

Los controles de incorporación y de contenido frente a las cláusulas abusivas en el derecho de consumo peruano

Por Olga A. Alcántara Francia

SUMARIO:

I. Presentación.– II. Elementos constitutivos de las cláusulas generales de contratación.– III. Acerca de la legislación aplicable a las cláusulas generales de contratación. Definiciones.– IV. Naturaleza jurídica de las cláusulas generales de contratación.– V. El control de inclusión o de incorporación de las cláusulas generales al contrato.– VI. El control de contenido de las cláusulas generales de contratación y las cláusulas abusivas.– VII. Conclusión.

I. Presentación

Las cláusulas o condiciones generales de contratación (como se les denomina en el derecho español) así como los contratos por adhesión o predispuestos son la expresión por excelencia de la contratación en masa o estandarizada. La contratación estandarizada ha permitido y permite acelerar el intercambio o tráfico de bienes y de servicios y, por ende, el consumo.

La masificación a nivel productivo tiende a disminuir los precios; y a nivel contractual, reduce los costos de transacción (1). La negociación entre contratantes se elimina en aras de la rapidez o fluidez del intercambio. Como bien señala Pagador López, “desde un punto de vista económico su utilización (de cláusulas generales) responde a necesidades de racionalización de la actividad contractual de empresarios y profesionales, a los que permite ahorrar tiempo y dinero –el que les costaría la negociación sin-

gular de cada contrato– y optimizar su organización interna y la utilización de sus recursos” (2). De ahí que este instrumento de estandarización (el contrato predispuesto) presente una relativa independencia del contenido contractual (las cláusulas generales). Esto puede provocar una serie de situaciones que conlleven el desequilibrio contractual entre las partes, y la existencia de “cláusulas abusivas” (3). Sin perjuicio de abundar sobre el tema más adelante; a efectos de delimitar el campo de estudio de la presente ponencia es necesario primero brindar algunos conceptos desarrollados por la doctrina referentes a las cláusulas (condiciones) generales de contratación.

II. Elementos constitutivos de las cláusulas generales de contratación

De la variedad de estudios realizados por la doctrina tanto nacional como extranjera, resulta que

(1) BULLARD, Alfredo, “Estudios de Análisis Económico del Derecho”, Ara Editores, Lima, 1996, p. 22; íd., “¡Firme primero, lea después! La contratación masiva y la defensa del consumidor”, en *El derecho civil peruano. Perspectivas y problemas actuales*, Fondo Editorial PUCP, Lima, 1993, p. 39-40.

(2) PAGADOR LÓPEZ, Javier, “Los contratos de consumo celebrados mediante condiciones generales y cláusulas predispuestas”, en MIRANDA SERRANO, Luis M. – PAGADOR LÓPEZ, Javier (coords.), *Derecho (privado) de los consumidores*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 101.

(3) RODRÍGUEZ GARCÍA, Gustavo M., “El equilibrista desorientado: la dinámica evolutiva de las cláusulas contractuales en contratos predispuestos y el mito de la baja calidad de los contratos de consumo”, *Derecho PUCP, Revista de la Facultad de Derecho*, N° 74, 2015, p. 253.

las cláusulas (condiciones) generales de contratación, para ser consideradas como tales, deben presentar ciertos elementos: a) *Contractualidad*: es decir, deben estar destinadas a formar parte o a incorporarse a contratos. Esta exigencia no implica que “las cláusulas deban tener como contenido inmediato la regulación de los derechos y deberes contractuales de las partes sino que basta con que puedan influir, incluso de forma meramente indirecta sobre unos y otros” (4). Esto significa que las cláusulas deben afectar cuestiones vitales del contrato, como por ejemplo, el perfeccionamiento y la ejecución del mismo. b) *Predisposición*: implica la elaboración de las cláusulas generales con anterioridad a la negociación (conclusión) del contrato. c) *Imposición*: este elemento supone que las cláusulas han sido elaboradas por uno de los contratantes, de este modo, su incorporación al contrato ha sido decidida únicamente por aquel. En sentido opuesto, no serán consideradas cláusulas (condiciones) generales aquellas que han sido negociadas, discutidas o su incorporación decidida por ambas partes. d) *Generalidad*: este elemento implica que las cláusulas tienen que haber sido prerredactadas con el objetivo de incorporarse a una pluralidad o generalidad de contratos. A propósito de este último requisito la sentencia del Tribunal Supremo español (STS) 241/2013 de 9 de mayo, indicó que las cláusulas son generales porque “tienen la finalidad de disciplinar uniformemente los contratos que van a realizarse”. Asimismo, “resulta irrelevante la autoría material, la apariencia externa, su extensión y cualquiera otras circunstancias, así como que el adherente sea un profesional o un consumidor” (5). Ello en razón de que la inmensa mayoría de los contratos de consumo son por adhesión, es decir, el contenido contractual ha sido elaborado por el profesional, proveedor o prestador del servicio y son impuestos al consumidor a través de cláusulas predispuestas (que son las cláusulas o condiciones generales).

Como bien señala Martín Pérez, “el consumidor asume el papel de mero adherente en contratos

de cierta trascendencia como es la contratación de servicios bancarios y financieros, seguros, servicios básicos como la electricidad o la telefonía; pero también en actos de consumo que se celebran de manera cotidiana cada día: la utilización de un transporte público, de un parking, alojarse en un hotel, acudir a la tintorería, al cine, al supermercado, etc.” (6). En todos estos establecimientos y para la prestación de los servicios públicos el consumidor realiza sus adquisiciones a través de contratos por adhesión. Sin embargo, este contenido contractual predispuesto no solo se presenta en los contratos de consumo sino que pueden integrar distintos tipos de contratos, sean éstos celebrados entre particulares o entre profesionales (empresarios).

III. Acerca de la legislación aplicable a las cláusulas generales de contratación. Definiciones

Comenzaremos identificando los instrumentos jurídicos reguladores de las cláusulas generales de contratación en el ordenamiento peruano y español. La regulación en ambos regímenes jurídicos presenta similitudes pero también algunas diferencias importantes, de ahí la utilidad del método comparativo en el desarrollo de esta ponencia.

