. Ello ha conllevado a la existencia de contratos innominados, sino a acelerar el proceso de regulación para salvaguardar el derecho de las partes.

Aguila, G. y Capcha, E. (2013), argumentaron:

“El contrato queda perfeccionado con el consentimiento, es decir, en el momento en que las manifestaciones de voluntad de las partes coinciden, excepto en aquellos en que, además del consentimiento, debe observarse la forma bajo sanción de nulidad”. (p.339)

Un contrato que sólo permita el consentimiento para su ejecución, es la de pasar la tarjeta del metropolitano en las garitas de control, para hacer uso del servicio; sin embargo, si hablamos de una compraventa de un bien, no sólo necesitamos el consentimiento de las partes, una la de comprar y otra la de vender, sino que además, necesitaremos cumplir con formalidades para que el contrato no devenga en nulo.

Gaceta Jurídica, 2010, señalaron:

La fuerza obligatoria de los contratos aparece reconocida en la mayoría de los ordenamientos jurídicos y hoy día sigue siendo principio informante del Derecho de Contratos, recogándose así como uno de los principios generales de la contratación según Unidroit que en su artículo 1.3 lo reconoce: “Todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes. (p.241)

Conforme lo menciona el referido y tan consultado libro por todo estudiante de derecho, un contrato, no sería un contrato, si es que la manifestación de voluntad contenida en la autonomía de voluntad de cada persona no se exterioriza, por lo que, para ello es necesario y fundamental que la persona exteriorice ciertas libertades. De esta manera, el contrato cumple en la práctica lo que tan referida doctrina menciona, es el acuerdo de voluntades, que serán exteriorizadas una a otra con la finalidad de contraer obligaciones.

El contrato, como todo negocio jurídico, es expresión de autonomía privada, es decir, implica el ejercicio de una facultad de obrar para producir mediante el uso de dos libertades: a) la libertad de vinculación, por la que el sujeto decide libremente el momento en el que se vincula y con quién, y b) la libertad de autorregulación o configuración interna, por la que el sujeto o sujetos decide(n) las reglas aplicables a la relación jurídica formada. No obstante, la producción en masa, y el auge cada vez mayor de la libre competencia traen por consecuencia que los sujetos contratantes busquen reducir sus costos de negociación, haciendo que los contratos se celebren mediante actos rápidos y menos meditados. (p.237)

Como bien sabemos, el nacimiento de un contrato se da por la manifestación, dentro de su autonomía de libertad, que cada persona expresa, para la creación de relaciones jurídicas, que permitan así la creación de ella. Sin embargo, cuando existe un solo proveedor que brinde un servicio de calidad y todos acudan a él para vincularse contractualmente, la cantidad de contratos que este proveedor deberá redactar son inimaginables, siendo que además los gustos de cada contratante diferirán de otro, haciendo más largo el proceso de contratación, como su propia ejecución. Ante ese problema proveedores como estos se han visto en la necesidad de establecer un contrato único, que permita reducir costos, así como la facilidad de las personas de acceder al servicio brindado, sin verse en la necesidad de poner más contraofertas que alarguen el iter contractual, sino únicamente de aceptarlas o rechazarlas en su totalidad.

De la puente, M. (1993), analizó:

Conclusión del contrato es la concurrencia de las declaraciones de voluntad para formar una declaración conjunta de una voluntad común, o sea el consentimiento. Desde el momento en que la aceptación recoge la declaración contenida en la oferta, haciéndola suya, y es conocida por el oferente, el contrato queda concluido.

Difiero de llamar conclusión de un contrato el hecho de que ambas partes hayan comunicado su intención de celebrar un contrato, puesto, para la existencia plena y que el contrato haya cumplido su finalidad se necesita que las partes cumplan con las obligaciones por las cuales se han visto comprometidas con la celebración del contrato.

“Perfeccionamiento del contrato es la oportunidad en que el contrato, ya concluido, produce sus efectos (es eficaz), o sea crea (regula, modifica o extingue) una relación jurídica obligacional”. (p.122)

El contrato queda perfeccionado luego que las partes hayan demostrado su interés de celebrar un contrato, pero éste no ha concluido, pues éste aún produce efectos propios de las partes han deseado, ya que ellos han creado nuevas relaciones jurídicas para su cumplimiento.

2.3.28 Manifestación de voluntad que tenga finalidad patrimonial

La particularidad de un contrato es que la manifestación de voluntad al ser exteriorizada contemple su contenido patrimonial.

De la puente, M. (1993), sintetizó:

Se ha visto que lo que determina la patrimonialidad de la relación jurídica es la valoración económica de la prestación. Dado que la prestación es, en realidad, el contenido de la obligación, la relación jurídica patrimonial creada por el contrato es una relación obligacional. (p.103)

Una premisa importante para que un contrato sea considerado como tal, es su contenido patrimonial, cuando haya perdido su contenido patrimonial se verá catalogado como un acto jurídico. Lo que importa en un contrato es la valorización de la obligación que tienen las partes para su cumplimiento.

El acuerdo para crear (regular, modificar o extinguir) relaciones jurídicas extra patrimoniales no es un contrato sino una convención, que crea deberes pero no obligaciones, a la cual no le son aplicables las reglas de la teoría general del contrato sino las de la teoría general del acto jurídico. (pp.104-105)

Los derechos extra patrimoniales no son un bien jurídico por lo tanto no cumplen con la formalidad para que sea considerado un contrato, el contenido patrimonial debe estar presente para la celebración de un contrato. Los derechos extra patrimoniales son los también llamados derechos personalísimos, como por ejemplo los deberes y derechos que conllevaría el matrimonio.

2.3.29 Contratos por adhesión

Una persona ofrece a un determinado público la posibilidad de celebrar un contrato sin negociación previa.

Aguila, G. y Capcha, E. (2010), argumentaron:

“Es la etapa de las tratativas. Aquí se produce el intercambio de información, cálculos, posibilidades, supuestos y problemas. Esta etapa se da en todo tipo de contratos, excepto en los contratos por adhesión” (p.341)

Esta etapa, consiste en intercambio de intereses, de conocer qué busca una persona de la otra, dándole una gama de posibilidades en el mercado al no verse satisfecha con una primera negociación. Este principio no se encuentra en los contratos por adhesión, ello en razón que no existe negociación, sólo existe aceptación total o la no aceptación en ninguno de sus términos.

“No existe negociación entre las partes. Esta forma de contratación significa una modificación de la estructura del contrato establecido por el sistema clásico, pues determina la eliminación de la negociación” (p.349)

Hablando de un contrato por adhesión, debe quedar claro que no existe negociación, esta etapa en este contrato está eliminada, en razón, que el receptor de esta oferta puede aceptarlo o buscar más opciones en el mercado que satisfaga sus necesidades.

El contrato por adhesión se pretende facilitar la contratación en masa, disminuyendo los costos que significaría su realización de acuerdo con el sistema clásico de contratación; el consumidor puede celebrarlo o abstenerse de hacerlo; sin embargo, no existe posibilidad alguna que negocie sus términos. (p.350)

Con este tipo de contrato busca simplificar la vida a los contratantes, haciendo que la actividad económica propia de las cláusulas de este contrato sean menores para ambas partes. Evitando así contratar de manera engorrosa con las partes.

Gaceta Jurídica, 2010, señalaron:

El contrato por adhesión es aquella modalidad contractual por medio de la que un sujeto contratante elabora (de forma anticipada) el contenido del contrato colocando a su contraparte en la decisión de decidir si contrata o no en dichos términos quedando en la alternativa de adherirse (es decir, se restringe la negociación a lo que señala la parte que redacta el documento contractual) o no. (p.238)

Conforme, se ha señalado líneas arriba lo que significa un contrato para la doctrina. Ahora bien, corresponde indicar qué es un contrato por adhesión. Siendo, un tipo de modalidad contractual, es decir, un tipo de camino por el cual las partes pueden optar con la finalidad de obligarse a contraer ciertos derechos y/o obligaciones. Tal es así, que una de las partes, se antepone a otra, redactando cada una de sus cláusulas, ya sea porque el contrato a celebrarse a futuro, se hará de manera masiva, que haciéndolo por esta modalidad, le generaría un menor costo.

“Cuando una de las partes es colocada en la alternativa de aceptar o rechazar íntegramente las estipulaciones fijadas por la otra parte y declara la voluntad de aceptar, entonces hay CONTRATO POR ADHESIÓN” (p.239)

Es decir, una de las partes, hablando del receptor, es el que acepta cada una de las condiciones que señala el emisor, sin opción a negociar, o modificar siquiera una de las cláusulas porque no le parezca útil, pues es lo que significa un contrato por adhesión, someterse o no a cada una de las cláusulas que señala el bien llamado emisor del contrato.

Tal como lo hemos indicado a lo largo de nuestro comentario, en la contratación predispuesta o por adhesión una de las partes tiene el dominio en la redacción de las estipulaciones, lo que

implica que uno de los sujetos contratantes posee una mejor información que otra (asimetría informativa) que inclina la balanza a favor de esta. Esta situación puede considerarse injusta debiendo, por tanto, protegerse a la parte más débil o menos informada. (p.241)

Vamos aclarando un poco el panorama acerca de los contratos por adhesión, y es que sólo una de las partes, conoce a la perfección cada cláusula que se encuentra contenida en un contrato por adhesión, ya que, al tener mayor ventaja desde el momento que elabora el contrato, conocerá las ventajas y desventajas que contiene éste. Pudiendo incluso, conforme lo menciona la doctrina, ser arbitraria para la otra parte que se encuentra en la potestad de vincularse, o no. Sin embargo, deja de ser arbitraria desde el momento que el receptor, tiene esa pequeña libertad de decisión de contratar con la otra parte.

Asimismo, Sumar, O. y Velarde, L. (2015) señalaron:

El contrato por adhesión es pues aquel que contiene cláusulas generales de contratación –aprobadas o no administrativamente, según sea el caso- y al cual los interesados (potenciales contratantes) solo pueden adherirse o no hacerlo (take-it-or-leave-it-offers), no existiendo posibilidad de negociar los términos contractuales ni, por ende, modificarlos. La denominada contratación en masa, si bien se considera que limita severamente la libertad contractual de los particulares, constituye un mecanismo fundamental para el intercambio eficiente de recursos y el desarrollo del mercado. (p.124)

El referido autor, ahonda y refiere sobre el tema haciendo mención que las cláusulas contenidas en un contrato por adhesión pueden estar o no aprobadas administrativamente, donde potenciales contratantes, entendamos por potenciales a aquellas personas que sienten la necesidad de contratar con la otra parte por más que un sentido de necesidad, no teniendo posibilidad alguna de negociar. Considerando además que, existe una delgada línea que vulnera la libertad contractual de los particulares. Sin embargo, en la actualidad, ha

servido de mucha ayuda para contratos masivos, o comerciales, donde lo que se debe ahorrar es tiempo, y no contratos que puedan resultar perjudiciales.

La competencia no hará más favorables las cláusulas generales de contratación para los consumidores por cuanto ellas recogen términos invisibles y, por ende, no revisados por el consumidor. Este no se inmutará por las cláusulas de responsabilidad de su contrato; de hecho, como indicamos antes, ni siquiera las leerá, lo que resulta racional. (p.126)

Que exista competencia dentro del mercado, no convierte a un contrato por adhesión en beneficioso para la parte que acepta. Ya que, un contrato por adhesión al ser masivo, busca el beneficio de una gran parte, y no del beneficio o satisfacción de un número reducido de los aceptantes. Por tal motivo, el aceptante del referido contrato, por lo general, no está dispuesto a leer cada una de las enmiendas.

Por su parte, De la Puente, M. (2007), señaló:

Puede observarse que lo que caracteriza al contrato por adhesión no es que la voluntad del aceptante se pliegue a la del oferente, pues ello ocurre en todo contrato, ya que la aceptación no es otra cosa que la asunción por el aceptante de la voluntad del oferente para hacerla también suya. En la medida que esta identificación de voluntades no se produzca, o sea si la voluntad del destinatario de la oferta es distinta de la del oferente, no podrá existir aceptación ni, desde luego, contrato. (p.651)

El citado autor nos señala una identificación de voluntades debe de producir todo contrato, esto es como regla general. Sin embargo sucede que en los contratos por adhesión si se produjera una voluntad distinta a la ya manifestada por el oferente, ya no puede existir el llamado contrato por adhesión, de lo contrario estaríamos desnaturalizando el tipo de contrato.

Recapitulando lo expuesto, cabe decir que el contrato por adhesión, considerado en sí mismo, es una manera de contratar en la cual, sin perderse la autonomía privada manifestada por la libertad de conclusión del contrato, la determinación de las

conclusiones del mismo es hecha unilateralmente y exclusivamente por una de las partes y plasmada en su oferta, para que la otra parte, o se el destinatario, decida a su solo criterio contratar o no en tales condiciones. En el primer caso, aceptará la oferta; en el segundo, la rechazará. (p.655)

Como bien, lo hemos expuesto y amparado en base a doctrina, el contrato por adhesión, es una forma de contratar, es decir, es uno de los caminos que tienen las partes para obligarse entre sí, de tal forma que su conducta produzca efectos jurídicos, ante el cumplimiento o incumplimiento de éstas. Pues, consiste en la voluntad exclusivamente de una de las partes, de someterse o no, a cada una de las enmiendas contenidas en esta modalidad contractual. De parecerle una de ellas no beneficiosa, dependerá de ella no aceptar la totalidad del contrato. Este contrato consiste en todo o nada.

