



**UNIVERSIDAD CÉSAR VALLEJO**

**FACULTAD DE DERECHO  
ESCUELA DE DERECHO**

**LAS CLAUSULAS ABUSIVAS EN LA CONTRATACION POR  
ADHESION Y LA LIBERTAD CONTRACTUAL EN EL  
ORDENAMIENTO JURIDICO PERUANO**

**TÉSIS PARA OPTAR EL TITULO DE:  
ABOGADO**

**AUTOR:**

LIZÁRRAGA CRUZ, Giancarlo Jesús

**ASESOR:**

Dr. Rafael Aldave Herrera.

**LINEA DE INVESTIGACION:**

Derecho Civil

**TRUJILLO – PERÚ**

2013

**PAGINA DEL JURADO**

---

**PRESIDENTE**

---

**SECRETARIO**

---

**VOCAL**

## DEDICATORIA

A mis padres y abuelitos por haberme dado día a día su apoyo incondicional, ya que ellos son mi fortaleza y mi impulso para poder seguir adelante y cumplir todas mis metas.

## **AGRADECIMIENTO**

A Dios, por haberme dado salud y haberme permitido llegar hasta este punto, para lograr mis objetivos.

## **DECLARATORIA DE AUTENTICIDAD**

### **SEÑORES MIEMBROS DEL JURADO:**

Yo, Giancarlo Jesús Lizárraga Cruz identificado con DNI N° 46237010, domiciliado en la Av. Eguren N° 625, Urbanización Vista Bella, Distrito y Provincia de Trujillo, Departamento de la Libertad, ante Uds. Con respeto me presento y digo:

Que mediante lo dispuesto por el Reglamento de Grados y Títulos de la Universidad Privada Cesar Vallejo, Facultad de Derecho, Escuela de Derecho declaro en honor a la verdad que la presente tesis no es copia, es única y autentica.

Asimismo, declaro bajo juramento que toda la información en ella contenida, es producto de la consulta a varios autores expertos en la materia de estudio, por tanto, concluyo que la información es auténtica y veraz.

Trujillo, abril 2018

-----  
**GIANCARLO JESÚS LIZÁRRAGA CRUZ**  
D.N.I. 46237010

## PRESENTACIÓN

La investigación titulada “Las cláusulas abusivas en la contratación por adhesión y la libertad contractual en el Ordenamiento Jurídico peruano”, tiene como objeto determinar si se encuentra protegida la libertad contractual del adherente contra la estipulación de cláusulas abusivas en la contratación por adhesión en el ordenamiento civil peruano.

Esta investigación es de vital importancia para el quehacer contractual de nuestro país, que se encuentra en pleno auge económico y con un desarrollo empresarial de magnitudes nunca antes vistas, en el que resulta necesario establecer parámetros de respeto mutuo de derechos de los contratantes, y más aún, efectivizar dicha protección, así a modo de conclusión se propondrá seguir el sistema del *numerus apertus* para ampliar el espacio de aplicación de la norma pertinente.

Para el desarrollo de la investigación se buscará implementar los mecanismos necesarios y aprobados por esta casa de estudio a fin de consolidar, el trabajo en el marco de los objetivos planteados.

Espero arribar a conclusiones y recomendaciones que sean de suficiente interés.

EL AUTOR

## RESUMEN

La presente investigación se basa en un estudio explicativo sobre la urgente protección que requiere la libertad contractual del adherente contra la estipulación de cláusulas abusivas en la contratación por adhesión en el ordenamiento civil peruano. El objetivo principal es determinar si se encuentra protegida la libertad contractual del adherente contra la estipulación de cláusulas abusivas en la contratación por adhesión en el ordenamiento civil peruano.

Se utilizarán técnicas como la observación, acopio de información y entrevistas, cuyo análisis servirá para determinar que la existen realmente una adecuada protección a la libertad contractual en la celebración de los contratos de adhesión dentro del mercado y los negocios que día a día se celebran; así mismo, se analizará cómo la regulación jurídica vigente garantiza la libertad contractual del adherente ante a los contratos por adhesión y se examinará la legislación comparada pertinente, a fin de arribar a resultados sistémicos y legales que permitan solucionar este problema legal y jurídico.

Palabras Claves: Libertad de Contratar, Libertad Contractual, Cláusulas abusivas en la Contratación por Adhesión, Ordenamiento Civil Peruano, El Empresario y el Consumidor.

## **ABSTRAC**

This research is based on a study explaining the urgent protection requires contractual freedom of the adherent against unfair stipulation in the contract of adhesion in the Peruvian civil law. The main objective is to determine whether freedom is protected contractual stipulation adherent against unfair terms in the contract of adhesion in the Peruvian civil law.

Techniques will be used as observation, data collection and interviews , the analysis used to determine that there are really adequate protection for freedom of contract in the conclusion of contracts of adhesion within the business market and are held daily ; likewise, we analyze how current legal regulation contractual guarantees freedom of the adhering to contracts of adhesion and examine the relevant comparative law , in order to arrive at results that allow systemic and legal problem solving and legal .

Keywords: Freedom to Contract, Contractual Freedom, Abusive Clauses in the Contract for Adhesion, Peruvian Civil Organization, The Businessman and the Consumer.

## INDICE

PAGINA DEL JURADO .....	ii
DEDICATORIA .....	iii
AGRADECIMIENTO .....	iv
<b>DECLARATORIA DE AUTENTICIDAD .....</b>	<b>v</b>
<b>SEÑORES MIEMBROS DEL JURADO: .....</b>	<b>v</b>
Yo, Giancarlo Jesús Lizárraga Cruz identificado con DNI N° 46237010, domiciliado en la Av. Eguren N° 625, Urbanización Vista Bella, Distrito y Provincia de Trujillo, Departamento de la Libertad, ante Uds. Con respeto me presento y digo: .....	v
.....	v
<b>GIANCARLO JESÚS LIZÁRRAGA CRUZ.....</b>	<b>v</b>
PRESENTACIÓN .....	vi
RESUMEN.....	vii
ABSTRAC.....	viii
INDICE .....	ix
INTRODUCCIÓN.....	13
CAPÍTULO I.....	14
MARCO REFERENCIAL CIENTIFICO .....	14
1.1 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA (realidad problemática) .....	15
1.2 FORMULACIÓN DEL PROBLEMA: .....	16
1.3 JUSTIFICACIÓN DEL PROYECTO DE INVESTIGACIÓN.....	16
1.4 OBJETIVOS DEL PROYECTO DE INVESTIGACIÓN .....	17
1.4.1 GENERAL.....	17
1.4.2 ESPECIFICOS.....	17
1.5 HIPOTESIS.....	18
1.6. VARIABLES.....	18

1.7. TIPO DE INVESTIGACIÓN.....	18
1.7.1. INVESTIGACIÓN APLICADA.....	18
1.7.2. INVESTIGACION EXPLICATIVA O CAUSAL .....	18
1.8    TÉCNICAS E INSTRUMENTOS PARA RECOPIRAR INFORMACIÓN .....	19
1.8.1    OBSERVACIÓN Y GUÍA DE OBSERVACIÓN:.....	19
1.8.2    ACOPIO DE INFORMACIÓN Y FICHAJE:.....	19
1.8.3. ENTREVISTAS Y GUÍA DE ENTREVISTA: .....	19
CAPITULO II .....	20
MARCO REFERENCIAL CIENTIFICO .....	20
SUB CAPITULO I .....	21
LA LIBERTAD DE CONTRATACIÓN.....	21
1.1 LINEAMIENTOS GENERALES.....	21
1.2    CONCEPTO DE LIBERTAD DE CONTRATACIÓN .....	21
<b>1.3    DERECHOS QUE COMPRENDE LA LIBERTAD DE CONTRATACION .....</b>	<b>23</b>
1.4 LIBERTAD CONTRACTUAL.....	25
<b>1.5    JURISPRUDENCIA .....</b>	<b>27</b>
SUB CAPITULO II .....	29
EL CONTRATO POR ADHESIÓN.....	29
2.1 CONCEPTO DE CONTRATO POR ADHESION.....	29
2.2 CARACTERISTICAS DEL CONTRATO POR ADHESION.....	32
2.3 MODALIDADES DE CONTRATOS POR ADHESION.....	32
2.4 PROBLEMÁTICA DE LOS CONTRATOS POR ADHESION .....	33
SUB CAPITULO III .....	35
TEORIA DEL EJERCICIO ABUSIVO DEL DERECHO .....	35
3.1    LINEAMIENTOS GENERALES SOBRE ABUSO DEL DERECHO.....	35
3.2    SISTEMAS SOBRE ABUSO DEL DERECHO.....	36
3.2.1 SISTEMAS SUBJETIVOS.....	36

3.2.2	SISTEMAS OBJETIVOS .....	36
3.3	LA CUESTION TERMINOLOGICA DEL ABUSO DEL DERECHO.....	37
3.4	VERSION VIGENTE DEL ARTÍCULO II DEL TITULO PRELIMINAR: LA MODIFICACION DEL AÑO 1992.....	38
3.5	CASOS DE ABUSO DEL DERECHO EN ARGENTINA Y ESPAÑA .....	43
3.5.1.	ARGENTINA.....	43
3.5.2	ESPAÑA.....	44
SUB CAPITULO IV.....		45
LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LA CONTRATACIÓN POR ADHESIÓN.....		45
4.1	CLAUSULAS DE LIMITACION DE RESPONSABILIDAD EN LOS CONTRATOS POR ADHESION .....	45
4.2	FACULTADES PARA SUSPENDER LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO POR ADHESION.....	45
4.3	RESCISIÓN DE UN CONTRATO .....	46
4.4	RESOLUCION DE UN CONTRATO.....	47
4.5	EFFECTOS DE LA RESCISION Y DE LA RESOLUCION.....	47
4.6	FACULTAD DE PROHIBIR A LA OTRA PARTE EL DERECHO DE Oponer EXCEPCIONES O DE PRORROGAR O RENOVAR TÁCITAMENTE EL CONTRATO	48
SUB CAPITULO V.....		49
REGULACIÓN JURÍDICA Y PROTECCIÓN LEGAL .....		49
5.1.	ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LAS NORMAS.....	49
5.2.	INVALIDEZ DE LAS ESTIPULACIONES .....	49
5.3.	PROTECCIÓN ADMINISTRATIVA.....	50
5.4.	PROTECCIÓN LEGAL Y JUDICIAL.....	50
SUB CAPITULO VI.....		51
LA REALIDAD NACIONAL E INTERNACIONAL DE LOS CONTRATOS DE ADHESION (EL EMPRESARIO Y EL CONSUMIDOR).....		51
6.1	LA LIBERTAD CONTRACTUAL PARA:.....	51
CAPITULO III .....		52

DISCUSIÓN DE RESULTADOS.....	52
HIPOTESIS .....	53
DISCUSIÓN DE RESULTADOS.....	53
NIVELES DE CONTRASTE.....	54
CAPITULO IV.....	56
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	56
CONCLUSIONES.....	57
RECOMENDACIONES.....	58
CAPITULO V .....	59
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS Y ANEXOS.....	59
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS Y ANEXOS.....	60
ANEXO.....	62

## INTRODUCCIÓN

La revolución industrial trajo consigo tanto el surgimiento de la gran empresa como la producción en serie, sin embargo, este hecho afectó también la contratación clásica, debido a que se tornó imposible la negociación directa entre el empresario y sus clientes, obligando, de esta manera, a adaptar el contrato tradicional a las nuevas exigencias del mercado.