En el derecho peruano, las cláusulas o condiciones generales de contratación están reguladas en el Código civil de 1984 (D. Leg. 295) en los arts. 1392 hasta 1399, en el Título II (El Consentimiento) del Libro VII, denominado Fuentes de las Obligaciones, conjuntamente con los contratos por adhesión. En el Código de Protección y Defensa del Consumidor (CPDC) en el Título II Contratos, cap. I, y los arts. 45 a 48, se define al contrato de consumo y se regulan mecanismos de control de incorporación o inclusión de cláusulas generales y de transparencia. Asimismo, en el Capítulo II, se regulan las cláusulas abusivas y las sanciones que conllevan su inclusión en los contratos.

(4) PAGADOR LÓPEZ, Javier, ob. cit., p. 104.

(5) MARTÍNEZ ESPÍN, Pascual, “El control de las condiciones generales de la contratación: su aplicación al contrato de alquiler de vehículos”, *Revista Cesco de Derecho de Consumo*, nro. 6, 2013, p. 79-80.

(6) MARTÍN PÉREZ, José A., “Contratos con consumidores: mecanismos de defensa frente a las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión”, en SÁNCHEZ BARRIOS, María Inmaculada (dir.), *Estudios sobre Consumo*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 312.

En el derecho español, el tratamiento legislativo a las cláusulas o condiciones generales de contratación es distinto dada la influencia del derecho europeo que también ha regulado la materia. Así, resultan aplicables el Texto Refundido de la ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios (Real Decreto L 1/2007), la directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, y la ley 7/1998 sobre Condiciones Generales de Contratación (que transpone la directiva al ordenamiento español). A este régimen normativo mixto (nacional y supranacional) sobre condiciones generales de contratación y cláusulas abusivas, se unen algunas normas sectoriales como por ejemplo, la Orden de 05/05/1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios así como la Orden EHA/2899/2011 de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios y la ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social (referente a las denominadas “cláusulas suelo”).

El Código civil peruano define a las cláusulas generales de contratación en el art. 1392 como “aquellas redactadas previa y unilateralmente por una persona o entidad, en forma general y abstracta, con el objetivo de fijar el contenido normativo de una serie indefinida de futuros contratos particulares, con elementos propios de ellos”. Del tenor legal se observa que las cláusulas generales de contratación deben presentar los elementos a los que hicimos referencia en los párrafos anteriores. La prerreacción, por parte de una persona o entidad (se entiende persona natural o jurídica) que sea la que asuma la redacción y elaboración de las cláusulas en un periodo anterior a la celebración del contrato; la imposición, de dicho contenido contractual al otro contratante; la generalidad, que “está referida al hecho de que las cláusulas generales se formulan sin tener relación con un contratante específico, por lo tanto, están dirigidas

al público en general, a la masa humana” (7), y la abstracción, significa que las cláusulas generales han sido concebidas y redactadas de manera independiente de la relación o relaciones jurídicas que pudieran entablarse con los contratantes.

A estos elementos, la doctrina peruana agrega la “inmutabilidad” que no ha sido incorporada en la definición legal por el legislador peruano; y más bien por el contrario, de acuerdo a lo establecido por los arts. 1395 y 1400 del Cód. Civil, se faculta a las partes a convenir que determinadas cláusulas generales no se apliquen a un contrato en particular en ejercicio de su autonomía privada. Sobre este punto, señala De la Puente y Lavalle, permitir a las partes contratantes la modificación de las cláusulas generales de contratación es atentar contra su naturaleza y destruir la verdadera finalidad de su utilización, consistente en facilitar la contratación masiva de bienes y servicios. Esto tiene incidencia en su naturaleza jurídica pues estaríamos frente a cláusulas que integran un contrato paritario, es decir, negociado y no ante uno celebrado en base a cláusulas generales de contratación (8). Esta opinión ha sido contradicha por Torres Vásquez (9), quien afirma que las cláusulas generales de contratación no son inmutables por tres razones: a) nuestro Código Civil permite que los contratantes, de mutuo acuerdo, en un contrato particular puedan suprimir alguna o algunas de ellas o modificarlas; b) la realidad social no permite la inmutabilidad de las cláusulas generales de contratación (...) las cláusulas negociadas se regulan por la normativa del contrato paritario, y las predisuestas que permanecen inmodificadas se regulan mediante las normas de las cláusulas generales de contratación; c) las cláusulas generales, al no constituir normas imperativas (o de *ius cogens*) cuya violación determine la nulidad del contrato, una vez incorporadas a los contratos singulares, son normas particulares por las cuales los contratantes regulan sus intereses privados. De acuerdo a la opinión del autor citado, no resultaría incompatible la mutabilidad

(7) SOTO COAGUILA, Carlos A., “Las cláusulas generales de contratación y las cláusulas abusivas en los contratos predisuestos”, en SOTO COAGUILA, Carlos A. – JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA, Roxana (coords.), *Contratación privada*, Ed. Jurista, Lima, 2002, p. 226.

(8) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, “El contrato en general”, Fondo Editorial PUCP, Lima, 1993, t. III, p. 88.

(9) TORRES VÁSQUEZ, Aníbal, “Teoría General del Contrato”, Instituto Pacífico, Lima, 2016, 2ª ed., t. I, p. 550.

de las cláusulas generales de contratación con sus elementos constitutivos que la distinguen de los contratos paritarios o negociados. Nosotros consideramos que las cláusulas generales de contratación, en la práctica no admiten una modificación pues están incorporadas al contrato por adhesión. Y aún cuando en la teoría pudiera ser que la modificación responda a un acuerdo de partes, éste tendría que realizarse antes de la incorporación al contrato por adhesión, y eso no ocurre en las operaciones o transacciones cotidianas.

IV. Naturaleza jurídica de las cláusulas generales de contratación

En cuanto a la naturaleza jurídica de las cláusulas (condiciones) generales de contratación, la doctrina ha postulado dos teorías: normativista y contractualista.

Según la primera teoría, las cláusulas generales deben ser consideradas como normas vinculantes u obligatorias tanto para quien las predispone o prerredacta como para quien se somete a ellas **(10)**. En otros términos, son consideradas como equiparables a normas positivas, y por lo tanto, esta teoría niega la naturaleza contractual de las cláusulas generales de contratación.

La teoría contractualista postula que las cláusulas generales constituyen una manifestación de la autonomía de la voluntad y en esa medida, están destinadas a incorporarse al contrato. Su naturaleza no puede ser otra que contractual. Esta teoría es la más aceptada tanto por juristas europeos como por los juristas latinoamericanos, y peruanos. Nuestro Código Civil sigue esta teoría y esto se evidencia en el articulado aplicable a las cláusulas generales de contratación y su ubicación en el Código Civil.

