

# quaestio iuris

La inadecuada regulación  
normativa de las cláusulas  
abusivas en el Perú



# La inadecuada regulación normativa de las cláusulas abusivas en el Perú

## The inadequate regulatory regulation of abusive clauses in Peru

ROQUE JULCA, Andy<sup>1</sup>

Recibido el 3.6.2024

Evaluado el 10.7.2024

Publicado el 26.8.2024

### Sumario

I. Introducción II. Las cláusulas abusivas en oposición al derecho fundamental a la libertad de contratar III. La necesidad de inaplicar los artículos 50, 51 y 52 del Código de Protección y Defensa del Consumidor por regular figuras jurídicas en blanco IV. Reflexión Final V. Conclusiones VI. Lista de Referencias

### Resumen

La persona humana, entre otros atributos regulados por la ley civil, es también, naturalmente, consumidor, por tanto, es deber del Estado y de la sociedad, tutelar sus derechos en la esfera consumidora de la persona. En el presente artículo se plantea el panorama descriptivo actual de la doble regulación normativa de las cláusulas abusivas en el Código peruano de Protección y Defensa del Consumidor y en el Código Civil peruano, el cual afronta diversos problemas jurídicos como la afectación del principio y derecho fundamental a la libertad de contratar reconocido en la Constitución Política vigente de la República del Perú, así como la creación de figuras jurídicas en blanco como la ineficacia absoluta y relativa, la inaplicación y, la inexigibilidad.

### Palabras Clave

Cláusulas abusivas, libertad de contratar, ineficacia, invalidez, Código de Protección y Defensa del Consumidor, Código Civil.

### Abstrac

The human person, among other attributes regulated by civil law, is also, naturally, a consumer, therefore, it is the duty of the State and society to protect their rights in the consumer sphere of the person. This article presents the current descriptive panorama

---

<sup>1</sup>Abogado, Maestro en Derecho Civil y Comercial, Maestro en Derecho de la Empresa, Docente de Pregrado en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca. Cajamarca – Perú. E-mail: anndy2995@gmail.com. ORCID 0000-0003-1114-968X.



of the double regulatory regulation of abusive clauses in the Peruvian Code of Consumer Protection and Defense and in the Peruvian Civil Code, which faces various legal problems such as the impact of the principle and fundamental right to the freedom to contract recognized in the current Political Constitution of the Republic of Peru, as well as the creation of blank legal figures such as absolute and relative ineffectiveness, non-application and unenforceability.

### **Key words**

Abusive clauses, freedom to contract, ineffectiveness, invalidity, Consumer Protection and Defense Code, Civil Code.

### **I. Introducción**

Las normas del Derecho del consumidor, han pasado por una travesía no tan estable por el ímpetu del legislador, en la actualidad contamos con una tutela mixta de los derechos del consumidor, tanto en el Código Civil como el Código de Protección y Defensa del consumidor. La razón justificante del presente artículo, radica en la relación persona humana – consumidor, o, sujeto de derecho – consumidor, ya que, con la evolución antropológica, la característica natural del hombre es más notoria, es decir, que la persona es un “consumidor” de los recursos naturales extraídos, transformados y producidos.

Así, entonces, la persona humana como consumidor, importa un mínimo de interés tuitivo por parte del legislador, por tanto, cualquier inadecuada regulación jurídica, implicaría un estado de riesgo para el propósito del sistema jurídico, la garantía de derechos fundamentales. Los artículos 49, 50, 51 y 52 del Código de Protección y Defensa de Consumidor, contienen la regulación de las cláusulas abusivas en los contratos de consumo con prestaciones recíprocas (por adhesión o no aprobados administrativamente), sin embargo, éstos contienen figuras jurídicas sin contenido normativo, como la inexigibilidad, la ineficacia absoluta y relativa y, la inaplicación. Además, dicha regulación normativa le atribuye a la autoridad administrativa la potestad de imponer sobre las cláusulas abusivas las figuras jurídicas en blanco, sin reparar en el alcance del derecho fundamental a la libertad de contratación, que impide que los conflictos que surgen de la relación contractual, sean dirimidos por un ente diferente a un juez o un árbitro.

El declive normativo, objeto del presente artículo, consta de dos picos, la regulación de figuras jurídicas en blanco y, la afectación al derecho fundamental a la libertad de contratar, los que serán abordados durante el desarrollo del presente artículo.