El fundamento primario de la investigación es determinar si se encuentra protegida la libertad contractual del adherente contra la estipulación de cláusulas abusivas en la contratación por adhesión en el ordenamiento civil peruano, en cuya hipótesis general se señala que No se encuentra protegida la libertad contractual del adherente contra la estipulación de cláusulas abusivas en la contratación por adhesión en el ordenamiento civil peruano.

En la búsqueda de alcanzar los objetivos y ratificar o negar la hipótesis más su razón justificante, se desarrollarán, en el trabajo e investigación, los siguientes aspectos:

**LA LIBERTAD DE CONTRATACIÓN**, profundizando en su concepto, características, y la distinción entre la Libertad de contratar y contractual.

**EL CONTRATO POR ADHESIÓN** abordará temas relacionados con su concepto, características, y sobre todo en las modalidades de contratos

**LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LA CONTRATACIÓN POR ADHESIÓN**, capítulo en el cual se analizarán las restricciones o limitación de compromiso, así como aquellas que permiten disolver, rescindir, modificar o incorporación de cláusulas, confiriéndole solo la posibilidad de suscripción.

**REGULACIÓN JURÍDICA Y PROTECCIÓN LEGAL**, dentro del cual trataremos el tema de la normatividad, la invalidez de las estipulaciones, la protección administrativa y la protección legal y Judicial

**LA REALIDAD NACIONAL E INTERNACIONAL DE LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN. ANÁLISIS CASUÍSTICO**, en el cual se abordarán los *servicios* básicos y los contratos de adhesión, haciendo hincapié en el caso Movistar, y trataremos sobre Italia y su regulación en pro de la protección a la libertad contractual.

# **CAPÍTULO I**

## **MARCO REFERENCIAL CIENTIFICO (MARCO METODOLOGICO)**

## 1.1 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA (realidad problemática)

La revolución industrial trajo consigo tanto el surgimiento de la gran empresa como la producción en serie, sin embargo, este hecho afectó también la contratación clásica, debido a que se tornó imposible la negociación directa entre el empresario y sus clientes, obligando, de esta manera, a adaptar el contrato tradicional a las nuevas exigencias del mercado.

En la contratación privada se ha cedido paulatinamente la formulación clásica del contrato paritario (el que tiene como base la autonomía privada o libertad contractual) a nuevas formas de negociación, producto de la dinámica económica dejando de lado el molde tradicional por el de la pura adhesión, mediante la cual se excluye la posibilidad de negociar el contenido del contrato que se celebra. La contratación por adhesión o contratación predispuesta, según el artículo 1390 del C.C. se realiza *cuando la preexistencia de las cláusulas en los contratos, coloca a una de las contratantes en la situación de someterse u oponerse íntegramente al contrato, ya que estas fueron establecidas con anticipación.*

Es evidente, en esta modalidad de contratos, un contraste entre la igualdad jurídica de los contratantes y la desigualdad económica entre ellos, encontrándose de un lado la empresa y por otro el cliente individualmente considerado.

Este último es quien no tiene más alternativa que aceptar o no lo estipulado, es decir, adherirse o no a lo establecido por la parte contratante que ostenta el poder económico y negociador.

Por tanto, existe el riesgo inminente para el aceptante, que se encuentra en un plano de inferioridad, frente al predisponente, de adherirse a un conjunto de condiciones que no son equitativas y que pueden resultar gravosas plasmadas en cláusulas denominadas abusivas que conceden ciertos beneficios a quien las redacta en menoscabo del adherente. Estas pueden consistir en exoneraciones o limitaciones de responsabilidad del empresario, en permitirle suspender la ejecución del contrato, o atribuirle la libertad de

disolverlo o resolverlo, impidiendo al oferente la posibilidad de imponer excepciones de prorrogarlo o renovarlo. Ante tal situación es que el legislador ha previsto en el artículo 1398° del cuerpo civil un catálogo cerrado fijando como cláusulas abusivas a las antes referidas, disponiendo su invalidación ante su estipulación en el contrato.

Así, el código Civil de 1984 ha seguido el modelo italiano al emplear en el artículo 1398° el sistema del *numerus clausus*, situación que hoy deviene en análisis.

## **1.2 FORMULACIÓN DEL PROBLEMA:**

¿Está debidamente garantizada la libertad contractual del adherente contra la estipulación de cláusulas abusivas en la contratación por adhesión en el ordenamiento civil peruano?

## **1.3 JUSTIFICACIÓN DEL PROYECTO DE INVESTIGACIÓN**

Es interesante porque en nuestro país, la libertad contractual ha sido materia de un amplio desarrollo legislativo en nuestro cuerpo jurídico civil, a pesar de ello, la figura de los contratos por adhesión ha ocasionado que dicha libertad se vea transgredida, resultando necesario establecer una regulación que busque asegurar debidamente la protección del contratante cuando se enfrenta con contratos previamente redactados, la cual debe trascender al ámbito jurisdiccional, con la labor tuitiva del Juez cuando se encuentra ante un contrato cuyo contenido resulte perjudicial para una de las partes. Así, se ha considerado trascendente estudiar las cláusulas abusivas en la contratación por adhesión y su posición frente a la libertad contractual prevista en el Ordenamiento Jurídico peruano.

Por otro lado, esta investigación es importante porque contribuye a ejercer mayor control sobre las empresas que celebran contratos de adhesión con la sombra del abuso de las facultades que este tipo de acuerdo les otorga al estipular cláusulas notoriamente arbitrarias, logrando así un impacto trascendente en el ámbito empresarial y en pro de la defensa del consumidor.

A manera de aporte se puede decir que mediante esta investigación se arribará a ideas que permitan proteger funcionalmente a la libertad contractual en este tipo de contratos, que si bien es cierto resultan necesarios y van acorde con el desarrollo económico de nuestros tiempos, requieren ciertas modificaciones en el sistema legal y el establecimiento del sistema *numerus apertus* a la norma civil prevista, a fin de materializar la negociación sin arbitrariedades ni abusos en la celebración de los mismos.

En ese orden de ideas, este estudio refleja la incomodidad de muchos usuarios y consumidores del mercado nacional y de servicios básicos (como telefonía, por ejemplo) que se siente quebrantados en su derecho a negociar y por lo tanto vienen a ser perjudicados, y también a la vez vendrían a ser los primeros beneficiados mediante esta investigación.

A pesar de ello, la masificación de este tipo de contratos, que actualmente implica que en este tipo de contratos se resalte la especial situación económica o negociadora de la empresa o empresario, y la imposibilidad de negociación del consumidor ante la necesidad de satisfacer sus necesidades constituyen las principales restricciones para llevar adelante esta investigación, razones por las cuales será viable a mediano plazo.

## **1.4 OBJETIVOS DEL PROYECTO DE INVESTIGACIÓN**

### **1.4.1 GENERAL**

- Determinar si se encuentra debidamente garantizada la libertad contractual del adherente contra la estipulación de cláusulas abusivas en la contratación por adhesión en el ordenamiento civil peruano.

### **1.4.2 ESPECIFICOS**

- Analizar como la regulación jurídica vigente garantiza la libertad contractual del adherente ante los contratos por adhesión.
- Delimitar y analizar cláusulas consideradas como abusivas en la contratación por adhesión.

- Examinar la legislación comparada referente a las cláusulas abusivas en la contratación por adhesión.
- Examinar la legislación comparada referente a, si los Estados garantizan o no la libertad contractual del adherente frente a los contratos por adhesión.
- Analizar la jurisprudencia nacional e internacional referente a los casos de cláusulas abusivas en la contratación por adhesión.

## **1.5 HIPOTESIS**

No se encuentra debidamente garantizada la libertad contractual debido a que se excluye la posibilidad de negociar del adherente contra la estipulación de cláusulas abusivas en la contratación por adhesión en el ordenamiento civil peruano.

## **1.6. VARIABLES**

**VARIABLE DEPENDIENTE:** La protección a la libertad contractual del adherente.

**VARIABLE INDEPENDIENTE:** La estipulación de cláusulas abusivas en la contratación por adhesión en el ordenamiento civil peruano.

## **1.7. TIPO DE INVESTIGACIÓN**

### **1.7.1. INVESTIGACIÓN APLICADA**

Dirigida a la solución del problema de la desprotección a la libertad contractual del adherente en los contratos por adhesión, por lo que, será necesario recabar los datos de manera práctica, a fin de alcanzar el conocimiento puro.

### **1.7.2. INVESTIGACION EXPLICATIVA O CAUSAL**

El presente estudio va más allá de la individualización de las variables, ya que, su trasfondo es obtener el origen de la

desprotección a La libertad contractual del adherente en los contratos por adhesión.

## **1.8 TÉCNICAS E INSTRUMENTOS PARA RECOPILAR INFORMACIÓN**

### **1.8.1 OBSERVACIÓN Y GUÍA DE OBSERVACIÓN:**

Permite hacer anotaciones en un formato preestablecido sobre lo que se percibe en la realidad.

### **1.8.2 ACOPIO DE INFORMACIÓN Y FICHAJE:**

Con el uso de esta técnica se busca ordenar y sintetizar la información que se recaude; a través de fichas a las cuales se les confiere un valor que la hace importante para su acopio.

### **1.8.3. ENTREVISTAS Y GUÍA DE ENTREVISTA:**

Es un formato en el que se encuentran los criterios en torno a los cuales se desarrolla la entrevista permite conocer las fracturas legales que requieren de un estudio más profundo por lo que deberán de ser evaluados, tener una perspectiva de indagación definida y valorar a los entrevistados con los mismos parámetros

# **CAPITULO II**

## **MARCO REFERENCIAL CIENTIFICO (MARCO TEÓRICO)**

## **SUB CAPITULO I**

### **LA LIBERTAD DE CONTRATACIÓN**

#### **1.1 LINEAMIENTOS GENERALES**

El Código Civil de 1984 se funda en principio de Igualdad y libertad, ya que, el origen de los contratos deriva de la libertad de contratación, ya que, las partes por regla general son las que decidirán bajo que reglas contrataran, es decir prima la autonomía de la libertad.