V. El control de inclusión o de incorporación de las cláusulas generales al contrato

El Código Civil peruano establece una distinción entre cláusulas generales sometidas a aprobación administrativa y aquellas que no lo son; quedando estas últimas sujetas al control judicial o administrativo. Los arts. 1393 y 1394 establecen que es el Poder Ejecutivo quien determina qué contratos, incluyendo su clausulado, requieren de aprobación administrativa. El Poder Ejecutivo, a través de la Presidencia del Consejo de Ministros (PCM) designa a la autoridad encargada **(11)**.

Normalmente, tal función recae sobre los organismos reguladores de las entidades prestadoras de servicios públicos **(12)** creados por la ley 27.332 quienes ejercen tal función. La aprobación administrativa de las cláusulas generales facilita la incorporación automática al contrato. Entre los servicios cuyo clausulado general está sometido a la supervisión de los entes administrativos [organismos reguladores **(13)**] se encuentran los servicios de suministro de agua, teléfono, energía eléctrica, transporte público, operaciones bancarias, etcétera.

En aplicación del art. 1395, el control de incorporación o de inclusión también puede ser ejercido por las partes, quedando facultadas para decidir la exclusión de alguna o algunas de las cláusulas generales de su contrato particular. Sin embargo, la exclusión del “contenido del contrato solo podrá ser hecha a través de pacto incluido en el mismo, no obstante que aquellas cláusulas no hayan sido consideradas expresamente en el referido contrato” (Exp. 291-2000-Lima). Por ejemplo, en aplicación de este artículo es posible que las partes que celebren

(10) Los representantes de esta tesis son los alemanes Doerth, Kohler y Hildebrandt estudiados por DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, “Estudios del contrato privado”, Ed. Cultural Cuzco, Lima, 1983, p. 316.

(11) Art. 54.4 del Código de Protección y Defensa del Consumidor.

(12) Art. 54.1. y 54.2 del Código de Protección y Defensa del Consumidor.

(13) La ley 27.332 denominada “Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos” se crearon los organismos reguladores: Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones (OSIPTEL); Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minas (OSINERGMIN); Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público (OSITRAN) y Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento (SUNASS). Para las operaciones bancarias (financieras y de seguros) quien ejerce el rol de supervisor y regulador es la Superintendencia de Banca y Seguros (SBS).

un contrato de préstamo hipotecario [cuyo clausulado general ha sido aprobado por autoridad administrativa **(14)**] puedan acordar la exclusión de alguna cláusula que no resulte conveniente a los intereses del adherente. La facultad reconocida por este artículo se ejerce dentro del marco de la autonomía privada de los contratantes.

En cuanto a las cláusulas generales no aprobadas administrativamente, su incorporación al contrato no depende de la intervención de ninguna autoridad ni administrativa ni judicial. En efecto, para que éstas se incorporen al contrato requieren que hayan sido “conocidas por la contraparte o haya podido conocerlas usando de una diligencia ordinaria”. Es decir, en aplicación del primer párrafo del art. 1397 del Cód. Civil, el control de inclusión o de incorporación lo realiza el adherente en la medida que se produce o el conocimiento efectivo o se da la posibilidad de conocimiento (requisito de cognoscibilidad).

En este contexto, cobra importancia el obrar de buena fe **(15)** que se impone como carga para ambos contratantes: por el lado del adherente, al cerciorarse de la existencia de las cláusulas generales; y por el lado del predisponente, el deber de hacerlas cognoscibles. Si el adherente conociendo las cláusulas generales celebra el contrato es porque ésa es su voluntad; en cambio, si pudiendo conocerlas haciendo uso de una diligencia ordinaria no las conoce, entonces deberá soportar las consecuencias de su negligencia, lo que significa que no podrá oponerse a la incorporación de las cláusulas generales al contrato. “El hecho del conocimiento de las cláusulas generales o el deber de conocerlas equivalen a su aceptación e incorporación automática al contrato particular, desplegando toda su eficacia entre los contratantes” **(16)**. Naturalmente, la aplicación del principio general de buena fe en los contratos exige que el predispo-

nente redacte el clausulado de una forma suficientemente clara para que el adherente no sólo lo conozca sino que lo comprenda. El requisito de transparencia se observa con mayor claridad en la regulación del CPDC.

El segundo párrafo del art. 1397 establece una presunción *iuris tantum* de conocimiento de las cláusulas generales “cuando han sido puestas en conocimiento del público mediante adecuada publicidad”. La publicidad del clausulado general puede involucrar su difusión a través de los medios como la prensa hablada, escrita o televisiva, catálogos, listas de precios, páginas web, etcétera.

Cabe agregar que este artículo se aplica a todo tipo de contrato, lo cual incluye los contratos celebrados entre empresarios o profesionales, a diferencia del ámbito de aplicación del CPDC que solamente regula las relaciones entre consumidores y proveedores; y no entre proveedores.

El CPDC tiene como pilar fundamental la obligación del proveedor o profesional de informar al consumidor para que éste pueda tomar una decisión de consumo adecuada a sus intereses. Esta obligación del proveedor tiene su correlato en el deber del consumidor de informarse antes de celebrar cualquier contrato. Como bien señala Bullard, “no es suficiente asegurarle al consumidor información sobre la calidad y el precio de los productos y servicios que adquiere en el mercado. También se necesita información sobre qué términos contractuales rigen sus relaciones de intercambio. Problemas como qué tipo de garantías ofrecen los productores, la distribución del riesgo contractual, disposiciones relativas de responsabilidad, mecanismos de crédito, condiciones de ejecución, son solo algunos de los que deben ser considerados” **(17)**.

(14) Clausulado general aprobado por la resolución SBS 325-2001 de 30/04/2001, que aprueba las cláusulas generales de contratación aplicables a los Contratos de Préstamo Hipotecario.

(15) ECHEVERRI SALAZAR, Verónica M., “El control a las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión con consumidores”, *Opinión Jurídica*, vol. 10, nro. 20, julio-diciembre, 2011, p. 130; BLANCO PÉREZ-RUBIO, Lourdes, “La tutela del consumidor frente a los abusos de los empresarios. Un estudio de Derecho Español, Comparado y Comunitario”, *Athina* n. 12, 2016, ps. 45-46.

(16) TORRES VÁSQUEZ, Aníbal, ob. cit., p. 576.