## II. Las cláusulas abusivas en oposición al derecho fundamental a la libertad de contratar

Señala Vinatea Medina (2013) que, ha sido de importancia histórica la expresión o manifestación de Jhon Kennedy, quien fue presidente de los Estados Unidos, discurso del suscitado el 15 de marzo de 1962. En esta perorata discursiva, enfatizó la importancia de los consumidores para avance o crecimiento económico, y de qué forma los consumidores han sido menoscabados por la mayor parte de los actores económicos, públicos y privados, razón que obliga al Estado a comprometerse con la garantía y protección de estos intereses difusos, ya que, todos son consumidores. Así, en diversos países la persona ganó otro atributo además del nombre, domicilio, capacidad y patrimonio, siendo éste nuevo atributo el consumo o la condición de consumidor. El ser humano puede contar con la dignidad, pero también es consumidor, puede ser el único sujeto de derecho, pero además es consumidor; ser consumidores, es parte de la esencia de las personas, por tanto, las relaciones de consumo deben ser adecuadamente reguladas, respetando los intereses del consumidor.

Para ser sintéticos, la razón, al parecer la única, por la que los poderes públicos y privados, el pueblo, el gobierno y el ordenamiento jurídico deben sujeción irrestricta hacia la Constitución es por el cambio de paradigma del Estado de Derecho al Estado Constitucional de Derecho, paradigma nuevo, que determina tal sujeción. El Estado Constitucional de Derecho, es una de las bases de la corriente iusfilosófica originada luego de la segunda guerra mundial, cuando los Estados giraron su mirada hacia la cesión de derechos fundamentales a la persona sea cual fuera su situación o condición; el postpositivismo.

Señala en ese sentido, es de tenerse en cuenta el traspaso del modelo del imperio de las leyes, al otro modelo del imperio de la constitución, vale señalar, del modelo de la corriente del positivismo o legalista, al modelo de la corriente postpositivista o constitucional, ya que, en ese paso, surgen importantes modificaciones en los modos de concebir el derecho en el ámbito de su aplicación mediante normas jurídicas. (Aguiló Regla, 2007).

Así, la aplicación de las normas debe orientarse no sólo al respeto, sino a la plena garantía del ejercicio de los derechos fundamentales<sup>2</sup> por sus verdaderos titulares, los seres humanos. Por ello, no debe existir norma alguna de rango legal o infralegal que se contraponga a la Constitución, pues, de ser así, nuestro sistema jurídico cuenta con dos órganos de Control



Constitucional, uno con facultades supremas concentradas en un colegiado con poderes nacidos de la misma Constitución, el Tribunal Constitucional, otro, con facultades difusas, el Poder Judicial, a través de sus magistrados de la diferentes instancias.

En lo que concierne a la libertad de contratar, es un derecho fundamental consagrado en el artículo 62 de la Constitución Política, para entenderlo mejor y encontrar una interpretación correcta del artículo, se cita a la letra:

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

En ese sentido, es necesario determinar, cuál sería el contenido esencial<sup>3</sup> del derecho fundamental a la libertad de contratar. Como señala Castillo Córdova (2002), en la búsqueda o identificación del cuál sea el contenido constitucional o esencial de un determinado derecho fundamental, no sólo debe verificar una relación de facultades a ser realizadas por el titular del derecho, además, se deberá tener en cuenta el deber que tiene el Estado para accionar o no, en pro de la plena vigencia de dichas facultades parte del derecho fundamental.

La dimensión subjetiva de la libertad de contratar podemos

<sup>2</sup>La garantía y real disfrute de los derechos humanos de los individuos parte de la sociedad, es el fin último del Estado actual, incluye por tanto, derechos de libertad referidos a los derechos a la subsistencia y a la supervivencia, los mismos que deben ir de la mano de un desarrollo económico y social equitativo y equilibrado, dichos fines y derechos, deben establecerse necesariamente en la Constitución, entendiéndola como la norma fundamental que alumbró a todo el ordenamiento jurídico, esta situación de relación y condicionamiento es posible en un Estado Constitucional de Derecho.