Las libertades consagrados en el precitado cuerpo normativa, son los que van a determinar la perfección del contrato, ya que, la característica principal de los contratos es que son consensuales, a razón de que va a depender de las partes si aceptan vincularse contractualmente; y la normativa civil entrara a regir en aquellas circunstancias en que las partes no hayan acordada, además de la diversidad en la amplitud de contratos; la necesidad de plasmarse responde a las libertades de contratar y de contratación.

#### **1.2 CONCEPTO DE LIBERTAD DE CONTRATACIÓN**

El contenido económico de todo contrato es una característica ineludible, por cuanto, las manifestaciones de voluntad para crear, regular, modificar o dejar sin efecto estos actos jurídicos, son de carácter netamente patrimonial, por lo que involucran una modificación en la realidad.

En un estudio realizado por DIETER, 1995, afirma que, en que la autonomía de las personar exteriorizada en un acto jurídico, cuya disposición u obligación verse sobre derechos patrimoniales, y la facultad para aceptar o rehusarse a celebrar un contrato, se denomina en el mundo legal libertad de contratar.

La determinación de las personas es una de las vertientes de la autonomía privada, para lo cual la Constitución Alemana, le ha conferido la categoría de lineamiento constitucional.

La Carta Magna vigente no ha sido ajena a tal influencia, ya que, en su art. 2 del catálogo de derechos fundamentales ha prescrito que ningún ser humano está sometido a realizar actos no contemplados en el Ordenamiento Jurídico, pero tampoco se le debe coaccionar o coercionar a no celebrar o realizar acciones, que no se encuentran prohibidos, por cuanto tales limitaciones significarían restricciones legales al principio de auto determinación. Tal directriz constitucional se perfecciona con los fundamentos del régimen económico, ya que, es libre.

Las personas para actuar conforme a sus intereses y regular sus acciones de índole contractual, como es decidir con quién, bajo qué condiciones a si como la forma de resarcir o por incumpliendo estos hechos, se denomina Autonomía Privada, la cual se encuentra protegido por nuestro Código Civil. En los contratos el Estado actúa meramente como un este observador, ya que, las reglas contractuales por regla general deben estipularse de común acuerdo por las partes; lo cual debe ser respetado incluso por los órganos jurisdiccionales, ya que, la calificación de injusto no determinara su nulidad, a excepción de la lesión, pero es un caso excepcional, lo único que se requiere para que un contrato sea considerado valido es que respete el orden público y las buenas costumbres.

La contratación no tiene limitaciones más que aquellas que colisionen directamente con los principios de nuestro Estado Constitucional de Derecho, ello es a razón de la libertad que se les ha conferido con la libertad de contratar y de contratación.

El contrato es aquel por el cual las partes se obligan a realizar acciones recíprocamente, en el marco de lo estipulado (escrito o verbalmente) y dentro de lineamientos del Ordenamiento Jurídico, cuyo incumplimiento activa las garantías de cumplimiento o resorción, dependiendo de la voluntad del afectado.

HATTENHAUER, 1999, afirmaba que razón de conferir a los contratantes la facultad de decidir libremente sobre las cláusulas de sus contratos, se justificaba, ya que, los efectos del cumplimiento o incumplimiento afecta

directamente a los sujetos, por lo que, se creyó necesario otorgarles tales facultades a fin de que las exigencias normativas no sea limitaciones para restringir el régimen económico, como es el tráfico de bienes y servicios.

La existencia de un contrato tiene protección legal, y la autonomía de la voluntad de las partes para fijar las estipulaciones de su cumplimiento, se harán por estos, buscando un equilibrio en la prestación como contraprestación de obligaciones, ya que, por regla general, nadie buscara un perjuicio para sí mismo, por cuanto, los contratos, permiten obtener algún beneficio.

En el proceso de oferta, aceptación, para el posterior cumplimiento de un contrato se dice que la vinculación en cuanto a modo y forma la realizan las partes, sin embargo, el código civil ha previsto situaciones de quebrantamiento de una las partes a cumplir con la obligación contraída, razón por la cual es que el Ordenamiento Normativa se activa, para proteger al contratante afectado, a fin de que cumpla o resarce los daños ocasionados por su negligencia, impericia.

La susceptibilidad de las normas ha permitido que el proceso de contratación se centre solo en las partes, siendo estas las que fijan su cumplimiento o ejecución, pero el código civil también se ha visto en la necesidad de imponer a fin de velar por el libre acuerdo, a fin de no alcanzar una categoría de desuso, por las libertades que se le han conferido.

La existencia de la voluntad de las partes responde a que el ordenamiento jurídico vigentes le ha conferido tal poder de decisión para la celebración de contratos que celebran para agilizar la economía, ya que, estas van hacer eficaces en la medida que se respeten los parámetros impuestos, ya que, no se puede contratar sobre acciones que atenten el orden público y las buenas costumbres, he ahí que se le ha limitado la actuación de los particulares.

### **1.3 DERECHOS QUE COMPRENDE LA LIBERTAD DE CONTRATACION**

Este tipo de libertad podemos analizar desde sus dos dimensiones:

- a) **LIBERTAD DE CONTRATAR**, es aquella prerrogativa que se le ha otorgado a todo individuo, a fin de decidir con quien desea vincularse contractualmente, y a la vez la eventual posibilidad de rehusarse.
- b) **LIBERTAD CONTRACTUAL**, hace referencia a que una vez decidido con quien celebrar el contrato, se debe elegir el modo y la forma de este, es decir, las estipulaciones o cláusulas del contrato propiamente dicho, para lo cual despliega las siguientes libertades:
- ✓ Independencia en el tipo de contrato
  - ✓ Autonomía para la forma del contrato
  - ✓ Para decidir la forma de ejecución del contrato, si con la intervención de la justicia ordinaria, u otra forma de solución de conflictos.
  - ✓ Fijar libremente el objeto de las obligaciones a las que deberán avocarse cada parte, de la relación contractual.

Asimismo, se ha venido afirmando que los contratos por regla general las cláusulas, las fijan las partes de común acuerdo, sin embargo, existen casos en los cuales no será así, ya que, se colocara a los particulares en la situación de suscribir o no un contrato, no teniendo la posibilidad de decidir, el tipo, forma, obligación o ejecución de estos; ya que, por la misma necesidad de uso y disfrute es que, el particular tendrá que hacer las imposiciones que realiza la parte que brindara el servicio, ya que se tratan de servicios indispensables para el desarrollo de un individuo en una sociedad tan materialista como la nuestra.

Los servicios públicos son una necesidad de toda sociedad, sin embargo, la contratación de estos no permite que ambas partes decidan su celebración o las estipulaciones, sino que el que desea que se le brinde es tos servicios debe adherirse a lo que el ofertante a dispuesto, ya que, el Estado le conferido la facultad de monopolizar el servicio, sin tener la posibilidad de obtenerlo de otra manera, colocando al ciudadano en un posibilidad de difícil negociación, lo que contraviene el principio de libertad de contratación..

Al existir la posibilidad de decidir por regla general la facultad de vincularse contractualmente, es que, se modifica la esencia de los contratos típicos, generando una variedad que muchas veces van a caer en la calidad de innominados, ya que, en el marco de las libertades concedidas, y el respeto por las normas imperativas, es que se alteran los caracteres de los contratos, a fin de satisfacer las necesidades o coadyuvar al tráfico de bienes o servicios.

## **LIBERTAD DE CONTRATAR**

Permite que los sujetos sean autónomos al momento de vincularse contractualmente, e incluso al fijar las reglas de cumplimiento y ejecución, es decir se les confiere autonomía e independencia antes de contratar y después de, a fin de que sean estos quienes establezcan sus obligaciones, ya que, al ser quienes cumplirán las obligaciones, no buscarán perjudicarse.

Asimismo, este tipo de independencia varía de acuerdo a las estipulaciones de cada Estado.

### **1.4 LIBERTAD CONTRACTUAL**

Se justifica a razón de que permite moldear el objeto, circunstancias y las condiciones del contrato, sin embargo, esta, libertad está restringida por el interés de la contraparte, ya que, se busca el equilibrio de satisfacción de las partes contratantes.

La Constitución Política del Perú ha justificado la libertad de contratar en el catálogo de derechos fundamentales, en el art. 2 por lo que posibilita a los particulares decidir si desean o no contratar con otra persona, y a la vez bajo qué condiciones desean realizarlo, ya que, los contratos principalmente van a permitir la realización del ser humano en la sociedad, ya que van a coadyuvar a cumplir sus intereses generales, para alcanzar sus expectativas, sueños.

El respeto de la autonomía privada es la insignia, carta de presentación del código civil, ya que este ha entendido la verdadera importancia de la libertad que se le confiere constitucionalmente al hombre, ya que por su condición de tal ha previsto estas disposiciones a fin de no coaccionar las relaciones de

este con sus semejantes, a fin de suplir las necesidades del individuo, procurando su inclusión, y lugar de sentirlo ajeno a la sociedad, se busca que sea parte de esta, a través de que sea el quien decida si quiere ostentar una vida cómoda a través del comercio de bienes o servicios, o si quiere permanecer solo o casarse, decidir quien desea que administre sus bienes, o en su defecto nombrara a sus herederos, sin la injerencia de un Estado que lo obligue a decidir.

Como se ha venido precisando las libertades para la celebración responden a aquella facultad que tienen los sujetos para concluir con quien vincularse, y a la vez para decidir por el objeto del contrato en el marco de la normatividad vigente. Para lo cual MESSINEO manifiesta que la autonomía interna de los contratantes solo puede ser aplicada a los contratos nominados, por lo cuando la preexistencia del modo y la forma es la que permite cumplir con la finalidad de la independencia, en el contexto los preceptos normativos.

Además, de acuerdo a lo expresado se dice que la autonomía es más visible en los contratos típicos, sin embargo, los contratos llamados modernos, deben acoplarse a la determinación de las reglas generales aplicadas a los contratos típicos, y al principio base de estos que es el respeto al orden público y a las buenas costumbres.

El código civil, ha establecido que los contratantes gozan de la independencia en el proceso de contratación, cualquiera sea la modalidad que acojan, para delimitar y ejecutar sus obligaciones, en base a la buena fe en la que se vincularon, procurando satisfacer las necesidades mutuas, ya que el ser humano busca perfeccionar o suplir sus insuficiencias en base a las herramientas legales que el Estado ha procurado conferirles, a fin de que, se interrelacionen y alcancen la satisfacción plena de sus necesidades, a través de la celebración de contratos, siempre que estos no contravengan la estructura normativa de cada Estado, además, se afirma que la Independencia para contratar es la regla general, lo cual, se infiere que también se ha establecido excepciones para esta, como son los llamados contratos por adhesión, que serán materia de análisis en el capítulo siguiente.