(17) BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo, “Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales”, Ed. Palestra, Lima, 2009, p. 336.

La necesidad de aportar claridad a la contratación con consumidores ha llevado al legislador peruano a establecer un marco de protección mínima en los contratos de consumo. El art. 47 **(18)** impone una serie de obligaciones al proveedor para poder garantizar de un lado, la voluntad inequívoca del consumidor de contratar; y de otro lado, la comprensión del contrato que recibe (se exige que los caracteres no sean inferiores a 3 milímetros).

Asimismo, el art. 48 CPDC, establece los requisitos que deben cumplir las cláusulas generales de contratación incorporadas a un contrato por adhesión. Estos requisitos dejan translucir una exigencia de transparencia y de buena fe cuyo cumplimiento le permiten al consumidor tener “una comprensión directa” del clausulado, el cual debe ser concreto, claro y sencillo en su redacción. La idea es permitirle al consumidor el comprender el clausulado con razonable facilidad, esto excluye el uso de “letra pequeña” o en “negrita” en caracteres de un tamaño que resulta imposible leer por personas normales, salvo por aquellos que tengan una agudeza visual elevada. Se exige, además, que el clausulado general sea accesible y legible, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo del contenido del contrato antes de su suscripción. El CPDC deja en libertad al provee-

edor el mecanismo que garantice la accesibilidad y legibilidad del clausulado. Una de las formas podría ser la entrega física del clausulado general antes de la celebración del contrato, o su difusión a través de portales web, por ejemplo.

En el ámbito de la protección al consumidor la doctrina entiende por requisitos de inclusión o de incorporación “a toda una serie de exigencias formales que ha de cumplir el contrato en su conjunto y las cláusulas en particular, de modo que si no se cumplen no pueden formar parte del contrato, quedando excluidas al ser consideradas ineficaces. Son técnicas dirigidas a apreciar si la cláusula ha sido conocida –o al menos cognoscible– y aceptada, y por tanto, si concurren los presupuestos mínimos para considerar presente el consentimiento necesario que da fuerza obligatoria al contrato. En realidad se limitan a informar, a tratar de que se proporcione a los adherentes el suficiente conocimiento del contenido del contrato” **(19)**.

En España, el control de incorporación o de inclusión de condiciones generales regulado por la ley 7/1998, del 13 de Abril, sobre condiciones generales de contratación (LCGC) prevé a favor del adherente un control de incorporación basado en los requisitos de cognoscibilidad y de transparencia en la redacción del clausulado: arts. 5º **(20)**

(18) Art. 47, CPDC.- Protección mínima del contrato de consumo. En los contratos de consumo se observa lo siguiente: a. En los contratos cuyas condiciones consten por escrito o en algún otro tipo de soporte, debe constar en forma inequívoca la voluntad de contratar del consumidor. Es responsabilidad de los proveedores establecer en los contratos las restricciones o condiciones especiales del producto o servicio puesto a disposición del consumidor. b. No pueden incluirse cláusulas o ejercerse prácticas que impongan obstáculos onerosos o desproporcionados para el ejercicio de los derechos reconocidos al consumidor en los contratos. c. Los consumidores tienen derecho a emplear los mismos mecanismos de forma, lugar y medios utilizados para la celebración de los contratos para desvincularse de estos, como por ejemplo, la vía telefónica, cualquier medio electrónico u otro análogo. Esta facultad comprende la contratación de prestaciones adicionales o complementarias. d. En el caso de formularios contractuales, los caracteres de éstos deben ser adecuadamente legibles para los consumidores, no debiendo ser inferiores a tres [3] milímetros. La redacción y términos utilizados deben facilitar su comprensión por los consumidores. e. Los proveedores deben entregar a los usuarios copia de los contratos y demás documentación relacionada con dichos actos jurídicos cuando éstos hayan sido celebrados por escrito, incluidas las condiciones generales de la contratación. Los proveedores son responsables de dejar constancia de la entrega de los documentos al consumidor. En el caso de contratación electrónica, el proveedor es responsable de acreditar que la información fue puesta oportunamente a disposición del consumidor.

(19) MARTÍN PÉREZ, José A., ob. cit., p. 315.

(20) Art. 5º. Requisitos de incorporación. 1. Las condiciones generales pasarán a formar parte del contrato cuando se acepte por el adherente su incorporación al mismo y sea firmado por todos los contratantes. Todo contrato deberá hacer referencia a las condiciones generales incorporadas. No podrá entenderse que ha habido aceptación de la incorporación de las condiciones generales al contrato cuando el predisponente no haya informado expresamente al adherente acerca de su existencia y no le haya facilitado un ejemplar de las mismas. 2. Cuando el contrato no deba formalizarse por escrito y el predisponente entregue un resguardo justificativo de la

y 7º (21). Este control de inclusión se aplica con independencia de la naturaleza del adherente, es decir, incluye tanto a consumidores como empresarios (o profesionales). El control de incorporación se complementa con la aplicación de ciertos principios generales del derecho contractual como la regla de la prevalencia y de la interpretación *contra proferentem* (22). El art. 5º reúne los requisitos que deben cumplir las cláusulas generales para poder ser incorporadas al contrato. El inc. 1º prevé la entrega previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, de un ejemplar del clausulado. Es un control del consentimiento que se manifiesta en un aspecto formal y material; este último se cumple con la entrega de un ejemplar del clausulado antes o en el momento de celebrar el contrato salvo que el empresario pruebe que el adherente lo conocía (23). Al respecto, indica Vela Torres, que para apreciar el cumplimiento de entrega o accesibilidad de las condiciones generales hay que distinguir entre contratos documentados por escrito y contratos en los que no hay documentación escrita (24).

Respecto de los contratos documentados por escrito, se exige en el art. 5.1.1 que se acepte

por el adherente la incorporación de las condiciones generales al contrato, que se haga referencia a tal incorporación y que se firme el contrato. Además, deberá entregarse un ejemplar de tales condiciones generales. El art. 7º a) sanciona el incumplimiento de esta obligación con la no incorporación de las condiciones cuando el adherente no haya tenido oportunidad de conocerlas o cuando no hayan sido firmadas. En lo que se refiere a contratos no documentados por escrito, pero en los que se entrega por el predisponente un resguardo justificativo de la contraprestación recibida, esta disposición se flexibiliza. Es decir, será suficiente con que el predisponente anuncie las condiciones generales en un lugar visible dentro del establecimiento en el que se realiza el negocio, que las inserte en el mencionado resguardo, o que garantice de cualquier otra manera que el adherente tenga la posibilidad de conocer la existencia y contenido de tales condiciones.