El contrato necesario por adhesión, pese a que el oferente abuse del estado de necesidad en que se encuentra el destinatario de la oferta, tiene, a semejanza del contrato libre por adhesión, naturaleza jurídica contractual, pues es el resultado de un acuerdo de declaraciones de voluntad. Es más, tanto el oferente como el destinatario de la oferta no solo quieren que se efectúe la provisión del bien o servicio, sino que ella se haga a través de un contrato y no de un acto jurídico distinto. (p.670)

En esta ocasión, parte de la doctrina hace referencia al abuso del oferente de esa necesidad que tiene la otra parte con el fin de beneficiarse, y por qué no perjudicar en un porcentaje que desconocemos a esa gran masa, que sólo se ve sometida a cumplir las enmiendas que el oferente designó en tal contrato, dejemos claro, que esto sucede, una vez que haya firmado el contrato, ahí nace el vínculo jurídico.

Elementos que tipifican al contrato de adhesión es que una de las partes fija unilateralmente las estipulaciones contractuales, sin la participación de otra, asimismo otro elemento característico de la definición legal del contrato por adhesión es que la parte que redacta o fija las estipulaciones plantea a la otra una alternativa

inmodificable entre la aceptación integra de tales estipulaciones, o sea de su oferta, y el rechazo, también integro, de ella. (pp. 652-654)

El gran doctrinario, maestro en el mundo del Derecho contractual, señala que los elementos que regulan a este tipo de modalidad contractual, es que es una de las partes la que fija unilateralmente las estipulaciones contractuales, sin la participación activa de la otra, donde como lo hemos señalado en párrafos precedentes, sólo está la otra parte queda en la posibilidad de aceptar, sin opción a modificar cláusula alguna.

Asimismo, Gaceta Jurídica (2010), señalaron:

Así tenemos que los contratos por adhesión se caracterizan por:
a) Limitar el contenido del contrato a lo dispuesto por la exclusiva voluntad de uno de los sujetos contratantes, lo que no debe confundirse con las “cláusulas generales de contratación” que como simples estipulaciones son “reglas elaboradas por una de las partes de forma unilateral para ser incorporadas en futuras contrataciones, así mismo b)El sujeto quien recibe la oferta (materializada en el documento negocial preredactado) queda sujeto a un derecho potestativo restringido, en tanto, el sujeto asumiera una situación de ventaja que le permitirá decidir si se adhiere dentro de los términos de la oferta contractual. (pp. 238-239)

Parte de lo que caracteriza a este tipo de modalidad contractual, donde el estudiante, o cualquiera que se vea sometido a ella, puede identificar si se encuentra ante este tipo de contrato, como lo es el Contrato por adhesión, pues, limitan el contenido del contrato por parte del aceptante, asimismo esta persona que está en plena capacidad de aceptar de obligarse mediante esta modalidad contractual, tiene la potestad de escoger, luego de haber analizado el mercado, si deseará someterse a esta modalidad contractual; digamos pues, en un supuesto, ya que no sabemos si la mayoría de personas que celebran mediante este tipo de contrato se ven beneficiadas en su totalidad, pues recaemos en el

supuesto que de esta forma le traerá mayores beneficios, que buscar a un particular.

Aguila, G. y Capcha, E. (2013), demostraron:

Es aquel contrato por el cual una de las partes pierde la facultad de negociación; en consecuencia su contraparte, que es “la más fuerte”, determina totalmente el contenido contractual; “la parte débil” solo tiene dos opciones, o acepta en su totalidad el contrato que le presentan o lo rechaza. (p.349)

No queda en discusión la diferenciación del contrato por adhesión respecto de otros contratos, se ha eliminado la etapa de tratativas, no existe negociación, la parte que recibe la oferta sólo está en la potestad de elegir o rechazar en su totalidad el contrato puesto sobre la mesa.

El contrato por adhesión se pretende facilitar la contratación en masa, disminuyendo los costos que significaría su realización de acuerdo con el sistema clásico de contratación; el consumidor puede celebrarlo o abstenerse de hacerlo; sin embargo, no existe posibilidad alguna que negocie sus términos. (p.350)

Una persona que acude a Movistar solicitando el servicio de internet, le pondrán a su alcance sólo una cantidad limitada de servicios que la persona podrá contratar de acuerdo a sus necesidades; no existe forma de negociar con movistar y decirnos que nos haga un descuento, una yapita como la pediríamos en el mercado, ese tipo de negociación ha sido eliminada en los contratos por adhesión; o en su defecto, acudir a otra empresa que le ofrezca mayores beneficios de acuerdo a sus necesidades, pero en ninguna cabe la posibilidad de negociar.

De la puente, M. (1993), explicó:

“El primer elemento que tipifica el contrato por adhesión es que una de las partes fija unilateralmente las estipulaciones contractuales, sin participación de la otra”. (p.23)

El contrato por adhesión, busca rapidez, cuanto mayor relaciones contractuales haya generado es mejor para aquel que ha redactado cada una de las cláusulas

de manera unilateral, dejando a la otra parte en la potestad de aceptar o rechazarlas en su totalidad.

“...la oferta del contrato por adhesión es de carácter naturalmente recepticio, o sea que debe ser dirigida a uno o varios destinatarios determinados para ser conocida por ellos”. (p.24)

Aquel proveedor que ofrece un servicio a un grupo determinado de personas, tiene que asegurarse de darlo a conocer a sus potenciales clientes, serán los clientes en su calidad de receptores que estarán en la potestad de aceptar y/o rechazar dicha oferta.

El segundo elemento característico de la definición legal del contrato por adhesión es que la parte que redacta o fija las estipulaciones plantea a la otra una alternativa inmodificable entre la aceptación íntegra de tales estipulaciones, o sea de su oferta, y el rechazo, también íntegro, de ella. (p.25)

Al tratarse de un contrato con cláusulas preestablecidas, dirigido a un gran número de personas, donde el servicio es único, ellos se ven limitados a aceptar o rechazar el servicio contenido en un contrato por adhesión, en este tipo de contrato no existen las contraofertas por el receptor de la oferta.

...el contrato por adhesión, considerado en sí mismo, es una manera de contratar en la cual, sin perderse la autonomía privada manifestada por la libertad de conclusión del contrato, la determinación de las condiciones del mismo es hecha unilateral y exclusivamente por una de las partes y plasmada en su oferta, para que la otra parte, o sea el destinatario, decida a su solo criterio contratar o no en tales condiciones. En el primer caso, aceptará la oferta; en el segundo, la rechazará. (p.26)

En los contratos por adhesión no se puede considerar que existe una vulneración a la autonomía privada que tiene cada persona para contratar, pues es la persona que dentro de su autonomía, es decir dentro de su poder de decisión, eligió llevar a cabo este tipo de contrato -por adhesión- en el cual sólo se verá limitado a aceptar el contenido de cada una de las cláusulas que le ofrezcan, eso sí, imaginando que sea lo que esta persona estuvo buscando y

se haya adecuado a sus necesidades, de lo contrario, como parte de su autonomía de libertad manifestará expresamente su deseo de rechazar este contrato.

No es característica de la contratación necesaria por adhesión que las estipulaciones fijadas por el oferente sean abusivas o vejatorias, desde que lo que fundamentalmente busca éste es que sean inmodificables, pero no puede desconocerse que en gran número de casos no puede resistir el oferente la tentación de beneficiarse indebidamente con el contrato. (p.32)

El hecho de que exista una parte que de manera unilateral redacte el contenido del contrato, dejando a su receptor en la posibilidad de aceptar o rechazarlas, no debe significar que el redactor saque un provecho mayor dejando en la imposibilidad de defenderse a la otra parte; como habremos de desarrollar las normas generales, como un órgano administrativo se encargará de proteger al más débil.

“Una de las partes, el estipulante, fija unilateralmente todos los términos del contrato, de tal manera que, cuando éste se celebra, la relación jurídica patrimonial creada por él responde exclusivamente a la voluntad del oferente”. (p.34)

Lo conocen también como el más fuerte, pues tiene conocimiento del contenido de cada una de sus cláusulas, así como está un paso adelante sobre las relaciones jurídicas en materia contractual que generará la celebración de dicho contrato.

“Se trata pues, de una oferta especial, distinta de la del contrato paritario, en la que incorpora, como uno de los elementos de ella, la alternativa exclusiva entre aceptar o rechazar. Se excluye obviamente la contraoferta”. (p.35)

Conforme lo habíamos mencionado párrafos anteriores, el receptor de la oferta, se ve limitado a aceptar o rechazar; este tipo de contrato elimina la fase de contraoferta que tiene el receptor para conseguir lo que él consideraría mejor.

“El poder del oferente no radica necesariamente, pues, en tener el control de una provisión cualquiera, ya que si se tratara de bienes o servicios de muy poca necesidad o que son fungibles no tendría ese poder, sino en que la provisión de ellos sea indispensable para el destinatario”. (p.35)

¿Por qué existen los contratos por adhesión para acortar gastos del ofertante?, es la pregunta que nos hacemos, respondiendo a esta premisa, debemos tener en cuenta que aquel que ha producido un contrato único para un gran grupo de personas, ha evaluado que el servicio tan único como necesario para un gran número de personas, de lo contrario no tendría razón de ser.

“Generalmente el poder del oferente proviene de encontrarse en una situación de monopolio de hecho o de derecho o en cualquier situación que le proporcione el control de la provisión de los bienes o servicios”. (p.36)

Telefónica, durante años tuvo un monopolio en el Perú, pero no porque la ley lo ampara, sino por la falta de iniciativa de otras empresas de participar en este mercado. Por esos años, telefónica tuvo un poder de control sobre la provisión de servicios tales como: telefonía, cable, y de internet.

... todo lo que se pide es que ambos interesados consientan, que exista acuerdo entre ellos al objeto de hacer nacer las obligaciones; poco importa que el terreno para el arreglo haya sido preparado o no por uno de ellos, pues hemos de cuidador de confundir los tratos previos con el contrato”. (p.45)

Como esencia de todo contrato, fuera del tipo que éste sea, lo que debe primar es la consensualidad de las partes de celebrar esta modalidad de contrato; recordemos que son las partes que dentro de la autonomía de su libertad deberán expresar su deseo de celebrar una relación jurídica.

... esta voluntad común, si bien existe, no se ha formado libremente desde que es el fruto del estado de necesidad en que se encuentra el destinatario de la oferta y del abuso de ese estado de necesidad cometido por el oferente, pero ello no significa que no se celebre un contrato, sino que éste puede ser rescindido por

lesión o anulado por la existencia de algún vicio del consentimiento. (p.45)

Pueden presentarse situaciones en las que a pesar de haber un consentimiento de las partes en celebrar un contrato -por adhesión- ello no significa que no se han vulnerado derechos, puesto que puede darse el caso que el aceptante se haya encontrado en tal estado de necesidad que no tuvo otra opción que la de aceptar esta modalidad de contrato, lo que permite al aceptante rescindir de este tipo de contrato por lesión o anulado por la existencia de algún vicio del consentimiento, menciona el autor, sin embargo lo que no menciona es que el servicio proveído ha sido tan necesario que rescindir de este contrato sería no contar más con los servicios prestados por la empresa emisora.

...lo que caracteriza al contrato por adhesión es que la etapa precontractual no está constituida por tratativas sino por la fijación unilateral por parte del oferente de las estipulaciones que constituirán su oferta. No se ve, en realidad, la razón por la cual esta diferencia en el contenido de la etapa precontractual –cuya existencia, por lo demás, no es imprescindible-, determine que el contrato por adhesión deje de tener naturaleza contractual. (pp.52, 53)

La particularidad del contrato por adhesión es que elimina la etapa de tratativas entre el oferente y receptor de la oferta; sin embargo ello no significa que dicho contrato dejaría de ser llamado contrato, considero que el contrato en sí tiene más particularidades como la del consentimiento de las partes, la voluntad de crear, regular, modificar, y extinguir relaciones jurídicas con contenido patrimonial, particularidades que considero que diferencian al contrato por adhesión de otros tipos contractuales.

Messineo, F. (2018), concluyó:

“Son vejatorias porque están dirigidas a mantener a la contraparte en condiciones de inferioridad jurídica o, peor, a agravar esta inferioridad”.
(p.387)

Es un hecho que la parte que sólo está en la potestad de aceptar o rechazar esta modalidad de contrato, tiene una desventaja en razón de la empresa que

brinda el servicio y/o producto. Al encontrarnos en un modelo económico neoliberal, considero, que las empresas deben de poner en igual rango a sus clientes, mediante campañas informativas de las beneficios así como de las palabras pequeñas.

De la Maza, I. (2003), manifestó:

De esta manera, aun cuando se asuma que los contratos por adhesión lesionan la libertad de configuración que el derecho aspira proteger a través de la regulación de los contratos, parece necesario advertir que dicha lesión permite reducir significativamente los costos de negociación de este tipo de acuerdos.

Reducir costos de negociación es significativo para alguien que ofrece un único servicio a un gran número de personas, este tipo de empresas buscaran uniformizar una cartera de clientes, con un mismo servicio/producto por un mismo precio, de lo contrario, no existiría uniformidad de criterios para considerar por qué razón alguien que ofrece un mismo servicio a “X” y “Y” personas cuentan con precios distintos.

La administración puede determinar las cláusulas que deberán utilizar los proveedores en sus relaciones con los consumidores finales, sea a través de un reglamento general o de un proceso de homologación caso a caso o bien puede intervenir prestando su aprobación a las cláusulas que se utilicen caso a caso. (p.11)

El estado protege siempre al más débil, en este caso somos los consumidores con menos instrucción del servicio y/o de términos jurídicos que se puedan usar en un contrato; por lo tanto, es importante que exista una uniformización en las cláusulas que contiene un contrato por adhesión, así como un lenguaje claro y sencillo en su redacción.