La concurrencia de facultades en un contrato debe ser exteriorizada a fin de que las partes conozcan las circunstancias y objetos que se pretenden con la celebración del acto jurídico de carácter patrimonial, además de que para su configuración nuestro ordenamiento ha regulado que este se perfecciona con el consentimiento de las partes, es decir uniformidad de querer celebrar un contrato en modo y forma.

En libro ACTO JURIDICO del Código Civil se ha establecido la forma de interpretación de los contratos, las cuales se restringe a la interpretación literal de las voluntades de los contratantes, ya que, al primar la independencia de las partes la única forma de interpretación es la gramatical, ya que no puede hacerse un extensiva, porque se puede caer en una inferencia errada, que distorsionaría el objetivo de la obligación.

La interpretación literal se realiza en base a encontrar la razón de la celebración, y se afirma que quien manifieste lo opuesto debe necesariamente probar el cuestionamiento, ya que, desvirtuaría la voluntad de las partes.

## **1.5 JURISPRUDENCIA**

Las libertades que se le confiere los particulares es la de escoger si desea vincularse o no contractualmente, y con quien decide celebrarlo, mientras que la contractual viene a hacer aquella con la cual esquematizara el contenido del acto jurídico. **Cas. N° 764 – 97 – Cajamarca.**

El diario EL PERUANO en 1998 publico la Cas. 1964-76, la cual estableció que si bien es cierto las partes se le ha otorgado la facultad de decidir sobre el contenido del contrato a celebrar, este no debe negar ni cuestionar las disposiciones del ordenamiento jurídico. Lo cual se reafirma con lo establecido en el **Exp. N° 1871 – 91**, donde se afirma que el carácter imperativo de las disposiciones legales, no quedan a libertad de los particulares, sino que la independencia que se les brindo esa razón solo de las normas dispositivas, mas no de las imperativas, ya que, estas no se encuentran a voluntad de los contratantes.

La Norma Suprema prescribe la seguridad jurídica hace referencia a aquella posibilidad de que no se varían las circunstancias de contratación por la introducción de inserción de dispositivos legales posteriores, por lo que la celebración de un contrato no puede modificarse, sino que debe concertarse en las mismas cláusulas en las que fu establecido. Además de que, cuando se fijo fue en mutuo acuerdo a fin de no generar una incertidumbre en el cumplimiento. Además que aquellas circunstancias que no hayan sido previstas por las partes, deberán aplicarse lo previsto en el código civil. **Cas. N° 1132 – 2002.**

## **SUB CAPITULO II**

### **EL CONTRATO POR ADHESIÓN.**

#### **2.1 CONCEPTO DE CONTRATO POR ADHESION**

La anticipación de las cláusulas contractuales por una de las partes limita la facultad y libertad de contratar, ya que, sitúa a la otra parte solo en la posibilidad de aceptar íntegramente las cláusulas del acto jurídico, sin la posibilidad de modificar o eliminar alguna estipulación, además de que la negativa es casi imposible por cuanto este tipo de contratos versan sobre servicios que son indispensables para el ser humano.

Al respecto De la Puente y Lavalle expresa las características principales de este tipo de contratos:

- Unilateralidad de las cláusulas del contrato: la parte de la oferta se desvirtúa en merito a que solo una de los contratantes el que fija las clausulas, sin la intervención de la otra parte, por lo que esta predisposición puede solo favorecer a una, quedando la otra en una situación de indefensión al no haber participado en la formación del contrato, con lo cual se quebranta el principio general de la concertación de voluntades, traducido en la autonomía.
- Aceptación integral de las clausulas: al no existir oferta el contratante que no intervino en la estipulación solo tendría las opciones de suscribir el contrato tal cual ha sido fijado, o negarse a fírmalo, sin embargo, al ser una necesidad, no tendrá otra opción, más que someterse al monopolio del servicio, contraviniendo la libertad de decir si contratar y con quien celebrarlo.

Debe entender por contrato de ADHESION, aquel por el cual un sujeto no tiene la posibilidad de modificar las estipulaciones contractuales, ya que han sido fijadas con anterioridad a la celebración, eliminándose así también la posibilidad de oferta, ya que, son prestaciones monopolizadas por la

privatización de estos, además de que colocan al sujeto contratante en aceptar integralmente las prerrogativa o rechazarlas también, aun sabiendo que este servicio no lo brinda ningún otro ente, y es necesario para su desarrollo y satisfacción de necesidades.

En este tipo de contratos se reduce la posibilidad de que el sujeto oferte participe en la formación de contrato, ya que, sus estipulaciones son anteriores a la oferta, mejor dicho, el sujeto solo debe firmar el contrato, ya que, nadie te va a preguntar si estas conforme, solo sabes que es necesario por lo que no queda otra opción más que firmar, y adherirse, para suplir las necesidades del día a día.

Unilateralidad de las cláusulas del contrato: la parte de la oferta se desvirtúa en merito a que solo una de los contratantes el que fija las clausulas, sin la intervención de la otra parte, por lo que esta predisposición puede solo favorecer a una, quedando la otra en una situación de indefensión al no haber participado en la formación del contrato, con lo cual se quebranta el principio general de la concertación de voluntades, traducido en la autonomía.

La aceptación integral de las clausulas: al no existir oferta el contratante que no intervino en la estipulación solo tendría las opciones de suscribir el contrato tal cual ha sido fijado, o negarse a fírmalo, sin embargo, al ser una necesidad, no tendrá otra opción, más que someterse al monopolio del servicio, contraviniendo la libertad de decir si contratar y con quien celebrarlo.

Se dice que el contrato de adhesión es netamente recipticio, por cuanto la parte contratante solo debe aceptar el acto, sin tener opción de modificarlo, la justificación de esta cuestión es que al ser un contrato de servicios va dirigido a masas, y no se puede hacer un contrato para cada uno, por lo que se procura la economía y celeridad en estos, buscando satisfacer necesidades primordiales, sin tener que atravesar un proceso engorroso de tratativas.

Sin embargo, existe cuestionamiento a este tipo de contratos, ya que para BULLARD, precisa que al no existir oferta y solo adhesión por parte de la parte que no interviene en la formación estatutaria de los contratos, es que

desnaturaliza el proceso de oferta, dejando solo a la parte en la posibilidad de aceptar sin objeción, ya que, en pro de satisfacer las necesidades del día a día.

BERLIOZ, manifiesta que en los contratos comunes siempre existirá la posibilidad de diferenciar el momento de la decisión de contratar como quien se desea hacerlo, a diferencia de los contratos adhesión donde existe una coacción a la celebración el cual de una u otra forma no se rige por la autodeterminación de los contratantes, sino de una solo.

Aceptación integral de las cláusulas: al no existir oferta el contratante que no intervino en la estipulación solo tendría las opciones de suscribir el contrato tal cual ha sido fijado, o negarse a firmarlo, sin embargo, al ser una necesidad, no tendrá otra opción, más que someterse al monopolio del servicio, contraviniendo la libertad de decir si contratar y con quien celebrarlo.

LUKES afirma que, el contrato de adhesión no es un sometimiento de la parte que no interviene en la construcción del acto jurídico, sino que si puede distinguir la oferta para este autor al momento de suscribir el contrato, ya que el sujeto tiene la posibilidad de negarse, por lo que considera que, al firmar la parte excluida, se considera que acepta la proposición que le hace el oferente, sin embargo, considero que no es así; ya que, si la otra parte acepta suscribir en contrato no es porque acepta las condiciones impuestas, sino que, nadie más brinda ese servicio, razón por la cual se ve forzada a realizar tal acción, además de que la suscripción no es sino de aceptación, sino más bien de sometimiento a la voluntad del redactante unilateral.

Al decirse que los contratos por adhesión solo fijan las cláusulas una parte y la otra se encuentra en posición de aceptar o rechazar íntegramente se niega la posibilidad de hablar de una autonomía de la voluntad en la concertación del contrato, ya que, el destinatario se les restringe su accionar a la sola posibilidad de firmar o no.

Considero que con los contratos por adhesión se niega la posibilidad de oferta de una de las partes, por lo que se le priva del ejercicio efectivo de su

autonomía al momento de decidir con quienes contratar, así como el modo y la forma, negándole la opción de decidir las circunstancias y forma de obligaciones, al encontrarse establecidas, por tratarse de contratos al que solo cabe la posibilidad de adherirse, como su nominación lo afirma.

## **2.2 CARACTERISTICAS DEL CONTRATO POR ADHESION**

- A.** Se perfecciona con la suscripción del contrato, cuya única modificación que se realiza es la incorporación de los datos personales, un ejemplo clásico de este tipo son los formularios para acceder a un préstamo bancario.
- B.** Asimismo, es en el mismo formulario en un anexo en el cual se encuentran detalladas las cláusulas bajo las cuales se regirán el contrato, las cuales son aplicables para todos aquellos que requieran del servicio, llamados también cláusulas generales de contratación, por lo cual no distingue a los destinatarios.

## **2.3 MODALIDADES DE CONTRATOS POR ADHESION**

### **A. CONTRATOS LIBRES POR ADHESION**

Son contratos que se celebran sin la intervención de la suscriptor en la redacción de las estipulaciones, pero, se dice que no son impuestos ya que el sujeto se encontraba en la posibilidad tanto de aceptar como rechazar, por cuanto se trata de prestaciones en las cuales no involucran la satisfacción de necesidades ineludibles, sino que, van dirigidas a la comodidad o mejora de la situación, por lo que son prescindibles, sin embargo no se toma en consideración que en el mundo globalizado en el que se vive las herramientas tecnológicas son una necesidad, pero esto requerirá de un análisis más profundo en otro estudio.

### **B. CONTRATOS NECESARIOS POR ADHESION**

Se afirma que para este tipo de contrato no son necesarias las tratativas, por lo que, el sujeto al encontrarse en un estado de necesidad debe suscribir este tipo de contratos entendiéndose para la doctrina que la firma que se

impregna, obedece a la razón de aceptar las condiciones ofertadas, para lo consideran que se ha efectuada las libertades de contratación de y de contratar.

## **2.4 PROBLEMÁTICA DE LOS CONTRATOS POR ADHESION**

El cuestionamiento fundamental que se realiza a este tipo de contratos es la inexistencia de consentimiento, ya que este es entendido como la vinculación bilateral que se realizan las partes, la cual se ve resquebrajada por la imposición de cláusulas por una sola parte previa a la suscripción del contrato.

El contrato por adhesión rompe el paradigma de que en las transacciones prevalezca la independencia de las partes, ya que, este no es considerado negociable, sino que se impone su celebración con una redacción del contrato anterior a la oferta, justificándose en su contratación en masa, impidiendo demarcar las fases de oferta y aceptación, ya que, para muchos no existiría la primera fase, sino tan solo la aceptación por coacción.