<sup>3</sup>Gran parte de la doctrina concuerda o por lo menos ha aceptado que los derechos fundamentales en su totalidad, detentan una doble acepción en cuanto se refiere al contenido que los caracteriza, denominado convencionalmente "contenido esencial o constitucionalmente protegido"; de un extremo tenemos al aspecto subjetivo del derecho, en el que se alojan las acciones a las el titular del derecho está facultado, las que exigen la limitación o delimitación del poder del Estado; del otro extremo, tenemos al aspecto objetivo o abstracto que aloja el deber del Estado para las acciones a favor del titular del derecho con la finalidad de asegurar el ejercicio eficaz del derecho y, asimismo, garantiza el orden equilibrado de los derechos fundamentales en tiempo real. Esto supone, entonces, que cuando se trata del reconocimiento de un derecho fundamental, se deben tener en cuenta que los derechos fundamentales cuentan con éstas dos facciones en su naturaleza, y, su respeto y garantía debe obedecer no sólo al aspecto subjetivo de las facultades del titular, sino, también, al aspecto objetivo, para que el Estado avale y cobertura del ejercicio integral o pleno efectuado por el titular del derecho. También debe tenerse en cuenta que cualquier injerencia del Estado mediante su intervención, no son aquellas que se dan de manera deliberada o arbitraria sino sólo aquellas acciones necesarias, que garanticen el pleno respeto y eficacia del derecho o derechos fundamentales. Entonces, así tenemos, que, dos figuras ocupacionales, la abstención estatal y la exigencia estatal, ambas para favorecer y garantizar el pleno ejercicio de las facultades que el titular del derecho deba realizar. (Castillo Córdova, 2002)



identificarla en el primer párrafo del artículo 62: “La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase”. Esta garantía que las partes adquieren por el reconocimiento constitucional, para ejercer su autonomía privada y pactar sus convenios o cláusulas contractuales, viene a conformar la parte subjetiva del núcleo esencial de este derecho fundamental.

En cuanto a la dimensión objetiva de la libertad de contratar, la hallamos en las siguientes proposiciones del artículo 62: “Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley.” Esta disposición, es parte sólida de la dimensión objetiva del contenido o núcleo esencial de la libertad de contratar, por ello, el Estado debe garantizarle a las partes que sus conflictos surgidos del contrato, no podrán ser dirimidos más que por un Juez o un Árbitro, en ese sentido, cualquier disposición legal o infralegal que afecte o quebrante esta garantía, estará vulnerando directamente el derecho fundamental, pues, todo derecho debe ser ejercido plenamente, tanto en su dimensión subjetiva como objetiva, no ejercerlo así supone una clara vulneración al derecho.

En cuanto a la norma especial vigente que regula las relaciones de consumo, es decir el Código de Protección y Defensa del Consumidor, dictamina en su artículo:

52.1 Las cláusulas abusivas ineficaces a que se refiere el presente Código son inaplicadas por la autoridad administrativa.

52.2 El ejercicio de esta facultad por la autoridad administrativa se hace efectivo sin perjuicio de las decisiones que sobre el particular pueden ser adoptadas en el ámbito jurisdiccional o arbitral, según fuese el caso.

Como se contempla en la norma especial de Derecho del Consumidor, el legislador ha creído conveniente empoderar a las instituciones con autoridad administrativa como el INDECOPI, la SUNASS, OSIPTEL, entre otros, para inaplicar cláusulas generales de contratación en una relación de consumo. Referente a esta potestad, en primer lugar, se debe entender que la acción de inaplicar, implica un análisis previo, y el análisis previo, a la vez, implica un conflicto de intereses dentro de una esfera o régimen contractual. En segundo, lugar se debe tener en cuenta que, la inaplicación es consecuencia



de haber llegado a la conclusión de que determinada cláusula resulta abusiva para alguna de las partes.

En ese sentido, existen dos acciones que resultan de la resolución de conflictos contractuales, uno, la determinación del nivel de abusiva de una cláusula y, dos, la inaplicación de ésta. Sin embargo, la acción de resolver o dirimir dichos conflictos de intereses en la esfera contractual, le corresponden por mandato, no legal, sino constitucional, a Juez o a un Árbitro, ya sea en vía judicial o arbitral. Es evidente, y, tal vez un poco descarada la contraposición del inciso 52.2 del Código de Protección y Defensa del Consumidor al artículo 62 de la Constitución.

Para explicar mejor la inminente antinomia<sup>4</sup> normativa vislumbrada en el presente análisis, se cita a Ferrajoli<sup>5</sup> (2009), el maestro italiano, enseña de que la contraposición entre una norma legal y la Constitución representa un vicio no en la aplicación de la norma por parte del Juez, sino que, obedece a una violación del legislador en la producción de la norma.