...incorporación de controles administrativos preventivos de los contratos por adhesión y catálogos de las cláusulas abusivas que contengan normas generales que permitan a los jueces examinar, y eventualmente modificar, el contenido de los contratos por adhesión utilizando el principio de la buena fe contractual. (p.32)

Toda aquella empresa que ofrezca un contrato por adhesión a un gran número de personas, considero, debe tener un control administrativo, no sólo para prevenir cláusulas vejatorias, sino como supervisor en el iter contractual, que no vulnere la autonomía de voluntad del consumidor final, de lo contrario estas empresas estarían sacando un beneficio del estado de necesidad que tienen las personas por el servicio/producto que ofrecen.

Por su parte, Stiglitz, R. señalo:

“...constituye una restricción al principio de libertad de contratación, en perjuicio de quien contrata con una empresa creadora del texto contractual”. (p.56)

Considero, desde mi punto de vista que, sí existe una restricción a las personas en su libertad de contratar, es decir, de determinar con quién lleva a cabo el contrato, ya que de alguna manera se está dirigiendo a que una persona lleve a cabo una relación contractual puesto que no tiene más opciones; situación que no sucedería si es que existiera un abanico de posibilidades en el mercado que ofrezcan un servicio/producto similar.

“... su contraparte carece del poder de negociación consistente en contar con la posibilidad de discutir o en intentar influir en la redacción del contrato o tan siquiera de una cláusula”. (p.57)

A lo largo de la redacción de la presente investigación, ha quedado vislumbrado una característica esencial del contrato por adhesión, y es que no existe etapa de tratativas, no hay negociación de parte del receptor de la oferta, se busca reducir costos, y para la doctrina, la negociación ha sido eliminada definitivamente, sin embargo, ello no significa que pierde su naturaleza contractual.

Asimismo, Gaceta Jurídica (2010), señalaron:

Modalidades de los contratos por adhesión: 1. Es aquella modalidad en la que la aceptación de la oferta por el destinatario de ella constituye una declaración de voluntad realizada sin violencia ni intimidación alguna, en la medida que pudo rechazarla o abstenerse a aceptar. En este caso el sujeto que se adhiere lo

efectúa por propia decisión, siempre que este adecuadamente informado de los pros y contras de la contratación que está construyendo, 2. Los contratos necesarios por adhesión se refieren a aquella modalidad en la que el sujeto (quien se adhiere al contrato) se encuentra en un estado de necesidad que solo puede satisfacer mediante la obtención de un bien o servicio a través de la celebración de un contrato.(p.240)

Las modalidades de los contratos por adhesión, son verdaderamente limitadas, por lo general, la persona a aceptar, se ve entre dos opciones, una que es esencial, donde el aceptante decide vincularse con el oferente a fin de contraer derechos y obligaciones que a su parecer, le serán beneficiosos en un futuro, y la otra opción es la de rechazar. Sin embargo, esta manifestación de voluntad ser limpia, sin ninguna clase de intimidación, sometimiento, obligación por parte del oferente, de tal manera que obligue al aceptante a vincularse a ella por la presión que existió en pro a la celebración de este contrato. Además de ello, otro punto a tener en cuenta, es que esta persona a pesar de encontrarse en un estado de necesidad para la obtención de un bien o servicio debe conocer cada uno de los pros y contras. De lo contrario, existiría una vulneración en la exteriorización de su voluntad, donde si bien la exterioriza, habría sido antes manipulada.

2.3.30 Créditos – Mutuo

Se entiende por mutuo la posibilidad de que una persona preste dinero a otra, con la finalidad de que sea devuelta en su misma especie, dentro de plazo determinado.

Es preciso hacer referencia al Mutuo por ser un contrato que más se le asemeja a los créditos inmobiliarios, al respecto Gaceta Jurídica, (2010), señalaron:

León Barandarian precisa que, conforme a la caracterización fundamental del mutuo, este supone la entrega de un bien determinado para que se devuelva otro de la misma especie, calidad y cantidad, siendo esta equivalencia cualitativa y cuantitativa lo tipificaste del tipo contractual; por consiguiente, no

puede haber mutuo si se entrega mercadería y se devuelve algo distinto. (p.238)

Mediante la presente investigación, no sólo estamos tocando el tema de los Contratos por adhesión, sino también sobre los créditos inmobiliarios, que aplicando el principio de analogía por tratarse de un contrato atípico, se asemeja a un contrato de mutuo, donde una de las partes se obliga a la entrega de un bien determinado, que en el presente se constituye como dinero, donde una de las partes entrega un monto determinado, para que éste sea devuelto en un plazo determinado, esto es, sin considerar los intereses sean compensatorios y moratorios que pudiese generar dicho mutuo.

Por su parte, Sumar, O. y Velarde, S. (2015) señalaron:

El mutuo es un contrato de crédito; una de las especies dentro del amplio genero de este tipo de contratos. Su utilidad es el financiamiento; la provisión de fondos económicos en favor de quien los requiera, con la obligación de restituirlos en un plazo convenido (o en defecto de este, en el plazo legal) y generalmente adicionado al pago de intereses, dado que actualmente es un contrato oneroso.

Conforme lo menciona el citado autor, ajustándose a la idea principal de la presente tesis, que el contrato de crédito inmobiliario se asemeja más a el mutuo, donde la utilidad que le dan las partes a este contrato es el financiamiento, es decir, proveer a la otra parte de fondos, a fin de que dentro de un plazo pactado sea devuelto, adicionándole el pago de intereses compensatorios, moratorios y por qué no penalidades.

Gutierrez, W. y Castro, N. (2004), manifestaron:

“El contrato de mutuo pertenece al género contractual conocido como contrato de crédito, del cual existen un sin número de especies, tales como la apertura de crédito, carta fianza, avances en cuenta, avances contra factura, tarjetas de crédito, etc.” (p.552)

El contrato de mutuo es como ha sido considerado en nuestro ordenamiento jurídico, digamos entonces, que el mutuo da las líneas generales para de ahí

partir y generar otro tipo de relaciones contractuales dentro de este mismo género; como bien vemos las personas tendrán en sus manos la capacidad de generar el tipo contractual que mejor les convenga basándose en una norma general.

“El mutuo es el principal contrato de préstamo, pero este no solo es celebrado por los agentes involucrados en el sector bancario y financiero”. (p.553)

Un préstamo de dinero se ha celebrado durante años entre personas naturales. Es a razón de la seguridad que una entidad financiera ofrece de que el dinero generará intereses, o te darán mayores beneficios, es que ahora además de las personas naturales, sean personas jurídicas las que presten dinero, eso sí con el debido respaldo y supervisión de que no exista un cobro indebido de intereses.

El mutuo es un contrato con prestaciones recíprocas, pudiéndosele, en consecuencia, aplicar las normas sobre resolución por incumplimiento, resolución por excesiva onerosidad de la prestación, resolución por imposibilidad sobrevinida de la prestación, excepción por incumplimiento y excepción de caducidad de término. (p.554)

El mutuo es un tipo de contrato en el que las partes tienen que cumplir con determinadas obligaciones para que haya cumplido con su finalidad como tal, la finalidad no acaba con el préstamo de dinero, pues esto sólo es el inicio de que el contrato exista, el verdadero fin de la relación contractual acaba con el pago de dicha prestación, más, lo estipulado dentro del contrato; salvaguardando la igualdad de las partes.

Aguila, G. Capcha, E. (2013), señalaron:

“Consiste en que el mutuante se obliga a entregar al mutuuario una determinada cantidad de dinero o de bienes consumibles a cambio de que se devuelva otros de la misma especie, calidad o cantidad”.

En nuestros días, lo usual al ver un contrato de mutuo, es que este consista que lo prestado sea dinero, sin embargo, ello puede diferir, pudiéndose tratar de otro tipo de bienes conforme lo menciona la norma.

“El objeto del mutuo es un bien consumible y fungible. En el mutuo, el bien es absorbido, se desgasta física y jurídicamente, no se puede devolver la misma cosa, porque de ser así sería un comodato”. (p.382)

Bajo este supuesto, entendemos que, si al momento de pedir prestado dinero ante una entidad bancaria, la entidad bancaria te entrega un dinero, con un número de serie, una particularidad, que no será la misma en razón a cuando este sea devuelto en cumplimiento del contrato del mutuo.

Barbieri, P. (1998), señaló:

El objetivo fundamental de los contratos de financiación, por ende, resulta ser el de facilitar una disponibilidad de dinero a corto plazo al tomador, a fin de que éste pueda satisfacer una necesidad, estableciéndose un mecanismo para la devolución que, generalmente, va acompañado de una determinada garantía – real o personal- que intente asegurar el retorno de lo oportunamente entregado con más los intereses pactado. (p.213)

Las personas al ser capaces de generar relaciones contractuales, también son únicas al momento de combinar tipos contractuales, pues todo dependerá de las necesidades de las partes. Por ello, el financiamiento – especie del mutuo – proveniente de entidades bancarias, no se verán satisfechas con el sólo préstamo y pago oportuno más intereses, pues corren el riesgo de que el deudor no cumpla con su obligación, ante ello se ha buscado la manera de garantizar que el pago se dé puntualmente, de lo contrario, vencido un plazo, el cual estará estipulado en el contrato, es que se dará la ejecución del bien a fin de hacer efectivo el cobro de la deuda existente.

Echeverri, V. (2014), explicó:

“La forma en que el Estado ejerce control puede ser de tipo administrativo, legislativo o judicial. El control legislativo es por

naturaleza previo; el judicial es posterior, y el administrativo puede ser previo o posterior". (p.143)

En el caso de que el control a las cláusulas abusivas o haga un juez, la sanción más generalizada en el ámbito internacional parece ser de nulidad (sin distinguir si la misma es absoluta o relativa), pero con el carácter parcial.

2.3.31 Órgano de control

Es el encargado de velar por el cumplimiento de las normas internas de determinada empresa.

Continuando con la dinámica, en las líneas subsiguientes citaremos a diversos autores y su posición sobre un Órgano de Control.

Al respecto, Jorge León y Liliana Necochea (2007), señalaron:

El control público está enraizado en la estructura misma del poder estatal, pues no hay "poder sin control", o al menos no debe haberlo, y es un predicado republicano su instauración y regulación, más aún en tiempos de un Estado, providencial, planificador y burocrático. El control se impone para asegurar la sujeción del obrar público a reglas y principios de derecho y buena administración, en el que debe imperar inexcusablemente la perspectiva finalista del bien común (causa fin), a la que debe ajustarse el poder (causa medio). El control es el instrumento impuesto para verificar esa correspondencia entre "medios" y "fines" y un deficiente procedimiento o estructura de contralor, además del riesgo político por las tentaciones que el ejercicio del poder ofrece, coadyuva a que se enseñoree la arbitrariedad y se falseen los valores en desmedro del fin del Estado. (p.b16)

Otorgar poder a una entidad pública o privada que sea, definitivamente significa otorgar potestad para el cumplimiento de funciones pudiendo ser correctas o no a terceros. A una eventual situación de arbitrariedades, abusos, se busca que este poder sea controlado, digamos supervisado por un órgano externo que no vea inmiscuido sus intereses personales, ello no solo permitirá que la fiscalización en el cumplimiento de las funciones sea de manera objetiva,

salvaguardando los derechos del más vulnerable, el público-consumidor. Por lo tanto un órgano de control externo verificara que los medios empleados por la entidad supervisada sean los correctos para llegar a los fines deseados, de lo contrario se debería emitir un informe en la cual haga de conocimiento público que el servicio otorgado no está cumpliendo sus fines, y no es recomendable el uso de un servicio ofrecido por la institución supervisada.

El referido autor, señala que el control no es único, que existen clases de control, los cuales son:

“Control como Actividad y Control como Función Especializada, el control como actividad, es entendido como parte del proceso administrativo; así como existe una fase de planeación, de organización, de dirección, también existe una fase de control”. (p. b16)

El control forma parte del proceso del cumplimiento de funciones de una entidad o institución determinada, ello permite identificar en qué etapa se encuentra cada función para el correcto cumplimiento y satisfacción para los usuarios, por ende, se encuentra es un tipo de control interno.

Control según el ente que lo realiza de acuerdo al ente que ejecuta el control, éste puede ser interno o externo. El control interno, es aquel que se ejecuta por la misma entidad, la cual debe prever mecanismos que posibiliten aseguren el debido cumplimiento de sus propias actividades. El control externo, es efectuado por personal o entidades diferentes, ajenas a la entidad evaluada. (p. b17)

Como vemos, no sólo es necesario un control interno en una empresa o institución, es importante resaltar que el control debe ser externo, ello coadyuvaría al cumplimiento de funciones a satisfacción del usuario. De existir solo un control interno, podríamos suponer una arbitrariedad en las funciones, donde la satisfacción del usuario queda al aire porque no habrá sanciones, multas en caso de existir malas prácticas.

Control por la oportunidad en que se ejecuta, así el control puede ser previo o ex ante, concurrente, y posterior o ex post. El control previo o ex ante, como su nombre lo indica se efectúa antes que

una operación o actividad se llegue a concretar, El control concurrente, constituye básicamente una actividad de supervisión que se va desarrollando de manera concomitante al desarrollo de las operaciones o actividades. El control posterior o ex post, es el que se efectúa respecto de una operación o actividad que ya ha sido ejecutada. (p. b17)

Asimismo, la oportunidad de un control es importante, esto debido a que, ello permitirá identificar qué falta para el cumplimiento de un servicio adecuado, si el servicio que se brinda es el adecuado, o por el contrario que habiendo ya dado el servicio se cumplió con los mecanismos necesarios y oportunos para satisfacción del usuario. Nos preguntaríamos si este tipo de control de acuerdo a la oportunidad sería satisfactorio para el usuario, o el control recurrente impediría que la empresa o institución se vea imposibilitada en el cumplimiento de sus funciones, pues a nadie le gustaría que siempre lo estén observando en su propia casa. Sin embargo, se debe determinar qué es más importante, la satisfacción del usuario, o que una empresa o entidad ofrezca un servicio deficiente.

