REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Universidad Católica de Santa María

Facultad de Ciencias Jurídicas Y Políticas

Escuela Profesional de Derecho

La Libertad Contractual en los Contratos por Adhesión de Servicios Digitales en el Ordenamiento Jurídico Peruano, 2022

Tesis presentada por la Bachiller:

Carpio González, Irina Neuza

ORCID: 0009-0006-2498-9898

para optar el Título Profesional de Abogado

Asesor (a):

Mag. Fajardo Passano, Patricio Marcelo
ORCID: 0000-0003-1000-7321

Arequipa – Perú

2024

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

UCSM-ERP

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

DERECHO

TITULACIÓN CON TESIS

DICTAMEN APROBACIÓN DE BORRADOR

Arequipa, 27 de Marzo del 2024

Dictamen: 008429-C-EPDD-2024

Visto el borrador del expediente 008429, presentado por:

2014223122 - CARPIO GONZALEZ IRINA NEUZA

Titulado:

LA LIBERTAD CONTRACTUAL EN LOS CONTRATOS POR ADHESIÓN DE SERVICIOS DIGITALES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO, 2022

Nuestro dictamen es:

APROBADO

Titulo Profesional/Titulo de Segunda Especialidad/Grado Académico a optar:

ABOGADO

29427920 - TEJADA PACHECO NEIL HERNAN
DICTAMINADOR

29535743 - ESCARZA BENITEZ JULIO ERNESTO
DICTAMINADOR

La Libertad Contractual en los Contratos por Adhesión de Servicios Digitales en el Ordenamiento Jurídico Peruano, 2022

INFORME DE ORIGINALIDAD

3%	3%	1%	2%
INDICE DE SIMILITUD	FUENTES DE INTERNET	PUBLICACIONES	TRABAJOS DEL ESTUDIANTE

FUENTES PRIMARIAS

1	hdl.handle.net Fuente de Internet	2%
2	Submitted to Universidad Católica de Santa María Trabajo del estudiante	1%
3	www.ipa.pe Fuente de Internet	1%

Excluir citas	Apagado	Excluir coincidencias	< 1%
Excluir bibliografía	Apagado		

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Dedicatoria

Dedico este trabajo a Dios por darme todas las posibilidades que he tenido en mi vida y a mi madre que me apoyó durante años y en toda mi formación académica, siempre estuvo orgullosa de mi y ahora me cuida desde el cielo.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Agradecimiento

Primordialmente agradecer a Dios por brindarme salud, sabiduría y fortaleza para poder continuar este camino.

Gracias a mi madre que siempre estuvo conmigo en todas las etapas de mi vida apoyándome en todo momento hasta el final.

Gracias a mi tía Daisy que se ha comportado como una madre para mí apoyándome y comprendiéndome en cada momento.

A mi hermano que sea convertido en mi fortaleza y en mi familiar más cercano.

A Santiago y su familia por brindarme apoyo y cariño incondicional.

A todas las personas que han estado presentes, han sido un apoyo y me han motivado para nunca rendirme.

A Iris, Flaca y Puky que han sido un soporte emocional en todo este tiempo.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Epígrafe

"Sin libertad, la democracia es despotismo, sin democracia la libertad es una quimera"

- *Octavio Paz*

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

RESUMEN

El presente trabajo de investigación, tuvo por objetivo principal analizar cuál es el grado de afectación de la libertad contractual existente, a raíz de la aplicación masiva de contratos de adhesión de servicios digitales en el ordenamiento jurídico peruano.

Para ello, se optó por una investigación de carácter dogmática, básica, correlacional, no experimental. Se utilizaron técnicas de observación y análisis documental, y realización de entrevistas a profesionales en derecho contractual.

Se llegó a la conclusión de que existe una afectación a la libertad contractual, toda vez que no existe una normativa adecuada ni organismos dedicados a la supervisión y canalización sencilla de denuncias en relación a las cláusulas abusivas existentes en los contratos de adhesión de servicios por internet. Siendo que las actuales instituciones y parámetros normativos no alcanzan a su regulación eficiente, se trata de servicios que, si bien es cierto se consumen en el país, el proveedor no es nacional.

Palabras clave:

Contratos por adhesión, cláusulas abusivas, servicios digitales.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

ABSTRACT

The main objective of this research work was to analyze the extent to which the freedom of contract is affected as a result of the widespread use of standard form contracts for digital services in the Peruvian legal system.

For this purpose, a dogmatic, basic, correlational, non-experimental research approach was chosen. Techniques such as observation, documentary analysis, and interviews with legal professionals were employed.

The conclusion reached was that there is an impact on freedom of contract due to the lack of adequate regulations and dedicated organizations for the supervision and easy filing of complaints regarding abusive clauses found in standard form contracts for internet services. The current institutions and normative parameters are insufficient for efficient regulation, especially considering that these services are consumed in the country but the providers are not national.

Keywords:

Standard form contracts, abusive clauses, digital services.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

ÍNDICE

DEDICATORIA

AGRADECIMIENTO

EPIGRAFE

RESUMEN **4**

ABSTRACT **5**

INTRODUCCIÓN **1**

CAPÍTULO I: MARCO TEÓRICO **5**

1. NOCIONES DE CONTRATO **5**

2. IMPORTANCIA DEL CONTRATO **6**

3. TIPOS DE CONTRATO **7**

3.1. Por la calidad de los sujetos que intervienen en el contrato 7

3.2. Por los elementos requeridos para su perfeccionamiento 8

3.3. Por las prestaciones que son objeto del contrato 9

3.4. Por el valor patrimonial 10

3.5. Por su conmutación 10

3.7. Por su interdependencia 10

3.8. Por la oportunidad de cumplimiento de las prestaciones 11

3.9. Por su eficacia 11

3.10. Efectos del contrato en relación a las partes 12

3.11. Por las condiciones de contratación 12

3.12. De acuerdo a su función económica y social: 12

3.13. Por su nivel de preparación 13

3.14. Por su nominación 13

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

3.15. Por la forma de su agrupación 14

4. LIBERTAD CONTRACTUAL 16

4.1. Historia 18

4.2. Manifestación de la libertad: Libertad de contratar y la libertad contractual 20

4.3. Limitaciones a la libertad de contratación 21

4.4. Límites a la libertad contractual: 22

4.4.1. Límites doctrinarios 23
4.4.2. Límites legales 25
4.4.3. Sobre las normas imperativas 26
4.4.4. Sobre el orden público 28
4.4.5. Colisión entre límites 29
4.4.6. Sobre las buenas costumbres 30

5. EL CONTRATO DE ADHESIÓN 31

5.1. Concepto del contrato de adhesión 31

5.2. Ventajas del contrato de adhesión 33

5.3. El contrato de adhesión en la legislación comparada 34

5.4. Tipología de las partes que emplean los contratos de adhesión 41

5.5. Desventajas del contrato de adhesión 42

5.6. Ejemplos de contratos de adhesión de servicios digitales 44

6. INJERENCIAS DEL CONTRATO DE ADHESIÓN RESPECTO DE LOS PRINCIPIOS Y GARANTÍAS DEL CONTRATO 47

6.1. Nociones sobre el abuso del derecho 47

7. REGULACIÓN NORMATIVA FRENTE AL PROBLEMA 50

7.1. Normas existentes contra el abuso de los contratos por adhesión 50

7.2. Organismos destinados a supervisar la contratación por adhesión 52

7.3. Recursos legales, judiciales y administrativos 53

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

7.3.1. Nulidad 53
7.3.2. Anulabilidad 54
7.3.3. Recursos administrativos 55
8. NORMAS EXISTENTES CONTRA EL ABUSO DE LOS CONTRATOS POR ADHESIÓN EN LOS SERVICIOS DIGITALES MEDIANTE EL DERECHO COMPARADO. 55
CAPÍTULO II: MARCO METODOLÓGICO 60
1. INTERROGANTES 60
1.1. INTERROGANTE GENERAL 60
1.2. INTERROGANTES ESPECÍFICAS 60
2. OBJETIVOS 60
2.1. OBJETIVO GENERAL 60
2.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS 60
3. HIPÓTESIS 61
4. METODOLOGÍA Y/O MARCO OPERATIVO 61
CAPÍTULO III: RESULTADOS 66
OBJETIVO ESPECÍFICO 1: Describir los parámetros normativos que rigen y regulan los contratos de adhesión y la libertad contractual en la legislación peruana. 66
OBJETIVO ESPECÍFICO 2: Encontrar posibles defectos normativos que posibilitan la realización de ciertas prácticas abusivas que vulneren la libertad contractual. 75
OBJETIVO ESPECÍFICO 3: Determinar si los medios normativos y organismos que controlen la practica contractual en el país son efectivos al día de hoy. 84
OBJETIVO GENERAL: Analizar el grado de afectación a la libertad contractual existente a raíz de la aplicación masiva de contratos de adhesión, desde la óptica del Derecho Civil. 92
CONCLUSIONES 101
RECOMENDACIONES 103

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

REFERENCIAS **104**

ANEXOS: **108**

1. PROYECTO DE TESIS **108**

2. PROYECTO DE LEY **130**

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

ÍNDICE DE TABLAS

Tabla 1: Respuestas de la pregunta Nº 1 67

Tabla 2: Análisis de la pregunta Nº 1 68

Tabla 3: Respuestas de la pregunta Nº 2 70

Tabla 4: Análisis de la pregunta Nº 2 72

Tabla 5: Respuestas de la pregunta Nº 3 75

Tabla 6: Análisis de la pregunta Nº 3 78

Tabla 7: Respuestas de la pregunta Nº 4 80

Tabla 8: Análisis de la pregunta Nº 4 82

Tabla 9: Respuestas de la pregunta Nº 5 84

Tabla 10: Análisis de la pregunta Nº 5 86

Tabla 11: Respuestas de la pregunta Nº 6 88

Tabla 12: Análisis de la pregunta Nº 6 89

Tabla 13: Respuestas de la pregunta Nº 7 92

Tabla 14: Análisis de la pregunta Nº 7 94

Tabla 15: Respuestas de la pregunta Nº 8 96

Tabla 16: Análisis de la pregunta Nº 8 98

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

INTRODUCCIÓN

El contrato por adhesión, conviene haberse convertido en el modelo contractual más recurrente que nosotros suscribimos en nuestra vida cotidiana: Desde el momento de aperturar una cuenta en una red social, pasando por la apertura de una cuenta bancaria, y contratando servicios de entretenimiento, servicios de telefonía, internet, y demás.

No es pues raro encontrar en nuestro diario devenir –e incluso ya encontrarnos acostumbrados- previos al acceso o al consumo de un producto o servicio, el ya conocido enunciado que dice: "Acepto los términos y condiciones de este servicio/producto", siendo la particular característica –además de la inusual lectura de dichos términos y condiciones contractuales, la existencia de solo dos posibilidades: "Sí, Acepto y accedo al servicio/producto." O "No, no acepto y por lo tanto no accedo al servicio/producto". Deteniéndonos en esta última opción, no importa que tan en desacuerdo me encuentre, o en qué clausula específica del contrato me encuentre en desacuerdo, tan solamente basta que no esté del todo de acuerdo con un fragmento de una cláusula del contrato y procederé automáticamente a no acceder al servicio, es decir, no existe la posibilidad de negociar, de acordar, de fijar un punto medio, o de elegir que clausulas podrían aplicarse a mi contrato en particular (en caso de ser estas accesorias y no afectar sustancialmente el objeto del contrato), por lo tanto, se me priva (o mejor dicho, me privo) de acceder al servicio.

El tema no parece preocupante a simple vista, debido a que uno posee la libertad de aceptar o no aceptar un contrato (total, no existe imperio ni obligación en firmar o aceptar los términos del contrato, además de estar en un libre mercado en donde pueden existir más ofertantes de ese producto o servicio), no obstante, el problema se agudiza cuando

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

estos contratos forman parte de las condiciones para acceder a servicios o productos que adquieren notoriedad e incluso denotan cierta imprescindibilidad por su connotación, singularidad o importancia del servicio o producto ofrecido, tal y como lo viene siendo la suscripción a un servicio digital como una red social específica (como Facebook) o servicios de entretenimiento cuya cantidad de usuarios en el país se estima del 77% de su población -7 de cada 10 personas- (Diario Oficial El Peruano, 2020), entre otros, ante los cuales solo podemos o aceptar las condiciones (por más irregulares que sean o en desacuerdo estemos) o aceptar las condiciones (puesto que, no aceptar no es una opción, no existe alternativa en el mundo de los hechos).

Dicho esto, conviene preguntarse ¿en qué posición se encuentra la libertad contractual? Aquella a través de la cual podemos establecer las estipulaciones que otorgamos en un contrato en conjunción a la otra parte, de tal forma que se conviertan en ley para quienes suscribimos el contrato (Castrillón, 2017).

Siendo esto así, se observa un grave apartamiento y vulneración de la libertad contractual, al suprimirse esta al punto de llevarnos a solamente decir “Si” o “No” (o incluso “Si o si”), y dejarnos en una suerte de indefensión frente la otra parte (que usualmente goza de mayor poder) la cual “impone” sus condiciones contractuales a nosotros, generando, en el terreno de los hechos, una completa vulneración a la libertad contractual de nosotros los consumidores de dichos bienes y servicios, sobre todo si muchos de estos servicios basan sus términos y condiciones en legislación extranjera.

En el desarrollo de la presente investigación, se formuló la siguiente interrogante general: ¿Cuál es el grado de afectación de la libertad contractual existente a la raíz de la aplicación masiva de contratos de adhesión de servicios digitales en el ordenamiento jurídico peruano? Para abordar esta cuestión, se ha establecido la siguiente estructura:

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

El trabajo de investigación va a estar constar de tres capítulos. En el primero se desarrolló el marco teórico, en el segundo, el marco metodológico; y mediante el último capítulo se presentará los resultados obtenidos, así como las conclusiones y recomendaciones derivadas.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

CAPÍTULO I

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

CAPÍTULO I: MARCO TEÓRICO

1. NOCIONES DE CONTRATO

Los contratos se encuentran regulados y definidos por nuestra legislación civil, la cual, en su artículo 1351, lo define como aquel acuerdo de dos o más partes, destinada a la creación, regulación, modificación o extinción de relaciones jurídicas.

La definición de contrato señalada por el Código Civil peruano, tiene por inspiración al artículo 1321 del CC italiano. (De la Puente y Lavalle, 2021).

Siguiendo lo definido por el código, se desprende que la perfección del contrato requiere:

- Existencia de un acuerdo (acto consensual).
- Participación de dos o más partes (acto bilateral o plurilateral).
- Debe tener una finalidad, la cual puede ser constitutiva, modificativa, extintiva o reguladora (acto de voluntad).
- La relación jurídica debe ser patrimonial (acto jurídico patrimonial).

Como señala Torres Vásquez, estos elementos deben coexistir a la vez, para poder considerar al contrato como tal; basta la ausencia de cualquiera de estos presupuestos para que el contrato se desnaturalice.

A su vez, es importante resaltar que el contrato, al ser un acto jurídico, debe cumplir con los requisitos de este para su validez (manifestación de voluntad, capacidad de las partes, objeto posible, causa y fin lícito, la forma en caso sea prescrita bajo sanción de nulidad). En cada contrato, una vez cumplidos los presupuestos, también concurren los elementos que, por la naturaleza de la particularidad de cada contrato, deben insertarse. En ese sentido, el contrato es un acto jurídico en el que dos o más partes autorregulan sus intereses patrimoniales (Torres Vasquez, 2012).

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Sobre el acuerdo, se refiere al asentimiento de las partes sobre el contenido existente en el contrato; el consenso acerca de puntos tales como su creación, regulación, modificación o extinción; requiere, por lo tanto, el acuerdo total entre las partes para poder definir que existe un acuerdo. Este acuerdo, nace de la voluntad privada de quienes participan en la contratación.

Sobre las partes, Torres hace bien en precisar que no necesariamente una parte es un sujeto, pues se suele definir a las partes como un "centro de referencia de intereses"; pudiendo una parte estar conformada por uno o más sujetos, distinguiéndose las partes, entre sí, por los intereses en común que los sujetos comparten.

Sobre la finalidad, como indica la norma, el contrato debe tener como finalidad la creación, regulación, modificación o extinción de una relación jurídica de naturaleza patrimonial (es decir, susceptible de valoración económica). Aquellos actos jurídicos que no cumplan con dicha finalidad, no son considerados contratos (razón por la que el matrimonio a pesar de tener por finalidad crear una relación jurídica no es considerado un contrato por no ser de naturaleza patrimonial).

El contrato creado se convierte en una norma particular, que obliga únicamente a las partes que intervinieron en esta, una vez que se verifique los requisitos y presupuestos establecidos por la ley general.

2. IMPORTANCIA DEL CONTRATO

El contrato, como se señaló, tiene por objetivo la autorregulación de los intereses de las partes que participan en él; siendo que dicha autorregulación de intereses, se hace para poder superar o evitar un conflicto entre estas, así como para satisfacer las necesidades que ambas partes puedan tener, a través de un mecanismo de concesiones.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

3. TIPOS DE CONTRATO

La clasificación de los contratos, es una tarea que corresponde analizar a efecto de poder ver las normas y principios que suelen ser aplicados a cada uno de estos contratos.

Un contrato puede contener varios elementos que le permitan ser categorizado dentro de varias categorías o tipos de contratos.

3.1. Por la calidad de los sujetos que intervienen en el contrato

Dentro de esta clasificación existen dos contratos:

- **Contrato privado:** En el que las partes participantes son particulares (sujetos privados). Ahora bien, el Estado, a través de alguna entidad u organismo público, puede participar en un contrato y aun así este ser clasificado como contrato privado, siempre y cuando dicha parte participe bajo las reglas que rigen a los privados (es decir, desprovisto del *ius imperium* que tiene por su naturaleza de Poder Público). La característica resaltante es que, al ser las partes participantes sujetos privados, existe una igualdad jurídica entre ellas, no existiendo una situación de superioridad a favor o en contra de una u otra.
    - Existencia de relación de igualdad entre las partes.
    - Las partes eligen la forma en la que se celebrará el contrato.
    - La finalidad del contrato es la satisfacción de intereses particulares de las partes que participan en este.
    - Estos contratos no pueden tener cláusulas exorbitantes[1].
    - Los conflictos relacionados o derivados de estos contratos, se resuelven en la jurisdicción ordinaria.

[1] Estas se definen como aquellas que tienen por objetivo demostrar el carácter del poder público al colocarlo en una situación de superioridad frente de los privados dentro del contrato (Bercaitz, 1980).

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

- **Contrato administrativo:** Estos contratos tienen la característica de que una de las partes es un ente público que participa haciendo uso de su facultad de *ius imperium*. La característica resaltante es que, debido a la facultad con la que participa el Estado, se establecen relaciones jurídicas de subordinación; es decir, las partes privadas se someten a la parte pública, siendo la legislación aplicable a estos contratos las normas del Derecho Público (en este caso, la Ley 27444). Además, se reviste de las siguientes peculiaridades:
    - Existencia de relación de subordinación entre partes.
    - Existencia de formalidades concretas y especiales que señala la norma del Derecho Administrativo.
    - La finalidad del contrato es la satisfacción de necesidades orientadas al interés público.
    - La existencia de "cláusulas exorbitantes" que, de otro modo, serían inválidas si no participase el ente público.
    - Los conflictos relacionados o derivados de estos contratos se resuelven en la jurisdicción administrativa, a través del proceso contencioso administrativo.

3.2. Por los elementos requeridos para su perfeccionamiento

- **Contratos consensuales:** Son aquellos que, para su perfeccionamiento, únicamente necesitan el acuerdo entre las partes. En esta clase de contratos no se condiciona la observancia o revisión de formas, o la realización de ciertos actos que doten de validez al acto jurídico.

  En nuestro ordenamiento jurídico actual, estos contratos son la regla general (Torres Vasquez, 2012).

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

- **Contratos formales:** Son aquellos que, para su validez, requieren una formalidad; es decir, seguir una serie de pasos de forma obligatoria, estas formas siguen dos reglas:
    - **Formalidad solemne:** Esta clase de contratos formales, exigen que se deba cumplir la forma señalada por la ley, caso contrario, estos actos serán declarados nulos.
    - **Formalidad probatoria:** Esta clase de contratos formales, si bien es cierto, señalan una forma para su realización, no sancionan con la nulidad en caso que dicha formalidad no se cumpla.
- **Contratos reales:** Son aquellos contratos que para su validez requieren la entrega del bien; es decir, además del consentimiento y la voluntad, se necesita la entrega del bien objeto del contrato para considerarse realizado y, por tanto, válido el acto jurídico.