La LCGC ha establecido respecto a modalidades particulares del tráfico (contratación oral, informatizada o por teléfono) normas de adaptación y flexibilización. Es más, el num. 3 del art. 5º, parece referirse a lo que la doctrina suele llamar

contraprestación recibida, bastará con que el predisponente anuncie las condiciones generales en un lugar visible dentro del lugar en el que se celebra el negocio, que las inserte en la documentación del contrato que acompaña su celebración; o que, de cualquier otra forma, garantice al adherente una posibilidad efectiva de conocer su existencia y contenido en el momento de la celebración. 3. En los casos de contratación telefónica o electrónica será necesario que conste en los términos que reglamentariamente se establezcan la aceptación de todas y cada una de las cláusulas del contrato, sin necesidad de firma convencional. En este supuesto, se enviará inmediatamente al consumidor justificación escrita de la contratación efectuada, donde constarán todos los términos de la misma (Precepto derogado por el TRLGCU). 4. La redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez.

(21) Art. 7º. No incorporación. No quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales: a) Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato o cuando no hayan sido firmadas, cuando sea necesario, en los términos resultantes del art. 5º. b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, salvo, en cuanto a estas últimas, que hubieren sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato.

(22) MATO PACIN, María Natalia, "El control de contenido en la contratación mediante condiciones generales entre empresarios en el derecho comparado y europeo", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 7, n. 2, octubre 2015, p. 217.

(23) CAÑIZARES LASO, Ana, "Control de incorporación y transparencia de las condiciones generales de la contratación. Las cláusulas suelo", *Revista de Derecho civil*, II, n. 3 (julio-septiembre de 2015); MARTÍNEZ ESPÍN, Pascual, ob. cit., p. 82; PAGADOR LÓPEZ, Javier, ob. cit., p. 106.

(24) VELA TORRES, Pedro J., "Condiciones generales de la contratación", en SANJUÁN Y MUÑOZ, Enrique (coord.), *Competencias de los juzgados de lo mercantil. Competencias en materia concursal y "competencias añadidas" mercantiles (Sociedades, competencia, publicidad, transporte, propiedad industrial, propiedad intelectual, etc.)*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 604; FUENTE NORIEGA, Margarita, "Requisitos de incorporación de las condiciones generales", en DE LEÓN ARCE, Alicia (dir.) – GARCÍA GARCÍA, Luz M. (coord.), *Derechos de los consumidores y usuarios*, Ed. Tirant lo Blanch, Madrid, 2007.

quick hands transactions, es decir, contratos de trascendencia económica no muy importante cuya conclusión y ejecución es simultánea o inmediata de modo que, no permiten una negociación o discusión entre las partes, exigiendo por su propia naturaleza que el control de inclusión sea más flexible. Al respecto, señala Clavería Gosálbez (25), que el precepto español se ha redactado con una técnica deficiente pues alude a este supuesto: *cuando el contrato no deba formalizarse por escrito* como si existiera en el ordenamiento español contratos para los que la forma escrita estuviera prohibida o como si cualquier contrato no solemne pudiera calificar como *quick hands transaction*. Según el autor, esta imprecisión puede generar situaciones de abuso por parte de los contratantes sobre todo, por parte del predisponente que puede construir “artificiosamente” un contrato y reputarlo como *quick hands transaction* cuando por su envergadura y trascendencia económica no lo es.

La LCGC tiene como ámbito de aplicación subjetivo a los contratos que contengan condiciones generales celebradas entre un “profesional predisponente y cualquier persona física o jurídica adherente. Entendiéndose por profesional, a toda persona física o jurídica que actúe dentro del marco de su actividad profesional o empresarial, ya sea pública o privada; y por adherente, a un profesional, sin necesidad de que actúe en el marco de su actividad. Si el adherente fuera un consumidor entonces serían aplicables las normas del Texto Único Ordenado de la ley General para la Defensa de los Consumidores (TRLGCU). En tal sentido, el art. 80.1) del TRLGCU complementa la disposición del art. 5º de la LCGC con otro requisito formal: la “accesibilidad y legibilidad, de modo que permita al consumidor o usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido”.

La utilización de cláusulas generales es frecuente también en el ámbito del comercio internacional tanto de bienes tangibles como de intangibles así como en contratos u operaciones financieras (26). En este contexto, la principal crítica de la doctrina sobre la aplicación del art. 5º de la LCGC recae sobre la entrega física del clausulado antes de la conclusión del contrato (27) tal como ocurre con los contratos celebrados entre consumidores (28). Este requisito muchas veces no se ajusta a la realidad del tráfico mercantil y probablemente, en algunos casos no sea necesario.

De otro lado, no existe una regulación diferenciada para el control de incorporación respecto al uso de condiciones generales de contratación entre profesionales. Si las cláusulas o condiciones generales de contratación no se ajustan a las exigencias planteadas por dicho mecanismo de control la sanción es la no incorporación al contrato de dichas condiciones generales.

En el derecho peruano no contamos con una legislación especial sobre cláusulas o condiciones generales pero sí tenemos el Código Civil, que al igual que esta ley especial se aplica a las relaciones contractuales entre profesionales. A diferencia de lo que ocurre con la norma española nuestro Código Civil no exige la entrega física del clausulado sino únicamente que el predisponente cumpla con el requisito de cognoscibilidad sobre todo en aquellos casos en los que el perfeccionamiento y conclusión de los contratos se produce a través del uso de ciertos medios (como el teléfono) o su ejecución es instantánea (como las compras en un supermercado). En los casos de los contratos bancarios y/o financieros –a los cuales se aplica el CPDCE [lit. e) art. 47] y la normativa sectorial–, la exigencia varía pues sí se requiere la entrega física del clausulado aprobado administrativamente al consumidor.

(25) CLAVERÍA GOSÁLBEZ, Luis H., “Condiciones generales y cláusulas contractuales impuestas”, Ed. Bosch, Barcelona, 2008, p. 45.

(26) REDONDO, Agustín, “Problemas de aplicación de los controles de inclusión de condiciones generales a determinadas formas de contratación entre profesionales (Reglas y Usos Uniformes de la CCI, Contratos ISDA, CMOF y similares)”, Homenaje al Profesor D. Juan Luis Iglesias Prada, 2011, p. 247.