Control por el objetivo que persigue, el control de acuerdo al objetivo que se plantee alcanzar, puede ser de prevención o de detección. El control preventivo, tiene por objetivo efectuar verificaciones que permitan identificar posibles riesgos en la entidad, sobre determinadas operaciones o actividades. El control de detección, tiene por objetivo verificar o identificar si se han producido desviaciones respecto de lo propuesto o dispuesto inicialmente con relación a determinadas operaciones o actividades. (p. b17)

Este tipo de control puede encontrarse dentro de la misma empresa o institución, ello determinaría los objetivos de la empresa, a dónde quiere llegar, siendo la empresa un tipo de filtro antes de pasar una supervisión. Además, encontramos en este tipo de control una preocupación de la propia entidad o institución de querer satisfacer las necesidades de un usuario y/o consumidor. Tal vez podríamos encontrar en ellos el cumplimiento de un estándar de calidad

que a la vista de sus consumidores generen la confianza necesaria para acudir a ello sin objeciones.

Principios del control gubernamental, los cuales constituyen los pilares que sustentan los fundamentos del control. Estos principios, de acuerdo a lo expuesto por la propia ley, son de observancia obligatoria para los órganos de control; asimismo, la norma otorga a la Contraloría General la facultad de ampliarlos o modificarlos, así como su interpretación. (p. b17)

Cualquier otra institución en el mundo del Derecho se sustenta en pilares, ello permite darle impulso a cualquier actividad jurídica que se realice a futuro. De igual manera, sucede con un Órgano de Control, existen principios que dan sustento a una supervisión, fiscalización, bajo parámetros legales, de acuerdo a una base legal, y siendo el derecho tan dinámico quedan en la posibilidad de ampliar estos principios.

La Contraloría General, es el órgano rector del Sistema Nacional de Control, dotado de autonomía administrativa, funcional, económica y financiera. Sus principales líneas de acción se encuentran definidas en principio en el artículo 82º de la Constitución Política del Perú, las mismas que son: Supervisar la legalidad de: la ejecución del Presupuesto del Estado, de las operaciones de la deuda pública, y de los actos de las instituciones sujetas a control. (p. b20)

Uno de los grandes órganos de control, encargado de supervisar entidades públicas, es la Contraloría General de la Republica, obteniendo el carácter de mayor órgano por la propia constitución. En la constitución encontraremos funciones importantes de este órgano de control, funciones que adquieren la calidad de primordiales por nuestra carta magna.

Para responder a la interrogante de si debe existir un control interno y otro externo, dentro de una institución que maneje recursos públicos, al respecto Víctor Tobaoda (2011) indicó:

El Control Interno ha sido reconocido como una herramienta para que la dirección de todo tipo de organización, obtenga una

seguridad razonable para el cumplimiento de sus objetivos institucionales y esté en capacidad de informar sobre su gestión a las personas interesadas en ella. (p.1)

Como mencionábamos en los párrafos precedentes, el control interno al ser propia de una institución o empresa, permitirá y dará al público una seguridad en los servicios ofrecidos, siendo además que un adecuado cumplimiento de funciones internas, abstendrá a un órgano de control externo a imponer multas, o castigos que dejen mal parada a una empresa o institución que se dedica a vivir del consumo del público.

El Control Interno es una herramienta que contribuye a combatir la corrupción Efectivamente, el Control Interno entre otros aspectos positivos que brinda a la organización, genera una Cultura Organizacional basada en Valores Éticos, cobrando mucha importancia el aspecto conductual; mucho apego al cumplimiento de las normas de control interno implantadas, por parte de los Titulares, Funcionarios y Personal de la Institución; consecuentemente, genera en la entidad una cultura de transparencia, estimulando la previsión del fraude financiero y/u operativo. (p.2)

Las consecuencias que trae consigo un órgano de control interno, serán a todas luces beneficiosas para la propia entidad o institución, esto debido a que, generara en el personal dedicado a brindar un servicio, a ser efectivo y eficaz en el cumplimiento de sus funciones, pegado a la norma, satisfaciendo necesidades de un público determinado, sin mediar entre ellos algún tipo de corrupción para que determinado servicio sea en un menor tiempo, entre otras de las miles de situaciones de corrupción que pudieran presentarse en el día a día.

Existe toda una preparación para el cumplimiento de funciones dentro de un control interno, ante ello Del Toro Rios (2005), y otros señalaron:

Hay que tener en cuenta que la responsabilidad y la autoridad son dos términos extremadamente diferentes, a pesar de que en ocasiones se confunde, fundamentalmente en el momento de

delimitar cualquier acción. Autoridad, es el hecho de tener carácter o representación, potestad, facultad, revestimiento de poder. Y responsabilidad es la obligación de reparar y satisfacer, cuidado y atención en lo que se hace. (p.2)

Sea la entidad o institución la que tenga un tipo de órgano de control interno para el cumplimiento de sus obligaciones, el referido autor señala que esta tiene autoridad y responsabilidad. Identifiquemos, la autoridad se reviste por el hecho de ser la encargada de brindar un servicio, siendo ellos competentes para que este sea el adecuado, por otro lado, encontramos a la responsabilidad, siendo ellos responsables en el que determinado servicio sea el adecuado, o en caso de que no fuere así, de reparar el daño causado al consumidor final.

El Control Interno, es una herramienta muy potente para la Administración de la Entidad El Control Interno contribuye fuertemente a obtener una Gestión óptima, toda vez que genera muchos beneficios a la administración de la organización, en todos los niveles de la entidad, así como, en todos los procesos, sub procesos y actividades. (p.2)

Apoyo la idea del referido autor, un control interno permite que a ojos de los consumidores y terceros la empresa o institución sea bien vista, brindando confianza a futuros consumidores. No obstante, un control interno puede ir de la mano con un Compliance o estándar de calidad, ello le daría un valor agregado a la empresa o institución. Sea pública o privada, pues hay que exigir tanto al privado como al estado.

“Los miembros del Comité de Control tienen que ser objetivos, capaces e indagadores, contar con los conocimientos o la pericia de las actividades de la entidad y de los riesgos que enfrenta la misma”. (p.17)

Sea un órgano de control interno y/o externo, las personas que se encuentren supervisando el adecuado cumplimiento de las funciones, deben ser personas objetivas, donde no vean inmiscuidos intereses personales.

“Después de identificados y evaluados los riesgos podrán establecerse las actividades de control con el objetivo de minimizar la probabilidad de

ocurrencia y el efecto negativo que, para los objetivos de la organización, tendrían si ocurrieran”. (p.29)

Identificar los puntos fuertes como los puntos débiles, permite a la entidad focalizar el control, de tal manera de reducir la posibilidad de que suceda en un futuro, conllevando a perjudicar a la empresa o institución, o al mismo consumidor.

El monitoreo permanente incluye actividades de supervisión realizadas de forma constante, directamente por las distintas estructuras de dirección, o mediante un equipo de auditores internos, así como por el propio Comité de Control que debe llevar sus funciones a la prevención de hechos que generen pérdidas o incidentes costosos a la entidad desde el punto de vista financiero y humano. (p.47)

Se debe descartar la idea de que un control se encuentra en etapas determinadas, y posterior a ello no debe existir mayor control. Un control constante no impide a la empresa o institución a que realice sus funciones, por el contrario el cumplimiento adecuado y óptimo de estas funciones se encontrarán presentes durante todo el transcurso del año, satisfaciendo necesidades de un consumidor, donde una futura corrupción se vea desterrada. La presente situación se ve utópica, sin embargo se consideraría al tener hoy en día tantos hechos de corrupción presentes, que intentarlo sería el comienzo del cambio.

“Finalmente, cada órgano estatal y entidad, es responsable de garantizar la impresión y distribución de los modelos y documentos de los sistemas de Control Interno de las entidades”. (p.58)

Como mencionábamos, que mejor que la propia entidad o institución establezcan los puntos de quiebre en el cumplimiento de sus funciones, y dónde debe enfocar el control necesario.

2.3.32 Hipoteca

Seguridad jurídica que tiene todo acreedor para salvaguardar su derecho a cobro en caso de incumplimiento.

Avendaño, J. (2014), comentó:

“La hipoteca no garantiza necesariamente una obligación propia, es decir, una obligación del constituyente del gravamen. Puede también asegurar una obligación ajena”. (p.909)

La factibilidad de que otra persona garantice con un bien propio una obligación propia, o incluso ajena a él, es común en nuestros días, ello con la finalidad de salvaguardar el pago del préstamo obtenido, así como la posibilidad de obtener un mayor monto al momento de solicitar el préstamo.

“La persecución permite al acreedor ejecutar el bien hipotecado, en caso de incumplimiento del deudor, cuando esté en poder de un tercero. La persecución es consecuencia de la oponibilidad del derecho real”. (p.910)

Tratándose de un bien que garantiza el pago oportuno para el acreedor de la obligación, éste tendrá la oportunidad de ejecutar el bien, en caso exista incumplimiento en el pago oportuno de las cuotas pactadas en el contrato, por ello es importante que las partes precisen el plazo máximo para la ejecución en caso de incumplimiento de las cuotas por parte del deudor.

“... con relación a determinados acreedores, el acreedor hipotecario cobra primero con el cargo del precio de venta del bien hipotecado”. (p.910)

Una de las ventajas para los acreedores hipotecarios, es el derecho preferente, tal es así, que sobre un bien puede recaer un sinnúmero de hipotecas, pero ello significará que, ante la eventualidad de un remate, los acreedores hipotecarios podrán hacer cobro de sus deudas que mantienen con el deudor.

Aguila, G. y Capcha, E. (2013), indicaron:

Arias Schreiber señala que “la hipoteca es un derecho real constituido sobre el inmueble de un deudor o de un tercero, en seguridad del cumplimiento de una obligación asumida por el primero, que sin desposeer al constituyente permite, en caso de incumplimiento de la obligación garantizada, la realización pública

del bien, satisfaciéndose con su precio en forma preferencial a quien la tenga registrada". (p.275)

La hipoteca como bien menciona Arias Schreiber es un derecho real que; sin embargo, este derecho nace como accesoriedad a un contrato principal, un préstamo. Por lo que la hipoteca viene a ser la garantía de que el cumplimiento en el pago oportuno de las cuotas pactadas en el contrato de préstamo se cumpla a cabalidad, pues, de lo contrario, como derecho real que le otorga al acreedor, podrá ejecutar el bien, lo que significa que mediante un proceso de ejecución de garantías, se dispondrá que el bien sea rematado, de tal forma que con el dinero obtenido el acreedor haga el cobro de la deuda puesta a cobro, más sus intereses legales correspondientes.

2.3.33 Objeto de la hipoteca

Se puede constituir una hipoteca a un bien, con la finalidad de salvaguardar el derecho a cobro.

Aguila, G. y Capcha, E. (2013), indicaron:

"Se podrá constituir hipoteca en garantía de cualquier tipo de obligación". (p.277)

La accesoriedad de la hipoteca permite que éste corra la suerte del contrato principal, lo que significa que no importará la naturaleza de la obligación principal, si las partes estipulan que para garantizar el cumplimiento debe existir una hipoteca, estará únicamente dentro de su autonomía de libertad decidir ello.

Maisch, L. (1983), citó:

"Refiere Benavides (2011, p. 621) que la hipoteca es un derecho real de garantía con características especiales que confieren seguridad a todos los agentes involucrados: el acreedor hipotecario, el deudor hipotecario y terceros (posibles o adquirentes del inmueble hipotecado)". (p.159)

Concuero con el autor, sobre que la hipoteca confiere seguridad a todos los agentes involucrados, primero, al acreedor hipotecario puesto porque contará con el respaldo necesario para hacer el cobro de la obligación en caso de incumplimiento, segundo, al deudor hipotecario, porque el acreedor sólo podrá

hacerse el cobro de la deuda con el único bien garantizado, y sobre el monto acordado, y por último, existe seguridad hacia los terceros, tales como terceros adquirentes de buena fe, porque al estar inscrito en la partida registral, no sólo le otorga publicidad registral frente a terceros, sino que además, les permitirá conocer qué gravámenes pesan sobre el inmueble.

“Las partes, en el ejercicio de su autonomía privada, deben convenir las obligaciones que serán respaldadas con la garantía hipotecaria (monto del crédito), la forma de su cancelación y el bien inmueble sobre el cual se constituirá dicha hipoteca”. (p.160)

Conforme lo hemos señalado, en el contrato principal se estipulará qué bien o bienes garantizarán el crédito otorgado, sobre que monto, y/o sobre qué obligaciones, así como los eventuales gastos que se generen para el levantamiento de la hipoteca una vez cancelada la obligación materia de garantía.

“La accesoriedad significa que depende del principal; por tanto, carece de vida propia e independiente pues no se concibe hipoteca por la hipoteca misma, y siempre acompaña a un crédito al cual accede”. (p.162)

La hipoteca, si bien es un derecho real, su nacimiento es accesorio, lo que significa que para que nazca vivo depende del nacimiento de un contrato principal, siendo este un contrato de crédito. Por lo tanto, la hipoteca es considerada el salvoconducto ideal para el cobro de las obligaciones.