Encontrándonos frente a este panorama, nos queda analizar cómo afectaría la aplicación del inciso 52.2 del Código de Protección y Defensa del Consumidor a los derechos fundamentales a la tutela jurisdiccional y al debido proceso.

Siendo es importante recordar cómo desarrolla el Tribunal Constitucional a estos dos derechos:

El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, [...]. Como tal, constituye un derecho, por decirlo de algún modo, “genérico” que se descompone en un conjunto de derechos específicos (...), entre otros, el derecho de

<sup>4</sup>Una antinomia, es una situación en la cual el mismo caso está regulado por disposiciones diversas e incompatibles entre sí. La incompatibilidad entre las reglas antinómicas consiste precisamente en el hecho de que no se puede cumplir una sin violar otra. (Barberis, 2015, p. 176).

<sup>5</sup>El profesor Moreso sostiene que, estas tres posturas serían igualmente regulativas para los magistrados y también se consideran congruentemente constitutivos para el legislador. Tenemos, primero, señala el profesor, que las tres pautas son normativas, por tanto, perfectamente susceptible de ser aplicadas por los magistrados judiciales, y por ello, de igual modo susceptibles de ser vulnerados por éstos. En ese sentido, cuando un magistrado judicial en el ámbito de sus facultades aplica una norma general en vez de la norma especial, lo que hace, es vulnerar o violar el criterio de especialidad, en el mismo sentido, cuando aplica una norma inferior frente a un superior vulnera la pauta de jerarquía. Lo que pasa en el último caso es un error o vicio que no sólo corresponde la aplicación de las normas, sino que concierne a las mismas normas. Cuando señala que la forma de antinomia que se configura en la aplicación de una norma inferior en vez de una superior, no es un vicio que se puede identificar en el caso de la aplicación de una norma anterior en vez de una posterior o en vez de una especial una norma general; este problema se encuentra precisamente dentro de la norma aplicada, en cuanto a su producción o no en su aplicación, entonces es una violación cometida no por el magistrado sino por el legislador. En ese sentido, a diferencia de los casos en que se aplica una norma anterior o de la norma general, la norma inferior ya se encuentra defectuosa o viciada, y se deberá entender que la violación la genera la norma inferior afectando de por sí a la norma superior. (Ferrajoli, Moreso, & Atienza, 2009, p. 213)



acceso a la justicia y el debido proceso, siendo que jurisprudencialmente se han desarrollado en cada caso particular derechos relacionados en forma directa a estos, como los derechos al juez natural, la ejecución de las resoluciones judiciales, la independencia judicial, entre otras. (STC N° 00005-2006-AI, f. j. 24).

La tutela jurisdiccional lleva inherente la efectividad del acceso a la justicia no sólo como valor estático, sino también como derecho, ello implica interponer peticiones, recurso o demanda ante la autoridad que la ley ha establecido para dirimir el conflicto de intereses o para aclarar las incertidumbres jurídicas, y, este derecho de petición o demanda, no es más que el derecho al juez natural, derecho integrante o nutriente del debido proceso.

En caso de los conflictos surgidos de la relación contractual, como ya se ha señalado ampliamente en los párrafos precedentes, sólo podrán ser resueltos o dirimidos en vía judicial o arbitral, lo que implica, que, el inciso 52.2 del Código de Protección y Defensa del Consumidor, al aplicarse, no sólo afecta la libertad de contratar en su dimensión objetiva, sino, que también, afecta directamente a la tutela jurisdiccional y al debido proceso, al primero en el derecho al acceso a la justicia y, al segundo en cuanto se refiere al derecho al juez natural.

### **III. La necesidad de inaplicar los artículos 50, 51 y 52 del Código de Protección y Defensa del Consumidor por regular figuras jurídicas en blanco**

En el Perú, la regulación de las cláusulas abusivas se encuentra distribuida de manera mixta, tanto en el Código Civil, como el Código de Protección y Defensa del Consumidor, ello, debido a una inadecuada técnica legislativa. La regulación inadecuada que por años se les dio a las cláusulas abusivas dentro de las normas de Derecho del consumidor, no ha podido adaptarse al sistema jurídico peruano, pues, acogiéndose a figuras jurídicas inexistentes, la ineficacia de dicha regulación era cuestión de tiempo. A continuación, se describirán las regulaciones jurídicas anteriores al Código de Protección y Defensa del Consumidor en lo que respecta a la regulación de cláusulas abusivas, específicamente, en el establecimiento de causas que permitan identificar cuándo una cláusula ostenta abusividad.