3.3. Por las prestaciones que son objeto del contrato

- **Contratos de prestaciones unilaterales:** Esta clase de contratos, implican la existencia de dos roles: deudor y acreedor, siendo que las partes únicamente tienen uno de esos dos roles; es decir, una parte es acreedora y la otra parte es deudora.
- **Contratos de prestaciones recíprocas:** Esta clase de contratos, implica que ambas partes sean deudoras y acreedoras, al mismo tiempo, de varias obligaciones; es decir, ambas partes asumen los roles de deudor y acreedor, posibilitando la existencia de prestaciones y contraprestaciones.
- **Contratos con prestaciones recíprocas imperfectas:** En esta clase de contratos, inicialmente el deudor es una de las partes, en cambio,

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

posteriormente, surgen obligaciones para la otra parte (prestaciones que nacen al celebrar el contrato y prestaciones que nacen durante su ejecución).

3.4. Por el valor patrimonial

- **Contratos onerosos:** Son aquellos que tienen beneficios y pérdidas para ambas partes que intervienen en la celebración del contrato (Diez-Picazo & Guillón, 2002); en otras palabras, existe un enriquecimiento y un empobrecimiento recíproco de las partes.
- **Contratos gratuitos:** Son aquellos cuyo beneficio es exclusivo para una de las partes, no existiendo pérdida ni empobrecimiento recíproco (Messineo, 1986).

3.5. Por su conmutación

- **Contratos conmutativos**: Son aquellos cuyas prestaciones de ambas partes son equivalentes.
- **Contratos aleatorios:** Son aquellos en los cuales existe una desigualdad en ambas partes, es decir, una parte tendrá ganancia mientras que la otra tendrá pérdida. Dichas prestaciones dependen del azar, por lo que existen probabilidades tanto de ganar como de perder.

3.7. Por su interdependencia

- **Contratos principales:** Son aquellos que no dependen de otros actos jurídicos o contratos para tener validez y/o surtir sus efectos en el mundo jurídico.
- **Contratos accesorios:** Son aquellos cuya existencia depende de otros contratos principales; de tal forma que, si el contrato principal es declarado nulo o se extingue, el accesorio también (Josserand, 1950).

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM
UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

3.8. Por la oportunidad de cumplimiento de las prestaciones

- **Contratos de ejecución instantánea:** Son aquellos que, para el cumplimiento de su función, requieren que las prestaciones establecidas se cumplan en un solo momento, ya sea al momento de su suscripción o posteriormente. Se caracterizan porque las necesidades que satisfacen no son duraderas (Planiol & Ripert, 1946). A su vez, estos contratos se sub clasifican en:
  - **Contratos de ejecución inmediata:** En los cuales la prestación se debe ejecutar en el momento en el que se perfecciona.
  - **Contratos de ejecución diferida:** En los cuales las partes postergan el cumplimiento de las obligaciones para un momento posterior.
  - **Contratos de ejecución escalonada:** En los cuales la prestación se divide para ser entregada por partes.
- **Contratos de tracto sucesivo:** Son aquellos cuya ejecución es prolongada, en periodos repetidos, destinada a satisfacer necesidades duraderas (Planiol & Ripert, 1946).A su vez, estos contratos se subdividen en contratos de ejecución continuada y de ejecución periódica.
  - **Contratos de ejecución continuada:** Son aquellos cuya prestación se cumple durante un periodo de tiempo, sin contar con ninguna interrupción
  - **Contratos de ejecución periódica:** Son aquellos en los cuales la prestación debe cumplirse durante intervalos determinados.

3.9. Por su eficacia

- **Contratos de eficacia obligatoria:** Son aquellos que crean, modifican, regulan o extinguen relaciones obligacionales.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM
UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

- **Contratos con efectos reales:** Son aquellos cuyos efectos se basan en constituir o trasladar derechos reales (derechos sobre las cosas) una vez obtenido el consentimiento de las partes intervinientes.
- **Contratos de reconocimiento:** Son aquellos en los que las partes reconocen una relación jurídica, cuya existencia es anterior a la existencia del contrato, fijando sus límites, obligaciones y derechos de dicha relación.

3.10. Efectos del contrato en relación a las partes

- **Contratos individuales:** Son aquellos en los que los efectos del contrato solamente vinculan a las partes que intervinieron al momento de su celebración.
- **Contratos colectivos:** Son aquellos en los cuales los efectos del contrato vinculan tanto a quienes intervinieron en el momento de su celebración, así como a terceras personas ajenas a la misma.

3.11. Por las condiciones de contratación

- Contratos de libre discusión: Son aquellos en los cuales las partes –en igualdad de condiciones- negocian de forma libre los términos, obligaciones y derechos del contrato.
- Contratos por adhesión: Son aquellos en los cuales una de las partes –usualmente con mayor poder jurídico que la otra- impone los términos obligaciones y derechos del contrato a la otra, la cual solo debe someterse y aceptar la totalidad de dichas condiciones, o rechazarlo, sin posibilidad de negociación.

3.12. De acuerdo a su función económica y social:

A. **Contratos de cambio:** Son aquellos cuya finalidad es favorecer la circulación de riqueza, a través del ofrecimiento y circulación de bienes y servicios.
B. **Contratos de concesión de crédito:** Son aquellos cuya finalidad es brindar un crédito o préstamo a la otra parte.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

C. **Contratos de custodia:** Son aquellos cuya finalidad es asumir la obligación de conservar un bien determinado a cambio de brindar garantía a terceros.

D. **Contratos de colaboración:** Son aquellos cuya finalidad es que los objetivos o finalidades estipuladas en el contrato se realizan de forma conjunta, es decir, las partes concursan para lograr la actividad contratada.

E. **Contratos de prevención de riesgo:** Son aquellos cuya finalidad es establecer la obligación de garantizar o cubrir una determinada situación que pueda surgir o no, a cambio de un pago periódico.

F. **Contratos de prevención o solución de conflictos:** Son aquellos que tienen por finalidad el servir de transacción para que las partes acuerden solucionar un conflicto o evitarlo a través de concesiones recíprocas.

G. **Contratos de garantía:** Son aquellos que constituyen derechos reales de garantía, usualmente dependientes de un contrato principal.

3.13. Por su nivel de preparación

A. **Contrato preparatorio:** Son aquellos que tienen por objetivo acordar la celebración de un contrato a posterioridad, en razón a la imposibilidad de ejecutarlo en la actualidad.

B. **Contrato definitivo:** Son aquellos que se celebran en virtud del cumplimiento del contrato preparatorio.

3.14. Por su nominación

A. **Contratos nominados:** También denominados contratos típicos, son aquellos contratos que se encuentran regulados expresamente por el Código Civil. La razón de su regulación expresa, obedece al hecho de ser de celebración frecuente en la sociedad.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

B. **Contratos innominados:** También denominados atípicos, son aquellos que no se encuentran regulados expresamente por el ordenamiento jurídico, sin embargo, estos se pueden realizar en atención a la libertad contractual de la que gozan las personas.

3.15. Por la forma de su agrupación

A. **Uniones de contratos:** Las uniones de contratos están referidas a aquellos contratos celebrados entre las mismas partes, pero que se unen en función de una razón que los vincula (Enneccerus, Kipp, & Wolff, 1981). Dichas uniones se sub clasifican en:

- **Uniones externas:** Se basa en aquellos contratos que se unen únicamente en el momento de su celebración, mas no existe dependencia ni relación entre ambos.
- **Uniones con dependencia bilateral o unilateral:** Se basa en aquellos contratos que, a pesar de ser completos, se quieren como uno solo debido a que existe dependencia entre estos, o al menos un contrato depende de otro.
- **Unión alternativa:** Se basa en aquellos contratos que están unidos debido a la existencia de una condición que, en función de su cumplimiento, determinará la conclusión de cualquiera de los contratos.

B. **Contratos mixtos:** El contrato mixto es aquel contrato (único) cuyo contenido abarca elementos de diversos tipos de contratos regulados por la norma ligados entre sí, constituyendo un todo unitario (Spota, 1984). Estos contratos, tienen la peculiaridad de poseer incertidumbre acerca de cuál es la norma regente de los mismos, pues, al ser contratos con disposiciones de otros diferentes, pueden surgir incompatibilidades respecto de cuál norma y qué

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

tipo de contrato debe aplicarse, existiendo tres soluciones propuestas por la doctrina:

- **Aplicar la teoría de la absorción:** A través de la cual, todo el contrato se debe enmarcar en la regulación de la prestación principal del contrato. Su aplicación depende de la determinación de cuál de las cláusulas es la principal.
- **Aplicar la teoría de la combinación:** A través de la cual, deben combinarse todas las normas válidas para cada tipo de contrato que existen dentro del contrato.
- **Aplicar la teoría de la aplicación analógica del Derecho.** Al ser únicos los contratos mixtos y, por ende, no regulados por la ley, solamente deben aplicarse los preceptos del derecho de obligaciones por analogía.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

4. LIBERTAD CONTRACTUAL

La libertad contractual, también entendida como la autonomía contractual, es un principio o derecho que reconoce el ordenamiento jurídico civil a favor de las partes que contratan. En nuestro ordenamiento actual, se encuentra plasmado en nuestra Constitución Política, la cual, en su artículo 62, dispone la garantía de pactar siempre que esto se haga considerando las normas vigentes al momento de contratar. De igual forma, garantiza la no modificación de los términos contractuales por leyes u otras disposiciones.

Ello concuerda con lo señalado en el artículo 1354 del Código Civil, mediante el cual se considera que las partes pueden determinar, de forma libre, el contenido del contrato en tanto que este no sea contrario a una norma de carácter imperativo.

Como señala Torres Vásquez, dicho principio tiene vital importancia a la hora de establecer una sociedad regida por un orden económico de carácter abierto, competitivo y de libre comercio (Torres Vasquez, 2012).

Otra definición la otorga Castrillón y Luna, quien la define como la voluntad autónomamente expresada, destinada a establecer las estipulaciones que las partes otorgan en forma libre y obligatoria para ellas (Castrillón y Luna, 2008).

Rojina Villegas la define como la libertad que tienen las partes para crear derechos y obligaciones, en tanto y en cuanto procedan de forma lícita, sin violar las normas de orden público, observando un objeto posible; siendo estos dos elementos, los que limiten la autonomía de la voluntad de las partes (Rojina Villegas, 1960).

Otro sector lo considera como la voluntad de los particulares de crear relaciones obligatorias de forma válida, a través de las cuales crean derechos y situaciones jurídicas, las cuales pueden ser a favor o en contra de los partícipes en el acto jurídico;

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

voluntad que se encuentra sometida y limitada por el orden público y las buenas costumbres que constituyen la licitud del acto (Galindo Garfias, 2001). En otras palabras, la autonomía de la voluntad encuentra como límite el respeto de las libertades y autonomía de las demás personas, además del interés general (manifestada a través del orden público) y las buenas costumbres.

Esta libertad, consiste en la forma de poder determinar, acordar y negociar los términos, condiciones y cláusulas que habrán de incluirse en el contrato; desde su esquema, hasta las condiciones y las cláusulas específicas que regularán la relación jurídica a constituirse; de tal forma que se configure como ley particular que vincula a las partes que participan en la suscripción del acto jurídico.

Dicha libertad, se encuentra consagrada en el artículo 62 de la Constitución, de la cual se desprenden las siguientes características en las que se basa la libertad contractual:

- Es una garantía que las partes pueden pactar libremente.
- Dicho pacto es válido según las normas vigentes al momento de contratar.
- El contrato no se puede modificar por otras leyes o normas.
- Los conflictos que se deriven de los contratos solo se pueden resolver mediante arbitraje o la vía judicial, de acuerdo a lo establecido en este o por la ley.
- El Estado puede celebrar contratos-ley, los cuales establecen garantías y seguridad especiales.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Dicha libertad, establece, a criterio de varios doctrinarios, el principio de intangibilidad contractual; el mismo mediante el cual, como señala la Constitución, no habrá disposición legal que pueda modificar el contrato pactado ni su contenido.

Ahora bien, la libertad contractual puede disgregarse en las siguientes manifestaciones, según Soto (2011):

- Elegir el tipo de contrato que regulará la relación obligacional.
- Cláusulas que regularán el contrato.
- Las garantías del cumplimiento de las obligaciones señaladas en el contrato.
- Las penalidades que se ejecutarán en caso de incumplimiento de las obligaciones.
- Las formas de resolución extrajudicial del contrato.
- El plazo.
- Las formas y criterios para resolver los conflictos o discrepancias que surjan a raíz de la ejecución del contrato, o vinculado con este.
- Otra clase de cláusulas que se establezcan por conveniencia de las partes.

4.1. Historia

La evolución de la libertad contractual –o también llamada autonomía de la voluntad- sufrió etapas claramente diferenciadas, según López Monroy (López Monroy, 2006); existiendo su organización desde el Derecho romano, hasta su actual definición en los sistemas jurídicos contemporáneos; teniendo actualmente la clara influencia de tres sistemas que han regido en el mundo actual:

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

- El sistema napoleónico: En el cual no se establece ningún límite al enriquecimiento de las partes contratantes, además de fijar límites y principios básicos a la validez de la contratación, tales como la autonomía de la voluntad y los requisitos para la validez del contrato, entre los cuales destacan el consentimiento y la manifestación de voluntad (salvo disposición contraria de la ley que añada mayores requisitos para su validez).
- El sistema del Common Law: En el cual se consagra y promueve la libertad empresarial, aunque con el límite de prohibición de monopolios, deber que recaería en el sector público.
- El sistema soviético: En el cual se establece el control de precios y la relación de la empresa con sus producciones (denominada autogestión financiera).
- Gran parte de la noción e importancia que el día de hoy tiene la autonomía de la voluntad, ha sido fruto de las corrientes liberales y del individualismo que se promovieron en Europa durante el siglo XIX, ya que ideas como las expresadas por Rousseau en su teoría del contrato social, en la que se creía en la bondad natural de la persona y, por ende, en la limitación de su voluntad únicamente para poder conservar dicha bondad, concluyendo que las obligaciones contractuales nacen de la voluntad de partes iguales y, por nacer de la voluntad, han de ser justas (Sánchez Medal, 2005)

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

4.2. Manifestación de la libertad: Libertad de contratar y la libertad contractual

Dicha libertad se manifiesta de tres formas: la libertad de elegir contratar o no, la libertad de elegir con quien contratar y la libertad de señalar el contenido del contrato.

Otro sector de la doctrina, señala que esta libertad se manifiesta solo de dos formas: la libertad de contratar (la cual comprende tanto la libertad de elegir contratar o no, y con quién hacerlo) y la libertad contractual (también denominada libertad de configuración interna).

Al respecto, la doctrina ha sabido amparar esta forma de manifestación, ya que el artículo 2, inciso 14 de la Constitución Política, señala que todos tenemos el derecho de contratar con fines lícitos en tanto que no se contravengan leyes de orden público. De ello, se puede desprender que tenemos la libertad y el derecho de poder elegir contratar y con quién contratar, no estando obligados a celebrar contratos, pues, como señala Soto Coaguila, tenemos la libertad, la facultad y el derecho de poder contratar porque queremos, con quien queremos y cuando queremos (Soto Coaguila & Vattier Fuenzalida, 2011).

Misma posición es defendida por el Tribunal Constitucional, pues este, en la sentencia 2185-2002-AA/TC, señaló que la voluntad, como elemento esencial del contrato, se encuentra contenida en el principio de autonomía de la voluntad, la cual se disgrega en dos: La libertad de contratar, la cual es la libertad de decidir si contratar, como hacerlo, cuando y con quién hacerlo; y la libertad contractual, la cual es la libertad de determinar el contenido del contrato.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

4.3. Limitaciones a la libertad de contratación

La libertad de contratación, al igual que varias libertades estipuladas en nuestra Constitución, no es absoluta ni es irrestricta, por lo que tiene (y debe tener) límites. Pues, tal como señala el Código Civil, se encuentra limitada por las normas de carácter imperativo y el orden público; siendo esto así, el acto jurídico que contiene el contrato, es una voluntad que no es completamente libre, pero a su vez, tampoco se encuentra sometida a lo dispuesto en la ley, estando incluida en una suerte de autonomía parcial (Planiol & Ripert, Derecho Civil, 1996), ello considerando el principio jurídico que "lo que no está prohibido se encuentra permitido", por lo que se debe indicar cuáles son los horizontes o límites jurídicos dentro de los cuales es factible admitir la voluntad de las partes.

Por ejemplo, el Código Napoleónico (el cual es considerado por muchos como el código más liberal existente) estableció como límite a la libertad contractual la prohibición de pactar la derogación de leyes que afectasen al orden público y las buenas costumbres, siendo estas de obligatorio cumplimiento y debiendo considerarse al momento de contratar. Dicho límite fue imitado y copiado en diversos cuerpos normativos a lo largo del mundo, no siendo nuestro país una excepción a la regla.

Para autores como Vedel, esta libertad se manifiesta en dos planos, a saber: respecto de la teoría general del derecho y sobre el derecho positivo (Vedel, 1937). Otros autores como Muñoz, diferencian la autonomía de la voluntad de la voluntad privada, pues el derecho ha de regular la voluntad privada en tanto que, al ser intereses susceptibles de tutela jurídica, merecen protección porque tienen repercusiones sociales, como la ordenación de las relaciones jurídicas que nacen de la voluntad de los particulares (Muñoz, 1973).

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Al respecto, autores como Mosset señalan que dicha libertad debe existir para todas las partes que intervienen en el contrato, de tal forma que ambas partes sean autónomas al momento de contratar, ya que, de existir dependencia o sumisión entre las partes, la parte que es la "dominante" impondrá sus condiciones a la parte dependiente, suprimiendo su autonomía, pues no podrá expresar sus intereses, pretensiones o buscar la satisfacción de sus necesidades (Mosset Iturraspe & Piedecasas, 2008).

Dicha libertad de contratación permite que finalmente coexistan normas particulares con normas creadas por el Estado. Esto permite que, ante un conflicto jurídico, sea el órgano jurisdiccional el que pueda resolver a través de la interpretación de la voluntad de las partes, expresada en el contrato (Castrillón y Luna, 2008).

4.4. Límites a la libertad contractual:

Como se señaló, diversos autores, si bien es cierto han valorado como principal límite el respeto y la importancia de la autonomía de la voluntad al momento de contratar, han reconocido también que dicha autonomía no es absoluta, sino que ha de estar sujeta a una serie de límites y restricciones que permitan la salvaguarda de la sociedad en sí y el respeto a los derechos y principios fundamentales, así como a los pilares del ordenamiento jurídico.

Ahora, si bien la autonomía y la libertad de contratación se encuentran limitadas, en nuestro ordenamiento civil no existe una norma específica o que de forma taxativa reconozca o enumere cuáles son las limitaciones a dicha libertad.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Sin embargo, dicha carencia no significa que dichos límites no existan, debiendo por lo tanto inferirse de otras disposiciones normativas, de los principios generales del derecho y, por supuesto, de la doctrina.

4.4.1. Límites doctrinarios

En ese sentido, se han reconocido como límites a la autonomía de la voluntad: la buena fe, la imprevisión y la equidad. Dichos límites son establecidos en función a los principios generales del derecho.

En cuanto a la imprevisión, esta se refiere a las circunstancias imprevistas que pueden surgir después de la celebración del contrato y que pueden hacer que el cumplimiento del mismo sea excesivamente oneroso o incluso imposible para una de las partes. La imprevisión se considera un límite a la obligatoriedad del contrato, ya que puede liberar total o parcialmente a una de las partes del cumplimiento del mismo. La teoría de la imprevisión busca justificar, en estas circunstancias, el dejar incumplido lo que normalmente debiera cumplirse en la forma convenida (De Pina, 1966).