2.4 Definición de términos básicos

a. A crédito: Condición en la que se realizan operaciones contables, mercantiles y contractuales en general en las que el obligado efectúa el pago en dinero en una fecha futura determinada y no en el momento en que se efectúa el acuerdo y en el que la otra parte cumple con la prestación. (p.11) Lorenzzi, R. (1999)

b. Accesoriedad: Que depende de lo principal. Todo lo que complementa y depende de algo que tiene una existencia

independiente y propia, se diría que es accesorio. (p.29) Lorenzzi, R. (1999)

c. Acreedor: Es la persona titular de un crédito, es decir, que tiene la acción o el derecho para exigir el cumplimiento de una obligación o el pago de una deuda a una tercera persona que es su deudor. El acreedor no tiene derecho sobre la cosa, es decir no debe considerarla como suya ni apoderarse de ella. Su derecho es para obligar al deudor o sus herederos a que le den lo que se le debe. (p.42) Lorenzzi, R. (1999)

d. Acto jurídico: Se caracteriza por ser manifestación de voluntad con la finalidad de producir un efecto de derecho. Todo hecho productor de efectos para el Derecho se denomina hecho jurídico; cuando este hecho procede de la voluntad humana, se denomina acto jurídico. El hecho jurídico comprende al acto jurídico. Ha sido definido este último como el hecho dependiente de la voluntad humana que ejerce algún influjo en el nacimiento, modificación o extinción de las relaciones jurídicas. (pg.48) Lorenzzi, R. (1999)

e. Ad probationem: Expresión latina que significa para prueba, es decir que para que un acto tenga trascendencia jurídica como prueba, se exige, de acuerdo a ley, el cumplimiento de ciertas formalidades, lo cual no implica su validez. La omisión de la formalidad no invalida el acto, pudiendo subsanarse a posteriori. (p.59) Lorenzzi, R. (1999)

f. Ad solemnitatem: Expresión latina que se emplea para significar que una formalidad señalada por la ley, es exigida para la validez misma del acto, y no solamente para su prueba, no pudiendo subsanarse a posteriori. (p.59) Lorenzzi, R. (1999)

g. Agente Capaz: Se refiere a que la persona de quien surge la manifestación de voluntad puede ser uno con capacidad plena de ejercicio para formular una válida declaración, tal como estipula el Código Civil cuando manifiesta que “tiene plena capacidad de ejercicio de sus derechos civiles las personas que hayan cumplido 18 años de edad, salvo lo dispuesto en los artículos 43º y 44º. Si el agente carece de esta capacidad, el acto en el que intervino será nulo. Si el agente es un incapaz relativo, el acto es anulable, éstos serán los agentes comprendidos en lo establecido en el artículo 44º del Código Civil. (p.65) Lorenzzi, R. (1999)

h. Bienes: Los bienes son entidades materiales (cosas) o inmateriales que en consideración a su utilidad, moral o material, conforman el objeto de los derechos subjetivos personales y reales. (p.55) Avendaño, J. (2013)

i. Bien inmueble: Bienes raíces, construcciones o partes integrantes de los mismos y todo aquél otro bien de situación fija, o sea que no puede ser trasladado de un lugar a otro sin detrimento de su existencia, así como sus derechos. La definición legal admite excepciones o ficciones, como en el caso de naves y aeronaves. (p. 106) Lorenzzi, R. (1999)

j. Bilateralidad: Equivalencia o equiparidad aplicada a los contratos, pactos y obligaciones donde concurren dos voluntades, como mínimo, obligándose recíprocamente, una respuesta de la otra. En las obligaciones provenientes de voluntad unilateral, también existe bilateralidad, aunque una de las partes no está individualizada. (pp.108-109) Lorenzzi, R. (1999)

k. Capacidad: Según Bacacorzo, la capacidad corresponde a las organizaciones y su transferencia ocasiona la descentralización o la delegación intersubjetiva dando lugar a nuevas personas que se

colocan fuera del vínculo jerárquico, en cuanto ejercen sus propios asuntos. (p.117) Lorenzzi, R. (1999)

l. Capacidad de ejercicio: Es la aptitud que la ley reconoce a la persona para ejercitar por sí misma sus derechos civiles y de contraer por sí misma sus obligaciones. Es pues la libertad de obrar. (p.118) Lorenzzi, R. (1999)

m. Capacidad de goce: La capacidad de goce es la idoneidad establecida por el ordenamiento jurídico para ser sujeto de derecho, lo cual implica ser titular de situaciones jurídicas subjetivas patrimoniales (créditos, débitos, cargas, intereses legítimos, etc.) y existenciales (derechos de la personalidad), activas y pasivas. (p.71) Avendaño, J. (2013)

n. Compra-venta: Contrato por el cual el vendedor se obliga a transferir la propiedad de un bien al comprador y éste a pagar su precio con dinero. (p.145) Lorenzzi, R. (1999)

o. Consentimiento: El consentimiento en los contratos puede definirse de dos formas que no son excluyentes, sino más bien complementarias. Así, en primer término, por consentimiento debe entenderse como la coincidencia de voluntades declaradas; por otro lado el consentimiento también puede ser comprendido como la conformidad de la oferta con la aceptación. (pp.109-110) Avendaño, J. (2013)

p. Contrato: Es la manifestación de voluntad concordante entre dos o más personas y dirigida a crear, modificar, regular o extinguir relaciones jurídicas con contenido patrimonial. (p.164) Lorenzzi, R. (1999)

q. Contrato a título oneroso: Clase de contratos caracterizados por la concurrencia de una prestación y su correspondiente

contraprestación las que importan un interés económico para ambas partes estimable en dinero. (p.165) Lorenzzi, R. (1999)

r. Contrato de adhesión: Al lado del sistema clásico de la negociación paritaria o de trato preliminar, ha surgido una fórmula distinta, según la cual es esquema queda preestablecido y la contraparte no puede regatear y solo tiene la opción de aceptarlo en su totalidad o rechazarlo. Se trata, en suma, del contrato celebrado por adhesión, cuya característica fundamental consiste en la desaparición de la capacidad de negociar. (p.166) Lorenzzi, R. (1999)

s. Contrato de compraventa: Mediante el contrato de compraventa uno de los contratantes se obliga a entregar una cosa determinada y el otro a pagar por ella un precio determinado, en dinero o signo que represente. Es un contrato bilateral que requiere capacidad general para contratar en ambas partes. (p.166) Lorenzzi, R. (1999)

t. Contrato innominado: Contrato que no tiene un nomen iuris contenido en el Código Civil o en algún dispositivo legal. (p.169) Lorenzzi, R. (1999)

u. Contrato nominado: Según Ossorio, el que tiene en la ley una denominación y una regulación que lo caracterizan e individualizan, contrariamente a lo que sucede con el contrato innominado o atípico. (pp.169-170) Lorenzzi, R. (1999)

v. Contrato real: Es aquel en el cual la entrega constituye un factor esencial para el mismo; su perfeccionamiento se da con la entrega del bien, es un requisito para la existencia del contrato. El código Civil tiene el mérito indiscutible conforme a la nueva tendencia doctrinaria, de haber suprimido la entrega como un elemento

esencial del mutuo, comodato, y depósito. (p.170) Lorenzzi, R. (1999)

w. Contrato principal: Contrato de existencia propia y a partir del cual puede constituirse otro llamado accesorio o secundario. (p.170) Lorenzzi, R. (1999)

x. Crédito: Es un compromiso de pago posterior (p.177) Lorenzzi, R. (1999)

y. Cumplimiento de las obligaciones: Consiste en la exacta ejecución de la prestación convenida cualquiera fuera su naturaleza de la misma por parte del deudor (entrega de una suma de dinero, entrega de una cosa genérica o específica, realización de un servicio, ejecución de una gestión u omisión de un comportamiento cuando la prestación debida es la de no hacer) destinada a satisfacer el interés del acreedor. (p.128) Avendaño, J. (2013)

z. Daño emergente: Es aquel que causa el empobrecimiento del acreedor. (p.185) Lorenzzi, R. (1999)

aa. Daño personal: Es el que se produce cuando hay violación de derechos inherentes y esenciales y el truncamiento del proyecto de vida de un sujeto de bien. (p.186) Lorenzzi, R. (1999)

bb. Deficiencia de las leyes: Deficiencia de las leyes es la ausencia de normatividad, y se conoce en doctrina como vacío o laguna de la ley; se refiere a las leyes y no a la constitución por el principio de Supremacía Constitucional que significa que la Constitución prevalece sobre cualquier manifestación del Derecho. (p.194) Lorenzzi, R. (1999)

cc. Derecho de Obligaciones: El Derecho de obligaciones es el que recoge los vínculos jurídicos que establecen de común acuerdo los hombres y por los cuales se llevan a cabo determinadas prestaciones de unos a otros. (p.207) Lorenzzi, R. (1999)

dd. Derecho Financiero: Derecho Financiero es la rama del Derecho público interno, que regula la actividad del Estado en cuanto a la recaudación y aplicación de impuestos, presupuesto, crédito público, moneda, banca, contabilidad, control, actividad empresarial y, en general, de todas las materias relacionadas directamente con el patrimonio del Estado y su utilización y disposición. (p.208) Lorenzzi, R. (1999)

ee. Derogación de la ley: Si bien el precepto constitucional y la norma del Código Civil se refieren a la ley, esta debe ser entendida en sentido genérico, como toda norma jurídica escrita y emanada del Estado. En efecto, la ley puede ser derogada también por un decreto legislativo, que es una norma de rango equivalente a la ley, si bien con denominación distinta, y que se origina en el Poder Ejecutivo previa la correspondiente habilitación legislativa, conforme al artículo 104 de la Constitución. Igualmente, si bien la ley no puede ser derogada por una norma de inferior jerarquía, sí puede acontecer que su vigencia cese por una de rango superior como la Constitución. (p.161) Avendaño, J. (2013)

ff. Fuentes de las obligaciones: Libro VII del Código Civil peruano, en el que se da suma importancia a los contratos, como una de las fuentes principales de las obligaciones, y esto no se debe a otra cosa que al rol determinante que cumplen en nuestro ámbito y en el mundo entero; es prácticamente imposible pensar que existe alguna persona capaz, que no haya contratado. (p.271) Lorenzzi, R. (1999)

gg. Habilitaciones urbanas: Terrenos aptos para la construcción de viviendas organizadas en conjuntos habitacionales denominados urbanizaciones y que cumplen con los requisitos exigidos por las normas de orden público como contar con pistas, áreas verdes, veredas, redes de agua, alcantarillado y electrificación, etc. Para el Sistema Estadístico Nacional, las Urbanizaciones. (p.288) Lorenzzi, R. (1999)

hh. Hecho jurídico: De acuerdo con Capitant, es el que produce un efecto de derecho, sin que tal efecto haya sido querido. Por ejemplo, el accidente causado a un tercero por torpeza. (p.289) Lorenzzi, R. (1999)

ii. Hipoteca: Derecho real que afecta a bienes inmuebles, sujetándolos a responder por el pago de una obligación de crédito. El bien puede estar afectado por más de una hipoteca y entonces los derechos se establecen de acuerdo al orden en que fueron hipotecados y se dice de ellos, segunda o tercera hipoteca del inmueble. (p.292) Lorenzzi, R. (1999)

jj. Lesión: El artículo 1447 del Código Civil señala que la acción rescisoria por lesión solo puede ejercitarse cuando la desproporción entre las prestaciones al momento de celebrarse el contrato es mayor de las dos quintas partes y siempre que tal desproporción resulte del aprovechamiento por uno de los contratantes de la necesidad apremiante del otro. Procede también en los contratos aleatorios cuando se produzca la desproporción por causas extrañas al riesgo propio de ellos. (p.280) Avendaño, J. (2013)

kk. Libertad: Facultad natural que tiene el hombre de obrar de una manera o de otra, y de no obrar, por lo que es responsable de sus actos. (p.340) Lorenzzi, R. (1999)

ll. Libertad contractual: Esta libertad hace referencia a que los sujetos se encuentran en la posibilidad de determinar el contenido del contrato, es decir, determinar las cláusulas que van a individualizar al contrato y distinguirlo de los demás. En ese sentido, las partes deciden el tipo, la forma y el objeto del contrato (p.284) Avendaño, J. (2013)

mm. Libertad de contratación: La libertad de contratación es un derecho fundamental que se encuentra protegido por nuestra Constitución. En efecto, la libertad de contratación implica que los sujetos puedan celebrar contratos de acuerdo a sus intereses, siempre y cuando no vayan en contra de normas imperativas, de orden público y de buenas costumbres. (p.283) Avendaño, J. (2013)

nn. Libertad de contratar: Esta libertad hace referencia a que los sujetos tienen libertad para decidir si contratan o no, y a su vez decidir con quién contratan.(p.284) Avendaño, J. (2013)

oo. Mutuo: Por el mutuo, el mutante se obliga a entregar al mutuuario una determinada cantidad de dinero o de bienes consumibles, a cambio de que se le devuelvan otros de la misma especie, calidad o cantidad. (p.365) Lorenzzi, R. (1999)

pp. Obligación de dar: La obligación de dar es aquella que tiene por objeto la entrega de un bien; ya sea para constituir un derecho real, como el de propiedad; transferir el uso, como en la locación; ceder la simple tenencia, como en el depósito; o restituirlo a su dueño cuando desaparezca la causa que originó su tenencia, como el comodato. (p.378) Lorenzzi, R. (1999)

qq. Oferta: Cantidad de bienes o servicios que el productor puede vender o lanzar a un mercado a un precio determinado. (p.381) Lorenzzi, R. (1999)