Por ejemplo, con la vigencia del Texto Único Ordenado del Código de Protección al Consumidor, el Decreto Legislativo 716, eran normas aplicables para la determinación y sanción de las cláusulas abusivas, las disposiciones contenidas en los literales de la Sexta Disposición Final Complementaria<sup>6</sup>, en la que se establecía como sanción a las cláusulas abusivas:





“Se tendrán por no pactadas las cláusulas, condiciones y estipulaciones que infrinjan el presente artículo”. Claramente, se contempla una figura jurídica no regulada en nuestro sistema jurídico, ese refiere a la “inexistencia”.

En cuanto a su definición, el derogado Código de Protección y Defensa del Consumidor no establecía una definición de cláusulas abusivas, es por la Superintendencia de Banca y Seguros, en la Resolución SBS N° 1765-2005, que se define a las cláusulas abusivas y, se tipifica seis casos de cláusula abusiva en materia de tasas de interés, comisiones y gastos.

Luego de fracaso del anterior Código del Consumidor, se vendría la Ley N° 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, en el que se opta por la ineficacia, figura jurídica regulada en nuestro ordenamiento jurídico. Sin embargo, esta ley introduce dos variantes de la ineficacia, en grado absoluto y relativo, figuras jurídicas no reguladas en el Perú, no por el Código Civil, y no regulada en ningún ordenamiento jurídico de la región sudamericana ni europea; en ese sentido, qué se podría esperar de la aplicación del aludido Código.

Antes de responder esta interrogante, debo precisar, pues, que, la Directiva 93/13/CEE DEL CONSEJO DE LA COMUNIDADES EUROPEAS de 5 de abril de 1993, es copia de la Ley Alemana; sin embargo, es un dato obsesivamente interesante que, la sexta disposición final complementaria del TUO del derogado Código de Protección al Consumidor, a pesar de haber recibido influencia directa de la mencionada Directiva, no haya acogido como sanción a tales cláusulas a la ineficacia, como bien lo hace la Ley alemana y la misma Directiva, y, haya preferido la inexistencia.

---

6Sexta.- Reglas Generales sobre contratos de consumo.-

En los contratos entre consumidores y proveedores:

- a. No podrán incluirse cláusulas que impongan obstáculos onerosos o desproporcionados para el ejercicio de los derechos reconocidos al consumidor en los contratos.
- b. Si los consumidores tienen derecho a desvincularse de determinado contrato, este derecho se ejercerá utilizando la misma forma, lugar y medios a través de los cuales dicho contrato fue celebrado.
- c. En caso de formularios contractuales, los caracteres de éstos deberán ser adecuadamente legibles para los consumidores, no debiendo ser de tamaño menor a tres (3) milímetros. La redacción y términos utilizados deben facilitar su comprensión por los consumidores.
- d. En las cláusulas generales de contratación y en los contratos por adhesión, se tendrán por no puestas las cláusulas que, entre otros, tengan por objeto:
  - i) Permitir al proveedor modificar unilateralmente las condiciones y términos del contrato en perjuicio del consumidor o sustraerse unilateralmente de sus obligaciones, sin contar con el consentimiento explícito e informado del consumidor.
  - ii) Establecer la prórroga del contrato sin contar con el consentimiento explícito e informado del consumidor.

Para la evaluación de las cláusulas antes señaladas, se tendrá en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato, las circunstancias que concurren en el momento de su celebración y la información que el proveedor ha suministrado al consumidor.

Se tendrán por no pactadas las cláusulas, condiciones y estipulaciones que infrinjan el presente artículo.



Asimismo, en aras de no causarle confusión al lector, debo precisar, de modo, muy concreto que, el Código francés e italiano, también acogen a la ineficacia como sanción a las cláusulas abusivas. En la región, sólo existe un país que también acogió a la inexistencia como consecuencia de haberse incluido una cláusula abusiva al contrato.