- Como es el caso de la celebración de contratos de servicios básicos como agua, luz, alcantarillado, los cuales son básicos para el desarrollo físico, social de los individuos, sin embargo, a los particulares se les coloca en una posibilidad de solo suscribir el formulario, por cuanto son monopolizados, y no existe la posibilidad de decidir con quién contratar sino solo de hacerlo con quien ostenta tal concesión.
- Asimismo, también existen este tipo de contratos en adquisición de bienes no de primera necesidad, sino que se requieren para mejorar la situación social de las personas, como es el estudio, vivienda, pero que a la vez también su obtención es por la vía de adhesión de contratos redactados, en los cuales por la ambigüedad o ignorancia no se analizan y se suscriben, ya que, considera que el proveedor ya lo establecido y al no tener la posibilidad de negociación deciden someterse.

Se pretende dar solución a través de las siguientes medidas:

- La validez de los contratos por adhesión, se justifica a razón de que agilizan el tráfico de bienes y servicios, ya que, reafirmar la autonomía de la voluntad en ese tipo de contratos significaría discutir las tratativas para cada caso, y en general serian eternas, por lo que en base a la economía y celeridad es que se ha establecido la posibilidad de que para este tipo de actos se prefieren los contratos por adhesión.
- La intervención del Estado para proteger al usuario que contrate bajo esta modalidad, es que, las cláusulas de contratación no deben transgredir los lineamientos normativas, para lo cual se ha establecido entes como INDECOPI para la protección de sus derechos, y el respaldo de que se respetaran sus derechos para quienes contraten por esta modalidad.
- La intervención del Estado precitada, sea realizará en la medida que sea necesaria, ya que, en algunas será poca y otras en gran medida, siempre velando por la independencia de las partes al momento de la celebración.

## **SUB CAPITULO III**

### **TEORIA DEL EJERCICIO ABUSIVO DEL DERECHO**

#### **3.1 LINEAMIENTOS GENERALES SOBRE ABUSO DEL DERECHO**

El título preliminar del Código Civil, prescribe que son nulos los actos jurídicos que se celebren por el ejercicio abusivo del derecho, lo cual encuentra su justificación, en que al pasar de los años se ha visto necesario incorporar este principio en base a que en el ejercicio de nuestros derechos, se ha violentado constantemente derechos de terceros, por lo que la celebración de contratos no es ajeno, ya que, muchas veces por procurar un beneficio personal, se tergiversa el equilibrio de voluntades, y se coloca en una situación de desventaja a la contraparte, por lo cual dicho acto sería de pleno derecho, es decir nunca nació por lo que no surtiría efectos..

De una manera expresa o tácita los Estado reconocen esta forma de protección por el ejercicio abusivo del derecho, a fin de amparar la situación de indefensión en que se ejecutan contratos, por lo que su escriturad no es la que justifica su existencia, sino que la vulneración de derechos a través del ejercicio es que la explica.

WARAT indica que su nacimiento se justifica a razón de que, las personas muchas veces con la finalidad de favorecerse no prevén que muchas veces colocan en una situación de desventaja a sus semejantes, y he allí que el Estado debe regular estas situaciones, a fin de que el ejercicio efectivo de los derechos de los demás no perjudique a terceros, y se busque un equilibrio tanto en la satisfacción, como en la no intromisión de derechos en las de otros.

## **3.2 SISTEMAS SOBRE ABUSO DEL DERECHO**

### **3.2.1 SISTEMAS SUBJETIVOS**

#### **A) INTENCIONALIDAD**

En lo subjetivo podemos indicar que el ejercicio de este abuso del derecho es a razón de que se hace con saña, es decir, con toda la voluntad y conocimiento.

#### **B) NEGLIGENCIA**

En este apartado encontramos que si bien es cierto no se tiene la voluntad de causar un perjuicio, se conoce que, con esas acciones, puedes perjudicar a terceros, por lo cual se dice el ejercicio abusivo del derecho en estas circunstancias se hace a título de culpa.

#### **C) FALTA DE INTERÉS LEGÍTIMO**

La afectación con el ejercicio abusivo del derecho se hace en razón de no una utilidad económica sino una mínima, sino que lo diferencia es que no le interesa a quien perjudica, mientras obtenga lo que busca, se catalogó en lo subjetivo porque es el conocimiento del individuo del daño que puede ocasionar y aun así realiza las acciones perjudiciales.

### **3.2.2 SISTEMAS OBJETIVOS**

#### **A) EJERCICIO CONTRARIO A LOS FINES SOCIALES Y ECONÓMICOS**

Se busca justificar el ejercicio en las normas, sin embargo, al realizarse un mínimo análisis se obtiene que solo aparento cumplirlas, ya que los procuraba era obtener un beneficio a través del uso abusivo.

## **B) EJERCICIO CONTRARIO A LA BUENA FE, LA MORAL Y LAS BUENAS COSTUMBRES**

En este tipo de ejercicios no se toma en cuenta si las acciones que se realizan se enmarcan en las buenas costumbres o en la mala fe, lo cual por disposición del título preliminar del código sustantivo son nulas de pleno derecho.

### **3.3 LA CUESTION TERMINOLOGICA DEL ABUSO DEL DERECHO.**

Para LEON BARIANDARAN, precisa que, debe distinguirse entre el derecho como atribución conferida por su calidad de ser humano y el ejercicio de este para materializarlo en la realidad, precisando que en lo que esencia afecta la esfera de terceros es el ejercicio de los derechos subjetivos, ya que al ser materializados llegan afectar la esfera de otros sujetos, ya sea de una manera voluntaria o involuntaria, para lo cual debe establecerse los mecanismos necesarios para su resarcimiento o impedimento

RUBIO CORREA, asevera de que existe un error en cuanto a lo establecido en el título preliminar del Código Civil ya que este ha establecido el abuso delo derecho, sin tomar en cuenta que el derecho propiamente no es abusivo, sino que lo que contraviene o perjudica a los terceros, es el ejercicio de sus libertades.

LEON BARANDIARAN y RUBIO CORREA, coinciden con lo expresado ya que, uno no puede decir que el derecho es abusivo, sino que el uso por parte de los titulares es el que va a perjudicar o no a otros, asimismo debemos precisar que cuando hacemos referencia al ejercicio abusivo de los derechos no solo debe entenderse como una acción, sino que incluso la inacción puede perjudicar, la cual puede hacer con voluntad, pero siempre con conocimiento

DABIN, para no confundir ejercicio con acción es que prefiere hacer referencia al uso de los derechos, la cual englobaría los términos de acción y omisión, ya que con ambos puede modificar la esfera jurídica de los terceros, perjudicándolos, por lo se debería modificar el termino abuso del derecho, por

ejercicio abusivo del derecho, la cual debe interpretarse como el perjuicio de terceros por el uso de los derechos.

Por los demás, DABIN estima que es preferible referirse al uso de los derechos en vez de hablar del ejercicio de los mismos para evitar el equívoco que podría resultar de esta última expresión, ya que en sentido técnico “ejercicio de un derecho” se entiende por oposición a “goce de un derecho”.

Razón por la cual se debe procurar una modificación del término, ya que como se ha explicado el derecho no es abusivo, sino que la ilicitud de los derechos se deriva precisamente del uso de estos, ya sea a través de las acciones u omisiones.

### **3.4 VERSION VIGENTE DEL ARTÍCULO II DEL TITULO PRELIMINAR: LA MODIFICACION DEL AÑO 1992.**

#### **A) INTINERARIO DE LA REFORMA DE 1992.**

El reciente Código procesal civil, promulgado con fecha 4 de marzo de 1992, que entro en vigencia el 01/01/1993, nos trae a la par que una ligera modificación en el texto del art. II del T.P del Código Civil, una necesaria e indispensable adecuación a las nuevas disposiciones de orden procesal que él contiene.

En el mes de febrero de 1992, como una separata en el PERUANO, se dio a conocer el proyecto de código procesal civil que fuera elaborado por una comisión AD HOC. Por razones que desconocemos, se pretexto de adecuar las nuevas disposiciones de carácter procesal, sin razón aparente y fuera de lugar, se modificó el texto de este artículo en la siguiente forma:

*“La ley no ampara el abuso del derecho ni su ejercicio antisocial. El interesado puede solicitar la indemnización y demás pretensiones a que se considere con derecho, sin perjuicio de las medidas cautelares apropiadas para evitar la persistencia del abuso”*

Ante la publicación en referencia, con fecha 17 de febrero de 1992, remitimos una comunicación al doctor Juan Guillermo LOHMANN LUCA

DE TENA, encargado de la modificación del CProed. C, haciéndole llegar algunas observaciones preliminares sobre el citado proyecto. Posteriormente, a nuestra iniciativa, se reunió el grupo de profesores que fueran ponentes de algunos de los Libros que conforman el Código Civil de 1984. En el Curso de la misma, cada uno de los concurrentes se comprometió a alcanzarnos sus comentarios sobre el proyecto de Código Procesal Civil.

Con fecha 25 de agosto de 1992 le hicimos llegar al doctor JUAN MONROY GALVEZ, también miembro de la indicada comisión reformadora, nuestras observaciones y sugerencias relativas a la redacción de la norma sobre abuso del derecho que aparecía en el proyecto en referencia, cuyo texto hemos transcrito. Acompañábamos a la comunicación dos proyectos de redacción inspirados en nuestra propia concepción del abuso del derecho, la misma que ha sido expuesta a través de las páginas de este libro.

La primera de las observaciones que formularemos en nuestra referida comunicación del 25 de agosto de 1992 se refería al hecho de que, no solo se afecta los derechos a través de la acción, sino que incluso con las omisiones se puede dañar ilegítimamente los derechos de terceros.

La Segunda se contraía a que debería consignarse en el texto la posibilidad que tiene el interesado de exigir la indemnización correspondiente. De este modo se remarca la autonomía de la figura del abuso del derecho. Es decir, se deja expresa constancia que se trata de un ilícito SUI GENERIS.

La Tercera de nuestras observaciones tenía que ver con el hecho que las medidas cautelares que podía solicitar el agraviado no debía limitarse al hecho de la eliminación del hacer uso o no de un derecho sustantivo, sino que englobar a todos aquellos, que permiten que el ser humano obtenga algún beneficio perjudicando el de terceros. Es decir, no debían concretarse a evitar la persistencia del abuso en acto. Estimábamos que debería contemplarse también el aspecto preventivo, tan importante en el derecho contemporáneo. De ahí que sugeríamos que las medidas cautelares debían cubrir la posibilidad de evitar las consecuencias

provenientes de una amenaza cierta e inminente del ejercicio abusivo de un derecho subjetivo. Por ello, con sentido previsor, debía impedirse el que se generase un daño o cualquier otro efecto desfavorable en relación con el agravio.