(27) EBERS, Martín, “El control de las cláusulas abusivas en un futuro instrumento opcional”, *InDret*, 1, enero 2012.

(28) PERTIÑEZ VILCHEZ, Francisco, “Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario”, *InDret*, 3, julio 2013.

En los casos de contratos electrónicos (a pesar que no existe una legislación especial sobre la materia), el requisito de cognoscibilidad impele a los proveedores a brindar información legible y comprensible al consumidor.

Si bien, en el marco de esta ponencia no podemos demostrar que la no exigencia de entrega de un documento físico que contenga el clausulado general en los contratos celebrados entre profesionales (o empresarios) favorece e incrementa el intercambio mercantil, sí podemos avanzar que esta diferencia con el ordenamiento jurídico español, en principio, tiende a agilizar el comercio sin que ello recorte el derecho de las partes a exigir un control de contenido en la vía judicial.

VI. El control de contenido de las cláusulas generales de contratación y las cláusulas abusivas

De manera general, el denominado control de contenido comprende las normas que establecen la ineficacia de las cláusulas *contra legem*; sin embargo, en sentido estricto, tal como señala Clavería Gosálbez (29), este mecanismo de control queda reservado para declarar la ineficacia de las cláusulas abusivas en los supuestos de imposición del contenido contractual, con o sin condiciones generales.

VI.1. En el derecho peruano: normas civiles vs. normas tuitivas del consumidor

En el derecho peruano, el control de contenido de las cláusulas generales de contratación en razón de su carácter “abusivo” o “vejatorio” se realiza a través de los órganos administrativos del INDECOPI (30) o del Poder Judicial. El Código Civil peruano en el art. 198, sanciona con la invalidez las cláusulas o estipulaciones que utilizadas en contratos por adhesión o en cláusulas generales de contratación “establezcan a favor de quien las ha redactado, exoneraciones o limitaciones de responsabilidad; facultades de suspender la ejecución del contrato, de rescin-

dirlo o de resolverlo; y de prohibir a la otra parte el derecho de oponer excepciones o de prorrogar o renovar tácitamente el contrato”. El art. 1399 sanciona con ineficacia las estipulaciones o cláusulas “contrarias a las normas establecidas para el correspondiente contrato, a no ser que las circunstancias de cada contrato particular justifiquen su validez”.

Aún cuando el Código Civil no lo establezca expresamente, estas disposiciones dejan entrever que la intención del legislador peruano no es la extinción del contrato sino simplemente la exclusión de las cláusulas que favorecen de manera desmedida o desequilibrada al predisponente en desmedro de la contraparte. Naturalmente, estas disposiciones civiles se aplican también a las personas naturales que no actúan como consumidores, es decir a los empresarios (profesionales) porque constituyen también destinatarios de las cláusulas y no son solo predisponentes. Son los tribunales civiles quienes apreciarán *ex post* si la o las cláusulas contractuales califican como “abusivas” o “desequilibradas” o “vejatorias” y declararán su invalidez o ineficacia. Observamos también, que al igual como ocurre en el derecho europeo, las cláusulas relativas al objeto del contrato y que regulan prestaciones principales, no están afectas a la declaración de invalidez pero sí podrían ser declaradas ineficaces.

En materia de protección al consumidor, el CPDC sigue de cerca la propuesta española y comunitaria, en el sentido de que el art. 49.1 establece una definición general de cláusula abusiva aplicable tanto a las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente como a los contratos por adhesión. “[S]e consideran cláusulas abusivas y, por tanto, inexigibles todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que, en contra de las exigencias de la buena fe, coloquen al consumidor, en su perjuicio, en una situación de desventaja o desigualdad o anulen sus derechos”. Los arts. 50 y 51 incorporan lo que podría llamarse una lista negra y una lista gris de cláusulas que se presumen abusivas pero que tal calidad,

(29) CLAVERÍA GOSÁLBEZ, Luis H., ob. cit., p. 50.

(30) Instituto de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual (Indecopi). La aplicación del CPDC está a cargo de la Comisión de Protección del Consumidor (en primera instancia administrativa) y de la Sala Especializada de Protección al Consumidor (en segunda y última instancia).

deberá ser probada a través del procedimiento administrativo.

El art. 50 contiene una lista negra de cláusulas abusivas *per se* sancionándolas con ineficacia absoluta. Entre éstas se cuentan aquellas que excluyan o limiten la responsabilidad del proveedor o sus dependientes por dolo o culpa; las que permitan al proveedor suspender o resolver unilateralmente un contrato **(31)**, salvo disposición legal distinta; las que faculten a un proveedor a resolver un contrato sin comunicación previa o a poner fin a un contrato de duración indeterminada sin un plazo de antelación razonable; que establezcan a favor del proveedor la facultad unilateral de prorrogar o renovar el contrato; excluyan o limiten derechos reconocidos a los consumidores, entre otros. El art. 51, contiene una suerte de lista gris, pues la abusividad o vejatoriedad de las cláusulas se analiza de acuerdo al caso concreto y su existencia se sanciona con ineficacia relativa. Por ejemplo, aquellas que impongan obstáculos onerosos o desproporcionados para el ejercicio de los derechos reconocidos al consumidor: que permitan al proveedor modificar unilateralmente las condiciones y términos de un contrato de duración continuada en perjuicio del consumidor, salvo que obedezca a motivos expresados en él y el consumidor goce del derecho a desvincularse del mismo sin penalización alguna; entre otras.

El control de contenido es realizado por la autoridad administrativa, a través de un procedimiento que puede conllevar la declaración de ineficacia absoluta o relativa de la cláusula, en

virtud de lo establecido por el art. 52 del CPDC. Ello sin perjuicio del control de contenido que pueda ser ejercido por la autoridad judicial, a través de un proceso ordinario o de la autoridad arbitral.

A diferencia del derecho español, el derecho peruano se inclina por la regulación del derecho europeo en la directiva 93/13 estableciendo una lista de gris de “presuntas” cláusulas abusivas a demostrar en el marco de un procedimiento administrativo.

VI.2. En el derecho español: normas comunitarias vs. normas nacionales

En España, además de la LCGC, se aplica la directiva 93/13/CEE del Consejo, de 05/04/1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. El núm. 1 del art. 3º de la citada directiva, establece que “las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato”, añadiendo el núm. 3 que “el Anexo de la presente directiva contiene una lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas”. De lo que resulta que son abusivas las cláusulas que encajan en la definición del núm. 1 y aquellas que se encuentran en el anexo no lo son *per se* pero pueden ser declaradas como tales. Por eso se afirma que la directiva contiene una lista negra y una lista gris **(32)**.