Ahora sí, para dar respuesta a la interrogante: qué se espera de la regulación de las cláusulas abusivas por el Código de Protección y Defensa del Consumidor. En cuanto a sus efectos, los únicos claramente visibles son: i) la fracturación a la seguridad jurídica como principio fundamental del Estado, y, ii) la inaplicación de los artículos que contemplan a la ineficacia absoluta y relativa como sanción a las cláusulas abusivas, es decir, los artículos 50, 51, y 52.

Respecto del primer punto, el profesor Sagües P. (1996), entiende por seguridad jurídica a la capacidad que se tiene para presagiar situaciones jurídicas con la finalidad de estabilizarlas, controlarlas y, en algunas circunstancias, neutralizarlas, para prevenir posibles situaciones riesgosas que puedan afectar al ordenamiento jurídico. El autor precitado nos refiere que, si se entiende de tal modo a la seguridad jurídica, esta no se limita con el deber de presagiar hechos, tomar las riendas de los riesgos o, de procurar el equilibrio en la conducta de las personas. Esta también necesita que el instrumento de predicción, el control de los riesgos o peligros y la organización estable de las relaciones del ser humano, ofrezca a largo plazo, una consecuencia adecuada, en esencia con justicia, que tolere a los derechos humanos fundamentales. En la actualidad, cuando se acuña a la seguridad jurídica, se hace referencia al tercer nivel desarrollado.

Teniendo un panorama claro del principio de seguridad jurídica, debemos aterrizar en el campo normativo de las cláusulas abusivas, para verificar esta afectación. Entonces, siendo que tanto el Código Civil y, el Código de Protección y Defensa del Consumidor regulan a las cláusulas abusivas, y, ya que, cada Código propone una forma de sanción frente a las cláusulas abusivas, es preciso, determinar si la convivencia de esta ambivalencia afecta el principio de seguridad jurídica.

La existencia de una doble regulación no necesariamente supone un cuadro de riesgo o inestabilidad jurídica en determinados campos del derecho, sin embargo, si no hay pronunciamiento de cuáles serían las reglas de convivencia entre estas dos regulaciones, ello, sí representaría una causa de riesgo e inestabilidad jurídica.



En cuanto a dichas reglas, no existe a la fecha, pronunciamiento alguno sobre el concepto de ineficacia absoluta e ineficacia relativa, es decir, se tiene en el ordenamiento jurídico figuras normativas que no tienen contenido, ello representa una situación riesgosa e inestable, pues, cualquier persona podría solicitar a la autoridad administrativa declare ineficaz a una cláusula y, que, por ende, la inaplique, o contrario sensu, si por conveniencia, cualquier persona prefiera solicitar la nulidad de un contrato o de una cláusula en vía judicial enmarcándola en el artículo 1398; vemos, pues, que existe normativa al gusto del cliente.

Hemos estudiado dentro de las teorías del postpositivismo, que, la discrecionalidad es una facultad propia del que administra justicia, nunca del justiciable, pues, si las disposiciones normativas estarían a discreción social, existiría control social, uno de los poderes contemporáneos del Estado, y, sin control social, no existe Estado soberano y democrático, sino anarquía.

Atendiendo al primer efecto, la inaplicación de los artículos 50, 51, y 52 del código de Protección y Defensa del Consumidor que, contemplan a la ineficacia absoluta y relativa como sanción a las cláusulas abusivas, resulta casi obvia, sin embargo, se debe profundiza para un mejor entendimiento.

En párrafos precedentes, se demostró la falta de adecuada y seria técnica legislativa para la implementación de normas de Derecho del consumidor en el Perú, pues, se habría acogido figuras jurídicas no contemplan en nuestro ordenamiento jurídico, como la inexistencia y, ahora, la ineficacia absoluta y relativa.

Algunos dirán, por qué nos asombramos de no tener reguladas a la ineficacia absoluta o relativa en el Código Civil, la respuesta es simple, si la ineficacia es un efecto propio del derecho contractual y no tiene contenido en la fuente de este derecho, entonces, qué criterios aplicaremos para conocer cuáles son los efectos de la ineficacia absoluta y cuáles serían los efectos de la ineficacia relativa, surgen preguntas como: ¿la cláusula nula? ¿Cesan todos los efectos de la cláusula? Entonces ¿qué diferencia la ineficacia absoluta de la relativa? En efecto, estas preguntas no tienen respuesta, por qué, porque la ineficacia absoluta y la ineficacia relativa no tienen contenido normativo ni doctrinario ni jurisprudencial firme, unánime y claro.