rr. Pacta sunt servanda: Expresión latina que significa *los pactos deben cumplirse*. (p.387) Lorenzzi, R. (1999)

ss. Propiedad: La propiedad es el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Debe ejercerse en armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley. (p.456) Lorenzzi, R. (1999)

tt. Registros Públicos: Entidad en donde se inscriben los actos jurídicos a los que se debe o quiere hacer públicos. Cuyo contenido obedece a la importancia de esta institución para otorgarle seguridad jurídica en los distintos negocios, y al que podría introducirse diversas modificaciones, a fin de darle una mayor seguridad jurídica a las inscripciones de carácter registral. (p.489) Lorenzzi, R. (1999)

uu. Reglamento autónomo: Según Agustín Gordillo: “Este tipo de reglamentos, que no está expresamente previsto en las leyes ni en la constitución, estaría constituido por aquellos dictados para regir una materia en la que precisamente no hay normas legales aplicables” (p.489-490) Lorenzzi, R. (1999)

vv. Rescisión del contrato: La rescisión es una forma de extinguir un contrato, por el cual este es dejado sin efecto por causal existente al momento de su celebración. (p.428) Avendaño, J. (2013)

ww. Resolución de contrato: La resolución es un remedio que permite dejar sin efecto la relación jurídica originada por un contrato por causal sobreviniente a su celebración, tal como establece el artículo 1371 del Código Civil. Incide, por lo tanto, en la relación jurídica y no en el contrato mismo. (p.428) Avendaño, J. (2013)

xx. Responsabilidad civil contractual: En su expresión civil se considera que es contractual si se origina en el incumplimiento de un contrato, o como sanción, derivada de la aplicación de una cláusula penal inserta en el mismo, para casos de incumplimiento o mora. (p.513) Lorenzzi, R. (1999)

yy. Subcontrato: Según Flores Polo, contrato derivado o dependiente de otro original o principal, con su mismo contenido, en todo o en parte o anexo a aquél. (p.552) Lorenzzi, R. (1999)

zz. Tradición: La tradición implica entrega del bien a alguna persona legitimada para tomar para sí el bien. Surgió en el Derecho romano como el modo más simplificado de transmitir la propiedad. Sobre la base de la misma, en un largo proceso histórico, se elaboró la teoría del título y el modo dirigida fundamentalmente a sostener que para la transmisión de la propiedad no bastaba el mero consentimiento o título, sino que además se requería la tradición o entrega de la cosa. (p.501) Avendaño, J. (2013)

aaa. Vicios de la voluntad: Defectos que hacen anulable la declaración de voluntad, excluyéndose las anomalías afectantes a la voluntad que hacen que no exista. Estos vicios pueden estar causados por la falta de conocimiento, espontánea o provocada (error, dolo), o por la falta de libertad, física o moral (violencia, intimidación). (p.597) Lorenzzi, R. (1999)

CAPÍTULO III
PRESENTACIÓN, ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS

3.1 Análisis de Tablas

Ítem 2	Entrevistado 1	Entrevistado 2	Entrevistado 3	Entrevistado 4	Interpretación
<p>La ley N°24686 obliga a todos los miembros de la Fuerza Aérea del Perú a aportar el 5% de su remuneración ¿Considera usted que se está vulnerando la libertad para contratar al miembro obligado a aportar que con motivo a ello se adhiere a un tipo de crédito inmobiliario del Fondo de Vivienda Militar en la Fuerza Aérea Del Perú, 2017?</p>	<p>Desde que todos los miembros de la institución es obligada por ley a aportar a un fondo que no necesariamente resulta ser provechoso, por lo que no lo vemos a nuestro parecer beneficioso contratar con dicho fondo.</p>	<p>Eso justamente es un punto muy crítico, debido que desde el punto de vista del Fovimfap, el miembro de la fuerza aérea que solicita un crédito está supeditado al aporte mensual del 5%, este monto en suma mensual no significa un descuento grande en comparación a los haberes de cada persona, sin embargo, existen personas que tienen 25 o 30 años aportando y si hacemos un cálculo del tiempo que aportó del cual no hizo uso, pues simplemente a esta persona se le han vulnerado sus derechos y se le ha privado de su derecho a la devolución tal como lo contempla la misma ley, que al término de su pago o del beneficio recibido la persona debería recibir la devolución de sus aportaciones, que si bien el 5% no es un monto muy grande, lo que representa el monto es que en 20, 25 y hasta en 30 años, este fondo no ha brindado un programa de vivienda a más del 82% de personas que pertenecen al Fondo y que hasta el día de hoy no han podido acceder a un programa de vivienda. Por lo tanto, considero que el 5% es arbitrario y el FOVIMFAP no está cumpliendo con la devolución de aportaciones. El FOVIMFAP debería devolver a cada persona que dejo de pertenecer al fondo el íntegro de sus aportaciones por todos los años aportados.</p>	<p>Desde que lo están obligando a adherirse, lo están obligando a que de su patrimonio se le quite un determinado porcentaje que él no estaría dispuesto a entregarlo si es que le dieran la libertad de contratar.</p>	<p>Si bien es cierto, al personal le descuentan, no está en la obligación de pedir el préstamo, ahí entra a tallar la autonomía de la voluntad, si el aportante quiere, va, acudiendo al fondo, ya que el fondo se supone que ha sido creado con una intención la de un bienestar para el personal, al ser un bienestar para el personal, no puede ir en contra de los intereses del personal.</p>	<p>De la información recogida, los especialistas consideraron que efectivamente se está vulnerando la libertad para contratar, específicamente en el momento en que los aportantes que ven vulnerado su remuneración con un descuento significativo del 5% que nace de una norma imperativa, se ven limitados a otras alternativas y contratan con el Fondo de vivienda Militar de la Fuerza Aérea del Perú.</p>

Ítem 3	Entrevistado 1	Entrevistado 2	Entrevistado 3	Entrevistado 4	Interpretación
Es el principio de autonomía de la voluntad en el contrato, en el caso de la Ley No 24686 FOVIMFA. ¿Considera usted que se desnaturaliza la capacidad para negociar como autonomía y expresión de voluntad? ¿Considera usted que cada uno de los miembros externos que aportan a este fondo se ven obligados a adherir a las cláusulas generales siempre y cuando han adherido al Fondo de Vivienda Militar de la Fuerza Aérea del Perú, 2017?	Desde el momento que es una ley que obliga a los miembros de la institución a aportar todos los recursos financieros que tenemos, el trabajador y yo expresamos nuestra voluntad de negociar, respecto a esas cláusulas que pudieran ser abusivas o lesivas, o que cada uno de los miembros que está obligatoriamente afiliado, si así lo desea, tal como lo indica una de las cláusulas.	Es un contrato para solicitar un crédito hipotecario. Es importante saber que el Fondo de Vivienda Militar tiene un principio de autonomía que esta impuesto o esta para no ser considerado en la ley hay una desnaturalización de la capacidad para negociar, los fondos están siendo mal utilizados, este tipo de injusticia y se le fiscalización las 5% de sus haberes, según la ley, viene de descuento que vulnera su derecho a participar, a que es un dinero con el 5% de finalidad de realizar un sometimiento a la programas de vivienda, y que el asociado al ser miembro del fondo de vivienda obtenga una coacción y obligación de la ley.	Visto los efectos de esta norma parece que está violando la libertad de querer o negociar una que sea beneficiosa para el fondo.	El órgano de control interno y externo, no puede ir a regular las cláusulas del contrato flexible, porque si no estaría interfiriendo, en la relación, en el momento de las dos partes. Lo que si sería recomendable para la función de un órgano de control, es en relación a los derechos de las partes, al ser el fondo una institución creada para el beneficio de los miembros, no puede vulnerar los derechos, entonces, ¿qué cosa debería de ser el órgano de control? que se respete todos los procedimientos y los derechos de ambas partes, el fondo no debe ser perjudicado, pero que el personal que es favorecido por un crédito no se ve ese lado debería ser el órgano de control, más no por las cláusulas.	Los especialistas han manifestado que, específicamente, se vulnerando la capacidad para negociar a los miembros externos que aportan, que se ven obligados a aportar, cada vez que es existe por una parte existe una ley imperativa que obliga a descontarle parte de su remuneración y su consentimiento voluntario de pertenecer a dicho fondo se ven salvaguardada por un órgano de control externo, donde la Superintendencia de Banca y Seguros y AFP's, es la que más se aproxima a supervisar el referido fondo, protegiendo parte de su remuneración a los miles de aportantes, que después de 20, 30, o "N" años que se aporta viene a ser una suma exorbitante.

3.2 Discusión de Resultados

En la presente investigación se encontraron los siguientes resultados respecto a la primera categoría: Naranjo, (2017), “Los Contratos por Adhesión y sus implicaciones legales en la Sociedad Ecuatoriana en el primer semestre del año 2016”, llega a las siguientes conclusiones: a) A pesar de contar desde el año 2000 con una Ley Orgánica de Protección al Consumidor, que regula entre otras cuestiones el contrato de adhesión y las cláusulas que se considerarían nulas por ser abusivas, en la realidad nacional, la mayoría de las relaciones contractuales que tienen lugar son mediante la instrumentación de contratos por adhesión, que implican un resquebrajamiento de la autonomía de la voluntad de la parte adquirente. b) En este sentido, es mayoritaria la postura de considerar pertinente, prudente y necesaria, una reforma a la legislación nacional, de forma tal que se logre una ley con mayor objetividad, y con ello brinde mayor seguridad a los consumidores en las relaciones contractuales de adquisición de bienes y servicios. Los entrevistados manifestaron que, se puede verificar que existe una relación significativa entre los contratos por adhesión respecto a los créditos inmobiliarios que otorga la Fuerza Aérea del Perú, toda vez que es el personal militar aportante a dicho fondo que se adhiere en su totalidad a un contrato donde él no tiene posibilidad a negociar, simplemente se ve supeditado a lo ya regulado por una de las partes, donde una de las partes más fuertes viene a hacer el aparato estatal, es decir, estamos hablando de la Fuerza Aérea del Perú, en contrastación a ello se puede verificar existe una relación significativa entre los contratos por adhesión respecto a los créditos inmobiliarios que otorga la Fuerza Aérea del Perú, toda vez que es el personal militar aportante a dicho fondo que se adhiere en su totalidad a un contrato donde él no tiene posibilidad a negociar, simplemente se ve supeditado a lo ya regulado por una de las partes, donde una de las partes más fuertes viene a hacer el aparato estatal, es decir, estamos hablando de la Fuerza Aérea del Perú.

En la presente investigación se encontraron los siguientes resultados respecto a la primera subcategoría: citamos a Roldan, (2016),

“Protección del Consumidor en el Código Civil y Código de Protección y Defensa Del Consumidor Frente a Las Cláusulas Abusivas en los Contratos Por Adhesión de Telefonía Fija” que expone las siguientes conclusiones: a) La tesis contractual es la más aceptada en los contratos de adhesión, b) El control judicial de los derechos del consumidor está orientado solucionar problemas de cláusulas ambiguas u oscuras, así como declarar la nulidad de las cláusulas leoninas y en el ámbito administrativo el control se hace a través de INDECOPI y OPSIPTTEL, c) En cuanto a los contratos tipo de prestación de servicios de telecomunicaciones, por tratarse de un servicio masivo no se puede negociar ni eludir las cláusulas de contratación, por ser de adhesión; sin embargo contamos con un organismo estatal llamado OSIPTTEL que regula y fiscaliza la labor de las empresas de telefonía fija y móvil, para adecuarlos a la normatividad vigente y de este modo proteger a los consumidores del servicio, donde los especialistas han manifestado que, efectivamente, se está vulnerando la capacidad para negociar a los miembros aportantes que se ven obligados a aportar, toda vez que es existe por una parte existe una ley imperativa que obliga a descontarle parte de su remuneración sin consentimiento alguno, y segundo a los que por razón a ello se ven obligados a contratar y por ende no podrían negociar con una entidad del mercado que le de mayores posibilidades y/o alternativas, en contrastación a ello los especialistas han manifestado que, efectivamente, se está vulnerando la capacidad para negociar a los miembros aportantes que se ven obligados a aportar, toda vez que es existe por una parte existe una ley imperativa que obliga a descontarle parte de su remuneración sin consentimiento alguno, y segundo a los que por razón a ello se ven obligados a contratar y por ende no podrían negociar con una entidad del mercado que le de mayores posibilidades y/o alternativas.

En la presente investigación se encontraron los siguientes resultados respecto a la segunda subcategoría: citamos a Galván, (2014), “Los Contratos de Adhesión y su vulneración a la Libertad Contractual por Empresas de Servicios de Telefonía, en la Ciudad de Huaraz, Durante

El Año 2010”, concluye que: a) En los contratos de adhesión libertad contractual de una de las partes se reduce a la mínima expresión imaginable, donde debe someterse a todas las estipulaciones previamente redactadas por la otra, de manera que la única manifestación de su voluntad contractual consiste en la firma del contrato y la consiguiente automática asunción del hermético y preordenado condicionado del mismo, b) En los contratos de adhesión la libertad contractual queda reducida a la libertad de contratar o no hacerlo, como simple facultad alternativa que puede resultar excesivo denominar como libertad contractual, del mismo modo que puede entenderse como generoso titular de pactos o estipulaciones a las referidas condiciones generales de la contratación, cuya razón de ser consiste, precisamente, en la ordenación interesada del sinalagma en cuanto a sus efectos, mediante la eliminación del mismo en el momento de la creación de las obligaciones, c) Los contratos de adhesión general realizadas por parte de las Empresas de Servicios de Telefonía, afectan la libertad y autonomía contractual de los usuarios, y afectan principios y derechos constitucionales como el valor de la persona humana, el orden público económico, derecho de los consumidores, el derecho a una información completa y exhaustiva y el derecho a la no discriminación. En el cual los especialistas consideraron que efectivamente se está vulnerando la libertad para contratar, específicamente en el momento en que los aportantes que ven vulnerado su remuneración con un descuento significativo del 5% que nace de una norma imperativa, se ven limitados a otras alternativas y contratan con el Fondo de vivienda Militar de la Fuerza Aérea del Perú, en contrastación a ello se consideraron que efectivamente se está vulnerando la libertad para contratar, específicamente en el momento en que los aportantes que ven vulnerado su remuneración con un descuento significativo del 5% que nace de una norma imperativa, se ven limitados a otras alternativas y contratan con el Fondo de vivienda Militar de la Fuerza Aérea del Perú.