En cuanto a la equidad, esta se refiere a la justicia y la imparcialidad en la celebración y cumplimiento de los contratos. Es un límite a la libertad contractual porque implica que las partes no pueden acordar términos que sean injustos o desproporcionados para una de las partes. La equidad se basa en el principio de buena fe, que exige que las partes actúen de manera honesta y leal en la celebración y cumplimiento del contrato. En este sentido, la equidad puede ser invocada por una de las partes para solicitar la modificación o rescisión del contrato si se considera que las condiciones acordadas son excesivamente onerosas o injustas. Además, el juez puede intervenir en el contrato para modificar sus términos en caso de que

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

considere que el cumplimiento exacto del mismo traería consigo la ruina del deudor (Rojina Villegas, 1960).

Finalmente, en cuanto a la buena fe, esta se refiere a la honestidad y lealtad que deben tener las partes en la celebración y cumplimiento del contrato.

Vidal Ramírez la define como "una limitación consistente en el orden ético y estándar jurídico basado en el consenso social basado en lo que es justo, correcto y honesto".

Para Jiménez, esta se constituye como una forma de comunicación entre el derecho, la moral y la ética, canalizando al primero hacia sus metas más puras, reunidas en la convicción de actuar conforme a él.

Al respecto, conviene analizar la buena fe en base a dos categorías: la buena fe objetiva, y la buena fe subjetiva. Dicha categorización, si bien es cierto se encuentra detallada y desarrollada por la doctrina, no se encuentra plasmada ni diferenciada por la legislación, ni por la jurisprudencia.

La buena fe, a su vez, se considera un deber, y también un requisito para poder tener un derecho (o conservarlo). La buena fe, como deber, se considera como un estándar de medición, en tanto que, como derecho, se considera de forma subjetiva, en función del sujeto.

En el Código Civil, la buena fe se encuentra plasmada en el artículo 1362, la cual señala que los contratos se deben negociar, celebrar y ejecutar según la buena fe y la común intención de las partes.

Es un límite a la libertad contractual porque implica que las partes no pueden actuar de manera engañosa o desleal en la celebración y

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

cumplimiento del contrato. La buena fe se basa en el principio de la honestidad y la lealtad, y exige que las partes actúen de manera justa y equitativa en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales (Sánchez Medal, 2005).

En este sentido, la buena fe puede ser invocada por una de las partes para solicitar la modificación o rescisión del contrato si se considera que la otra parte ha actuado de manera desleal o engañosa. Además, el juez puede intervenir en el contrato para modificar sus términos, en caso considere que el cumplimiento exacto del mismo sería contrario a la buena fe (Borja Soriano, 1994).

4.4.2. Límites legales

El legislador tiene la potestad de limitar o restringir la libertad de contratación, ello en razón a que el Estado ha delegado ese poder de contratar a los particulares, lo que motiva al Estado, como el delegante de dicho poder, a establecer los límites de su ejercicio.

Estos límites, en nuestro ordenamiento civil, no se encuentran taxativamente nominados (es decir, no existe un artículo preciso que enumere las limitaciones), en cambio, se debe analizar los principios del derecho, principios del Código Civil, principios constitucionales y otras normas para poder sintetizar dichos límites que el legislador ha impuesto al ejercicio de la libertad de contratación.

Al respecto, un amplio sector de la doctrina ha convenido en agrupar dichos límites en 3 grupos: Las normas imperativas; el orden público y las buenas costumbres.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Aun a pesar de dicha agrupación, la clasificación y nominación de los límites legales a la libertad contractual no se agotan en dichos grupos, sino que, además, existe un amplio número de figuras jurídicas que sirven de limitación a su ejercicio, a saber:

- La buena fe.
- El abuso del derecho.
- El fraude a la ley o a los acreedores.
- Infracción contractual en competencia desleal por inducción.

4.4.3. Sobre las normas imperativas

Las normas imperativas se caracterizan por ser impuestas, es decir, estas se deben acatar de forma obligatoria por parte de los contratantes, no existiendo posibilidad jurídica de admitir un pacto que vaya en contra de dicha norma o en un sentido distinto a esta.

Estas normas suelen ordenar conductas (normas preceptivas) o prohibirlas (normas prohibitivas).

Estas se diferencian esencialmente de las normas dispositivas por la obligatoriedad de su cumplimiento, es decir, mientras que las normas dispositivas tienen solo carácter supletorio (se aplican ante la ausencia de una regulación contractual, por ende, se puede pactar en contra o en sentido distinto a esta norma), las otras son de obligatoria observancia, no admitiendo excepción alguna; siendo que, en caso de existir un pacto contrario o con sentido distinto, este será nulo.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Esta primera limitación a la libertad contractual, se encuentra regulada en los artículos 1354[2] y 1356[3] de nuestro ordenamiento civil.

Ahora bien, nuestro ordenamiento civil adolece, además, de no señalar de forma expresa cuáles son aquellas normas imperativas y cuáles no lo son, siendo la doctrina la encargada de descifrar o hallar la fórmula para poder descubrir aquellas normas que revisten de este carácter de obligatorio cumplimiento.

Es así que señalan que esta clase de normas contienen palabras características como "deben" "deberán" "no deben" "podrá(n)" "tendrá(n)", así como la expresión característica de "bajo sanción de nulidad" o "es nulo / son nulos".

Ahora bien, gracias a estos criterios es posible determinar cuáles normas del ordenamiento civil son imperativas o no, sin embargo, existen excepciones en las cuales aún se dificulta el determinar si la norma es imperativa o si, por el contrario, es dispositiva, siendo una de estas la señalada por el artículo 1430 del Código Civil, en el cual fue necesario que, en sede acusatoria, se analice para poder llegar a la conclusión de que esta norma era imperativa.

[2] El cual señala que las partes pueden determinar de forma libre el contenido del contrato, en tanto que este no sea contrario a la norma legal imperativa.
[3] Mismo que dispone que lo señalado por la ley acerca de los contratos es de carácter supletorio a la voluntad de las partes, salvo que estas leyes sean imperativas.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

4.4.4. Sobre el orden público

Tratar de definir lo que es el orden público es ciertamente una tarea complicada, pues varios doctrinarios y estudiosos del derecho han convenido en definirlo de diferentes maneras.

Para Marcial Rubio, el orden público son normas de cumplimiento "ineludible" tanto para el Estado, como para los particulares.

Luis Diez-Picazo, en cambio, lo define como la organización de la comunidad y sus principios que la fundan. Similar definición brinda Massimo Bianca.

Franceso Galgano, lo define como las normas imperativas destinadas a salvaguardar los principios éticos fundamentales del ordenamiento social y jurídico.

La Casación 2516-98-San Martín, ofrece una definición un tanto distinta, según la cual, es aquella situación de normalidad en la cual vive un Estado, al desarrollarse las actividades individuales y colectivas sin perturbaciones ni conflictos, así como las normas e instituciones destinadas a mantener el funcionamiento de servicios públicos, seguridad y moralidad en las relaciones entre particulares y entre estos y el Estado.

Finalmente, para Soto, el orden público es el conglomerado de normas cuya finalidad es regular las relaciones entre particulares y la sociedad en conjunto. Dichas normas son predominantes e indispensables para poder coexistir de forma social y pacífica, siendo la labor del Estado la de tutelarla y defenderla (Soto Coaguila & Vattier Fuenzalida, 2011).

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Dicha limitación se encuentra expresada en el inciso 14 del artículo 2 de nuestra Constitución, así como el artículo V del Título Preliminar del Código Civil.

4.4.5. Colisión entre límites

Hecha esta definición acerca del orden público, el límite que permite distinguir lo que es propiamente el orden público de las normas imperativas parece desvanecerse; pues, si presuponemos que las normas imperativas son aquellas de obligatorio cumplimiento, y luego que el orden público son preceptos normativos indispensables para la existencia de un Estado y de sus particulares, esta indispensabilidad se puede traducir como "obligatoriedad" de cumplimiento; por lo tanto, ¿No serian ambos límites exactamente iguales?

Una solución a este problema la señala Cancino al mencionar que "el orden público se materializa en normas imperativas prohibitivas que suelen ser inderogables".

Otra solución que se brinda, es categorizar que, si bien ambas figuras suelen ser similares, el orden público es de mayor amplitud; es decir, son disposiciones que abarcan conceptos y situaciones más amplias y generales que la norma imperativa, ya que el orden público engloba principios de carácter jurídico, político, económico, moral; en tanto que las normas imperativas, usualmente, tutelan un tema específico, un aspecto preciso del ordenamiento jurídico o social existente. Ese criterio es compartido por la Corte Suprema, la cual mediante la casación 3702-2000-Moquegua, señaló que una norma se considera de orden público cuando su observancia es obligatoria para absolutamente todos, en tanto que las

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

normas imperativas solo son obligatorias para quienes se encuentran inmersos en el supuesto de hecho mencionado por dichas normas.

4.4.6. Sobre las buenas costumbres

Definir las buenas costumbres (al igual que definir el orden público) supone algo medianamente complejo. Por ejemplo, Barandiarán la define como aquellos elementos acordes a la moral social; otros autores como Vidal Ramírez la conceptúan como aquellas cuya utilidad es la prohibición de conductas que atenten contra esta.

Como se mencionó anteriormente, definir las buenas costumbres es complejo, pues si bien los doctrinarios coinciden en la definición de la misma, el concepto de lo que se ha de entender por "moral" es lo complejo, pues este es un parámetro subjetivo en función de los criterios y concepciones que cada uno pueda tener. Ello se torna más complejo cuando se habla de una "moral social", pues esta, además, es cambiante en función a la evolución que la sociedad va teniendo durante los años, por lo que, lo que hoy podría ser "moralmente correcto o aceptado", mañana podría no serlo. Es debido a esta subjetividad y a esta mutabilidad constante de la moralidad, que la determinación acerca de si un acto jurídico (específicamente un contrato) es contrario a la moral, responde más que nada al criterio y razonamiento del juez, en el caso específico.

La referencia a la moral, como límite a la libertad contractual, se encuentra en el artículo V del Código Civil.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM
UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

5. EL CONTRATO DE ADHESIÓN

5.1. Concepto del contrato de adhesión

Los contratos de adhesión, son una serie de contratos particularmente estudiados por la doctrina y cuya evolución ha tenido a bien tener lugar a lo largo de las últimas décadas, sobre todo con el advenimiento de las tecnologías y la masificación de servicios masivos, tales como los servicios de consumo, contratos bancarios y, últimamente, contratos relacionados con el uso de software y hardware tecnológico.

Su fundamento radica en la existencia, más no en la obligatoriedad, de la libertad contractual; es decir, la facultad que tiene la persona de poder decidir si ejerce o no dicho derecho conferido por el Estado a la hora de contratar.

La doctrina suele llamarla también contratación predispuesta. Dichos contratos, tienen su concepción en el hecho que, mientras una de las partes que interviene en el contrato lo redacta y dispone el contenido del contrato, la otra únicamente se limita a adherirse y aceptar las condiciones o rechazarlas en su totalidad, sin que exista posibilidad de discusión o negociación.

Dichos contratos tienen la característica de que, la libertad contractual es inexistente o, en su defecto, se encuentra de forma mínima, siendo que las personas se adhieren a estos por necesidad del servicio o producto ofrecido por la otra parte o por la carencia de otras opciones más atractivas o que ofrezcan mayor libertad al fijar los términos que regularan la relación contractual.

Casos característicos de estos contratos se observan en la suscripción de contratos de servicios básicos, tales como servicios de agua, desagüe, electricidad, servicios de internet, entre otros.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Ahora bien, un sector de la doctrina refiere que, aun a pesar de ello, la libertad contractual si existe, pues, ambas partes no se encuentran obligadas a aceptar lo señalado en el contrato, pudiendo elegir no suscribirlo. Para ellos, la libertad contractual únicamente se encuentra reducida, ello con la finalidad de dotar de mayor eficiencia al tráfico de bienes y servicios de alta demanda o de consumo masivo.

- **La adhesión según el Código de Protección y Defensa del Consumidor**

  El contrato de adhesión, según el Código de Defensa del Consumidor, establece que las condiciones generales de la contratación se pueden dar tanto en las relaciones de profesionales como en las relaciones de consumidores, pero se exige que las condiciones generales formen parte del contrato, sean conocidas o exista posibilidad real de ser conocidas, y que se redacten de forma transparente, con claridad, concreción y sencillez; además, se exige que no sean abusivas cuando se contrata con un consumidor. La Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias también regulan la contratación de adhesión y reconocen la posibilidad de que el contrato devenga total o parcialmente nulo por la existencia de cláusulas abusivas.

- **Según INDECOPI**

  El concepto de contrato de adhesión, según el INDECOPI, se refiere a un tipo de contrato en el cual una de las partes, colocada en la posición de aceptar o rechazar íntegramente las estipulaciones fijadas por la otra parte, declara su voluntad de aceptar. Estos contratos suelen contener cláusulas no negociables y son regulados para evitar abusos y proteger a los consumidores. El INDECOPI vela por la protección de los consumidores

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

y regula las cláusulas abusivas en los contratos por adhesión, considerando aspectos como la falta de negociación y la asimetría entre las partes.

5.2.Ventajas del contrato de adhesión

Según autores como De la Puente y Lavalle (2007), las ventajas que ofrecen los contratos de adhesión, son las siguientes:

- **Agilidad en su negociación:** Los contratos de adhesión tienen una ventaja en cuanto a los tiempos usados para la negociación y posterior establecimiento de la relación contractual, ya que el destinatario puede tomar una decisión más rápida al tener únicamente dos alternativas (el aceptar o el rechazar los términos expuestos en el contrato), en contraposición a los contratos en los que tiene la posibilidad de determinar y/o discutir la inclusión o exclusión de los términos contractuales.
- **Claridad en el texto del contrato:** Los contratos de adhesión muestran una ventaja en cuanto a su redacción, pues, al ser redactados por una parte que usualmente tiene más poder que la parte adherente, suele tener mayores recursos legales y comerciales que permiten una delimitación detallada, precisa y cuidadosa de los términos y condiciones que se expresan a través de las cláusulas en el contrato, de cara a regular las prestaciones ofrecidas.
- **Mejora de condiciones contractuales:** Los contratantes fuertes, al ser los únicos quienes elaboran y determinan el alcance de las diferentes cláusulas y términos del contrato, saben que no están expuestos a riesgos que, en el caso de ser contratos negociados, asumirían; lo que permite realizar mayores concesiones en cuanto a precios y costos.
- **Agilidad comercial y difusión de negocios:** Los contratos de adhesión, debido al casi nulo margen de negociación que tienen, así como la

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

predisposición y fijación de los términos y condiciones en los cuales se encontrará enmarcada la relación contractual, permiten la realización de acuerdos comerciales de forma masiva, ágil y rápida con varios adherentes; día a día, en diferentes lugares, incluso a través de comisionistas o agentes.

5.3.El contrato de adhesión en la legislación comparada

En Chile

En Chile, tenemos que, autores como Duran (2004) refieren que el marco normativo que regula la contratación por adhesión (y, fija sus límites) fue escaso hasta 1997, en el que la publicación de la Ley 19.496 fijó los parámetros necesarios y límites para la contratación por adhesión.

Es así que, para la legislación chilena, el contrato de adhesión se define como aquel contrato unilateral, en el que el proveedor propone cláusulas sin que el consumidor pueda alterar su contenido para su celebración.

Asimismo, establece como límites en su artículo 16, los siguientes:

- Aquellas cláusulas que faculten a una de las partes el dejar sin efecto o modificar el contrato o su ejecución, salvo que dicha facultad sea dada al consumidor en determinados servicios.
- Aquellas cláusulas que señalen incrementos de precio por servicios o accesorios o recargos, con la salvedad que estos se traten de prestaciones que puedan ser aceptadas o rechazadas por parte del consumidor.
- Aquellas cláusulas que pongan como responsable al consumidor de las deficiencias o errores cuando dichos eventos no le puedan ser imputables.
- Aquellas cláusulas destinadas a invertir la prueba, perjudicando al consumidor.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

- Aquellas cláusulas que limiten de forma absoluta la responsabilidad, destinadas a que el consumidor pueda solicitar indemnización o resarcimiento.
- Aquellas cláusulas que tengan espacios en blanco antes de ser suscritas.
- Aquellas cláusulas que vayan en contra de la buena fe, y perjudiquen al consumidor, en función de la finalidad para la cual se ha suscrito el contrato.
- Aquellas cláusulas destinadas a limitar los medios que pueden utilizar los consumidores para ejercer sus derechos.

Tal y como señala el citado artículo, la legislación chilena sanciona con la nulidad aquellas cláusulas que adolezcan de alguno de los supuestos establecidos anteriormente, sin perjuicio que las demás cláusulas subsistan en esencia.

Asimismo, la legislación chilena señala ciertos parámetros de forma y de fondo que deben seguir los referidos contratos para que tengan plena validez legal:

- La interpretación de las cláusulas ambiguas en favor del consumidor (Art. 16 C).
- La prevalencia de cláusulas más favorables al consumidor ante la existencia de cláusulas contradictorias entre sí.
- La redacción legible, con un tamaño de letra no menor a 2.5 milímetros (Art. 17).
- Redacción en castellano.
- Redacción de forma clara y simple acerca de los bienes y servicios prestados (Art. 17 A).

Los contratos de adhesión referidos a servicios que ofrece el sistema financiero, deberán tener:

- Desglose de cargos, comisiones y tarifas de los servicios prestados.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

- Causales que motivaran a la terminación anticipada del contrato de parte del prestador.
- La duración del contrato, así como las causales para su terminación por voluntad del consumidor.
- Identificar cada servicio o producto conexo al servicio o producto principal ofertado.
- Señalar la existencia del servicio de atención al cliente y formas, requisitos y procedimientos para el acceso a dicho servicio.
- Contener una hoja resumen de las principales cláusulas que rigen el contrato.
- La permanente comunicación que deberá realizar el proveedor al consumidor, cuando este último lo requiera, acerca de cualquier información solicitada sobre los servicios contratados.
- La prohibición de los proveedores de realizar cambios en precios, tasas y tarifas.
- La facultad del consumidor de solicitar la nulidad de una o varias cláusulas que infrinjan la ley, misma que deberá declararse por el juez.
- La prohibición de envío de contratos no solicitados por parte del consumidor.
- La prohibición de vender productos o servicios de forma atada.
- Imponer la contratación de productos o servicios conexos.
- No tiene la posibilidad de contratar el servicio conexo de forma separada, o de tenerla, esta se hace con condiciones arbitrarias.
- No se pueden realizar aumentos en precios o tasas de servicios o productos que dependan de otro, ante el cierre del último de parte del consumidor.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

En Colombia

Tal y como resalta Ochoa (2022), en Colombia es la SIC (Superintendencia de Industria y Comercio) la que ha definido, a través del concepto 17-030407 del año 2017, los contratos de adhesión como aquellos en los cuales se encuentra ausente la discusión previa de las partes orientadas a establecer las relaciones en las cláusulas que integrarán el contrato, ello debido a que es la empresa o proveedor del bien o servicio el que fija las condiciones, no dando la oportunidad al usuario a discutirlas.

Dicha institución, resalta el hecho de que el establecimiento del vínculo contractual, únicamente se da gracias al acto de aceptación y/o adhesión al esquema y fórmula presentada de forma unilateral por el proveedor.

Asimismo, es la Ley 1480 del 2011, en su artículo 37, la que fija los requisitos que deben contener todos los contratos de adhesión en Colombia, siendo estos:

- La existencia de información suficiente sobre la existencia, los efectos y el alcance de las condiciones del contrato.
- Debe estar en castellano.
- Las condiciones del contrato deben caracterizarse por ser concretas, claras y completas.
- Las letras y caracteres deben ser legibles a simple vista, no debiendo existir espacios en blanco.

De igual forma, esta ley, en su artículo 38, prohíbe a la parte fuere (es decir, al proveedor) la inclusión de cláusulas que permitan la modificación unilateral del contrato por parte de este.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

En su artículo 39, finalmente, dispone que el proveedor se encuentra en la obligación de entregar la constancia y términos de operación al consumidor dentro de 3 días posteriores a la solicitud.

El caso estadounidense

Si bien es cierto, la legislación y el ordenamiento jurídico estadounidense es sustancialmente diferente al de los países de habla hispana (pues, mientras que en el primero rige el *Common Law*, en el segundo el *Civil Law*), es interesante poder resaltar el tratamiento que dichos contratos han recibido en el país antes citado.