(31) Así por ejemplo, se resolvió que “la consignación de una cláusula que contenga una penalidad permitida por una disposición legal, que resulte aplicable a todo el sistema de las relaciones obligatorias (incluidas las de consumo) no conlleva a efectuar el juicio de vejatoriedad de la misma (...) no se advierte la mala fe en la actuación de la proveedora, al establecer la referida cláusula pues las condiciones y obligaciones que contiene la misma se encuentran estipuladas de manera clara, sin evidenciarse algún mecanismo que coloque en desventaja al consumidor en la relación jurídica contractual, esto es, no se aprecia que haya puesto en una circunstancia que desequilibre la relación contractual más allá de lo permitido por ordenamiento” (expte. Nº 798-2016/CC2-Comisión de Protección al consumidor). También en la resolución 0236-2017/SPC-INDECOPI, el Tribunal señaló que para evaluar si una cláusula (en este caso una cláusula de una póliza de seguros) resulta abusiva debe analizarse la concurrencia de los siguientes presupuestos: (i) que no haya existido negociación entre el consumidor y proveedor respecto del contenido de la cláusula materia de cuestionamiento. Si el proveedor acredita la existencia de negociación, la denuncia debe declararse infundada; y (ii) que exista desproporción injustificada entre los beneficios, riesgos, costos, asumidos por ambas partes en perjuicios del consumidor.

(32) Anexo. Cláusulas contempladas en el apdo. 3 del art. 3: 1. Cláusulas que tengan por objeto o por efecto: a) excluir o limitar la responsabilidad legal del profesional en caso de muerte o daños físicos del consumidor de-

Los controles de incorporación y de contenido...

En el derecho español tal lista gris no existe, más bien se trata de un sistema de *lista negra* en el que las cláusulas definidas como abusivas lo son necesariamente, sin posibilidad de plantearse si reúnen o no las notas características de la definición general. El núm. 2 del art. 8º de

bidos a una acción u omisión del mencionado profesional; b) excluir o limitar de forma inadecuada los derechos legales del consumidor con respecto al profesional o a otra parte en caso de incumplimiento total o parcial, o de cumplimiento defectuoso de una cualquiera de las obligaciones contractuales por el profesional, incluida la posibilidad de compensar sus deudas respecto del profesional mediante créditos que ostente en contra de este último; c) prever un compromiso en firme del consumidor mientras que la ejecución de las prestaciones del profesional está supeditada a una condición cuya realización depende únicamente de su voluntad; d) permitir que el profesional retenga las cantidades abonadas por el consumidor, si éste renuncia a la celebración o la ejecución del contrato, sin disponer que el consumidor tiene derecho a percibir del profesional una indemnización por una cantidad equivalente cuando sea éste el que renuncie; e) imponer al consumidor que no cumpla sus obligaciones una indemnización desproporcionadamente alta; f) autorizar al profesional a rescindir el contrato discrecionalmente, si al consumidor no se le reconoce la misma facultad, o permitir que el profesional se quede con las cantidades abonadas en concepto de prestaciones aún no efectuadas si es el propio profesional quien rescinde el contrato; g) autorizar al profesional a poner fin a un contrato de duración indefinida, sin notificación previa con antelación razonable, salvo por motivos graves; h) prorrogar automáticamente un contrato de duración determinada si el consumidor no se manifiesta en contra, cuando se ha fijado una fecha límite demasiado lejana para que el consumidor exprese su voluntad de no prorrogarlo; i) hacer constar de forma irrefragable la adhesión del consumidor a cláusulas de las cuales no ha tenido la oportunidad de tomar conocimiento real antes de la celebración del contrato; j) autorizar al profesional a modificar unilateralmente sin motivos válidos especificados en el contrato los términos del mismo; k) autorizar al profesional a modificar unilateralmente sin motivos válidos cualesquiera características del producto que ha de suministrar o del servicio por prestar; l) estipular que el precio de las mercancías se determine en el momento de su entrega, u otorgar al vendedor de mercancías o al proveedor de servicios el derecho a aumentar los precios, sin que en ambos casos el consumidor tenga el correspondiente derecho a rescindir el contrato si el precio final resultare muy superior al precio convenido al celebrar el contrato; m) conceder al profesional el derecho a determinar si la cosa entregada o el servicio prestado se ajusta a lo estipulado en el contrato, o conferirle el derecho exclusivo a interpretar una cualquiera de las cláusulas del contrato; n) restringir la obligación del profesional de respetar los compromisos asumidos por sus mandatarios o supeditar sus compromisos al cumplimiento de formalidades particulares; o) obligar al consumidor a cumplir con todas sus obligaciones aun cuando el profesional no hubiera cumplido con las suyas; p) prever la posibilidad de cesión del contrato por parte del profesional, si puede engendrar merma de las garantías para el consumidor sin el consentimiento de éste; q) suprimir u obstaculizar el ejercicio de acciones judiciales o de recursos por parte del consumidor, en particular obligándole a dirigirse exclusivamente a una jurisdicción de arbitraje no cubierta por las disposiciones jurídicas, limitándole indebidamente los medios de prueba a su disposición o imponiéndole una carga de la prueba que, conforme a la legislación aplicable, debería corresponder a otra parte contratante. 2. Alcance de las letras g), j), y l). a) La letra g) se entiende sin perjuicio de las cláusulas por las que el prestador de servicios financieros se reserve el derecho de rescindir unilateralmente, sin previo aviso en caso de razón válida, el contrato de duración indeterminada, a condición de que el profesional esté en la obligación de informar de ello inmediatamente a las demás partes contratantes. b) La letra j) se entiende sin perjuicio de las cláusulas por las que el prestador de servicios financieros se reserve el derecho a modificar sin previo aviso, en caso de razón válida, el tipo de interés adeudado por el consumidor o al consumidor, o el importe de cualesquiera otros gastos relacionados con servicios financieros, a condición de que el profesional esté en la obligación de informar de ello en el más breve plazo a las demás partes contratantes, y de que éstas tengan la facultad de rescindir inmediatamente el contrato. La letra j) se entiende sin perjuicio también de las cláusulas por las que el profesional se reserve el derecho a modificar unilateralmente las condiciones de un contrato de duración indeterminada siempre que el profesional esté en la obligación de informar al consumidor con una antelación razonable, y de que éste tenga la facultad de rescindir el contrato. c) Las letras g), j) y l) no se aplicarán a: - las transacciones relativas a títulos-valores, "instrumentos financieros" y otros productos o servicios cuyo precio esté vinculado a las fluctuaciones de "una cotización" o de un índice bursátil, o de un tipo de mercado financiero que el profesional no controle; - los contratos de compra o de venta de divisas, de cheques de viaje o de giros postales internacionales expresados en divisas. d) La letra l) se entiende sin perjuicio de las cláusulas de adaptación de los precios a un índice, siempre que sean legales y que en ellas se describa explícitamente el modo de variación del precio.