En la presente investigación se encontraron los siguientes resultados respecto a la tercera subcategoría: citamos a Velasco, (2015), “El efecto

de la nulidad de pleno derecho de las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión bancarios”, tiene por conclusiones: a) Las cláusulas abusivas pueden afectar al objeto del contrato bancarios, entonces el consumidor puede abstenerse de cumplirlo amparado en la Ley. No obstante sin declaración judicial, la institución financiera podría iniciar una acción por incumplimiento, b) La cláusula abusiva por espacios en blanco puede afectar cualquier estipulación del contrato, por lo mismo al ser una cláusula abusiva tan amplia, requiere que el Juez compruebe que dicha cláusula tiene espacios en blanco sustanciales, c) La protección por ley a los usuarios financieros, a través de la nulidad de pleno derecho, es ineficaz. Por lo que deberá ser declarada judicialmente o a través de un control efectivo por la Superintendencia de Bancos. Asimismo, el entrevistado considera oportuno, e ideal crearse un órgano externo que supervise el dinero aportado por los miembros del Fondo de Vivienda Militar de la Fuerza Aérea del Perú, pues, en base a ello, los aportantes se verían protegidos, y la voluntad de pertenecer a dicho fondo se vería salvaguardada por un órgano de control externo, en contrastación a ello los diversos especialistas consultados, apoyaron la idea de crearse un órgano externo que supervise el dinero aportado por los miembros del Fondo de Vivienda Militar de la Fuerza Aérea del Perú, pues, en base a ello, los aportantes a este fondo se verían protegidos, y su manifestación de voluntad de pertenecer a dicho fondo se vería salvaguardada por un órgano de control externo, donde la Superintendencia de Banca y Seguros y AFP's, es la que más se aproxima a supervisar el referido fondo, protegiendo parte de su remuneración a los miles de aportantes, que después de 20, 30 años aportados viene a ser una suma exorbitante.

3.3 CONCLUSIONES

PRIMERA

Se determinó que existe una vulneración de los contratos por adhesión respecto de los créditos inmobiliarios, y ello se produce desde el momento que el miembro militar en su calidad de aportante obligatorio, al verse limitado y habiéndosele recortado parte de su remuneración se adhiere al contrato ofrecido por el Fondo de Vivienda Militar de la Fuerza Aérea del Perú.

SEGUNDA

La libertad para contratar vulneró los créditos inmobiliarios frente a los contratos por adhesión, en razón que la manifestación de voluntad de todo aportante se ve limitada al contratar con FOVIMFAP, ya que por una norma se le descuenta sin consentimiento alguno parte de su remuneración, deviniendo así un acto jurídico nulo, debido a que está vulnerando la manifestación de voluntad.

TERCERA

La capacidad para negociar no vulneró los contratos por adhesión, ya que dentro de un contrato por adhesión se elimina la negociación entre las partes, sin embargo se concluye que tratándose de una norma imperativa que obliga a aportar a los miembros de la Fuerza Aérea del Perú, no tienen capacidad para negociar previa, debido a que si bien podrían acercarse a cualquier otra entidad financiera, con mayores ofertas, los aportantes se ven limitados al fondo que ya les viene descontando de manera automática por el solo hecho de pertenecer a la institución.

CUARTA

Se concluyó en la importancia de que exista un órgano de control que supervise los contratos por adhesión respecto a los créditos inmobiliarios, siendo una de los motivos fundamentales la protección al consumidor, llamándosele así a los aportantes del Fondo de Vivienda Militar de la Fuerza Aérea del Perú, y aquí no sólo nos encontramos en el conglomerado de aportantes que se han adherido, sino que además los que se siguen aportando de manera obligatoria, sin consentimiento expreso y manifiesto de voluntad.

3.4 RECOMENDACIONES

PRIMERA

Se recomienda que la **Superintendencia de Banca y Seguros y AFP'S** como órgano de control externo sea el encargado de fiscalizar y supervisar que los contratos de adhesión respecto a los créditos inmobiliarios, ofrecidos por el Fondo de vivienda Militar de la Fuerza Aérea del Perú cumplan con las prestaciones por las que se obligan las partes, de tal manera se obtendrá la eficiencia y eficacia deseada de la Ley 24686

SEGUNDA

Se recomienda al **Congreso de la República**, a través de un proyecto de Ley que modifique los artículos 2, 3 y 10, y derogue los artículos 4 y 5 de la Ley 24686, de esta manera se eliminaría la aportación obligatoria, quedando a salvo el capital del fondo las aportaciones que se hayan hecho hasta la promulgación de la ley, por lo cual mayores aportantes verán materializado su derecho a acceder a una vivienda digna, y tendrán la potestad de decidir con quién desean contratar para dicho fin.

TERCERA

Se recomienda al **Tribunal Constitucional** como máximo intérprete de las normas realice un análisis jurisprudencial de la Ley 24686 haciendo referencia del número de beneficiados desde el momento de la creación del Fondo de Vivienda Militar, en el extremo del derecho de los aportantes de recibir una remuneración digna, su derecho a la vivienda, y su libertad para contratar como personas de derecho.

CUARTA

Se recomienda al **Fondo de Vivienda Militar de la Fuerza Aérea del Perú**, desde su Órgano de Control interno, coadyuve con la fiscalización y cumplimiento de la Ley 24686, ello en razón de que más miembros militares en su calidad de aportantes vean salvaguardados cada uno de sus derechos como consumidores.

3.5 Fuentes de Información

- Águila, G. y Capcha, E. (2013) *El ABC del Derecho Civil*, Lima – Perú: Editorial San Marcos.
- Aragón, W. y Rivel, M. (2013) *Cláusulas Abusivas en Los Contratos De Tarjeta De Crédito. Una Perspectiva Desde El Derecho Del Consumidor*. Costa Rica: Universidad de Costa Rica.
- Archila, E. (2015) *El Contrato De Consumo, La Protección Del Consumidor*. Guatemala: Universidad Rafael Landívar.
- Arias, M. (1999) *Contratos Modernos*, Lima – Perú: Editorial Gaceta Jurídica S.A.
- Arias, M. (2011) *Exegesis del Código Civil Peruano de 1984 Tomo II Contratos Nominados*, Lima Perú Editorial: Gaceta Jurídica S.A.
- Avendaño, J. (2013) *Diccionario Civil*, Lima-Perú: Gaceta Jurídica.
- Barbieri, P. (1998) *Contratos de empresa*, Buenos Aires: Editorial Universidad, Buenos Aires, Argentina.
- Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. (2012). *El nuevo concepto de la política de vivienda social de Australia - Programa Asia Pacifico*. Recuperado de <https://www.bcn.cl/observatorio/asiapacifico/noticias/viviendas-sociales-asutrania-leynaha>
- Bravo, S. (2015) *Contratos Modernos Empresariales*, Lima – Perú Editorial: Ediciones Legales E.I.R.L.
- Carrasco, S. (2006). *Metodología de la investigación científica*. Perú: Editorial San Marcos
- Código de protección y defensa del consumidor. Ley 29571 de 2010. 01 de setiembre de 2010 (Perú)
- Constitución Política del Perú Art. 2. (Perú)
- Constitución Política del Perú Art. 12. (Perú)

- Constitución Política del Perú Art. 41. (Perú)
- Constitución Política del Perú Art. 59. (Perú)
- Constitución Política del Perú Art. 61. (Perú)
- Constitución Política del Perú Art. 62. (Perú)
- Constitución Política del Perú Art. 65. (Perú)
- Decreto Legislativo N° 295, Código Civil de 1984. Artículo 1390.
- Decreto Legislativo N° 295, Código Civil de 1984. Artículo 1351.
- Decreto Legislativo N° 295, Código Civil de 1984. Artículo 1648.
- Decreto Legislativo N° 295, Código Civil de 1984. Artículo 1392.
- Del Toro, J., Fonteboa, A., Armanda, E., Santos, C. (2005), *Control Interno*, La Habana – Cuba: Editorial Centro de Estudios Contables Financieros y de Seguros
- De la Maza, I. (2003) *Contratos por adhesión y cláusulas abusivas ¿Por qué el estado y no solamente el mercado?*, Santiago de Chile – Chile: Revista chilena de derecho privado
- De la puente, M. (1993) *El contrato en General comentarios a la sección Primera del libro VII del Código Civil vol. XI, Primera Parte – tomo I*, Lima – Perú: Editorial: Fondo editorial
- De la Puente, M. (2007) *El Contrato en General comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil Tomo I*, Lima – Perú: Editorial Palestra Editores S.A.C.
- De la Puente, M. (2007) *El Contrato en General comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil Tomo II*, Lima – Perú: Editorial Palestra Editores S.A.C.
- De la Puente, M. (2007) *El Contrato en General comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil Tomo III*, Lima – Perú: Editorial Palestra Editores S.A.C.

Echeverri Salazar, V. M. (2014). *El control a las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión con consumidores*. Opinión Jurídica, 10(20). Recuperado a partir de <https://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/548>

Flores, M. (2016) *Ni para atrás ni para adelante, Cuándo la Regulación Desconoce los Derechos de los Consumidores en los Contratos de Capitalización Inmobiliaria*. Perú: Pontificia Universidad Católica del Perú.

FUNCIONES DEL FONDO NACIONAL DE VIVIENDA, CONTRATOS DE FIDUCIA MERCANTIL. (2014, 26 de enero). Recuperado el 12 de abril de 2021, sitio web de Encolombia.com: <https://encolombia.com/derecho/leyes/oferta-suelo-urbanizable/leycapitulovi/>

Gaceta Jurídica (2010) *Código Civil Comentado Tomo VII*, Tercera Edición Lima – Perú: Editorial Gaceta Jurídica S.A.

Gaceta Jurídica (2010) *Código Civil Comentado Tomo VIII*, Tercera Edición Lima – Perú: Editorial Gaceta Jurídica S.A.

Galván, W. (2014) *Los Contratos de Adhesión y su vulneración a la Libertad Contractual por Empresas de Servicios de Telefonía, en la Ciudad de Huaraz, Durante El Año 2010*. Perú: Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo.

Gutierrez, W., Castro, N. (2004). *Código Civil comentado Tomo VIII Contratos Nominados Primera Parte*, Primera Edición Lima – Perú: Editorial Gaceta Jurídica S.A.

Hernández, R., Fernández, C. y Baptista, M. (2014) *Metodología de la Investigación*, Sexta Edición – México: Editorial McGraw Hill Education

Herrera, J. (2015) *Análisis Jurídico de las Cláusulas Abusivas en los Contratos de Consumo*. Perú: Universidad Nacional de San Agustín.

- Lázaro, C. (2014) *El Crédito Hipotecario – Fondo Mi Vivienda y su Incidencia en la Morosidad en el Sistema Financiero 2010 - 2014* Perú: Universidad Privada del Norte.
- León, J., Necochea, L. (2007) *Sistema Nacional de Control*, Buenos Aires, Argentina: Editorial Black Color.
- Ley 24686 de 1987. Crean en cada instituto de las Fuerzas Armadas y Fuerzas Policiales el fondo de vivienda militar y policial. 20 de junio de 1987.
- Ley 27801 de 2002. Ley que modifica el Régimen Legal del Fondo de Vivienda Militar y Policial. 25 de julio de 2002.
- Lorenzzi, R. (1999) *Diccionario Jurídico Tesauro*, Lima – Perú: Editorial Librería y Ediciones Jurídicas
- Medina, M. (2006) *Responsabilidad Precontractual Estudio acerca de la ruptura injustificada de los tratos preliminares*, Lima – Perú: Editorial Forum Casa Editorial S.A.C.
- Messineo, F. (2018) *Doctrina General del Contrato*, Santiago de Chile – Chile: Editorial ediciones jurídicas Olejnik
- Muro, M. (2016) *Contratos Civiles y Obligaciones Temas Claves*, Lima – Perú: Editorial Gaceta Jurídica S.A.
- Naranjo, C. (2017), *Los Contratos por Adhesión y sus implicaciones legales en la Sociedad Ecuatoriana en el primer semestre del año 2016*. Ecuador: Universidad Central de Ecuador.
- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (2010) *El derecho a una vivienda adecuada*. New York: ONU HABITAT
- Roldan, F. (2016) *Protección del Consumidor en el Código Civil y Código de Protección y Defensa Del Consumidor Frente a Las Cláusulas Abusivas en los Contratos Por Adhesión de Telefonía Fija*. Perú: Universidad Nacional de Trujillo.