Comenzamos, en primer lugar, con el hecho que, partiendo en su denominación, esta es distinta a la conocida por nuestra doctrina, siendo que la doctrina, legislación y jurisprudencia estadounidense convienen en denominarla como el *standard form contracts.*

En dicho país, se tiene la costumbre de –como lo indica la nomenclatura anteriormente mencionada- realizar esta serie de contratos a través de formatos pre-impresos. Así, ello no constituye una limitante para considerar como contratos por adhesión a aquellos que se presentan en esa forma. Pues, como señala Vide, dichos contratos, independientemente de la forma en la que se presenten, siguen representando un "tómelo o déjelo"; es decir, demuestran al adquirente, consumidor o parte débil que no tiene más opción que o firmar o quedar excluido de la prestación del bien o servicio (Vide David, 2015). Estos contratos, por ende, deben de reunir las siguientes características para poder ser considerados como tal:

- Presentarse en formatos impresos estandarizados.
- Se ofrecen como una forma "tómelo o déjelo".

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

- La parte adherente no tiene oportunidad de poder negociar los términos, ello en razón a las diferencias existentes entre el poder del negocio y quienes ofrecen el contrato.

Básicamente, la regulación estadounidense tiene como principal instrumento normativo el UCC (*Uniform Comercial Code*), el cual tiene como objetivo regular de manera uniforme en todos los estados de Estados Unidos los criterios, parámetros y normas relacionadas con las transacciones comerciales y relaciones entre proveedores y consumidores.

Para tal efecto, autores anglosajones como Vide, señalan que existen tres factores importantes a considerar a la hora de hablar de regulación de contratos de adhesión: la *Unconscionability*, las expectativas razonables y otros factores.

En el primer caso, se hace referencia a un principio el cual se manifiesta a través de la sección 2-302 del UCC. Dicho principio, según la doctrina, tiene dos dimensiones, a saber:

La dimensión procedimental: Esta dimensión, señala que, respecto del proceso de negociación, este debe llevarse de tal manera que en el caso concreto no exista una ausencia de opción significativa para el adherente, es decir, que este haya aceptado los términos porque no tiene otra alternativa razonable, ni aviso acerca de los mismos, o es incapaz de entender los términos y su importancia para él.

La dimensión sustantiva: Esta dimensión, referida al resultado, señala que los términos del contrato deben ser opresivos, de forma que no sea ninguna persona honesta quien los haya redactado y nadie razonable hubiera aceptado. Ahora bien, la jurisprudencia estadounidense ha demostrado que dicho principio, para surtir efectos, debe ser presentada de forma procedimental y sustantiva, aunque es cierto también

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

que el aspecto procedimental es el fuertemente vinculado con los contratos por adhesión.

Los factores que se usan para determinar que el contrato por adhesión es *unconscionable* son, en palabras de Maza (2005) las siguientes:

A. El carácter adhesivo del contrato, que se interpreta como una forma de negociación sin alternativas para quien se adhiere.
B. Las diferencias en el poder de negociación que existen, lo que puede permitir que una de las partes tenga mayor probabilidad de imponer términos o cláusulas abusivas en el contrato. Para determinar ello, existen los siguientes criterios:
    - Criterio de poder del mercado; es decir, determinar si el mercado en el cual se desarrolla la actividad tiene características propias de un monopolio u oligopolio.
    - Tamaño del oferente, es decir, determinar el poder y alcance de la empresa en relación al tamaño de la otra parte.
    - Importancia del bien; es decir, el nivel de imprescindibilidad o necesidad de contratar debido al rol que desempeña el servicio o bien ofrecido.
    - La existencia de monopolios de situación específica, es decir, el incentivo dirigido al adherente con la finalidad de que este realice gastos sin que tenga conocimiento de los términos en los que está estipulado el contrato, mismo que se encuentra inaccesible hasta que se incurre en los gastos antes citados.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Las expectativas razonables

En relación a estas, es preciso señalar que tuvieron sus inicios y orígenes en el Derecho de seguros, siendo Keeton el encargado de definirlas como aquellas expectativas de los adherentes, las cuales conducen a poder beneficiarse del seguro, aun cuando de estudio del contrato de la póliza condujera a negar tales expectativas (Robert H., 1998).

A la luz de este criterio, además de servir este principio para interpretar los términos en los cuales se encuentra redactado el contrato por adhesión, tiene como función la incorporación de contenidos al contrato, mismos que no han sido estipulados por las partes (Ballesteros Garrido, 1999).

Al respecto, el test de la expectativa razonable consiste en: Determinar la naturaleza del contrato; es decir, si el contrato es negociado o, en su defecto, no lo es, y en caso de serlo, se procede al análisis de las cláusulas, en las cuales se busca saber si iban en contra de las expectativas razonables de la parte débil, siendo el enfoque establecido jurisprudencial y legalmente, las expectativas del consumidor promedio en la situación del contratante.

5.4.Tipología de las partes que emplean los contratos de adhesión

En los contratos de adhesión, por su naturaleza especial, ha sido objeto de discusión doctrinaria el determinar la visión de las partes que intervienen en este, ello en razón a la consideración de este como un auténtico contrato del Derecho Civil, o un acto unilateral de voluntad o perteneciente al campo del derecho administrativo.

Ello afecta en suma al rol de las partes que intervienen en dicho acto jurídico.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Las partes que intervienen en los contratos por adhesión, básicamente son dos:

A. El contratante fuerte

B. El contratante débil

En relación al primero, se trata de aquel contratante que se encuentra en una posición privilegiada respecto del otro, ya sea que es un proveedor de un servicio especial, indispensable o necesario; es un contratante con un tamaño y poder amplio (comúnmente, empresas o corporaciones grandes); o es un contratante con una presencia importante o fuerte dentro del mercado en el que se desempeñan sus actividades. Dichas condiciones, permiten a este establecer de forma predeterminada las cláusulas, términos y obligaciones que regirán las relaciones jurídicas que se establezcan con él. Estos contratantes, en función de su poder, alcance y posibilidades, usualmente cuentan con asesorías especializadas y profesionales que coadyuvan a la elaboración y mantenimiento de la relación jurídica a establecer mediante dichos contratos.

En tanto del segundo, se trata de aquel contratante que se encuentra en una posición sumamente inferior respecto del otro, ello manifestado por la imposibilidad de poder negociar o establecer cláusulas, criterios o condiciones que rijan la relación contractual con el contratante fuerte. Dicho contratante, puede ser una persona natural o puede ser una persona jurídica.

5.5.Desventajas del contrato de adhesión

Autores como De la Puente, Albaladejo (1995) señalan que las principales desventajas de estos contratos se pueden resumir en las siguientes:

- **Perdida de libertad contractual del adherente:** El principal fundamento y cuestionamiento realizado en torno a los contratos de adhesión radican en la

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

falta de la manifestación de libertad contractual en su dimensión de la negociación de las cláusulas que se incluirán en dichos contratos, pues, por su naturaleza, solo una de las partes (la parte fuerte) es la que ejerce su libertad contractual decidiendo el contenido de estos contratos, limitándose la otra parte a únicamente ejercer su libertad contractual aceptando o rechazando dichos términos.

- **Posición de inferioridad respecto del contratante fuerte:** Como consecuencia de las excesivas libertades y del poder y tamaño del contratante fuerte, se da lugar a que el adherente se sienta inferior y en una posición de desventaja en relación de la parte fuerte, lo que motiva a aceptar (aunque realmente no se encuentre de acuerdo) los términos y condiciones del contrato, ya sea por la imponente posición en el mercado de la parte fuerte, o de la necesidad o imprescindibilidad del bien o servicio ofrecido por este. En otras palabras, se genera un conformismo por la ausencia de manifestación plena de la libertad contractual, que no existiría en un contrato libremente negociado por partes iguales.
- **Existe el riesgo de abuso del oferente:** Una consecuencia del excesivo margen de libertad y de la posición de poder que tiene el oferente respecto del adherente, genera el peligro de que este abuse de su posición y de sus privilegios, pudiendo imponer cláusulas abusivas o que mermen la situación del adherente, tal como cobros leoninos, exagerados o la prestación de servicios innecesarios, pero conexos al principal; haciendo que el adherente no tenga más alternativa que aceptar debido a su situación de inferioridad y poco margen de negociación que tiene, ya que de no aceptarlas, se le estaría privando del servicio o de los bienes ofrecidos.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

5.6. Ejemplos de contratos de adhesión de servicios digitales

A. NETFLIX

Netflix es un servicio de streaming líder, que ofrece una amplia variedad de series, películas, títulos de anime, documentales y otros contenidos. Los usuarios pueden acceder a este servicio a través de una suscripción mensual y disfrutar del contenido en una variedad de dispositivos, como Smart TVs, consolas de videojuegos, reproductores de Blu-ray, teléfonos, tabletas y computadoras portátiles. Así mismo, Netflix también ha implementado nuevas condiciones para compartir cuentas, como la opción de pagar por casas extras y la posibilidad de eliminar dispositivos y perfiles. Estas actualizaciones buscan limitar el uso compartido de cuentas con personas que no convivan en el mismo hogar.

Análisis de los términos y condiciones de Netflix

Los términos y condiciones de Netflix incluyen aspectos como el precio de suscripción, la posibilidad de compartir cuentas, los cambios en las condiciones de suscripción y las prácticas de privacidad. Según los términos de uso de Netflix, el precio de la suscripción varía según el plan elegido, básico: 24,90 soles al mes, estándar: 34,90 soles al mes (posibilidad de agregar un miembro extra que no vive contigo por 7,90 soles al mes) y Premium: 44,90 soles al mes (posibilidad de agregar hasta dos miembros extras que no viven contigo por 7,90 soles al mes c/u).

Respecto a compartir cuentas, Netflix ha anunciado cambios en su política, solicitando a los usuarios que verifiquen que residen en el mismo domicilio para compartir la cuenta, lo que ha generado controversia.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

En cuanto a la modificación unilateral del contrato, se han realizado análisis sobre la posible conducta abusiva de ciertas condiciones en los términos de uso de Netflix a la luz de la normativa de consumo española.

Por último, en relación a la privacidad, Netflix recopila información a través de tecnologías como cookies, etiquetas de píxeles y contadores de visitas a la web, y utiliza esta información para sus operaciones internas, investigación y análisis.

B. SPOTIFY

Spotify es un servicio de música, podcasts y vídeos digitales que brinda acceso a millones de canciones y otro contenido de creadores de todo el mundo. Es una plataforma de streaming de música digital que ofrece tanto una versión gratuita como una versión de pago llamada Spotify Premium. La versión gratuita permite escuchar música en línea, mientras que la versión Premium ofrece la posibilidad de escuchar música sin conexión y sin anuncios, entre otras ventajas. Spotify está disponible en una gran variedad de dispositivos, como ordenadores, teléfonos, tabletas, altavoces, televisores o coches, y se puede pasar fácilmente de uno a otro con Spotify Connect. Actualmente, supera los 400 millones de usuarios registrados, una cifra más alta que la prevista según las expectativas del propio servicio de streaming.

Análisis de los términos y condiciones de Spotify

Los términos y condiciones de Spotify son extensos y se dividen en varios bloques distintos, que incluyen la Política de Privacidad, el Acuerdo de Usuario Final, los Términos del Código Premium, los Términos de la Prueba Gratuita de 7 días, los Términos de la Prueba Gratuita de 30 días, los Términos del Servicio Móvil, los Términos del Código Unlimited, entre otros

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Algunos aspectos clave de estos términos y condiciones son:

- **Política de Privacidad:** Spotify menciona que recopila información limitada sobre el uso del servicio, como datos de uso, para comprender cómo acceden al servicio y cómo lo utilizan. Además, combina estos datos con los de la cuenta de Spotify para proporcionar una experiencia adecuada.
- **Uso del servicio:** Los usuarios deben aceptar los términos y condiciones de uso de Spotify para acceder al servicio, que incluyen la personalización de la experiencia del usuario y la infraestructura.
- **Derechos de propiedad intelectual y de contenido:** Spotify menciona que los usuarios deben respetar los derechos de propiedad intelectual y de contenido, así como las licencias de uso de los mismos.
- **Asistencia al cliente, información, preguntas y reclamaciones:** Spotify ofrece un servicio de atención al cliente para resolver preguntas y reclamaciones relacionadas con el servicio.
- **Condiciones de uso de las APIs:** Los términos y condiciones de uso de las APIs de Spotify, son considerados los más largos y abusivos, incluyendo cláusulas que están en inglés y algunas que son negativas.
- **Responsabilidad:** Spotify no es responsable de interrupciones o eventos que escapen a su control, a menos que se disponga lo contrario en virtud de las leyes pertinentes.
- **Aplicaciones de terceros:** Spotify for Artists se integra en aplicaciones, sitios web y servicios de terceros, y también en computadoras personales, teléfonos celulares y tabletas. El uso de

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM
UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Spotify también cuenta con for Artists y puede estar sujeto a términos y condiciones adicionales.

6. INJERENCIAS DEL CONTRATO DE ADHESIÓN RESPECTO DE LOS PRINCIPIOS Y GARANTÍAS DEL CONTRATO

6.1. Nociones sobre el abuso del derecho

La buena fe

Para poder conocer a plenitud lo que se debe entender acerca del abuso del derecho, se debe conocer y definir un elemento el cual es indispensable para determinar la existencia del citado abuso: la buena fe.

Al respecto, la buena fe es definida como aquel modelo de carácter ideal de conducta en sociedad, consistente en la actuación de forma honesta, leal, proba, sin malicia. Como señala Wieacker, se trata del espíritu de escrúpulos con el que se deben hacer y cumplir las obligaciones y de ejercitar los derechos (Wieacker, 1986).

En ordenamientos jurídicos como el francés, suele ser definida como aquel comportamiento honesto y leal que deben tener las partes al momento de cumplir las convenciones que son parte del acuerdo, ello a través de la no atención única a la letra del acuerdo (Planiol, Tratié Elémentaire, 1920).

El abuso del derecho propiamente dicho

Habiendo hecho un repaso elemental acerca de las principales definiciones acerca del principio de buena fe, corresponde analizar las nociones básicas del abuso del derecho.

El abuso del derecho, es una figura jurídica que consiste, en palabras de Muñoz (2018), en aquella que tiene como objetivo la corrección de los ejercicios de un

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

derecho subjetivo que, considerando las circunstancias del ejercicio del mismo, contraviene principios jurídicos que lo sustentan. Como señala Atienza (2000), se trata de una figura "auto-correctora" que posibilita la represión de los ejercicios de un derecho que, si bien es cierto pueden ser válidos, terminan contradiciendo los principios del ordenamiento jurídico que sustentan el derecho del cual se ha abusado.

Rodríguez lo define como aquella comisión de acto a través del cual la persona que lo ejercita lo hace llevándolo al límite de lo permitido, provocando un daño a otra persona o atentando contra las buenas costumbres (1995).

Los principales antecedentes de esta figura se encuentran en el derecho romano, en el cual, juristas como Gayo, proclamaron que no se debe usar mal nuestro derecho; o Paulo, quien señaló que no todo lo lícito es honesto, es decir, no se puede hacer todo lo que dé la gana.

No obstante, no fue sino hasta el siglo XIX que la teoría del abuso del derecho, como tal, ganase la forma y desarrollo que ha conservado hasta nuestros días. Es así que se atribuye a la jurisprudencia de Francia, el mérito de crear y desarrollar dicho derecho, ello como una respuesta o un modo de contrastar el desarrollo económico - social que se estaba dando de forma acelerada, y la legislación, que consagraba sin límites las prerrogativas de la persona. Siendo así, se hizo necesario atenuar o restringir los excesos que realizaban las personas al ejercer sus derechos, así como buscar la forma de que se repare o indemnice a quienes hubieran sido perjudicados con dicho ejercicio del derecho.

Al día de hoy, dicho principio y teoría se encuentra plenamente desarrollado y reconocido en el mundo jurídico, aunque cuenta con un amplio abanico de autores

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

y doctrinarios, quienes señalan que el abuso, por su naturaleza, ha de ser manejado con mucha cautela, ello a efecto de establecer las cosas que pueden o no ser consideradas abuso en función de cada caso en concreto (Lauterpacht, 1958). Para ello, se considera el establecimiento de tres criterios destinados a regular o a determinar qué debe concurrir en cada conducta para poder ser considerada como abuso del derecho, a saber:

A. **Teoría subjetiva:** Dicha teoría, plantea que el ejercicio de un derecho se torna abusivo cuando este se hace con la intención de generar un perjuicio a la otra persona o tener un aprovechamiento indebido, existiendo mala fe. Si no hay mala fe, no existe abuso del derecho.
B. **Teoría objetiva:** Dicha teoría, señala que el ejercicio de un derecho se torna abusivo cuando se genera un daño contra terceras personas. A efecto de determinar si existió o no abuso, bastará con determinar y comprobar la existencia de daños o perjuicios en el caso en concreto.
C. **Teoría funcional:** Dicha teoría, nos indica que el ejercicio de un derecho se torna abusivo cuando dicho ejercicio es contrario a la finalidad económica y/o social para la cual fue establecida. A efecto de determinar si existió o no abuso, bastará asumir que existen intereses legítimos y sociales, además del interés individual que motiva al ejercicio del derecho.

A pesar de dichas teorías, actualmente, a nivel internacional, es la teoría subjetiva la que ha ganado mayor aceptación y, por ende, la valoración subjetiva convertida en necesaria para poder considerar la existencia de abuso del derecho.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

7. REGULACIÓN NORMATIVA FRENTE AL PROBLEMA

7.1. Normas existentes contra el abuso de los contratos por adhesión

Las cláusulas abusivas en los contratos, encuentran lugar en el Código de Protección y defensa al consumidor, el cual señala en su artículo 49, que se consideran como tales a todas aquellas cláusulas en contratos de adhesión que no han sido aprobadas administrativamente, no negociadas de forma individual, destinadas a perjudicar al consumidor, poniéndolo en una situación de desventaja o desigualdad.

De igual forma, para su evaluación, la misma norma considera que:

- Debe considerarse la naturaleza de los productos o servicios del contrato.
- Las circunstancias que concurran al celebrarse el contrato.
- Las demás cláusulas del contrato o de otros contratos dependientes o relacionados.

Asimismo, el citado código dispone en su artículo 50, que las cláusulas abusivas que adolecen de ineficacia absoluta son:

- Aquellas que excluyan o limiten la responsabilidad del proveedor por dolo o culpa.
- Aquellas que trasladen la responsabilidad al consumidor por actos u omisiones del proveedor.
- Aquellas que facultan al proveedor a resolver de forma unilateral un contrato.
- Aquellas que faculten al proveedor a resolver un contrato sin un plazo razonable.
- Aquellas que faculten al proveedor la prorroga o renovación unilateral del contrato.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

- Aquellas que limiten o excluyan los derechos de los consumidores, tales como:
    - Derecho de realizar pagos anticipados.
    - Derecho de oponer excepción de incumplimiento.
    - Derecho de retención, de consignación u otros.
- Aquellas que limiten los derechos del consumidor como:
    - Oponer excepciones procesales.
    - Limitaciones en la presentación de pruebas.
    - Inversión de carga de la prueba.
    - Formular denuncia por la presunta infracción de alguna norma del citado código.
- Aquellas que violen el orden público o normas imperativas.

Finalmente, el código señala en su artículo 51, aquellas cláusulas que adolecen de ineficacia relativa, las cuales son:

- Aquellas que establezcan obstáculos para el ejercicio de los derechos del consumidor.
- Aquellas que permitan al proveedor modificar, de forma unilateral, los términos y condiciones que perjudiquen al consumidor, con la excepción de que el consumidor tenga derecho a poder realizar la desvinculación del contrato sin que se le imponga alguna penalización.
- Aquellas que establezcan un plazo breve para que el consumidor manifieste su deseo de no prorrogar un contrato de forma automática.
- Aquellas que señalen procedimientos o cargas económicas muy complejos para que el consumidor pueda quejarse del proveedor.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

- Aquellas que permiten la delegación de la ejecución de la prestación a un tercero.
- Aquellas que permitan que un proveedor cambie el tipo de moneda con el que se celebró el contrato, siempre que ello sea en perjuicio del consumidor.

7.2.Organismos destinados a supervisar la contratación por adhesión

En nuestro país, la supervisión de los contratos de adhesión está a cargo de diferentes organismos, sin embargo, dicha supervisión solo se realiza si es que la empresa objeto de supervisión es parte de algún rubro o actividad económica de interés, según el Código de Protección y Defensa del Consumidor.