Consideramos del caso someter a atención de los encargados de la modificación del Código de Procedimientos Civiles dos fórmulas alternativas para el efecto de adoptar alguna de ellas u otra en la redacción del nuevo texto del artículo II del título Preliminar. Ellas tuvieron como sustento la siguiente argumentación:

El artículo II del Título Preliminar, en nuestra opinión, debería modificarse para concordarlo con el Código Procesal a fin de que se exprese con precisión que el interesado puede pedir al órgano jurisdiccional que dicte medidas para cesar o impedir la perpetración de daños a sus derechos. Se aprovecharía esta necesaria modificación de índole procesal para mejorar el texto del citado numeral, por lo que consideramos que la expresión “interesado” es más perspicua que la de “afectado”. Debe tenerse en cuenta que justamente, es el uso de los derechos los que perjudican esferas jurídicas de terceros, por lo que debe limitarse a esta situación la nulidad de los actos, y protección de los terceros.

De otro lado, debe tenerse presente que se lesiona abusivamente un interés ajeno no solo mediante el ejercicio de un derecho subjetivo, además de la inoperatividad de estos. Por ello debe agregarse el vocablo “omisión” a fin de cubrir esta hipótesis y no dejar margen a malas interpretaciones del abuso del derecho.

Estimamos, asimismo, que debería consignarse en el texto la posibilidad que tiene el interesado de exigir la indemnización que corresponda. De este modo no sólo hacemos referencia a un extremo de la situación bajo comentario, sino que, además, se remarca la autonomía de la figura del abuso del derecho frente a la genérica responsabilidad civil, es decir, se enfatiza que se trata de un ilícito SUI GENERIS.

La doctrina contemporánea, por amplia mayoría de opiniones, considera en la actualidad que uso de los derechos sustantivos comporta un ilícito civil.

Por ello, el Código Civil peruano se pondría a la vanguardia de la codificación contemporánea si esta situación se expresa normativamente.

En comunicación de fecha 05 de noviembre de 1992 el doctor JUAN MONROY GALVEZ, destacado miembro de la citada Comisión, me informaba que ellas habían sido recogidas y me adjuntaba la nueva redacción del artículo II del Título Preliminar. El texto remitido era el siguiente:

*“La ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos de un derecho. Al demandar indemnización u otra pretensión, el interesado puede solicitar las medidas cautelares apropiadas para evitar o suprimir provisionalmente el abuso.”*

Es de verificarse, en el mencionado texto corresponde a la redacción del actual artículo II del Título Preliminar. Con la modificación de 1992 se lograron, por consiguiente, concretar las observaciones críticas que habíamos formulado reiteradamente en relación con lo establecido en el Código Civil de 1984. En efecto, en la redacción antes transcrita se aclaró definitivamente que el abuso del derecho se refería a aquel que se presentaba frente al hecho de su ejercicio u omisión abusivos. En realidad, como se ha observado, el abuso se contrae a este ejercicio u omisión que afecte las dimensiones jurídicas de terceros.

## **B) OTROS DISPOSITIVOS DEL ORDENAMIENTO JURIDICO SOBRE EL ABUSO DEL DERECHO.**

En relación con lo dispuesto en el artículo II del T.P. sobre abuso del derecho debemos indicar que, en el Código Procesal actualmente vigente, en correspondencia con el artículo II del T.P, encontramos un dispositivo que alude al abuso del derecho, en el cual se atribuye la facultad que tiene los afectados a solicitar que se activen medidas de protección para cesar o impedir perjuicio en su esfera de derechos.

Observamos que en el artículo 685°, transcrito en precedencia, se considera tan solo el ejercicio abusivo de un derecho, no haciéndose

alusión alguna a la hipótesis de la omisión abusiva, como sí lo hace el artículo II del T.P de la norma sustantiva.

De otro lado, en la Ley Suprema de 1993 hallamos en el último párrafo de su artículo 103° la siguiente escueta afirmación, la cual se puede equiparar a la justificación de no que el Estado no permite el ejercicio abusivo del derecho por el uso de estos.

Como bien lo expresa RUBIO CORREA el texto constitucional antes transcrito es obsoleto y la razón es muy sencilla: lo que se hace es recoger la versión existente en el Código civil de 1936 sin incorporarle las precisiones conceptuales respecto del ejercicio y omisión de los derechos ni los aspectos procesales. Tanto unas como los otros aparecían en la versión original del T.P. del C.C. de 1984. No entendemos por qué los constituyentes prefirieron el texto del Código de 1936 al de 1984 que es más completo y actual.

Coincidimos con lo expuesto por Rubio Correa, así como con su opinión discrepante con el hecho de haberse constitucionalizado el abuso del derecho. Como señala el autor antes citado, uno de los posibles efectos de esta constitucionalización del abuso del derecho consiste en que será posible escrutar en el ejercicio de los derechos humanos si se ha o no cometido abuso con ellos. Y agrega, con razón, que dicha posibilidad puede crear mayor inseguridad aún si se tiene presente que el concepto y alcances del abuso del derecho no tiene aceptación unívoca dentro de la disciplina jurídica.

De otra parte, como también anota RUBIO CORREA, existe una mutua exclusión entre el principio de aplicación extensiva de los derechos humanos y el indagar sobre un posible abuso que, por su misma naturaleza, es un criterio que solo apunta a aplicaciones estrictas o restrictivas de la norma. Por todo ello, coincidimos diciendo con lo expuesto, estimamos que no es aconsejable, en países como el Perú, en los que existen continuas violaciones o restricciones o recortes a los derechos humanos desde el poder del estado, abrir la posibilidad de que su ejercicio pueda ser considerado abusivo.

Hubiera sido mejor, en consecuencia, que el abuso del derecho tuviera, como acontecía antes de la constitución de 1993, el rango de ley con la especial jerarquía y amplitud que le concede su ubicación sistemática en el T.P. del C.C.

### 3.5 CASOS DE ABUSO DEL DERECHO EN ARGENTINA Y ESPAÑA

#### 3.5.1. ARGENTINA.

En el código argentino se niega la posibilidad del ejercicio abusivo del derecho, ya que, sus articulados precisan que:

**Artículo 1071°.** Hace referencia a que, con la satisfacción de una obligación o el ejercicio de un precepto, no se puede configurar un ilícito civil, ya que, se busca el beneficio personal.

**Artículo 2513°.** El derecho de propiedad permite que el propietario disponga de sus bienes de la forma que le apetezca ya se conservándola, destruyéndola o destinándolo a lo que mejor le parezca, no constituye una ilicitud, ya que nadie ni siquiera la ley puede restringirle de un derecho fundamental.

**Artículo 2514°.** Si el ejercicio de los derechos no afecta a terceros debe respetarse la acción u omisión de los titulares, ya que, uno es amo y señor de actuar conforme deseo con las titularidades que ostente.

Además, se afirma que existía un anteproyecto que, procuraba la modificación de esta situación, a fin de que se incorpore a la categoría de ejercicio abusivo del derecho, como una medida de protección al tercero perjudicado.

Corrientes que justifican la situación de Argentina:

- Manifiesta que se busca igualar la reforma de la incorporación del ejercicio abusivo del derecho a la de ilicitud, generando una responsabilidad al titular del uso de los derechos, cuando no se toma en cuenta que la celebración de un

contrato no procura perjudicar sino satisfacer sus necesidades

- No se puede elevar el aparente ejercicio abusivo del derecho a la categoría de ilícito, ya que, en caso se excediera existe la normativa penal, para sancionar las verdaderas ilicitudes.

**Artículo 1071°.** Considera que todos los actos deben celebrarse en armonía con las buenas costumbres y el orden público.

### 3.5.2 ESPAÑA

España como medida de protección a los terceros que se vieran afectados por el ejercicio abusivo del derecho ha establecido, que estos tienen expedito su derecho para activar a los órganos jurisdiccionales a fin de que limitan las actuaciones abusivas a través de la toma de medidas que impidan el ejercicio o la persistencia de estas acciones.

Por lo que diferencia claramente a las categorías de abuso y ejercicio del derecho:

- Abuso de derecho, definiéndola como toda acción u omisión cuyo ejercicio perjudique a terceros, ilegítimamente.
- Ejercicio antisocial, el ejercicio busca causar estragos a niveles macro, con el objetivo de satisfacer necesidades, creen que se permite lesionar intereses públicos.

Para la profesora Ara Pinilla, es coherente en sostener que ambos términos encuentran su asidero en la medida que uno es consecuencia del otro, ya que el primero afecta intereses particulares, indirectamente también se perjudicaría a la comunidad, ya que, los intereses particulares responden a las necesidades de satisfacción de lo público, ya que los individuos forman parte de la comunidad.

## **SUB CAPITULO IV**

### **LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LA CONTRATACIÓN POR ADHESIÓN**

#### **4.1 CLAUSULAS DE LIMITACION DE RESPONSABILIDAD EN LOS CONTRATOS POR ADHESION**

La libertad contractual es a razón de que se les permitirá fijar o estipular el contenido de los contratos, para lo cual se ha establecido restricciones como son las de orden público y las buenas costumbres, para GONZALES la autonomía no es una cuestión que se cumpla en la contratación por adhesión al encontrarse predispuestas las clausulas sin objeto de modificación, ya que se dirigen a masas razón por la cual se ha decidido establecer con anterioridad las disposiciones a fin de agilizar las tratativas y ofrecer un servicio o producto más rápido, eliminando así las barreras de discusión en la formación del contrato.

ZUNINO, manifiesta que responsabilizar a los transportistas por la pérdida o daño de la mercadería es absurdo ya que se busca delimitar la responsabilidad.

El principio de pacta sunt servanda detallado en nuestro condigo civil el cual hace referencia a que el contrato entre las partes y debe respetarse, se cuestiona ya que, es principio no aplica para los contratos por adhesión en los cuales el aceptante no ha intervenido en la construcción de la formación de contrato, por lo cual se ha limitado a su actuación aun si o no, por lo cual necesita una protección al ser considerado la parte más débil, ya que este no ha intervenido para resguardar sus derechos.

#### **4.2 FACULTADES PARA SUSPENDER LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO POR ADHESION**

Además de colocar al sujeto en una situación de aceptación o no, las facultades que se ha atribuido, permite a que este suspenda el servicio, lo que muchas veces contraviene las disposiciones legales.

Asimismo, es por ello que el operador jurídico se ha visto en la imperiosa necesidad de limitar la actuación del redactante-contratante, al establecerle que solo podrá suspender el servicio cuando el aceptante no cumpla con sus contraprestaciones, restringiéndole su actuación a las disposiciones legales a fin de reducir su arbitrariedad, fundad en que su arbitrio de sus el único que establece las cláusulas de contratación.

### **4.3 RESCISIÓN DE UN CONTRATO**

Nuestra Constitución Civil ha establecido dos formas de resolver un contrato, ya sea por causal existente al momento de la celebración del contrato, o por causas que sobrevienen a su configuración, ambas dando la posibilidad de dejar sin efecto el acto jurídico celebrado.