- Ruben S. Stiglitz, *El contrato por adhesión en el Proyecto del Código Civil y Comercial*, Revista Derecho Privado. Año 2, N° 4. Ediciones Infojus, p. 55
- Segura, O. (2014), *Análisis Jurídico De Distintos Contratos De Adhesión En El Ámbito Comercial Moderno Y Sus Implicaciones En Los Derechos Del Consumidor, Dentro De La Perspectiva De Las Cláusulas Abusivas Y Las Prácticas Comerciales Desleales*. Costa Rica: Universidad de Costa Rica.
- Soto, C. (1996) *Constitución de 1993: Lectura y Comentario*, Lima – Perú: Editorial Piedul S.R.L.
- Sumar, O. y Velarde, L. (2015) *Contratos: teoría y práctica: aportes del derecho comparado*, Lima – Perú: Editorial Universidad del Pacífico
- Taboada, L. (2011) *El sistema de Control Interno y su importancia en la Administración Pública*, Lima – Perú: Editorial Contraloría General de la Republica
- Taboada, L. (2009) *Negocio Jurídico, Contrato y responsabilidad civil*, Lima – Perú: Editorial Grijley E.I.R.L.
- Velasco, S. (2015) *El efecto de la nulidad de pleno derecho de las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión bancarios*. Ecuador: Universidad San Francisco de Quito.
- Vidal, F. (2007) *El Acto Jurídico*, Lima – Perú: Editorial Gaceta Jurídica S.A.
- Von Humboldt, L. (1983). *Los derechos reales en el nuevo código civil peruano 1984*. Ius Et Praxis, (002), 35-50

ANEXOS

Anexo 1: Matriz de Consistencia

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA				
TEMA: Los Contratos por Adhesión respecto a los Créditos Inmobiliarios, en la Fuerza Aérea Del Perú, 2017. ALUMNA: Román Ruiz, Naomi Ashely				
PROBLEMA GENERAL	OBJETIVO GENERAL	SUPUESTO GENERAL	CATEGORIA	METODOLOGIA
¿De qué manera los contratos por adhesión vulneran los créditos Inmobiliarios, en la Fuerza Aérea del Perú, 2017?	Determinar de qué manera los contratos por adhesión vulneran los créditos Inmobiliarios, en la Fuerza Aérea del Perú, 2017.	Es importante determinar de qué manera los Contratos por Adhesión vulneran los Créditos Inmobiliarios, en la Fuerza Aérea del Perú, 2017.	Los Contratos por Adhesión respecto a los Créditos Inmobiliarios	<p>DISEÑO: Teoría fundamentada. Explicación general respecto a un proceso de contexto concreto y desde la perspectiva de diversos participantes. (Velázquez.2007:125)</p> <p>TIPO: Básica, porque mantiene como propósito recoger información de la realidad y enriquecer el conocimiento científico.</p> <p>NIVEL: Descriptivo, toda vez que son fenómenos que se desenvuelven en una circunstancia temporal y geográfica determinada.</p> <p>METODO: Inductivo, se obtiene conclusiones generales a partir de premisas particulares.</p> <p>ENFOQUE: Cualitativo. Es la recolección y análisis sistemático de materiales narrativos que encierran un alto contenido subjetivo. (Velázquez.2007:50)</p> <p>POBLACION: - Abogados – (Aportantes) Especialistas en Derecho de los contratos, de la Fuerza Aérea del Perú, 2017. Muestra: 5 Abogados (Aportantes) Especialistas en Derecho de los contratos de la Fuerza Aérea del Perú, 2017.</p> <p>INSTRUMENTO: Guía de Entrevista Estructurada.</p>
PROBLEMAS ESPECIFICOS	OBJETIVOS ESPECIFICOS	SUPUESTOS ESPECIFICOS	SUBCATEGORIAS	
<p>a) ¿De qué manera la libertad para contratar vulnera los Créditos Inmobiliarios frente a los contratos por adhesión?</p> <p>b) ¿En qué medida la capacidad para negociar vulneran los créditos Inmobiliarios frente a los contratos por adhesión?</p> <p>c) ¿Cuál es la importancia de que exista un órgano de control que supervise los contratos por adhesión respecto a los créditos inmobiliarios?</p>	<p>a) Identificar de qué manera la libertad para contratar vulnera los créditos inmobiliarios frente a los contratos por adhesión.</p> <p>b) Describir de qué manera la capacidad para negociar vulnera los créditos inmobiliarios frente a los contratos por adhesión.</p> <p>c) Establecer cuál es la importancia de que exista un órgano de control que supervise los contratos por adhesión respecto a los créditos inmobiliarios.</p>	<p>a) Es viable identificar de qué manera la libertad para contratar vulnera los créditos inmobiliarios frente a los contratos por adhesión.</p> <p>b) Es posible describir de qué manera la capacidad para negociar vulnera los créditos inmobiliarios frente a los contratos por adhesión.</p> <p>c) Es permitido establecer cuál es la importancia de que exista un órgano de control que supervise los contratos por adhesión respecto a los créditos inmobiliarios.</p>	<p>1. Libertad para Contratar</p> <p>2. Capacidad para negociar</p> <p>3. Órgano de Control</p>	



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLITICA

Escuela Profesional de Derecho

GUIA DE ENTREVISTA SOBRE

**“LOS CONTRATOS POR ADHESIÓN RESPECTO A LOS CRÉDITOS
INMOBILIARIOS, EN LA FUERZA AÉREA DEL PERÚ, 2017”**

1. El Fondo de Vivienda Militar de la Fuerza Aérea del Perú es el encargado de otorgar créditos Inmobiliarios a los miembros de esta Institución, ¿Considera Usted que los Contratos por Adhesión están ligados a los Créditos Inmobiliarios del Fondo de Vivienda Militar otorgados al personal que labora la Fuerza Aérea Del Perú, 2017?

.....

2. La ley N°24686 obliga a todos los miembros de la Fuerza Aérea del Perú a aportar el 5% de su remuneración ¿Considera usted que se está vulnerando la libertad para contratar al miembro obligado a aportar que con motivo a ello se adhiere a un tipo de crédito inmobiliario del Fondo de Vivienda Militar en la Fuerza Aérea Del Perú, 2017?

.....

3. Es el principio de Autonomía de Voluntad es el pilar de un contrato, en el caso de la Ley N°24686 – FOVIMFAP ¿Considera usted que se desnaturaliza la capacidad para negociar como autonomía y expresa manifestación de voluntad a los miembros obligados a aportar que en razón a ello se han adherido al Fondo de Vivienda Militar en la Fuerza Aérea del Perú, 2017?

.....

4. La norma señala que las Cláusulas Generales en un Contrato por Adhesión al ser regulados por una sola parte debe existir un Órgano de Control del estado que supervise dichas enmiendas. Considerando que previamente a la celebración del contrato la aportación es de forma obligatoria, ¿Considera usted que debe existir un Órgano de Control externo que supervise las cláusulas generales siempre y cuando sean abusivas, leoninas, dentro del Contrato del Fondo de Vivienda Militar de la Fuerza Aérea del Perú, 2017?

.....

Anexo 3: Validación de Experto, Ficha de Validación de Instrumento Jurídico,
Juicio de Experto

Anexo 4: Anteproyecto de Ley

Sumilla: Ley que modifica los artículos 2, 3 y 10 y deroga los artículos 4 y 5 de la Ley 24686.

PROYECTO DE LEY

Siguiendo lo establecido por el artículo 67 del Reglamento del Congreso de la República, las propuestas o proyectos de ley o de resolución legislativa, son instrumentos mediante los cuales se ejerce derecho de iniciativa legislativa y se promueve el procedimiento legislativo, con la finalidad de alcanzar la aprobación de una ley”.

Por lo expuesto anteriormente, presentamos el siguiente proyecto de ley, referido a la modificación de los artículos 2, 3 y 10 y derogatoria del artículo 4 y 5 de la Ley N° 24686, por atentar contra el derecho fundamental de una remuneración equitativa y suficiente y acceso a una vivienda adecuada. A continuación, pasaremos a explicar los motivos.

I. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DONDE SE EXPRESAN LOS FUNDAMENTOS DE LA PROPOSICIÓN DE LEY.

Tener una vivienda adecuada se encuentra reconocido como un derecho fundamental en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, así mismo recibir una remuneración equitativa y suficiente se encuentra reconocido como un derecho fundamental en nuestra Carta Magna, sin embargo, con la creación de la Ley N° 24686, se buscó contribuir a dar solución al programa de vivienda para beneficiar al personal militar con una vivienda, con la condición de que la aportación sea de manera obligatoria.

Por lo que, se supone que si la aportación se da de manera obligatoria por parte de todo el personal militar en actividad y disponibilidad, significaría que podrían acceder a una vivienda, hecho ajeno a la realidad, ya que según información brindada por el congresista Osias Ramírez Gamarra, señala que, de 1990 hasta

el 2016 solo 2,231 han logrado algún beneficio con la creación de la mencionada Ley.

Si bien la Ley N° 24686, de forma imperativa señala que el aporte debe ser obligatorio por parte de todo el personal militar, ello debe ser sinónimo de que el Fondo de Vivienda Militar y Policial, mediante el Organismo especial garantice el cumplimiento de contribuir a la solución del problema de vivienda propia, empero, todo el personal militar que viene realizando su aportación de manera obligatoria, no ve garantizado su derecho al acceso de una vivienda propia, finalidad para la cual fue creada dicha norma, y además ve perjudicado parte de su remuneración por un derecho que en la realidad no accede.

Por ello, es necesario, una reformulación de los artículos, que permita que las aportaciones sean de manera facultativa, así como que el Fondo de Vivienda Militar y Policial cambie su naturaleza jurídica que le permita ser parte del sistema financiero, ello permitirá la supervisión y fiscalización de los recursos aportados por el personal militar, así como que se dé a cabo el cumplimiento de acceder a una vivienda propia.

Otro razón importante de que el Fondo de Vivienda Militar y Policial sea parte del sistema financiero, es que permitirá a los aportantes ser parte de una realidad a la cual han sido privados por años, e incluso en la actualidad aún no llegan a acceder. Además al ser mayor el número de militares que accedan a una vivienda propia, su calidad de servidores públicos garantiza el cumplimiento en sus obligaciones, permitiendo así la circulación de dinero y el crecimiento económico en el mercado peruano.

II. EFECTO DE LA VIGENCIA DE LA NORMA QUE SE PROPONE SOBRE LA LEGISLACIÓN NACIONAL.

Respecto de ello, la presente iniciativa legislativa modifica la Ley 24686, complementando a su Reglamento (Decreto Supremo N° 091-93-DE/CCFFAA), y solo en el caso de la Ley 24686, hacer modificaciones en el extremo del artículo 2, referido a la naturaleza jurídica, modificación en el artículo 3, referido al capital y finalmente una modificación del artículo 10, referido a la supervisión y fiscalización de los recursos del fondo.

III. ANÁLISIS DEL COSTO- BENEFICIO DE LA FUTURA NORMA LEGAL.

Referido al análisis, debemos tener en cuenta que esta iniciativa legislativa, no implicará ningún costo al erario nacional, solo fortalecerá el derecho y acceso a una vivienda adecuada. Desde esa premisa analizamos, el costo- beneficio, el costo, será plantear esta reforma, a través de una modificación, la cual demanda, tres aspectos, el primero (aspecto social) mayor cantidad de aportantes, gozarán de una vivienda digna, el segundo (aspecto legal) habrá mayor supervisión y fiscalización de las aportaciones realizadas las cuales deberán ser de manera facultativa a fin de no perjudicar la remuneración de un militar, y no habrá cláusulas leoninas que perjudiquen al aportante o miedo al momento de contratar, y tercer (aspecto económico), el aportante recibirá, lo que por muchos años de aportes le corresponde. El análisis de dicho beneficio se ve que permitirá no sólo el acceso a una vivienda digna sino también el desarrollo económico del mercado peruano.

IV. FORMULA LEGAL.

LEY QUE MODIFICA LOS ARTÍCULO 2, 3 y 10, REFERIDO A LA NATURALEZA JURÍDICA, EL CAPITAL Y EL ORGANO SUPERVISOR, Y DEROGARIA EL ARTÍCULO 4 Y 5 DE LA LEY 24686.

Artículo 1: Modifíquese el artículo número 2, 3 y 10 de la Ley 24686, en los términos siguientes:

“Artículo 2: Naturaleza Jurídica

El Fondo de Vivienda Militar y Policial tiene personería jurídica de derecho privado y es de duración indeterminada”.

Artículo 3: Capital

Los recursos del Fondo Militar y Policial, estarán constituidos por: a) Las aportaciones que haya realizado el personal militar y policial en las situaciones de actividad y disponibilidad. b) La rentabilidad y recuperación de los recursos del Fondo Militar y Policial, deducido el costo que demande su administración, de conformidad con lo dispuesto en el artículo anterior. c) Otros aportes,

inversiones y financiamiento que obtenga el sector público o privado y de la cooperación nacional e internacional”.

Artículo 10: El Fondo de Vivienda Militar y Policial desarrollará las actividades y funciones comprendidas en el presente artículo, sin requerir para ello, las autorizaciones de organización y funcionamiento de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones y de la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores.

Corresponde a la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones ejercer las facultades de regulación, supervisión y control sobre las actividades que el Fondo de Vivienda Militar y Policial desarrolle en el ámbito del sistema financiero.

Igualmente, corresponde a la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores regular, supervisar y controlar las actividades que el Fondo de Vivienda Militar y Policial desarrolle en el ámbito del mercado de valores.

Ambos organismos supervisores quedan autorizados para expedir los dispositivos que resulten necesarios para ejercer las facultades de regulación, supervisión y control.”

Artículo 2: Derogación de los artículo 4 y 5 de la Ley 24686 que crea el Fondo de Vivienda Militar y Policial

Deróguese el artículo 4 y 5 de la Ley 24686, que crea el Fondo de Vivienda Militar y Policial.

Lima, 02 de abril de 2021