Siendo esto así, el citado código refiere que, para que un contrato de adhesión surta efectos, es decir, tenga plena validez en nuestro ordenamiento, este ha de estar sujeto a aprobación administrativa, ello siempre y cuando se trate de empresas que prestan servicios públicos que se encuentren sujetos o no a regulación económica (Artículo 54 de la Ley 29571). Dicha aprobación debe ser realizada por el organismo regulador del servicio prestado.

De igual forma, también se señala la supervisión de parte de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP, respecto de contratos de adhesión de empresas del sistema financiero (Art. 54.2).

Asimismo, dicha autorización administrativa, solo puede ser cuestionada a través de la vía judicial, siendo el consumidor que se sienta afectado por la cláusula el legitimado para obrar ya sea ante la autoridad administrativa o la autoridad judicial.

Finalmente, se indica que, si el INDECOPI detecta un mercado que debe ser regulado en cuanto a sus cláusulas de adhesión, este se encuentra facultado para informar a la

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

PCM (Presidencia del Consejo de Ministros) para que este designe a la autoridad encargada de su supervisión.

7.3.Recursos legales, judiciales y administrativos

En el caso de los contratos que incluyen cláusulas abusivas, por su naturaleza, y considerando los recursos y acciones que se pueden interponer en contra de dichas cláusulas, se tienen los siguientes recursos:

7.3.1. Nulidad

La nulidad, entendida como aquella invalidez del acto jurídico (o de una de sus cláusulas) que se debe a la falta de un elemento que la ley supone esencial para su validez (Taboada, 2010).

Stolfi lo señala como aquel negocio que no tiene o no cumple con un requisito esencial para su validez, o sea contrario a las normas de orden público y/o buenas costumbres, o contravenga una norma de carácter imperativo (Stolfi, 1959).

Autores como Marcial Rubio, señalan que una característica definitiva que diferencia a la nulidad de otras figuras de la invalidez, consiste en que la nulidad se caracteriza por la ausencia de dichos elementos al momento de la realización del acto jurídico; lo que, por ende, ante su declaración, hace que el acto jurídico no surta efectos desde el momento de su celebración, pues este nunca fue válido, siendo todos los actos derivados o relacionados con este declarados nulos también (Rubio Correa, 2014).

La nulidad puede obedecer, en nuestro ordenamiento jurídico nacional, a las diversas causas que a continuación se sintetizan:

- La falta de manifestación de voluntad.
- La incapacidad absoluta.
- El objeto física o jurídicamente imposible.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

- La simulación absoluta.
- Ausencia de formalidad que se sancione con la nulidad.

7.3.2. Anulabilidad

La anulabilidad del acto jurídico, en palabras de Albaladejo, se trata de aquel acto jurídico que, si bien es eficaz, en algún momento, por determinadas circunstancias o defectos en este, presenta amenaza de convertirse en ineficaz (Albaladejo, El negocio jurídico, 1958).

Otros autores, como Castro y Bravo, conceptualizan a dicha figura como aquella cuya invalidación depende de que se ejercite la acción de impugnación (Castro y Bravo, 1985). Ahora bien, a diferencia de la nulidad, esta figura tiene las siguientes características a resaltar:

A. Los defectos que tiene el acto jurídico susceptible de anulación se pueden convalidad; es decir, se puede reparar para que este no adolezca de dicha causal; a diferencia de la nulidad, en la que el defecto que adolece es insubsanable dada su naturaleza.
B. El acto jurídico anulable no es inválido, es eficaz; por ende, produce sus efectos desde su realización, no obstante, puede ser declarado ineficaz si es que la parte interesada en ello lo solicita. A diferencia de la nulidad, la cual es ineficaz desde su creación, no produciendo efectos de ningún tipo, siendo su única labor en el proceso judicial declarar (confirmar) ello.
C. La parte puede decidir si opta por la acción judicial de anulabilidad o si subsanar el defecto a través de una confirmación del acto; a diferencia de la nulidad, en el que no existe dicha elección, ya que el acto es nulo por contener defectos considerados insubsanables.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM
UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

D. La anulabilidad puede establecerse únicamente a través de una sentencia judicial; a diferencia de la nulidad, la cual prescinde de un proceso para establecerse como tal, siendo el proceso únicamente el medio para declarar y reconocer la nulidad de dicho acto jurídico.

7.3.3. Recursos administrativos

Los recursos administrativos lo proveen aquellas entidades que por ley, y como señaló el Código de Protección y Defensa del Consumidor, se encargan de la fiscalización y supervisión de los diversos servicios públicos existentes, a saber:

- En el caso de servicios de agua y saneamiento: La SUNASS
- En el caso de telecomunicaciones: El OSIPTEL
- En el caso de empresas del sistema financiero: La SBS

Es preciso indicar que, si bien es cierto, los demás servicios no cuentan con una supervisión directa, es el INDECOPI la institución destinada a recepcionar denuncias y sancionar a cualquier otro establecimiento o proveedor que, a denuncia de ciudadano, se pueda investigar y corroborar una situación de abuso en los términos contractuales que establece con el consumidor.

8. NORMAS EXISTENTES CONTRA EL ABUSO DE LOS CONTRATOS POR ADHESIÓN EN LOS SERVICIOS DIGITALES MEDIANTE EL DERECHO COMPARADO.

En la legislación peruana aún no hay una regulación que hable acerca de los contratos de adhesión en los servicios digitales, pero se puede observar que en otros países como en la Unión Europea, México y España, ya existen leyes que regulen este tipo de contratos, las mismas que se han ido desarrollado mediante el derecho comparado.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Ahora, sabiendo que la regulación de los servicios digitales es un tema de creciente importancia a nivel internacional, es preciso señalar que, como se mencionó antes, en la **Unión Europea, se aprobó la DSA** (siglas en ingles que significa Ley de Servicios Digitales) en julio de 2022, la cual establece normas sobre los servicios de intermediación en línea, con el objetivo de abordar problemas concretos surgidos en el ámbito digital.

Esta ley impone obligaciones a los distintos agentes en línea, y la supervisión recae en el regulador de telecomunicaciones, Ofcom (Office of Communications); con poderes para emprender acciones contra las empresas que no cumplan con la ley.

Es una legislación que busca establecer un marco regulatorio para los servicios digitales en la Unión Europea. Esta ley tiene como objetivos principales:

- Proteger los derechos fundamentales de todos los usuarios de servicios digitales.
- Establecer condiciones de competencia equitativas para fomentar la innovación, el crecimiento y la competitividad en el mercado único europeo y a escala mundial.
- La DSA aborda la necesidad de regular los servicios digitales, los cuales incluyen una amplia gama de servicios en línea, desde sitios web simples hasta plataformas en línea y servicios de infraestructura de Internet. La ley busca garantizar un entorno digital más seguro, protegiendo los derechos fundamentales de los usuarios y promoviendo la competencia justa en el mercado digital.
- La DSA también impone nuevas normas a las grandes empresas tecnológicas, como plataformas de redes sociales y motores de búsqueda, para luchar contra contenidos ilícitos, garantizar la transparencia en la presentación de mensajes a los usuarios, proteger la privacidad de los usuarios y eliminar contenidos nocivos

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

> o ilegales. Además, las empresas tecnológicas deben permitir que expertos del Centro Europeo para la Transparencia Algorítmica evalúen si sus algoritmos cumplen con las obligaciones establecidas.

Por otro lado, en España, se han aprobado proyectos de ley para reforzar la seguridad jurídica en servicios digitales, como el **Proyecto de Ley de Eficiencia Digital del Servicio Público de Justicia**, que regula aspectos como la previsión de riesgo de los prestadores de servicios y su régimen de responsabilidad. Así mismo, establece un marco jurídico de vanguardia para promover y facilitar el avance en la transformación digital de la Justicia. Este proyecto busca regular los servicios digitales accesibles a la ciudadanía, reforzar la seguridad jurídica en el ámbito digital, impulsar la eficiencia y orientar al dato los sistemas de Justicia. Además, tiene como objetivo eliminar cualquier brecha o desigualdad en el acceso a la Justicia, ya sea por razones de género, geográficas, culturales o de cualquier otro tipo, para construir una Administración de Justicia accesible e integradora, mejorando la cohesión social, territorial y digital. Este proyecto de ley es uno de los pilares legislativos del plan Justicia 2030, junto con las otras dos leyes de eficiencia procesal y organizativa, actualmente ya en trámite parlamentario.

Y en México, la regulación digital también ha cobrado relevancia con la aprobación de la **Ley de Servicios Digitales en 2022**, la cual consta de una serie de normas sobre los servicios de intermediación en línea. Estas normas imponen obligaciones a los distintos agentes en línea, las cuales corresponden con su respectivo papel, tamaño e impacto en el ecosistema en línea. La ley busca abordar problemas concretos surgidos en el ámbito digital, estableciendo un marco regulatorio para garantizar la equidad, certeza y seguridad jurídica en las relaciones entre los usuarios y las plataformas y servicios digitales, ya sean públicos o privados. Además, la ley establece principios que los servicios digitales deben observar, como licitud, consentimiento, información, calidad, finalidad, lealtad,

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

proporcionalidad y responsabilidad. Asimismo, se enfoca en la protección de los derechos de los usuarios digitales, incluyendo la libertad de expresión e información, y contempla mecanismos jurídicos para normar la reparación del daño en caso de que se considere que alguna decisión atenta contra los derechos de los usuarios digitales.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

CAPÍTULO II

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

CAPÍTULO II: MARCO METODOLÓGICO

1. INTERROGANTES

1.1.INTERROGANTE GENERAL

¿Cuál es el grado de afectación de la libertad contractual existente a la raíz de la aplicación masiva de contratos de adhesión de servicios digitales en el ordenamiento jurídico peruano?

1.2.INTERROGANTES ESPECÍFICAS

Primera: ¿Cuáles son los parámetros normativos que rigen y regulan los contratos de adhesión y la libertad contractual en la legislación peruana?

Segunda: ¿Qué defectos normativos que posibiliten la realización de ciertas prácticas abusivas que vulneren la libertad contractual existen?

Tercera: ¿Cuál es el nivel de efectividad de los medios normativos y organismos que controlan la práctica contractual en el país al día de hoy, en relación a los contratos de adhesión de servicios digitales?

2. OBJETIVOS

2.1.OBJETIVO GENERAL

Analizar cuál es el grado de afectación de la libertad contractual existente a raíz de la aplicación masiva de contratos de adhesión de servicios digitales en el ordenamiento jurídico peruano.

2.2.OBJETIVOS ESPECÍFICOS

Primero: Describir los parámetros normativos que rigen y regulan los contratos de adhesión y la libertad contractual en la legislación peruana.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Segundo: Encontrar defectos normativos que posibilitan la realización de ciertas prácticas abusivas que vulneren la libertad contractual existente.

Tercero: Determinar el nivel de efectividad de los medios normativos y organismos que controlan la práctica contractual en el país al día de hoy, en relación a los contratos de adhesión de servicios digitales.

3. HIPÓTESIS

Dado que, a la fecha, los contratos de adhesión se han masificado en la vida cotidiana de las personas; siendo que, para el consumo de un producto o servicio de entretenimiento digital, deben sí o sí aceptar sus condiciones sin importar qué tan de acuerdo estén realmente con las mismas, es probable que la práctica de esta modalidad de contratación esté afectando el derecho de la libertad contractual contemplada en los artículos 62 de la Constitución Política y 1354 del Código Civil.

4. METODOLOGÍA Y/O MARCO OPERATIVO

4.1. TIPO DE INVESTIGACIÓN

Los tipos de investigación a utilizar, son las siguientes:

- **Básica:** O también denominada investigación pura, es aquella cuyo objetivo es servir de base para una investigación aplicada.

- **Correlacional:** Es un tipo de investigación enfocada en hallar explicaciones a través del estudio de las relaciones entre dos o más variables.

4.2. ENFOQUE DE INVESTIGACIÓN

Cualitativo: Es aquel enfoque de investigación centrada en los sujetos más allá de números o cifras; es decir, busca comprender lo que los sujetos dicen, a través de un

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

método inductivo de indagación, interactuando tanto con las personas como con los datos que estas ofrecen.

4.3. DISEÑO DE INVESTIGACIÓN

El diseño de la investigación, obedece a la manera en la que se debe abordar el problema a efecto de realizar la investigación y comprobar la hipótesis.

Es importante al momento de proyectar la investigación, hacer una adecuada elección del diseño que se usará para la misma, puesto que la aplicación de un diseño incorrecto a una investigación en específico, repercutirá en problemas a la hora de realizar la investigación en sí.

En base a ello, en el presente trabajo de investigación, se propone el diseño no experimental, basado en revisión normativa y entrevistas a 10 especialistas en la materia.

4.4. TÉCNICAS

Las técnicas constituyen el procedimiento que se debe realizar a efecto de recolectar aquellos datos a usar en el futuro, cuando la investigación se ejecute. Para ello, considerando que la presente es una investigación no experimental y correlacional; es decir, consideramos y estudiamos la relación entre dos variables (conceptos), se ha propuesto entrevista y observación documental.

4.5. INSTRUMENTOS

Los instrumentos de investigación, se basan principalmente en aquellas herramientas que se utilizarán a efecto de poder obtener la información que permitirá ejecutar y concluir esta investigación; para ello, se ha elegido la Ficha de observación

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

documenta, la cual permitirá organizar la información a la que se recurra (libros, artículos, doctrina, jurisprudencia) al momento de realizar la investigación.

De igual manera, se ha optado por la Guía de entrevista, la cual será útil a efecto de recolectar información por parte de diez especialistas en la materia de contratos y libertad contractual, así como poderla analizar posteriormente al momento de plasmar los resultados y discutir los mismos en este trabajo de investigación.

4.6. CAMPO DE VERIFICACIÓN

Ubicación espacial: Perú.

Ubicación temporal: 2022.

Unidad de estudio: Contratos de servicios de entretenimiento digitales (plataformas de visualización de contenidos, redes sociales y compras online) de manera general y normativa sobre Contratos por Adhesión en el Código Civil.

4.7. Análisis de jurisdicción competente

Al respecto, es preciso indicar que algunos de los contratos de estos servicios tienen cláusulas que delimitan la competencia territorial o normativa aplicable en el caso de existir disputas.

Si bien es cierto, varios de estos servicios son brindados por empresas extranjeras, no todas señalan disposiciones relacionadas a lo anteriormente señalado, por lo que, a efecto de poder valorar y realizar este trabajo de investigación eficazmente, se procederá a examinar aquellos contratos de servicios digitales de servicios de entretenimiento, servicios diversos y redes que no incluyan cláusulas que delimiten jurisdicción a espacios ajenos al territorio peruano.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

4.8.ESTRATEGIA DE RECOLECCIÓN DE DATOS

Revisión conceptual: Se recopilará la información de bibliotecas, repositorios institucionales y centros de información:

- Biblioteca de la Universidad Católica de Santa María.
- Biblioteca de la Universidad Católica San Pablo.
- Biblioteca de la Universidad Nacional de San Agustín.
- Biblioteca de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Biblioteca de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
- Revistas de derecho nacionales e internacionales.
- Artículos académicos y doctrinarios.

Revisión documental: Revisión de normativa nacional y doctrina sobre la materia.

Realización de entrevistas: Se realizará entrevistas a diez (10) especialistas en materia civil (específicamente derechos de contratos) a efecto de conocer su perspectiva práctica en relación al problema objeto de la presente investigación.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

CAPÍTULO III

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

CAPÍTULO III: RESULTADOS

Para la aplicación de las guías de entrevistas se consideró a los siguientes entrevistados:

- Entrevistado 01: Abog. Juan Araujo Gallegos
- Entrevistado 02: Mg. Víctor Raúl Valdivia Cárdenas
- Entrevistado 03: Dr. Ramiro Wilfredo Gómez Mas
- Entrevistado 04: Abog. Nora Romero López
- Entrevistado 05: Mg. José Luis Parada Gonzales
- Entrevistado 06: Mg. Emmanuel Neptali Chávez Urquizo
- Entrevistado 07: Dr. Alberto Vittorio Camargo Riega
- Entrevistado 08: Mg. José Segundo Madriaga Álvarez
- Entrevistado 09: Abog. Guido Cesar Rodríguez Pinto
- Entrevistado 10: Mg. Carmen Esperanza Nalvarte Estrada
- Entrevistado 11: Dr. Christian David Corrales Otazu

A continuación, se desarrollarán los resultados obtenidos de las entrevistas, en relación con los objetivos:

OBJETIVO ESPECÍFICO 1: Describir los parámetros normativos que rigen y regulan los contratos de adhesión y la libertad contractual en la legislación peruana.

PREGUNTA 1	**Desde la óptica del Derecho Civil, ¿Está claramente definida y regulada la libertad contractual en nuestro ordenamiento civil?**

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM
UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Tabla 1: Respuestas de la pregunta Nº 1

Entrevistado	Respuesta de la pregunta Nº 1
01	Sí, está acorde a la constitución, y el Código Civil.
02	Sí, el problema es que las grandes empresas transnacionales tienen esos contratos por adhesión y, como no se tiene abogados al firmar esos contratos, son mal ejecutados; no difunden el verdadero rol de INDECOPI.
03	Sí, hay algunas falencias; la mayoría está legislada en la vía civil, a excepción de casos específicos, en los que se pone en riesgo la libertad contractual.
04	Sí, ya que dentro del mismo código se define en nuestro ordenamiento que debe existir un acto consensual para que nazca un contrato, en el que dos o más partes deben decidir crear derechos y obligaciones (libertad contractual) de índole patrimonial.
05	Positivamente, la libertad contractual es un principio que está en la constitución, pero no tiene una definición legal, el principio está definido correctamente en la doctrina, pero repito, no tiene una definición legal.
06	Definida está en el 1354, ahí viene una contradicción porque la libertad no se regula, se ejerce; siempre y cuando no vayas en contra de las buenas costumbres y el orden público. De hecho, en el 1356 que dice que la ley es supletoria de la voluntad de las partes.
07	Netamente en el ordenamiento civil sí.
08	Claro que sí.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

09	Considero que sí, esta libertad contractual está correctamente determinada por el artículo 1354 del C.C., en el cual se define con claridad la libertad en cuanto al contenido del mismo, pero a la vez se plasman las limitaciones que deben de tener los contenidos del contrato, ello lo encuentran en el mencionado artículo y siguientes.
10	Sí.
11	No.

Tabla 2: Análisis de la pregunta Nº 1

Convergencia	Divergencia	Interpretación
La mayoría de los entrevistados están de acuerdo en que la libertad contractual está claramente definida y regulada en el ordenamiento civil.	Un único entrevistado (entrevistado 11) expresa una opinión en contra, indicando que la libertad contractual no está claramente definida y regulada en el ordenamiento civil.	En general, la opinión mayoritaria es que la libertad contractual está claramente definida y regulada en el ordenamiento civil, respaldada por los argumentos de los entrevistados que mencionan la constitución, el Código Civil y el artículo 1354 como fundamentos para sostener esta afirmación. Sin embargo, el entrevistado número 2

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

	señala que existen problemas con los contratos por adhesión utilizados por grandes empresas transnacionales, lo que puede interpretarse como una crítica al modo en que se ejerce esta libertad contractual en ciertos contextos específicos.

Comentario respecto a la tabla 1: De la entrevista, se puede concluir que la mayoría de los entrevistados consideran que la libertad contractual está claramente definida y regulada en el ordenamiento civil, aunque algunos mencionan que existen ciertas falencias o limitaciones en casos específicos en los que se pone en riesgo la libertad contractual. En general, se menciona que la libertad contractual es un principio que está en la Constitución y en el Código Civil, y que se define como la capacidad de las partes para crear derechos y obligaciones de índole patrimonial mediante un acto consensual. También se menciona que existen limitaciones a la libertad contractual, como las impuestas por la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres. Algunos entrevistados mencionan que las grandes empresas transnacionales tienen contratos de adhesión que son mal ejecutados, y que es importante difundir el verdadero rol de INDECOPI para proteger a los consumidores. De tal manera, se dice que la libertad

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

contractual es un principio importante en el Derecho Civil, pero que existen limitaciones y restricciones que deben ser consideradas para proteger a las partes involucradas y al interés público.