Ante esta situación, qué contenido normativo y, qué criterios vendrán aplicando las diferentes autoridades administrativas, ninguno, porque no existen tales contenidos ni criterios.



Morales Hervias (2005), nos acerca un poco a la ineficacia y su relación la nulidad:

El contrato viciado y el contrato nulo son enfermedades del contrato. Fisiológicamente, el contrato válido es eficaz, aunque además un contrato válido puede convertirse en ineficaz. En este punto no hablaremos de la invalidez sino de la ineficacia en sentido estricto. En realidad, la ineficacia en sentido amplio incluye la invalidez y la ineficacia en sentido estricto. La invalidez implica cualquier vicio originario de los actos de autonomía privada que implica a veces la inidoneidad para producir efectos, otras veces la precaria estabilidad de los mismos. Ahora, sólo, hablaremos de la invalidez y, en específico, de la nulidad y de la anulabilidad. (p. 101).

Así, la ineficacia es la improductividad de los efectos del contrato. La ineficacia puede ser transitoria por una situación de incertidumbre que puede convertirse en una situación de plena eficacia del negocio. La ineficacia definitiva indica una situación definitiva en el sentido de la improductividad de los efectos por razones estructurales y funcionales. Un contrato puede ser ineficaz por falta de virtualidad para configurar idóneamente una determinada situación jurídica subjetiva o porque, aun cuando ha configurado esa situación idóneamente, ella deja de constituir una regulación de los intereses prácticos que determinaron a las partes a celebrar el contrato. (p. 107).

Sin embargo, no se avizora ni si quiera un acercamiento difuso al concepto o naturaleza de la ineficacia absoluta o relativa.

Para cerrar el tema de inaplicación es necesario traer a colación la reflexión del subtítulo precedente, así, pues en éste se señaló que, el contenido esencial de la libertad de contratar en su dimensión objetiva es garantizarle a las partes del contrato que al surgimiento de algún conflicto derivado de la relación contractual, éste será dirimido en vía judicial o arbitral, lo que significa que con ello le garantiza la tutela efectiva de sus derechos ofreciéndole garantías mínimas para el desarrollo del proceso; y, a qué proceso justo puede conducirnos la aplicación de figuras jurídicas sin contenido normativo, como la ineficacia absoluta o la ineficacia relativa.

Para darle una última oportunidad a los artículos del Código de Protección y Defensa del Consumidor, objeto de inaplicación. No olvidemos que el debido proceso, además de ser un derecho fundamental es un principio que trasciende no sólo la instancia jurisdiccional sino también la instancia netamente



administrativa, en ese sentido, si la autoridad administrativa aplica los artículos 50, 51 y 52 del aludido Código, qué contenido normativo utiliza para conocer los efectos de la ineficacia absoluta o relativa, y cómo diferencia una de la otra, la respuesta, sigue siendo obvia, ninguno, porque son figuras jurídicas sin contenido normativo, jurisprudencial y doctrinal firme, unánime y, claro.

Existe, por tanto, un evidente vacío normativo en el Código de Protección y Defensa del Consumidor, y además, una doble regulación del mismo elemento jurídico, que se contraponen, se aclara el alcance del principio de supletoriedad del Derecho civil. Ante tal faltante normativo, se debe acudir, invocando al principio de supletoriedad, a las normas generales del contrato, establecidas en el Código Civil, específicamente el artículo 1398 que regula la nulidad como sanción a las cláusulas abusivas.