la LCGC establece que “serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiéndose por tales en todo caso las definidas en el art. 10 bis y disposición adicional primera de la ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios” (Hoy Texto Refundido de la LGCU). El núm. 1 del art. 9º de LCGC señala que “la declaración judicial de no incorporación al contrato o la nulidad de las cláusulas de condiciones generales podrá ser instada por el adherente de acuerdo con las reglas generales reguladoras de la nulidad contractual”. Y, el núm. 1 del art. 10 precisa que “la no incorporación al contrato de las cláusulas de las condiciones generales o la declaración de nulidad de las mismas no determinará la ineficacia total del contrato, si éste puede subsistir sin tales cláusulas, extremo sobre el que deberá pronunciarse la sentencia”. La alusión del art. 8º, núm. 2 de la LCGC a las normas de la LGCU remiten al actual Texto Refundido de la LGCU de 2007 (en adelante TRLGCU), especialmente a los arts. 82 y ss.

De hecho, el núm. 1 del art. 83 del TRLGCU, establece: “Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas”. En opinión de Clavería, el control de contenido establecido por las distintas normas reguladoras de las cláusulas abusivas, sean o no condiciones generales determinan que éstas sean nulas, que la nulidad a pesar de ser de “pleno derecho” no pueda ser instada por el predisponente, y que se tienen por no puestas. Se produce una ineficacia parcial coactiva que implica “una quiebra de la concepción del contrato como consentimiento sobre una función económico-social pues queda fijado como contenido contractual definitivo algo que puede no haber sido querido por una de las dos partes contratantes” (33).

Ahora bien, ¿es siempre parcial esta nulidad? No siempre. El mismo art. 83 en su último párrafo, establece que “sólo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada podrá declarar la ineficacia del contrato”.

De otro lado, la directiva 93/13, en el núm. 2 del art. 4º señala que “la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible”. Sin embargo, “el abuso” del predisponente puede recaer en la redacción de cláusulas que contengan prestaciones principales como otras que simplemente, sean reguladoras del contrato. Esta orientación del legislador europeo debe entenderse en el sentido de evitar perturbaciones a la libre formación de los precios y regular funcionamiento del mercado.

La lista negra de cláusulas reputadas como abusivas la encontramos en el TRLGCU agrupadas en seis bloques. El primero de ellos, en el núm. 4 del art. 82; el segundo, constituido por el art. 85: cláusulas abusivas por vincular el contrato a la voluntad del empresario; el tercero, constituido por el art. 86: cláusulas abusivas por limitar los derechos básicos del consumidor y usuario; el cuarto bloque, conformado por el art. 87: cláusulas abusivas por falta de reciprocidad; el quinto bloque, conformado por el art. 88: cláusulas abusivas sobre garantías y, el sexto bloque formado por el art. 89: cláusulas abusivas que afectan el perfeccionamiento y ejecución del contrato.

Es el juez quien declara la nulidad de la cláusula o se decide finalmente, por la ineficacia parcial del contrato.

VII. Conclusión

El control de inclusión o de incorporación tanto en derecho peruano como español se ejerce de manera distinta. En el Perú, la aprobación administrativa de cláusulas generales para contratos masivos de servicios públicos y del sector bancario y financiero permite su incorporación automática a los contratos. En el caso de las cláusulas no aprobadas administrativamente, el control de inclusión recae en las partes y los

(33) CLAVERÍA GOSÁLBEZ, Luis H., ob. cit., p. 55.

deberes que éstas asumen: deber de cognoscibilidad y de transparencia. La obligación de entregar el clausulado general al consumidor antes de la firma o del consentimiento recae, básicamente, en los contratos sometidos a aprobación administrativa. No, en aquellos que no lo han sido, dejando libertad a las partes en su actuación. Para el caso de los contratos celebrados exclusivamente entre profesionales, el derecho peruano no exige la entrega de un ejemplar físico *ex ante*, el Código civil requiere del cumplimiento del requisito de la cognoscibilidad.

En el derecho español, la exigencia de la entrega del documento físico conteniendo el clausulado se aplica a todo tipo de relaciones jurídicas, sea entre consumidores y proveedores o entre éstos últimos. Este requisito se flexibiliza frente a transacciones de ejecución instantánea. Esta situación puede perjudicar el tráfico mercantil pues constituiría una barrera a la contratación comercial.

En cuanto al control de contenido, existen algunas divergencias. El derecho peruano aplica el control de contenido para sancionar cláusulas que pueden ser abusivas por generar un desequilibrio importante entre las partes. Sanciona

con ineficacia absoluta o parcial de la cláusula, no del contrato. En el derecho español, la utilización de términos, como nulidad e ineficacia lleva a confusión pues ambos implican sanciones distintas. Más aún cuando la ineficacia en el derecho español está referida al contrato y no a la cláusula en sí misma. Esta confusión se hace más evidente cuando el legislador español dispone la conservación del contrato con exclusión de las cláusulas declaradas como abusivas.

El hecho que la directiva 93/13/CEE sea una de “mínimos”, es decir, que deje un margen de maniobra a los Estados miembros para que regulen sobre esa base las sanciones a las cláusulas abusivas y los mecanismos de control, ha propiciado que el derecho español opte por un sistema más “rígido” de lista negra pero con salidas confusas como la nulidad que en realidad es ineficacia parcial de la cláusula.

Consideramos que las opciones legislativas que conllevan tanto en derecho español como en derecho peruano al establecimiento de listas grises y negras son confusas, pudiendo quizás optarse por su supresión y la creación de un enunciado general o fórmula abstracta en el que se precise los elementos de la abusividad o vejatoriedad.