PREGUNTA 2

PREGUNTA 2	**Desde la óptica del Derecho Civil, ¿Están claramente definidos y regulados los alcances y/o límites de los contratos por adhesión en nuestro ordenamiento civil?**

Tabla 3: Respuestas de la pregunta Nº 2

Entrevistado	Respuesta de la pregunta Nº 2
01	Sí, justamente en la sección de los contratos, contratos por adhesión.
02	No, por la naturaleza del contrato, quien lo redacta tiene un poder por encima de quien se adhiere. Este poder se incrementa más ya que, en su mayoría, quien redacta se aprovecha de que no existe negociación en dicho contrato y que nuestro código solo lo limita, indicando que no debe ir en contra del orden público y buenas costumbres (como todo acto jurídico), da pie a que se impongan cláusulas abusivas.
03	Sí, tiene algunos vacíos, si bien en nuestro código de 1986 se define la libertad contractual, así como también se considera como contratos típicos los contratos de adhesión ambas definiciones y alcances al respecto carecen de especificidad. Para poder entender la regulación de nuestro ordenamiento, se tiene que leer doctrina y

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

tener conocimientos sobre jurisprudencia, es por ello que considero que se necesitaría más especificidad.

Desde el derecho Positivo, se encuentra regulada en el artículo 1390 y posteriores. Ahora, desde la práctica y en la doctrina, aún no se ha profundizado al respecto; por el contrario, los contratos por adhesión de índole laboral, considero que se encuentran más estudiados por la doctrina y sus alcances y límites mejor regulados por la jurisprudencia. Se debe tener en cuenta que, en los contratos de adhesión, se mutila la autonomía privada de una de las partes, ya que se le impide negociar sobre el contenido sustancial del contrato; sin embargo, el adherente es quien decidirá al final si celebra o no el contrato respetándose así su libertad contractual.

04

Sí, los contratos por adhesión tienen una regulación en el 1390. Solo está regulado el concepto, no hay regulación precisa en cuanto a alcances y límites.

05

No, para nada; está identificado, sí, pero regulado no, porque las relaciones jurídicas entre personas y los bienes y la velocidad de creación de esos bienes ha hecho que el Derecho Civil sea insuficiente, por ello se han creado el derecho comercial y el derecho al consumidor, por lo que no es necesario ir a la norma civil.

06

Sí, hay varios artículos que hacen referencia a los contratos por adhesión.

07

Sí están.

08

Considero que sí, si bien no se presenta una igualdad entre el "poder" que tienen las partes, aspecto que sí se cumple y percibe en

09

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

	los contratos paritarios, considero que la esencia de este tipo de contrato se sustenta en ello, la capacidad de fijar todas las cláusulas contractuales para una parte y la capacidad de aceptar o rechazar en su integridad las cláusulas fijadas por la otra parte. En base a ello considero que los límites y alcances de este tipo de contrato si están correctamente regulados en nuestro C.C.
10	No.
11	No.

Tabla 4: Análisis de la pregunta Nº 2

Convergencia	Divergencia	Interpretación
La mayoría de los entrevistados están divididos en sus opiniones sobre si los alcances y/o límites de los contratos por adhesión están claramente definidos y regulados en nuestro ordenamiento civil. Algunos entrevistados (entrevistados 1, 7, y 8) expresan que sí están claramente definidos, citando la existencia de	Un número significativo de entrevistados (entrevistados 2, 6, 10, y 11) expresan que los alcances y/o límites de los contratos por adhesión no están claramente definidos y regulados en nuestro ordenamiento civil. Sus argumentos se centran en la falta de equilibrio de poder entre las partes, la existencia de cláusulas	Se puede concluir que hay una falta de consenso en cuanto a si los alcances y/o límites de los contratos por adhesión están claramente definidos y regulados en el ordenamiento civil. Mientras que algunos entrevistados consideran que sí están regulados, otros sostienen que existe falta de especificidad y problemáticas en la

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

artículos que hacen referencia a los contratos por adhesión. Otros entrevistados (entrevistados 3 y 9) señalan que, si bien existe una regulación en el Código Civil, esta carece de especificidad y requiere de la consulta de la doctrina y jurisprudencia para comprender sus alcances y límites.	abusivas y la necesidad de recurrir a otras ramas del derecho como el derecho comercial y el derecho del consumidor.	aplicación de dichos contratos.

Comentario respecto a la tabla 3: Las respuestas de los entrevistados son variadas, pero la mayoría coincide en que la regulación de los contratos de adhesión en nuestro Código Civil tiene algunos vacíos y carece de concreción. Si bien el concepto de contratos de adhesión está definido en el artículo 1390 y siguientes, los límites y alcances de estos contratos no están regulados con precisión. Algunos entrevistados sostienen que la dinámica de poder entre las partes es desigual y que la parte que redacta el contrato tiene más poder que la parte adherente. Esta dinámica de poder puede llevar a la inclusión de cláusulas abusivas en el contrato. Sin embargo, algunos entrevistados creen que los límites y alcances de los contratos de adhesión están correctamente regulados en nuestro Código Civil, y la esencia de este tipo de contrato se basa en la capacidad de una parte para fijar todas las cláusulas contractuales, y la capacidad de la otra para aceptarlos o

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

rechazarlos en su totalidad. En general, las respuestas de los entrevistados sugieren que, si bien los contratos de adhesión están definidos en nuestro Código Civil, hay margen de mejora en su regulación para garantizar que sean justos y no contengan cláusulas abusivas.

a) Discusión de resultados del primer objetivo específico:

Respecto al primer objetivo específico, el cual es describir los parámetros normativos que rigen y regulan los contratos de adhesión y la libertad contractual en la legislación peruana, se debe mencionar, de acuerdo con los resultados, que el artículo 1390 del Código Civil señala que el contrato es por adhesión cuando una de las partes, colocada en la alternativa de aceptar o rechazar íntegramente las estipulaciones fijadas por la otra parte, declara su voluntad de aceptar. Es así que, a pesar de que exista esta normativa en el Código Civil sobre los contratos de adhesión, existen algunas falencias o limitaciones y debe de existir un margen de mejora en su regulación para garantizar que sean justos y no contengan cláusulas abusivas.

Ahora bien, respecto a la sentencia del Tribunal Constitucional 2185-2002-AA/TC, se señala que la voluntad, como elemento esencial del contrato, se encuentra contenida en el principio de autonomía de la voluntad, la cual se disgrega en dos: La libertad de contratar, la cual es la libertad de decidir si contratar, cómo hacerlo, cuándo y con quién hacerlo; y la libertad contractual, que es la libertad de determinar el contenido del contrato. En casos específicos, en los que se pone en riesgo la libertad contractual, lo cual también tienen un contraste con los resultados, se determina que, justamente, algunas de las grandes falencias que sufre nuestro ordenamiento respecto a los contratos por adhesión, son la libertad contractual, el orden público, la moral y las buenas costumbres.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

OBJETIVO ESPECÍFICO 2: Encontrar posibles defectos normativos que posibilitan la realización de ciertas prácticas abusivas que vulneren la libertad contractual.

PREGUNTA 3

PREGUNTA 3	**Desde su perspectiva como abogado especialista en esta rama del derecho ¿Cuáles son los principales defectos que tiene la normativa civil en relación a la libertad de contratación?**

Tabla 5: Respuestas de la pregunta Nº 3

Entrevistado	Respuesta de la pregunta Nº 3
01	Justamente, hay un nuevo proyecto respecto del nuevo Código Civil, y uno de los proyectos dice que se debe incidir en que el Estado debe regular los contratos en cuestiones de orden público como ha sucedido por la pandemia, en donde el Estado debe regular cierto tipo de contratos, donde los contratos no deben ser intocables y su alcance y limitaciones no solo deben ser decididas por las partes, sino que el Estado también debería intervenir.
02	El problema está en los grupos de poder, que marcan una contraposición entre la constitución y el código civil; no existe solución de continuidad entre la libertad personal y la realidad negociada por ignorancia.
03	Los vacíos legales, ya que como es de conocimiento, la mayoría de estos contratos son celebrados en masa y en grandes cantidades, es por ello que muchas veces el contenido no se ajusta a las

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

prestaciones y obligaciones como derechos que se quieren celebrar por los adherentes, ya que, si bien pueden existir prestaciones similares o correlativas, no todos los celebrantes sin posibilidad de negociar (adherentes) van a requerir o necesitar lo mismo. Es ahí donde la norma debería dar cabida, no necesariamente darle la posibilidad de negociar, ya que iría en contra de la naturaleza de la adhesión, pero sí de que al momento de la aceptación, esta sea acorde a lo que se quiere celebrar por la parte impedida de negociar.

Considero que existe falta de regulación en cuanto a los límites de la libertad contractual, si bien esta se ve impedida por las normas de carácter imperativo o la vulneración del orden público y buenas costumbres, en la realidad, existen demasiados contratos en masa (adhesión) que, por el desarrollo mercantil y empresarial por el que atraviesa la ciudad, son cada vez más comunes y llevan a que varios

04 ciudadanos celebran contratos por adhesión siendo algunos abusivos y, en muchos casos, con contenido contrario a lo que el adherente quiere celebrar. Por ello, pienso que las limitaciones tanto constitucionales como las que se encuentran en el Código Civil, deben ser más específicas y acorde con lo que se ve en el día a día, y no solo desde un ámbito general como lo es indicar que no pueden ir en contra del orden público y buenas costumbres.

No veo defectos en cuanto a la libertad, porque es una categoría que está regulada en la doctrina. Ahora, que los contratos de adhesión

05 puedan colisionar con el concepto de la libertad de contratación, sí; me parece que en ese caso puede existir conflicto, pero para mí, la

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

libertad de contratación no es el problema, sino la regulación de los contratos por adhesión.

No puede ser defecto, porque correctamente ha dejado a los nuevos derechos, comercial y del consumidor, todo cuanto tiene que ver con la libertad de contratar en general; lo siguiente es que las fuentes de obligaciones forman parte de los derechos reales. Por ejemplo, el Art. 882 limita la libertad de enajenación, prohibiendo o limitando a su vez el que se pacten restricciones sobre la propiedad, limitando también la libertad de contratación; por ejemplo, no está

06 permitido prohibir a alguien, como propietario, que venda a otra persona esa propiedad. A mi consideración, no está mal si permitiera que uno, como propietario, no pueda vender a alguien, estaría entonces cambiando el concepto de derecho de propiedad. El Código Civil no presenta mayor problema en lo que se refiere a libertad contractual, siempre y cuando no contravenga el orden público y las buenas costumbres. El Derecho contemporáneo es complementario y todos esos derechos se derivan del Código Civil. Que no establece un régimen de equilibrio cuando hay una

07 desigualdad entre las partes porque, digamos, sí hay regulación laboral y en el consumidor, pero puede que en Derecho Civil no la haya.

Hay algunos aspectos que, en la actualidad, no se están cumpliendo

08 o, si se cumplen, no lo hacen a cabalidad, conforme lo expresa la norma.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

09	No considero que se presente algún defecto en la libertad de contratación. A mi parecer, el excesivo "blindaje" que se les otorga a los contratos, genera seguridad jurídica para las partes; elemento que es muy necesario para que el modelo económico que se desarrolla en nuestro país sea eficaz.
10	Considero que la falta de información.
11	Las variantes contractuales, las excepciones y la presencia de los denominados contratos modernos.

Tabla 6: Análisis de la pregunta Nº 3

Convergencia	Divergencia	Interpretación
La mayoría de los entrevistados, expresan que la normativa civil tiene defectos en relación a la libertad de contratación. Estos defectos se centran en la falta de regulación y especificidad en los límites de la libertad contractual, la existencia de contratos por adhesión abusivos, los vacíos legales en la adaptación de los contratos	Un único entrevistado (entrevistado 5) sostiene que no ve defectos en cuanto a la libertad de contratación, ya que considera que está regulada en la doctrina. Sin embargo, señala que el problema radica en la regulación de los contratos por adhesión.	En general, la opinión mayoritaria es que la normativa civil presenta defectos en relación a la libertad de contratación. Estos defectos se centran en la falta de regulación precisa de los límites de la libertad contractual, los problemas asociados a los contratos por adhesión abusivos, la falta de adaptación de los contratos

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

a las necesidades de los adherentes, y la falta de equilibrio en casos de desigualdad entre las partes.	a las necesidades de los adherentes y la falta de equilibrio en casos de desigualdad entre las partes. Algunos entrevistados también mencionan la necesidad de una mayor especificidad y adecuación de las limitaciones constitucionales y del Código Civil a la realidad de los contratos en la práctica. Por otro lado, la opinión minoritaria sostiene que no hay defectos en la libertad de contratación, sino en la regulación de los contratos por adhesión.

Comentario respecto a la tabla 5: Respecto a la entrevista realizada en la tabla 5, los entrevistados señalan una falta de regulación de los límites de la libertad de contratación, especialmente en el caso de los contratos por adhesión, que son cada vez más comunes debido al desarrollo del comercio y los negocios en la ciudad. Así como también la

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

existencia de vacíos legales en la regulación de los contratos, que pueden llevar a que el contenido del contrato no se ajuste a los derechos y obligaciones que los adherentes quieran celebrar. El problema de los grupos de poder, que se oponen a la Constitución y al Código Civil, crea una contradicción entre la libertad personal y la realidad de la negociación por desconocimiento. Esto crea la necesidad de que el Estado regule los contratos en materia de orden público, como ha sucedido durante la pandemia, donde el Estado debe regular cierto tipo de contratos.

PREGUNTA 4

PREGUNTA 4	**Desde su perspectiva como abogado especialista en esta rama del derecho ¿Cuáles son los principales defectos que tiene la normativa civil al momento de regular los contratos por adhesión?**

Tabla 7: Respuestas de la pregunta Nº 4

Entrevistado	Respuesta de la pregunta Nº 4
01	Uno de los defectos podría ser en cuanto a las responsabilidades, no deberían existir, a mi pensar, los contratos por adhesión porque los titulares del contrato deben ser los que hicieron el contrato primigeniamente.
02	Ignorancia de los trámites previos al momento de contratar.
03	Considero que los defectos se encuentran principalmente en la regulación; no tengo conocimiento de que exista algún ente o herramientas necesarias para regular prácticas abusivas practicadas en su mayoría por empresas que celebran estos contratos.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Como repito, en cuanto a los límites del mismo, y sobre todo el ser

04 más específico al momento de tutelar esta famosa libertad contractual que muchas veces se pierde por parte del adherente.

Que la norma es genérica, que puede existir un conflicto con el principio de libertad de contratación y puede generar una posición

05 de abusos por parte de las empresas de venta de productos y servicios, de manera masiva y de esta forma limitada.

No es defecto que no regule, sino que esta regulación debe dejarlo

06 en específico a los espacios sociales que trabajen con estos contratos. Por ello existe la norma específica

Considero que es el tema de regulación de cláusulas abusivas, talvez

07 debería existir una mayor precisión en la regulación de estas cláusulas.

Considero que los contratos por adhesión están conforme a la ley, pero hay ciertos aspectos que deberían regularse, como que se dé un tiempo para poder dar lectura a todas las especificaciones que indica en el contrato, porque hay indicaciones que a veces puedes no estar

08 de acuerdo y te das cuenta después de algo que realmente no es conveniente. De esta forma si no estás plenamente de acuerdo podrías hacerlo constar, sería bueno que tenga un espacio en blanco para hacer constar dicha observación.

No considero que presenten defecto alguno mientras no contravengan otras normas. A mi parecer el contrato por adhesión

09 es un formato necesario para el desarrollo económico actual, específicamente para aquellos servicios en los que se realizan

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

	contrataciones masivas, para lo cual es de gran utilidad aprovechar este modelo de contrato.
10	Nuevamente considero que la información.
11	Tiene una regulación limitada

Tabla 8: Análisis de la pregunta Nº 4

Convergencia	Divergencia	Interpretación
La mayoría de los entrevistados expresan que los principales defectos de la normativa civil, al regular los contratos por adhesión, se encuentran en la falta de regulación precisa y específica, especialmente en lo que respecta a los límites y la tutela de la libertad contractual. También se menciona la falta de regulación de prácticas abusivas por parte de empresas que celebran este tipo de contratos y la falta	Algunos entrevistados consideran que no existen defectos en la regulación de los contratos por adhesión. Un entrevistado menciona que no es un defecto que la norma no regule, sino que la regulación debe dejarse en manos de los espacios sociales que trabajan con estos contratos. Otro entrevistado considera que los contratos por adhesión están conformes a la ley y que cualquier aspecto que	En general, la opinión mayoritaria es que la normativa civil presenta defectos en relación a la regulación de los contratos por adhesión. Estos defectos se centran en la falta de regulación precisa y específica, la falta de tutela de la libertad contractual, la falta de regulación de prácticas abusivas y la falta de precisión en la regulación de cláusulas abusivas. Algunos entrevistados también mencionan la

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

de precisión en la regulación de cláusulas abusivas. Estos entrevistados consideran que la norma es genérica y puede generar abusos por parte de las empresas al vender productos y servicios de manera masiva y limitada.	debería regularse ya está contemplado.	necesidad de una mayor especificidad y adecuación de la normativa a la realidad de los contratos por adhesión en la práctica. Por otro lado, la opinión minoritaria sostiene que no existen defectos en la regulación de estos contratos y que cualquier aspecto que debería regularse ya está contemplado.

Comentario respecto a la tabla 7: De acuerdo a esta entrevista, se señala que existen varios problemas con la regulación de los contratos de adhesión, incluida la falta de especificidad, la posibilidad de abuso y la regulación limitada de las cláusulas abusivas. También sugieren que la regulación se deje en manos de los espacios sociales que trabajan con estos contratos y que el contrato no sea defectuoso siempre que no contravenga otras normas.

b) Discusión de resultados del segundo objetivo específico:

Respecto al segundo objetivo, que es encontrar posibles defectos normativos que posibilitan la realización de ciertas prácticas abusivas que vulneren la libertad contractual, debemos señalar que, de acuerdo a los resultados, el artículo 882 del Código Civil limita

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

la libertad de enajenación, prohibiendo o limitando a su vez el que se pacte restricciones sobre la propiedad, limitando también la libertad de contratación. Así mismo, la mayoría de los entrevistados, mencionan la necesidad de una mayor especificidad y adecuación de las limitaciones constitucionales y del Código Civil a la realidad de los contratos por adhesión en la práctica.

OBJETIVO ESPECÍFICO 3: Determinar si los medios normativos y organismos que controlen la practica contractual en el país son efectivos al día de hoy.

PREGUNTA 5

PREGUNTA 5	**¿Considera que los organismos existentes en nuestro país ayudan a proteger a las personas ante abusos a la libertad contractual en contratos de adhesión?**

Tabla 9: Respuestas de la pregunta Nº 5

Entrevistado	Respuesta de la pregunta Nº 5
01	No, no solamente a los contratos por adhesión sino a todo tipo de contratos, estos organismos no ayudan en absoluto a la parte que obtiene el servicio, la parte que da el servicio hace lo que quiere.
02	No, porque desnaturalizan las normas a través de sus reglamentos, La legislación esta para ayudar, pero hay un problema de corruptela, convirtiendo en malas prácticas de los abogados especialistas en la defensa del consumidor.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

03 No, generalmente no, salvo en los casos laborales y derecho de consumidor los cuales, si se encuentran regulados por SUNAFIL, INDECOPI y el Ministerio de Trabajo.

04 En el ámbito laboral sí, ya que cuenta con muchas entidades que protegen los derechos laborales, pero en cuanto a los contratos por adhesión civiles, yo creo que no existen mecanismos ni entidades que estén al tanto de estos abusos.

05 Considero que no, porque INDECOPI, por ejemplo, no va más allá del contrato por adhesión, solo declara ineficacia de las cláusulas abusivas. Pero más allá de ello, hay que darle una salida al contrato por adhesión o no.

06 Sí considero, pero igual hay que crear mecanismos que familiaricen a las personas en el uso de estos procedimientos.

07 Muchas veces no, porque hay mucha burocracia para interponer un reclamo y en ese momento se diluye la justicia.

08 Como puede ser INDECOPI, en donde existe un trámite muy burocrático en estos aspectos, se tiene que conciliar primero y luego recién se puede realizar la denuncia, esta burocracia afecta económicamente al ciudadano, debería haber una entidad en la que se pueda hacer una queja directamente equiparando con la OCMA en el poder judicial, para que así ese órgano regulador inmediatamente intervenga, que sea más eficaz y sin mucho papeleo. Esa multa que aplica INDECOPI, es solo para el Estado, pero no hay un resarcimiento para el ciudadano afectado, al menos

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

	un mínimo se debería dar por su tiempo y los tramites, es la razón por la que ciudadanos no denuncian.
09	Sí, debido a su presencia es que se obtienen buenos resultados con respecto a este modelo de contrato.
10	No.
11	No.