#### **IV. Reflexión final**

El principio de supletoriedad del Derecho civil es la barrera que evitaría que la autoridad administrativa por tener la facultad de resolver o dirimir conflictos de índole contractual, vulnera el contenido esencial del derecho fundamental a la libertad de contratar en su parte objetiva, consistente en la garantía estatal de que los conflictos derivados de la relación contractual sean solucionados en vía judicial o arbitral, constituyéndose además la regulación del inciso 52.2 del Código de Protección y Defensa del Consumidor en una norma inconstitucional. La sanción para las cláusulas abusivas según el artículo 1398 del Código Civil es la nulidad, ésta, es una figura jurídica que se encuentra presente con contenido normativo, jurisprudencial y doctrinal dentro de nuestro sistema jurídico, en cambio, la sanción para las cláusulas abusivas según el artículo 50, 51 y 52 del Código de Protección es la ineficacia absoluta e ineficacia relativa, figuras jurídicas que no se encuentran presentes ni cuentan con contenido normativo, jurisprudencial y doctrinal dentro de nuestro sistema jurídico; ambas regulaciones, al subsistir dentro del ordenamiento jurídico representan un cuadro claro de antinomia. Los artículos 50 y 51 representan un vacío normativo para el ordenamiento jurídico, pues se desconoce cuáles serían los efectos jurídicos que provocan cada uno de estos tipos de ineficacia. La aplicación del inciso 52.2 del Código de Protección y Defensa del Consumidor, al contraponerse al mandato constitucional de garantizar que los conflictos derivados de la relación contractual se solucionen en vía judicial o arbitral establecido en artículo 62 de la Constitución, vulnera el derecho a la tutela jurisdicción y al debido proceso, específicamente, al acceso a la justicia y el juez natural. Sin embargo, mientras se considere inconstitucional el inciso



52.2 del Código de Protección y Defensa del Consumidor, el principio de supletoriedad del Derecho civil cumplirá su rol de auxilio ante dicho vacío normativo, de modo que, en ese caso, se deberá aplicar las normas generales del contrato, es decir, las contenidas en la fuente de las obligaciones del Código Civil.

#### V. Conclusiones

- La actual regulación normativa de las cláusulas abusivas en el Código de Protección y Defensa del Consumidor, carece de contenido jurídico y aplicativo, situación que sugiere una pronta atención legislativa a fin de regular adecuadamente la tutela de los derechos del consumidor.

- Mientras se espera la reforma legislativa del Estado, nos queda optar por la única fuente de remisión aplicativa normativa de contenido, el artículo 1398 del Código Civil, donde se castiga a las cláusulas abusivas con nulidad, figura jurídica que cuenta con contenido jurídico aplicativo y que no contraviene al derecho fundamental a la libertad de contratar y a derechos conexos necesarios como la tutela jurisdiccional y el debido proceso.

#### VI. Lista de Referencias

Aguiló Regla, J. (2007). POSITIVISMO Y POSTPOSITIVISMO. DOS PARADIGMAS JURÍDICOS EN POCAS PALABRAS. DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho ISSN: 0214-8676, 665 - 675.

Arana, M. D. (2010). Contrato de Consumo: Cláusula Abusiva. Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual, 59-91. Volumen 6. N° 10.

Barberis, M. (2015). Introducción al Estudio del Derecho. Lima: Palestra Editores S.A.C.

Carranza Álvarez, D. (2009). SOBRE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS: A PROPÓSITO DE LA LEY COMPLEMENTARIA DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR DE PERÚ. Anuario de la Facultad de Derecho de la UPAO, ISSN 0213-988-X, vol. XXVII, 411-441.

Castillo Córdova, L. (2002). Acerca de la Garantía del Contenido Esencial y de la Doble Dimensión de los Derechos Fundamentales. Piura: Repositorio PIRHUA.

Congreso de la República del Perú. (2010). Código de Protección y Defensa del Consumidor. Lima: El Peruano: Ley N° 29571.



Ferrajoli, L., Moreso, J., & Atienza, M. (2009). *La Teoría del Derecho en el Paradigma Constitucional*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo. ISBN: 978-84-612-3659-6.

Morales Hervias, R. (2005). Contrato Inválido. *Derecho PUCP* (58), 101-129.

OSIPTEL. (03 de Enero de 2021). [osiptel.gob.pe](https://www.osiptel.gob.pe). Obtenido de [osiptel.gob.pe](https://www.osiptel.gob.pe): <https://www.osiptel.gob.pe/>

Poder Ejecutivo. (1984). Decreto Legislativo N° 276. Lima.

Sagües P., N. (1996). *Jurisdicción Cosntitucional y Seguridad Jurídica*. Fundación Konrad Adenauer, 217 - 232.

SUNASS. (01 de Enero de 2021). [sunass.gob.pe](https://www.sunass.gob.pe). Obtenido de [sunass.gob.pe](https://www.sunass.gob.pe): <https://www.sunass.gob.pe/sunass/quienes-somos/>

Vinatea Medina, R. (2013). *El Derecho del Consumidor como nuevo paradigma del Derecho en una Economía Social de Mercado*. Seminario Derecho Ordenador del Consumo (pág. 66). Lima: Comisión de Actos Oficiales de la Corte Suprema de Lima del 2013.