LAYERLE trata de enfocar y clasificar ambos términos como genero especie, a fin de establecer las consecuencias jurídicas de aplicar una sobre la otra. ALBALADEJO, afirma que ambos van a permitir la disolución, ay muy a pesar de que rescisión se equiparable a inexistencia, por cuanto el contrato nunca existió, al existir una causal de nulidad, se dice que es un aforismo romano que debió caer en desuso.

GIORGIO y PUIG afirman que el en derecho Romano el instructor no podía dejar sin efecto un contrato por más perjudicial que resultase, sin embargo, podía volver a un estado no perjudicial las partes a fin de que resultasen afectadas por las acciones lesivas que se imponían.

PASSARELLI afirma que la diferencia radica en el origen de la causal de nulidad, la cual puede ser anterior o durante la celebración del contrato, la cual es la rescisión, mientras que la resolución es cuando pese haberse celebrado válidamente, concurrencias o circunstancias posteriores que impiden su eficacia, por lo que es necesario e imprescindible dejarse sin efecto.

#### **4.4 RESOLUCION DE UN CONTRATO**

La resolución es aquella por la cual se deja sin efecto un contrato válidamente celebrado, sin embargo, por causal de sobreviniencia es que debe dejarse sin efecto, por haberse afectado su estructura funcional.

MORELLO manifiesta que la resolución no afecta al contrato ya que, este es válido, sino que las obligaciones que ha originado no pueden cumplirse, es por ello que, existe la necesidad de dejarse sin efecto.

Las afectaciones del presupuesto de validez a opinión del código civil son causales de rescisión mas no de resolución, ya que no se cumplían con estos al momento de la celebración del contrato, sin embargo, puede ocurrir que exista un contrato que sea pasible de anulabilidad, sin embargo, resulta excesivamente oneroso su cumplimiento, que deba dejarse si afecto, por ser lesivo

#### **4.5 EFECTOS DE LA RESCISION Y DE LA RESOLUCION**

##### **a) EFECTOS DE LA RESCISION**

Como se afirma la rescisión es aquella en la cual se deja sin efecto un contrato por causal existente al momento de su celebración, la cual hace referencia o debe entenderse que el contrato no existió, pero, esta debe ser necesariamente declarado por un órgano jurisdiccional, ya que de lo contraria no tendría razón de ser, además, de que los efectos de la inexistencia se retraen al momento de la celebración, con lo cual se negaría sus existencias desde la celebración,

##### **b) LOS EFECTOS DE LA RESOLUCION**

###### **✓ EFECTO EXTINTIVO LIBERATORIO**

Si es que, no habido aun una ejecución, las obligaciones cesan de pleno derechos, sin que persistan obligaciones entre las partes ejecución.

✓ **EFFECTO RESTITUTORIO O REINTEGRATIVO**

Sin embargo, si han existido obligaciones prestadas, estas deben ser retribuidas por quien la percibió a quien lo realizó, ya que se inició el proceso de resolución del convenio

✓ **EFFECTO RESARCITORIO**

Estas acciones serán posibles cuando las causales de incumplimiento sean imputables a una de las partes.

**4.6 FACULTAD DE PROHIBIR A LA OTRA PARTE EL DERECHO DE Oponer EXCEPCIONES O DE PRORROGAR O RENOVAR TÁCITAMENTE EL CONTRATO**

No se le puede restringir a ninguna de las partes la posibilidad de oponer a excepciones ante un eventual perjuicio, por que estas se encuentran prohibidas por ley, ya que, menoscaban la libertad de contratar de los intervinientes, razón por la cual se encuentran erradicadas.

Asimismo, tampoco se pueden establecer a través de cláusulas la renovación tacita de los contratos, ya que estas por disposición normativa requieren de declaraciones expresa por parte de los involucrados, a fin de resguarda el respeto irrestricto del Ordenamiento Jurídico.

## **SUB CAPITULO V**

### **REGULACIÓN JURÍDICA Y PROTECCIÓN LEGAL**

#### **5.1. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LAS NORMAS**

Este tipo de normas se les ha restringido su aplicación a las modalidades de:

- Contratos por adhesión
- Clausulas generales de contratación no aprobadas administrativamente

Ya que su aplicación responde a una necesidad de que sea los particulares quienes deciden la forma y modo de vincularse contractualmente, ya que, ellos no buscan perjudicarse sino satisfacer sus necesidades, sin embargo, la razón por la que las clausulas generales de contratación aprobadas administrativamente no se encuentran comprendidas en este catálogo, es que, la autoridad ya las ha filtrado y han superado aquellas disposiciones que colocan en una situación desventaja a los administrados.

#### **5.2. INVALIDEZ DE LAS ESTIPULACIONES**

Si bien es cierto el código civil no ha limitado cada una de estas situaciones, se puede interpretar de algún modo las siguientes circunstancias:

- **NULIDAD:** causales que hace referencia a la falta de uno o más presupuesto de validez por la cual el contrato carecer de existencia, por ende, es invalido.
- **ANULABILIDAD:** se precisa que es aquella por la cual se constituye actos jurídicos plenamente válidos, sino que por causales que afectan su eficacia es que no pueden surtir sus efectos.

Además de que no pueden acceder a una validez y eficacia, aquellos contratos por los cuales se transgreden lineamiento jurídico-fundamentales,

por lo que es necesaria la intervención de los operadores jurídicos a fin de frenar los contextos de ejercicio abusivo del derecho.

### **5.3. PROTECCIÓN ADMINISTRATIVA.**

Son aquellas entidades públicas o particulares que han sido creadas para reducir las cláusulas vejatorias en las modalidades de adhesión o cláusulas generales de contratación, a fin de salvaguardar los derechos de los usuarios, a través de entidades públicas, o que las mismas empresas que brindan el servicio, han creído necesario establecer, a fin de equilibrar las situaciones de riesgo de los clientes.

Existen entidades que revisaran las cláusulas generales de contratación, las cuales serán revisadas para ser aprobadas o eliminadas en la medida que no afecten derechos de los particulares, a fin de proteger derechos fundamentales, las cuales adquieren las características de inmodificables, una vez hayan sido aprobadas.

### **5.4. PROTECCIÓN LEGAL Y JUDICIAL**

El juez tiene la facultad de declarar la nulidad total o parcial de los contratos por adhesión o las cláusulas generales de contratación, cuando se acredite que estas han sido establecidas en favor del redactante y en perjuicio de los usuarios, ya sea limitando la actuación del aceptante o exonerándole a este de obligaciones primordiales para la satisfacción de las necesidades del usuario, por cuanto su solo establecimiento es nulo de pleno derecho, ya que, se han realizado abusando de su calidad de estipulador y en perjuicio de los aceptantes.

Asimismo, se ha establecido que en caso de ambigüedad de alguna de las cláusulas debe el juez primar aquella interpretación que favorezca al usuario; es necesario que se favorezca, por cuanto este no ha intervenido en la redacción de las cláusulas de adhesión o generales de contratación.

## SUB CAPITULO VI

### LA REALIDAD NACIONAL E INTERNACIONAL DE LOS CONTRATOS DE ADHESION (EL EMPRESARIO Y EL CONSUMIDOR)

#### 6.1 LA LIBERTAD CONTRACTUAL PARA:

- A. EMPRESARIO: crea que la contratación en masa que brinda por el servicio que presta, le faculta para imponer de manera unilateral las disposiciones y a la vez decidan con quien celebrarlo; siempre teniendo en cuenta que debe realizarse a través de contratos fijos, ya que, de lo contrario le sería demasiado oneroso y poco rentable.
- B. CONSUMIDOR: se dice que, este debe elegir entre la arista de posibilidades que el ofrece el mejor, y contratar con aquel que satisfaga sus perspectivas, y de una u otra forma le garantice el servicio que contrata.

Como se observa la asimetría es latente en este tipo de agentes, ya que, no existe la concertación de voluntades para fijar las estipulaciones estatutarias, sino que se deja a la voluntad de una sola de las partes tal labor, debido a que es el empresario quien es un profesional y al tener más conocimiento sobre el servicio que brinda es que se justifica la intervención del Estado a fin de equilibrar las desigualdades, es decir la asimetría informativa.

Al consumidor se le deja solo la posibilidad de suscribir un contrato, pese que a este no ha intervenido y por el poco conocimiento que ostenta, y sin tener la posibilidad de negociar es que se somete a las condiciones estipuladas, muchas veces sin leer lo que firma, por cuanto al no poder discutir sobre estas cláusulas solo se adhiere.

En efecto el consumidor es el que menos conocimiento tiene sobre lo contratan encontrándose en una situación de clara desventaja, al encontrarse privado de todo conocimiento técnico y profesional.

## **CAPITULO III**

# **DISCUSIÓN DE RESULTADOS**

## **HIPOTESIS**

No se encuentra debidamente garantizada la libertad contractual debido a que se excluye la posibilidad de negociar del adherente contra la estipulación de cláusulas abusivas en la contratación por adhesión en el ordenamiento civil peruano.

## **DISCUSIÓN DE RESULTADOS**

La libertad es el prisma y base para el ejercicio efectivo de otros derechos y lo encontramos en nuestra Constitución; la libertad de decidir nace de la voluntad de cada persona, es por ello que cada persona decide que actos realizar, por lo tanto al momento de hablar de contratos, tendríamos que hablar sobre la libertad de contratar, que no es más que la libertad de cada persona para celebrar o no contratos, y también tendríamos que hablar de la libertad contractual, la cual está referida a establecer el contenido del tratado; Por lo tanto en los contratos por adhesión solamente una persona establece todas las cláusulas y la otra parte solo se adhiere, entonces no se encuentra debidamente garantizada la libertad contractual debido a que se excluye la posibilidad de negociar del adherente.

La persona que se adhiere tendría que aceptar todas las cláusulas estipuladas en el contrato, pudiendo darse con la sorpresa de que a su vez acepto algunas cláusulas abusivas; por lo tanto, como no existe negociación lo único que le queda es la libertad de voluntad es decir adherirse o no a dicho contrato por adhesión.

En los contratos por adhesión se le priva de ejercer su derecho de libertad contractual a una de las partes puesto que esta solamente tiene que aceptar las cláusulas estipuladas, entonces estaríamos dentro de un ejercicio abusivo del derecho al no permitirle incorporar cláusulas nuevas o eliminar algunas cláusulas, por lo tanto no se garantiza la libertad contractual; en consecuencia y como lo establece tanto en el Código Civil como en la norma suprema nuestra normatividad vigente no justifica el ejercicio abusivo del derecho desde ningún ángulo..

Podría delimitarse como cláusulas abusivas direccionadas a limitar la actuación del aceptante, o incluso aquellas que le otorguen ventajas al empresario, ya que el derecho de defensa otorgado por la ley es el de proponer excepciones, por lo que la persona que realizó las cláusulas del contrato por adhesión no puede poner su “poderío” para que se le elimine ese derecho fundamental que es el de formular excepciones o de prorrogar o renovar el contrato por adhesión.