Tabla 10: Análisis de la pregunta Nº 5

Convergencia	Divergencia	Interpretación
La mayoría de los entrevistados expresan que los organismos existentes en el país no ayudan a proteger a las personas ante abusos a la libertad contractual en contratos de adhesión. Estos entrevistados sostienen que estos organismos no brindan suficiente apoyo y que existe corrupción o malas prácticas por parte de abogados especialistas en la defensa del	Algunos entrevistados sostienen que sí consideran que los organismos existentes ayudan a proteger a las personas ante abusos en contratos de adhesión. Sin embargo, un entrevistado menciona que se deben crear mecanismos para familiarizar a las personas con los procedimientos existentes.	En general, la opinión mayoritaria es que los organismos existentes en el país no brindan una protección adecuada ante abusos a la libertad contractual en contratos de adhesión. Estos entrevistados mencionan la falta de apoyo, la corrupción, las malas prácticas, la limitada cobertura en contratos de adhesión civiles y la burocracia como

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

consumidor. También se menciona que, en general, estos organismos se enfocan en la protección laboral y de los derechos del consumidor, dejando de lado la protección en contratos de adhesión civiles. Algunos entrevistados mencionan la burocracia y dificultades en los procesos de reclamo, lo que diluye la justicia y dificulta el acceso a una resolución justa.	principales razones para esta percepción. Por otro lado, la opinión minoritaria sostiene que los organismos existentes sí ayudan en la protección, aunque un entrevistado señala la necesidad de crear mecanismos adicionales para familiarizar a las personas con los procedimientos existentes.

Análisis respecto a la tabla 9: Según las respuestas dadas en la entrevista de la tabla 9, no existe un consenso claro sobre si las organizaciones existentes en el país ayudan a proteger a las personas de abusos en los contratos de adhesión. Algunos encuestados creen que estas organizaciones no ayudan en absoluto, mientras otros creen que sí ayudan en determinadas áreas como los derechos laborales y de los consumidores. Sin embargo, existen preocupaciones sobre la corrupción y la burocracia en algunas de estas organizaciones, lo que puede dificultar que los ciudadanos busquen justicia. En general, las respuestas sugieren que se necesitan mecanismos más eficaces para proteger a las

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

personas de abusos en los contratos de adhesión y para educar a los ciudadanos sobre cómo utilizar estos mecanismos.

PREGUNTA 6

PREGUNTA 6	**¿Considera que la legislación existente está lo suficientemente desarrollada para poder identificar aquellas cláusulas o contratos de adhesión que vulneren la libertad contractual actualmente y puedan proteger a las personas ante dichos abusos?**

Tabla 11: Respuestas de la pregunta Nº 6

Entrevistado	Respuesta de la pregunta Nº 6
01	No, no están capacitados.
02	Sí, el problema es quién la aplica.
03	Tiene bastantes vacíos legales que aprovecha el contratista para vulnerar los derechos del adherente.
04	No, como lo dije anteriormente, los límites de estos contratos y cómo se regula es muy general, y no permite identificar cuáles son los límites en cuanto al contenido que pueden tener estos contratos.
05	No, tanto más que las cláusulas abusivas que están en el código de protección al consumidor y no en el Código Civil.
06	No, para nada; es más, dentro del código del consumidor hay un vacío en cuanto a las cláusulas abusivas, no hay procedimiento para las cláusulas abusivas no aprobadas por la autoridad administrativa.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

07	No, considero que sí falta mayor precisión, sobre todo en identificar esas cláusulas y colocar los escenarios donde se identifique la desigualdad entre las partes.
08	Sí, yo pienso que sí, de proteger sí lo hacen, pero sería bueno que lo hagan de manera más eficaz y efectiva.
09	El derecho no es una ciencia estática, sino más bien lo describiría como un fenómeno dinámico, por lo que nunca se podría afirmar que la legislación del momento alcanzó un límite con respecto a su desarrollo, pero lo que sí puedo afirmar es que, a día de hoy, la legislación regula y controla eficientemente los diversos modelos de contratación existentes.
10	No.
11	Sí.

Tabla 12: Análisis de la pregunta Nº 6

Convergencia	Divergencia	Interpretación
La mayoría de los entrevistados expresan que la legislación existente no está lo suficientemente desarrollada para poder identificar cláusulas o contratos de adhesión que	Algunos entrevistados sostienen que la legislación existente está lo suficientemente desarrollada para identificar cláusulas o contratos de adhesión	En general, la opinión mayoritaria es que la legislación existente no está suficientemente desarrollada para identificar cláusulas o contratos de adhesión

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

vulneren la libertad contractual y proteger a las personas ante dichos abusos. Estos entrevistados mencionan la falta de capacitación de quienes aplican la legislación, los vacíos legales que permiten el abuso por parte del contratista, la falta de límites claros en la regulación y la falta de procedimientos para tratar cláusulas abusivas. También se menciona que las cláusulas abusivas se encuentran principalmente en el código de protección al consumidor y no en el Código Civil. Algunos entrevistados mencionan la necesidad de mayor precisión y la identificación de escenarios donde se

abusivos y proteger a las personas. Sin embargo, un entrevistado menciona que el problema radica en la aplicación de la legislación.

abusivos y proteger a las personas. Estos entrevistados mencionan la falta de capacitación, los vacíos legales, la falta de límites claros, la ausencia de procedimientos y la concentración de cláusulas abusivas en el código de protección al consumidor como razones para esta percepción. Por otro lado, la opinión minoritaria sostiene que la legislación existente sí está suficientemente desarrollada, aunque un entrevistado señala que el problema está en la aplicación de la legislación.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

evidencie la desigualdad entre las partes.

Análisis respecto a la tabla 11: De acuerdo a la entrevista realizada, se señala que la legislación existente no está suficientemente desarrollada para identificar cláusulas o contratos de adhesión que vulneren la libertad contractual y protejan a las personas de tales abusos. Sostienen que existen muchas lagunas legales, que los contratistas pueden aprovechar para violar los derechos del adherente. También mencionan que existe falta de precisión en identificar estas cláusulas y ubicar escenarios donde se identifica desigualdad entre las partes. Y por ello sugieren que la legislación debe ser más efectiva y eficiente para proteger a las personas de tales abusos.

c) Discusión de resultados del tercer objetivo específico:

Respecto al tercer objetivo específico, donde se pretende determinar si los medios normativos y organismos que controlan la practica contractual en el país son efectivos al día de hoy, es necesario señalar que lo estipulado en el artículo 1354 del Código Civil, mediante el cual se considera que las partes pueden determinar de forma libre el contenido del contrato en tanto que este no sea contraria a una norma de carácter imperativa, concuerda con los resultados debido a que no se estaría cumpliendo con este artículo debido a que hasta el día de hoy no existe una regulación, así como también la legislación peruana no está suficientemente desarrollada para identificar cláusulas o contratos de adhesión que vulneren la libertad contractual y, de esta forma, proteger a las personas de tales abusos.

Por otro lado, Torres Vásquez (2012) señaló que el principio de libertad de contratación tiene vital importancia a la hora de establecer una sociedad en la cual se rija un orden

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

económico de carácter abierto, competitivo y de libre comercio; por ello tiene relación con los resultados, debido a que la mayoría de los entrevistados sostienen que existen muchas lagunas legales que los contratistas pueden aprovechar para violar los derechos del adherente, también mencionan que existe falta de precisión en identificar estas cláusulas y ubicar escenarios donde se identifica desigualdad entre las partes.

OBJETIVO GENERAL: Analizar el grado de afectación a la libertad contractual existente a raíz de la aplicación masiva de contratos de adhesión, desde la óptica del Derecho Civil.

PREGUNTA 7

PREGUNTA 7	**En base a su experiencia: ¿Cuál es la incidencia de casos en los que existe una vulneración a la libertad contractual a raíz de la aplicación masiva de contratos de adhesión?**

Tabla 13: Respuestas de la pregunta Nº 7

Entrevistado	Respuesta de la pregunta Nº 7
01	Todos los contratos son vulnerables, es por eso que en el poder judicial el porcentaje de juicios por nulidades de contratos o acto jurídico es alto, porque justamente a los notarios no les interesa hacer de contralor, controlar las estipulaciones de los contratos, la libertad para hacer los contratos es total y por eso existen cláusulas ilegales; y en segundo lugar, en los casos que llegan a judicializarse, el juez tampoco hace una evaluación precisa de las cláusulas de los contratos, simplemente se avoca a ver las

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

consecuencias y el perjuicio que puede haber en esa cláusula y de acuerdo a eso toma su decisión. Los contratos no controlan exhaustivamente esa libertad que tienen de contratación.

02 Los contratos por adhesión se encuentran restringidos por la norma; la incidencia es alta, pero existe el común denominador de la ignorancia del usuario y el abogado.

03 En la mayoría de veces, las empresas se aprovechan de los adherentes; es muy recurrente que suceda esto.

04 Es muy común, es recurrente que las cláusulas abusivas se hagan presentes en este tipo de contratos, y en la mayoría existe una coerción que hace que, finalmente, el adherente decida celebrar el contrato.

05 Es bastante alta en los casos de contratación de consumo y también en los contratos inmobiliarios, en los contratos de tarjetas de créditos, en los contratos de servicios de salud, servicios educativos; es alta.

06 La incidencia es altísima en el sector financiero-bancario. Es menor en el sector regulador.

07 Hay muchos casos en los que hay abusos por la cultura por ejemplo cuando firman solamente por costumbre, debería haber un mayor control administrativo, es decir, por el Estado.

08 Como anteriormente expliqué, lo que falta aquí es que los órganos supervisores o entidades encargadas de revisar estos contratos tengan un poco más de cuidado en los formatos que emiten y que no solamente sea todo a favor de la empresa; que también tengan

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

	cláusulas a favor del adherente, para que así pueda existir una paridad entre empresa y ciudadano.
09	No es frecuente, en vista de que los organismos reguladores protegen eficazmente al consumidor, que en la mayoría de los casos es la parte "débil" dentro de la asimetría que posee este modelo contractual.
10	Se abusa excesivamente.
11	La mayoría de casos en telefonía y bancarios.

Tabla 14: Análisis de la pregunta Nº 7

Convergencia	Divergencia	Interpretación
La mayoría de los entrevistados sostiene que existe una incidencia alta de casos en los que se vulnera la libertad contractual debido a la aplicación masiva de contratos de adhesión. Estos entrevistados mencionan la presencia de cláusulas abusivas, el aprovechamiento de las empresas hacia los	Un entrevistado menciona que la incidencia de casos de vulneración a la libertad contractual no es frecuente, debido a la eficaz protección al consumidor por parte de los organismos reguladores.	En general, la opinión mayoritaria es que existe una incidencia alta de casos en los que se vulnera la libertad contractual debido a los contratos de adhesión. Se mencionan cláusulas abusivas, aprovechamiento por parte de las empresas, coerción y la presencia de casos en diversos sectores. La opinión minoritaria señala que la incidencia no

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

adherentes y la coerción que lleva al adherente a celebrar el contrato. También se destaca la incidencia alta en sectores como la contratación de consumo, contratos inmobiliarios, tarjetas de crédito, servicios de salud y servicios educativos. Además, se menciona la falta de control administrativo y la necesidad de mayor cuidado en los formatos de los contratos para equilibrar las cláusulas a favor del adherente.	es frecuente debido a la protección eficaz al consumidor por parte de los organismos reguladores.

Comentario respecto a la tabla 13: Respecto a la entrevista realizada en la tabla 13, se señala que el porcentaje de demandas por nulidad de contratos o actos jurídicos es alto en el sistema judicial; ya que los notarios no actúan como controladores de las estipulaciones de los contratos, la incidencia de cláusulas abusivas es alta en los contratos de adhesión, y muchas veces existe coacción que hace que el adherente decida celebrar el contrato. Así también, las empresas muchas veces se aprovechan de los adherentes, y es muy recurrente

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

que, en este tipo de contratos, estén presentes cláusulas abusivas. Por ende, los entrevistados coinciden en que existe una alta incidencia de cláusulas abusivas en los contratos de adhesión, y que existe una falta de control por parte de los órganos o entidades supervisoras encargadas de revisar estos contratos.

PREGUNTA 8

PREGUNTA 8	**¿Qué o cómo debería normarse, en base a su experiencia, a efecto de reforzar la libertad contractual frente a los contratos de adhesión?**

Tabla 15: Respuestas de la pregunta Nº 8

Entrevistado	Respuesta de la pregunta Nº 8
01	No debería existir una libertad total y, además, debería existir un sistema de inviolabilidad de la libertad contractual, una regulación por alguna razón especialísima, excepcional en el que el Estado pueda invadir esa inviolabilidad.
02	Debería difundirse mejor la norma para los usuarios y consumidores; los organismos existentes deberían tener más oficinas, no solo en las capitales de región, que refuercen la aplicación de la normativa.
03	Estos contratos de adhesión deberían ser celebrados solo en casos específicos y no darle puerta abierta a que existan cláusulas abusivas o contenido que, en lugar de generar derechos, obligaciones o beneficios para el adherente, lo perjudiquen; y en los otros casos, en los que no se encuentren especificados en la norma,

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

deberían ser celebrados como los demás contratos típicos; es decir, con la participación de dos o más partes en la negociación del contrato.

Como contrato típico, debería existir requisitos específicos al momento de celebrar estos contratos, para que con ellos se proteja al adherente que, si bien por la misma naturaleza del contrato está impedido de negociar los términos del mismo, tenga más y mejores

04 herramientas al momento de decidir celebrar o no el contrato. Asimismo, si ya se celebró el contrato y se evidencia la existencia de cláusulas abusivas, al momento de buscar anular el mismo, exista muchas más facilidades para el adherente y no se analice aspectos sustanciales de la relación jurídica y la validez del acto.

Los contratos por adhesión deberían tener una normatividad mucho más amplia, y no se trata de limitar las transacciones, porque eso le

05 da agilidad al sistema económico; debe haber ciertas cláusulas generales y debe permitirse negociar algunas partes.

En áreas específicas, se deberían reforzar la identificación y

06 procedimientos en el derecho bursátil.

Específicamente, la situación de desigualdad para las partes y las

07 cláusulas que deberían estar prohibidas en estos contratos.

Existe la norma, lo que debería implementarse es un poco más a favor del ciudadano, para que tenga más facilidades en los contratos

08 con el banco o una mejor información de parte del banco al adherente. Hay ciudadanos que desconocen la TEA, por ejemplo,

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

	deberían explicar de manera más detallada, sino es como que ellos buscan hacer caer en el error al usuario.
09	Considero que se debe agudizar la fiscalización de este modelo de contrato, para así evitar diversos abusos que se puedan presentar a futuro, ya que, como lo señalé anteriormente, considero que el modelo de contrato por adhesión es necesario para nuestro desarrollo económico, pero ello no condiciona a que se le permita abusar de alguna de las partes.
10	Hay que reforzar el tema de la información.
11	Hay que modificar la legislación, hay que cambiar las condiciones que se imponen para la adhesión.

Tabla 16: Análisis de la pregunta Nº 8

Convergencia	Divergencia	Interpretación
La mayoría de los entrevistados sugiere reforzar la regulación y normativa de los contratos de adhesión para fortalecer la libertad contractual y proteger a los adherentes. Se proponen diversas medidas, como limitar la libertad total en la	Un entrevistado menciona la necesidad de reforzar la identificación y procedimientos en el derecho bursátil como medida específica.	En general, la opinión mayoritaria es que se debe reforzar la normativa y regulación de los contratos de adhesión para proteger a los adherentes y fortalecer la libertad contractual. Se proponen medidas para limitar la libertad total, mejorar la información,

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

celebración de estos contratos, difundir mejor la norma para los usuarios y consumidores, establecer requisitos específicos al momento de celebrar los contratos, prohibir cláusulas abusivas, permitir la negociación de ciertas partes del contrato, reforzar la fiscalización y agilizar los procedimientos de anulación en caso de cláusulas abusivas, mejorar la información proporcionada al adherente y modificar las condiciones impuestas para la adhesión.		establecer requisitos y prohibir cláusulas abusivas, entre otros. La opinión minoritaria señala la necesidad de mejorar la identificación y procedimientos en el derecho bursátil de manera específica.

Comentario respecto a la tabla 15: Según la entrevista realizada, se sugiere que los contratos de adhesión deberían regularse para proteger al consumidor de cláusulas abusivas y asegurar que esté mejor informado sobre las normas y regulaciones que se aplican a estos contratos. Asimismo, los entrevistados también sugieren que se debería modificar la legislación para cambiar las condiciones impuestas para la adhesión y que se

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

deberían establecer requisitos específicos al celebrar contratos de adhesión para proteger al adherente.

d) Discusión de resultados del objetivo general

Respecto al objetivo general, que pretende analizar el grado de afectación a la libertad contractual existente a raíz de la aplicación masiva de contratos de adhesión, desde la óptica del Derecho Civil, es necesario mencionar que se ha identificado que las normativas que regulan los contratos de adhesión y la libertad contractual en nuestra legislación, incluyen el Código de Protección y Defensa del Consumidor, el Código Civil, así como las resoluciones y normativas internas de organismos supervisores como la SBS, OSIPTEL y SUNASS. Sin embargo, se han detectado deficiencias normativas que permiten prácticas abusivas que vulneran la libertad contractual, como la falta de regulación constante de los servicios que utilizan contratos por adhesión, la ausencia de normas para supervisar servicios digitales y extranjeros consumidos en el país, y la carencia de normativa clara para identificar abusos en contratos por adhesión. En la práctica, la supervisión de los contratos por adhesión en servicios digitales es deficiente debido a la falta de mecanismos definidos, corrupción, malas prácticas, limitada cobertura en contratos civiles y burocracia. Esta situación afecta la libertad contractual y puede resultar en la desprotección del consumidor debido a la falta de supervisión directa, la inacción de las instituciones y la naturaleza de los servicios digitales; por ende, se ha podido observar dentro de los resultados, que la opinión mayoritaria de los entrevistados es que existe una incidencia alta de casos en los que se vulnera la libertad contractual debido a los contratos de adhesión, pues se mencionan cláusulas abusivas, aprovechamiento por parte de las empresas, coerción y la presencia de casos en diversos sectores; por ello es necesario que se refuerce la normativa y regulación de los contratos de adhesión para proteger a los adherentes y fortalecer la libertad contractual.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

CONCLUSIONES

PRIMERA: Respecto al primer objetivo, se logró identificar que aquellos parámetros normativos que rigen y regulan los contratos de adhesión y la libertad contractual en nuestra legislación son: El Código de Protección y Defensa del Consumidor, el Código Civil, las resoluciones y normativas internas que publica cada organismo supervisor (como la SBS, OSIPTEL, SUNASS, entre otros).

SEGUNDA: Respecto al segundo objetivo, se encontró que existen defectos normativos que posibilitan la realización de prácticas abusivas destinadas a vulnerar la libertad contractual existente, siendo estas, por ejemplo: la falta de un organismo destinado a la regulación constante por defecto de los servicios que para su contratación usen contratos por adhesión; la falta de normas que permitan regular y supervisar efectivamente aquellos servicios digitales y/o extranjeros que son consumidos en nuestro país; la falta de normativa precisa y activa que permita identificar fácilmente lo que se debe considerar abusivo, o no, en el marco de un contrato por adhesión.

TERCERA: Respecto al tercer objetivo, se ha determinado que, en la práctica, los medios normativos y los organismos que tienen por objetivo supervisar la práctica contractual por adhesión en el país en servicios digitales es deficiente, pues no existen mecanismos ni medios claramente definidos, así como procedimientos que permitan una fiscalización efectiva, ello debido a la falta de apoyo, la corrupción, las malas prácticas, la limitada cobertura en contratos de adhesión civiles y la burocracia como principales razones para esta percepción.