Una salida a este conflicto que se genera por la existencia de cláusulas abusivas sería la adecuación de las mismas, pero como bien sabemos eso nunca se va a dar por lo tanto no se encuentra debidamente garantizada la libertad contractual.

### **NIVELES DE CONTRASTE**

#### **JURISPRUDENCIA QUE GARANTIZA LA LIBERTAD CONTRACTUAL:**

La libertad de todo ser humano para contratar es la que permite la celebración de contratos a diestra y siniestra, por cuanto son las partes las quienes deben fijar las reglas a someterse, debido a que, las obligaciones que contraen dependen de la autonomía; es decir, que la dificultad o facilidad del cumplimiento dependerá en la medida en que estos lo hayan dispuesto.

#### **DERECHO COMPARADO – ITALIA**

Se dice que la libertad de contratar para CONSUMIDOR: se funda en que este debe elegir entre la arista de posibilidades que el ofrece el mejor, y contratar con aquel que satisfaga sus perspectivas, y de una u otra forma le garantice el servicio que contrata.

Como se observa la asimetría es latente en este tipo de agentes, ya que, no existe la concertación de voluntades para fijar las estipulaciones estatutarias, sino que se deja a la voluntad de una sola de las partes tal labor, debido a que es el empresario quien es un profesional y al tener más conocimiento sobre el servicio que brinda es que se justifica la intervención del Estado a fin de equilibrar las desigualdades, es decir la asimetría informativa”

Aquí podemos ver que existe una libertad de voluntad para elegir con que oferta se queda es decir que contrato por adhesión le conviene más pero no una libertad contractual puesto que ambas partes no deciden sobre las cláusulas sino más bien una sola parte estipula todo.

Ahora vemos una vez más que la libertad contractual no está debidamente garantizada.

### DOCTRINA

VALLESPINOS, 1984, afirma que, los contratos por adhesión son aquellos en los cuales no se toma en cuenta la voluntad de uno de los contratantes, por lo que es necesaria reconstruir este puente, a fin de restablecer los lazos de la independencia de voluntades, y subsanar el vicio que el Estado de alguna u otra forma está convalidando.

# **CAPITULO IV**

## **CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES**

## CONCLUSIONES

1. Se llega a la conclusión de que no se encuentra debidamente garantizada la libertad contractual del adherente contra la estipulación de cláusulas abusivas en la contratación por adhesión en el ordenamiento civil peruano; ya que en los contratos por adhesión se priva a una de las partes de ejercer su derecho de libertad contractual, ya que esta tiene que aceptar todas las cláusulas hechas por la otra parte, por lo cual se vería reflejado un ejercicio abusivo del derecho ya que no le va a permitir incorporar o eliminar algunas cláusulas.
2. La regulación Jurídica vigente garantiza la libertad contractual de la independencia de voluntades, en base a lo prescrito por nuestra Carta Magna, en su catálogo de derechos fundamentales.
3. Cláusulas que se determinan como abusivas serian aquellas que exoneran o limitan una responsabilidad derivada de una relación obligacional.
4. En Italia la libertad contractual no se garantiza frente a los contratos por adhesión, ya que las cláusulas estipuladas en dichos contratos son solo creadas por una de las partes, si bien es cierto una de las partes decide con quien contratar, la asimetría de la información sigue colocando en una situación de desventaja a los usuarios.

## **RECOMENDACIONES**

1. Elaborar un proyecto de Ley, que sea de exclusiva regulación para los CONTRATOS POR ADHESION, sobre las cláusulas estipuladas en dichos contratos, para que en su momento no excedan de abusivas para una de las partes, así mismo puedan estar mayores informados sobre todas las cláusulas estipuladas en el contrato por adhesión.
2. Realizar estudios más a fondo sobre Libertad Contractual y su relación con los Contratos.
3. Establecer en el Código Civil, todo un capítulo especial para los contratos por adhesión; dentro del cual establezca su regulación jurídica, objeto, forma, características, alcances, cláusulas, vigencia de dichos contratos.

**CAPITULO V**

**REFERENCIAS**

**BIBLIOGRÁFICAS Y ANEXOS**

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS Y ANEXOS

1. MEDICUS, Dieter. "Tratado de las relaciones Obligatorias". Vol. I Bosch. Barcelona 1995.
2. FLUME, Werner "El negocio jurídico. Parte General Derecho Civil" T. II. Fundación Cultural del Notariado Madrid, 1998.
3. REZZONICO, Juan C. "Principios fundamentales de los contratos". Astrea Buenos Aires, 1999.
4. ALTERINI, Atilio Anibal "La autonomía de la voluntad en el contrato moderno". Abeledo – Perrot. Buenos Aires 1989.
5. GARCIA AMIGO, Manuel "Teoría general de las obligaciones y contratos. Lecciones de Derecho Civil II McGraw-Hill Madrid, 1995.
6. MARTIN BERNAL, José J. "El abuso del derecho".
7. WARAT, Luis A., Abuso del derecho y lagunas de la ley.
8. Zunino, Jorge Osvaldo. La responsabilidad por daños a personas y cosas en el contrato de transporte aéreo, marítimo y terrestre. Buenos Aires: Meru, 1979.
9. Eyzaguirre Echevarría, Rafael. Contrato de transporte y nociones de derecho marítimo y aéreo. Santiago: Jurídica de Chile, 1980.
10. VEGA MERE, Derecho Privado, Tomo I, Grijley, Lima, 1996.
11. GIAMPIERI, L'attuazione della direttiva sulle clausole abusive negli Stati dell'Unione europea, en Le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori. L'attuazione della direttiva comunitaria del 5 aprile 1993, a cura de BIANCA y ALPA, CEDAM, Padua, 1996.
12. ARIAS – SCHEREIBER PEZET, Max. *Exégesis del Código Civil peruano de 1984, Contratos, Parte General, Contratos Nominados, Tomo I*, Gaceta Jurídica, Edición 2006, Lima – Perú, Pág. 119 y 120

13. BELTRÁN PACHECO, Jorge. *Código Civil Comentado*, tomo VII, Gaceta Jurídica S.A., Primera edición, noviembre 2004, Lima – Perú, Pág. 315 - 316
14. CARRANZA ALVAREZ, César. “*La justicia contractual en el contrato de hoy*”, Revista de la Corte Superior de Justicia de La Libertad Vox Iudex, año I N° 01, Trujillo - Perú 2008, Pag. 11-23
15. MURO ROJO, Manuel y HUANCO PISCONDE, Henry. “*Código Civil Comentado*”. Tomo VII, Gaceta Jurídica, 2° edición, Lima – Perú, Pág. 278 – 288.
16. REVOREDO, Delia, “*Código Civil. Exposición de Motivos y Comentarios. Contratos en general*”, Okura Editores S.A., Edición 1985, Lima – Perú. Pág. 52 – 58,

# **ANEXO**

**PROYECTO DE LEY SOBRE MODIFICACION DEL LIBRO VII, SECCION SEGUNDA DEL CODIGO CIVIL, PARA ARREGAR UN TITULO MAS EN DICHA SECCION EN RELACION A LAS CLAUSULAS ABUSIVAS DEL CONTRATO POR ADHESION.**

**EXPOSICION DE MOTIVOS**

Es importante destacar que la libre contratación entendida como toda libertad que se le confiere a todo ser humano para contratar es la que permite la celebración de contratos a diestra y siniestra, por cuanto son las partes las quienes deben fijar las reglas a someterse, debido a que, las obligaciones que contraen dependen de la autonomía; es decir, que la dificultad o facilidad del cumplimiento dependerá en la medida en que estos lo hayan dispuesto.

MEDICUS afirma que el despliegue del desarrollo de la voluntad la fija cada persona, actuando conforme lo considere necesario para la satisfacción de necesidades, por lo cual no cabe la posibilidad de que sea un tercero o una sola parte la que decida las condiciones un contrato y menos si este es bilateral.

La relatividad de los derechos de libre disponibilidad son los que permiten que el individuo decida libremente sobre ellos, ya que, buscara satisfacer sus necesidades a través de la reciprocidad de obligaciones.

Pasando a lo que es el contrato por adhesión, podemos decir que es aquel por el cual solo una parte es la que establece las cláusulas del contrato, sin la necesidad de que el futuro aceptante intervenga, por lo tanto, ya no existiría un acuerdo de voluntades, puesto que se estaría aceptando las cláusulas estipuladas por una sola de las partes, y podría verse que algunas cláusulas resultasen abusivas para la otra parte.

El equilibrio de voluntades se quiebra en los contratos por adhesión, es el proveedor-empresario, quien decida las estipulaciones del contrato, justificando la necesidad de estas medidas a razón de que resultaría oneroso crear un contrato para cada persona con la cual se vincule.

Con la redacción de este tipo de contratos solo se otorga la posibilidad de que el usuario acepte o rechace la suscripción del contrato, por cuanto las cláusulas tiene las características de ser no negociables.

Por lo antes expuesto es que vengo a solicitar la aprobación del presente proyecto:

## I. LEGAL

El artículo 1354 del Código Civil, prescribe que “las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo”..

La independencia de las voluntades no es el todo absoluta, ya que esta se ha restringido solo a celebrar contratos y a determinarlos en la medida que de las normas que provenga tengan la calidad de dispositivas, por cuanto las imperativas son de obligatorio cumplimiento.

## II. VACIO LEGAL

Aquellas circunstancias en las cuales el derecho ha guardado silencio, omitiendo expresar de una manera concisa su regulación con ello se obliga a quienes aplican dicha ley suplir el vacío legal a través de distintas herramientas.

**Derecho supletorio:** El operador jurídico, se ve en la necesidad de recurrir a otra norma sustantiva a fin de dilucidar la incertidumbre jurídica al que se enfrenta, la cual debe coincidir en los elementos típicos a ser aplicados.

**Interpretación Extensiva:** el Ad quo debe procurar desentrañar la finalidad de un precepto legal que, pueda considerar semejante, a fin de obtener una variedad de opciones, y entre todas las obtenidas optar por aquella que favorezca a la parte más débil del contrato.

**Analogía:** se aplicara en situaciones de coincidencia con otras ya resueltas.

Aplicar el derecho consuetudinario, principios del derecho civil y generales derecho.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**ARTICULO 1°.-** Agréguese al Libro VII, Sección Segunda, el **TITULO XIV** **“CLAUSULAS ESPECIALES DEL CONTRATO POR ADHESION”**, El cual quedara redactado de la siguiente manera: Clausulas permitidas y clausulas nulas: Puede integrar el Contrato Por Adhesión cualquier clausula Lícita, con excepción de la siguiente, que deviene en nulas: 1) cláusulas que favorezcan, solamente a una de las partes. 2) cláusulas que obliguen a una de las partes a realizar actos contrarios al orden público.