CUARTA: Respecto al cuarto objetivo, **s**e determinó que existe un grado de afectación a la libertad contractual, por cuanto la aplicación de contratos de adhesión en servicios digitales en nuestro ordenamiento jurídico, conviene en no estar directa o constantemente supervisada o controlada por alguna entidad u organismo, ya sea debido a la inacción de

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

las instituciones, la falta de normativa destinada a una regulación fácil y directa, y la naturaleza de dichos servicios, hechos que pueden devenir en una desprotección de la parte débil (el consumidor).

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

RECOMENDACIONES

PRIMERA: Se recomienda que, en el apartado del Título II del Código Civil, sobre el consentimiento, y que, en el apartado del artículo V del Código de Protección y Defensa al Consumidor sobre los principios, se agregue un inciso respecto al establecimiento de mecanismos jurídicos que permitan la adecuada supervisión, aprobación y canalización de denuncias relacionadas con contratos de adhesión en servicios digitales.

SEGUNDA: Se recomienda al presidente del Consejo Directivo de INDECOPI, la delegación a una de sus comisiones la revisión constante y de oficio de los contratos por adhesión que brindan servicios digitales, tales como plataformas de entretenimiento, sitios de compras por internet, y otros proveedores de productos y servicios digitales, tanto nacionales como internacionales.

TERCERA: Se recomienda a las instituciones y organismos que están involucrados en la oferta y gestión de servicios digitales, garantizar la transparencia en sus operaciones y en la misma formulación de contratos; que haya una clara descripción de los términos y condiciones, así como también la identificación de las partes y la facilidad de acceso de información para el consumidor.

CUARTA: Se recomienda al Congreso de la República, la creación de un proyecto de ley que pueda subsanar los vacíos respecto a los contratos de adhesión que se dan en el país, que incluya la canalización de denuncias relacionadas a los contratos de adhesión, y defina la parametrización de condiciones destinadas a regular y dotar de validez estos contratos (adhesión).

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

REFERENCIAS

Albaladejo, M. (1958). *El negocio jurídico.* Barcelona: Bosch.

Albaladejo, M. (1995). *Derecho Civil.* Barcelona: Librería Bosch.

Atienza, M., & Ruiz Manero, J. (2000). *Ilícitos atípicos.* Madrid: Trotta.

Ballesteros Garrido, V. (1999). *Las condiciones generales de los contratos y el principio de la autonomía de la voluntad.* Barcelona: Bosch Editor.

Bercaitz, M. Á. (1980). *Teoría general de los contratos administrativos.* Buenos Aires: Depalma.

Bonaparte, N. (1804). *Código Napoleónico.* Paris.

Borja Soriano, M. (1994). *Teoría General de las Obligaciones.* México: Editorial Porrúa.

Castrillón y Luna, V. (2008). La libertad contractual. *Revista de la Facultad de derecho de México*, 155-181.

Castro y Bravo, F. (1985). *El negocio jurídico.* Madrid: Civitas.

De la Puente y Lavalle, M. (2007). *El contrato en general.* Lima: Palestra Editores.

De la Puente y Lavalle, M. (2021). Definición de contrato. En M. A. Muro Rojo, & M. A. Torres Carrasco, *Código Civil Comentado* (Vol. VII, págs. 11-16). Lima: Editorial Gaceta Jurídica.

De Pina, R. (1966). *Elementos del derecho civil mexicano.* México: Editorial Porrúa.

Diez-Picazo, L., & Guillón, A. (2002). *Sistema de derecho civil.* Madrid: Tecnos.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Duran Bustamante, D. (2004). *Las cláusulas abusivas en los contratos por adhesión.* Chile: Universidad de Talca.

Ennecerus, L., Kipp, T., & Wolff, M. (1981). *Tratado de Derecho civil.* Barcelona: Bosch.

Galindo Garfias, I. (2001). *Derecho civil, primer curso. Parte General.* México: Editorial Porrúa.

Josserand, L. (1950). *Derecho Civil (Contratos).* Buenos Aires: Bosch.

Lauterpacht, H. (1958). *The development of International Law by the International Court.* London.

López Monroy, J. (2006). *Notas elementales para los principios de la ciencia del Derecho civil.* México: Editorial Porrúa.

Maza Gazmuri, I. (2005). Contratos por adhesión: una mirada al caso estadounidense. *Revista Chilena de Derecho Privado*, 9-41.

Messineo, F. (1986). *Doctrina general del contrato.* Buenos Aires: Ejea.

Mosset Iturraspe, J., & Piedecasas, M. A. (2008). *La revisión del contrato.* Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.

Muñoz Aranguren, A. (2018). Abuso del derecho y ponderación de derechos. *Cuadernos de filosofía del derecho*, 35-48.

Muñoz, L. (1973). *Teoría General del Contrato.* México: Cárdenas Editor y distribuidor.

Planiol, M. (1920). *Tratié Elémentaire.* París.

Planiol, M., & Ripert, G. (1996). *Derecho Civil.* México: Distribuidor Episa.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Planiol, M., & Ripert, J. (1946). *Tratado práctico de Derecho civil francés (Las obligaciones. Primera parte).* La Habana: Cultural.

Robert H., J. I. (1998). Insurance, Contract, and the doctrine of reasonable expectations. *University of Missouri School of Law*, 21-58.

Rodriguez Llerena, D. (1995). El abuso del derecho. *Revista de Derecho Civil*.

Rojina Villegas, R. (1960). *Derecho civil mexicano: Obligaciones.* México: Editorial Porrúa.

Rubio Correa, M. (2014). *Nulidad y anulabilidad: La invalidez del acto jurídico.* Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Sánchez Medal, R. (2005). *De los contratos civiles.* México: Porrúa.

Soto Coaguila, C. A., & Vattier Fuenzalida, C. (2011). *Libertad de contratar y libertad contractual: Estudios sobre el código europeo de contratos.* Bogotá: Grupo Editorial Ibañez.

Spota, A. G. (1984). *Instituciones de Derecho civil.* Buenos Aires: Depalma.

Stolfi, G. (1959). Teoría del negocio jurídico. *Revista de Derecho Privado*.

Taboada, L. (2010). Causales de nulidad del acto jurídico. *Revista Themis*, 71-78.

Toro Ochoa, D. (2022). Contratos de adhesión y la protección al consumidor. *Asuntos legales*.

Torres Vasquez, A. (2012). *Teoría General del Contrato.* Lima: Instituto Pacífico.

Vedel, G. (1937). *Essai sur la Notin de Cause en Droit Administratif Francais.* Paris.

Vide David, S. (2015). *Binging promises. The late 20th Century Reformation of Contract Law*. Chicago.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Wieacker, F. (1986). *El principio general de la buena fe*. Madrid: Editorial Civitas.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

ANEXOS:

1. PROYECTO DE TESIS

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS

ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO

Proyecto de Tesis

LA LIBERTAD CONTRACTUAL EN LOS CONTRATOS POR ADHESIÓN DE SERVICIOS DIGITALES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO, 2022

Tesis presentada por:

IRINA NEUZA CARPIO GONZALEZ

Para optar por el título profesional de:

ABOGADO

Arequipa – Perú

2024

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El contrato por adhesión, conviene haberse convertido en el modelo contractual más recurrente que nosotros suscribimos en nuestra vida cotidiana: Desde el momento de aperturar una cuenta en una red social, pasando por la apertura de una cuenta bancaria, y contratando servicios de entretenimiento, servicios de telefonía, internet, y demás.

No es pues raro encontrar en nuestro diario devenir –e incluso ya encontrarnos acostumbrados- previos al acceso o al consumo de un producto o servicio, el ya conocido enunciado que dice: “Acepto los términos y condiciones de este servicio/producto”, siendo la particular característica –además de la inusual lectura de dichos términos y condiciones contractuales, la existencia de solo dos posibilidades: “Sí, Acepto y accedo al servicio/producto.” O “No, no acepto y por lo tanto no accedo al servicio/producto”. Deteniéndonos en esta última opción, no importa que tan en desacuerdo me encuentre, o en qué clausula específica del contrato me encuentre en desacuerdo, tan solamente basta que no esté del todo de acuerdo con un fragmento de una cláusula del contrato y procederé automáticamente a no acceder al servicio, es decir, no existe la posibilidad de negociar, de acordar, de fijar un punto medio, o de elegir que clausulas podrían aplicarse a mi contrato en particular (en caso de ser estas accesorias y no afectar sustancialmente el objeto del contrato), por lo tanto, se me priva (o mejor dicho, me privo) de acceder al servicio.

El tema no parece preocupante a simple vista, debido a que uno posee la libertad de aceptar o no aceptar un contrato (total, no existe imperio ni obligación en firmar o aceptar los términos del contrato, además de estar en un libre mercado en donde pueden existir más ofertantes de ese producto o servicio), no obstante, el problema se agudiza cuando estos contratos forman parte de las condiciones para acceder a servicios o productos que adquieren notoriedad e incluso denotan cierta imprescindibilidad por su connotación, singularidad o importancia del servicio o producto ofrecido, tal y como lo viene siendo la suscripción a un servicio digital como una red social específica (como Facebook) o servicios de entretenimiento cuya cantidad de usuarios en el país se estima del

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

77% de su población -7 de cada 10 personas- (Diario Oficial El Peruano, 2020), entre otros, ante los cuales solo podemos o aceptar las condiciones (por más irregulares que sean o en desacuerdo estemos) o aceptar las condiciones (puesto que, no aceptar no es una opción, no existe alternativa en el mundo de los hechos).

Dicho esto, conviene preguntarse ¿en qué posición se encuentra la libertad contractual? Aquella a través de la cual podemos establecer las estipulaciones que otorgamos en un contrato en conjunción a la otra parte, de tal forma que se conviertan en ley para quienes suscribimos el contrato (Castrillón, 2017).

Siendo esto así, se observa un grave apartamiento y vulneración de la libertad contractual, al suprimirse esta al punto de llevarnos a solamente decir “Si” o “No” (o incluso “Si o si” como señale en el anterior párrafo), y dejarnos en una suerte de indefensión frente la otra parte (que usualmente goza de mayor poder) la cual “impone” sus condiciones contractuales a nosotros, generando, en el terreno de los hechos, una completa vulneración a la libertad contractual de nosotros los consumidores de dichos bienes y servicios, sobre todo si muchos de estos servicios basan sus términos y condiciones en legislación extranjera.

PROBLEMA

El problema, consiste en que la actual normativa sobre contractos por adhesión, de la forma como se encuentra desarrollada en el Código Civil podría no estar lo suficientemente desarrollada, provocando que, ante la existencia de servicios y plataformas digitales que usan esta modalidad de contratación, estas puedan afectar la libertad contractual de la persona que contrata con estas, dando lugar a la posible comisión de abusos por la posición que ocupan respecto de los usuarios contratantes.

Por ello, el presente trabajo de investigación se encuentra orientado a describir cual es el grado de afectación a la libertad contractual a raíz de la masificación de los contratos por adhesión en el campo de los servicios digitales más populares en el país, describir si existe alguna situación de abuso en el empleo de dicha modalidad, encontrar si los límites normativos y organismos destinados

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

al control de dicha modalidad de contratación son efectivos al día de hoy (es decir, pueden proteger la libertad contractual), y, proponer una mejora normativa destinada a regular esta modalidad de contratación, desde la óptica del Derecho Civil.

2. JUSTIFICACIÓN

2.1. Relevancia jurídica

El estudio de la libertad contractual en relación a los contratos por adhesión constituye un tema de relevancia jurídica, pues corresponde verificar si en la actualidad la normativa existente destinada a la regulación de la contratación por adhesión, realmente protege o tiene los medios a efecto de evitar el abuso de dicha modalidad de contratación que vulnere la libertad contractual en contratos celebrados con servicios de entretenimiento digital.

2.2. Relevancia académica

El estudio de las vulneraciones causadas a la libertad contractual a raíz de la abundante aplicación de contratos de adhesión, así como la elaboración de una propuesta orientada a su mejor regulación fortalece al mundo académico, pues se ofrece la visibilización y fortalecimiento al estudio del derecho privado (específicamente el Derecho Contractual), sus defectos y la constante revisión de que las condiciones contractuales que deban primar en el marco de una relación contractual se acerquen al ideal que propugna la doctrina: es decir, guiada por la libertad e igualdad de condiciones en el marco del respeto de los derechos y principios que regula el Código Civil y la Constitución.

2.3. Relevancia social

La vulneración de la libertad contractual constituye un fenómeno a estudiar, cuya importancia afecta a la ciudadanía en general, pues, es imposible encontrar una persona quien en algún momento de su vida no se haya encontrado frente a la situación de aceptar un contrato de adhesión a efecto de adquirir un producto, un servicio o ser contratado laboralmente.

Por lo que de existir situaciones que vulneren la libertad contractual, abusando de la posición en la que se encuentra un proveedor y el consumidor, estos repercuten directamente sobre los derechos que cada persona tiene no

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

solamente como consumidor de un determinado producto o servicio, sino también como parte contratante.

2.4. Actualidad del problema

El fenómeno de la masificación de los contratos por adhesión es un fenómeno que se aprecia en la actualidad, debido a que hoy más que nunca, son muchos los servicios y productos que consumimos que, previo a su consumo requieren la aceptación de contratos de esta naturaleza, siendo estos de naturaleza digital e informática a raíz del mayor uso de las tecnologías de la información post-pandemia, a saber:

- Contratos de Servicios de Entretenimiento (Netflix, HBO+, Amazon Prime).
- Contratos de Servicios diversos (compras en línea, páginas de venta y compra de productos).
- Contratos de Redes sociales (Facebook, Youtube, Gmail, Programas de videoconferencia, etc.).

3. INTERROGANTES

3.1. INTERROGANTE GENERAL

¿Cuál es el grado de afectación de la libertad contractual existente a la raíz de la aplicación masiva de contratos de adhesión de servicios digitales en el ordenamiento jurídico peruano?

3.2. INTERROGANTES ESPECÍFICAS

Primera: ¿Cuáles son los parámetros normativos que rigen y regulan los contratos de adhesión y la libertad contractual en la legislación peruana?

Segunda: ¿Que defectos normativos posibilitan la realización de ciertas prácticas abusivas que vulneren la libertad contractual existen?

Tercera: ¿Cuál es el nivel de efectividad de los medios normativos y organismos que controlan la practica contractual en el país al día de hoy, en relación a los contratos de adhesión de servicios digitales?

4. OBJETIVOS

4.1. OBJETIVO GENERAL

Analizar cuál es el grado de afectación de la libertad contractual existente a la raíz de la aplicación masiva de contratos de adhesión de servicios digitales en el ordenamiento jurídico peruano.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

4.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS

Primero: Describir los parámetros normativos que rigen y regulan los contratos de adhesión y la libertad contractual en la legislación peruana.

Segundo: Encontrar defectos normativos que posibilitan la realización de ciertas prácticas abusivas que vulneren la libertad contractual existen.

Tercero: Determinar el nivel de efectividad de los medios normativos y organismos que controlan la practica contractual en el país al día de hoy, en relación a los contratos de adhesión de servicios digitales.

5. HIPÓTESIS

Dado que a la fecha los contratos de adhesión se han masificado en la vida cotidiana de las personas, siendo que, para el consumo de un producto o servicio de entretenimiento digital deban sí o sí aceptar sus condiciones sin importar que tan de acuerdo realmente estén con las mismas **es probable que** la práctica de esta modalidad de contratación esté afectando el derecho de la libertad contractual contemplada en los artículos 62 de la Constitución Política y 1354 del Código Civil.

6. CONCEPTOS BÁSICOS

6.1. Contrato

Nuestro código civil peruano, en el artículo 1351 define al contrato como el "acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial".

Procediendo al análisis de este concepto, pues tenemos como sus principales características:

- **Ser un acuerdo:** Es decir, nace de la voluntariedad.
- **Entre dos o más partes:** Requiere la participación de dos partes como mínimo, no pudiendo existir contrato unilateral.
- **Enfocados en una relación jurídica:** Es decir, aquel vínculo entre un sujeto de derecho y el sujeto de una obligación en el marco de un supuesto normativo (Armienta & Armienta, 2011).
- **De carácter patrimonial:** Es decir, que tiene que involucrar necesariamente bienes, derechos y obligaciones valorizables económicamente (Domínguez, 2008).

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

De igual forma, tiene como objetivos:

- **Crear una relación jurídica patrimonial:** Es decir, dar inicio a dicha relación que previamente no existía.
- **Regular una relación jurídica patrimonial:** Es decir, establecer las reglas a las que se deben ajustar dicha relación, definir sus límites, sus alcances.
- **Modificar una relación jurídica patrimonial:** Es decir, tomar una relación ya preexistente y cambiarla en sus términos, en sus límites, sus alcances, así como otros aspectos propios de dicha relación.
- **Extinguir una relación jurídica patrimonial:** Es decir, darle fin y cesar la relación, liberando a las partes y cesando los efectos que la misma producía en el mundo jurídico.

Otros autores, discrepan un poco de la definición dada por el código civil acerca del contrato, definiendo al mismo como aquellos acuerdos entre partes que se obligan a determinada materia o cosa, y a cuyo cumplimiento pueden ser compelidas (Omeba & Pizarro, 1967). De igual forma suele ser definida como un acto bilateral constituido por dos o más voluntades, cuya realización produce consecuencias jurídicas (derechos y obligaciones) adquiriendo el carácter de norma jurídica individualizada (Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002)

6.2. Libertad contractual

La libertad contractual, está reconocida a nivel constitucional en el artículo 62 de la actual Constitución Política, mediante la cual garantiza que las partes puedan pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato, no pudiéndose modificar por leyes u otras disposiciones, y añadiendo que todos aquellos conflictos que se deriven de la relación contractual se solucionan en la vía judicial o arbitral.

De esta definición, conviene indicar la afirmación de garantía de seguridad jurídica a los acuerdos convenidos en el marco de una relación contractual, pues, se garantiza constitucionalmente su no modificación por ninguna ley (salvo el contrato vaya contra las buenas costumbres y el orden público) y a su vez, afirmando que los acuerdos se rigen por la norma vigente al momento de contratar, aplicando por ende la teoría de los hechos cumplidos.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Luego, nuevamente este concepto lo encontramos dentro de nuestro código civil, como un principio que regula la actividad contractual entre los privados, configurando así, en el artículo 1354 del mismo, que las partes pueden determinar libremente el contenido de un contrato en tanto que no sea contrario a norma legal imperativa. Podemos entender esta libertad ofrecida como una libertad limitada, es decir, que las partes se pueden mover y establecer todos aquellos términos, condiciones, límites que regularan la relación jurídica a crearse, siempre y cuando lo hagan dentro del campo que la norma permite, esto es, evitar ir en contra de una norma imperativa (aquella norma cuyo cumplimiento está establecido de obligatorio)

Su manifestación radica en el establecimiento voluntario y autónomo de aquellas estipulaciones y condiciones que regirán la relación contractual.

6.3. Contratos por adhesión

El contrato por adhesión, se define en el código civil como aquel en el que una de las partes solamente puede aceptar o rechazar en su integridad las estipulaciones que fijó la otra parte (Articulo 1390)

Tiene como principales características que:

- No existe capacidad de negociar.
- En lugar de la negociación, se encuentra la imposición.
- Las condiciones se encuentran fijadas con anticipación por la otra parte, de forma unilateral.
- La única potestad de la parte es aceptar o no.
- La aceptación o rechazo se hace respecto de la integridad del contrato.
- Tiene como fundamento la celeridad contractual.
- Está dirigido a ser suscrito por muchas personas.

6.4. Cláusulas abusivas

Las cláusulas abusivas son definidas como aquel fenómeno dañino que, vinculado a una situación de disparidad entre las partes, uno se somete a los abusos de la parte dominante, misma que define arbitrariamente los términos del contrato (Espinoza, 1998).

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

De igual forma, el código de protección y defensa del consumidor las tipifica en su artículo 49, inciso 1 como aquellas "estipulaciones no negociadas individualmente que, en contra de las exigencias de la buena fe, colocan al consumidor, en su perjuicio, en una situación de desventaja, desigualdad o anulen sus derechos".

Esto pues, nos da una idea que, para que una cláusula pueda ser determinada como abusiva, es necesaria la preexistencia de los siguientes presupuestos, a saber:

- Una relación de dominación entre dos partes, es decir, que una de las partes tenga muchísimo más poder que la otra.
- La existencia de arbitrariedad, es decir, la facultad que solo la parte con poder pueda decidir el contenido de la relación contractual.
- El sometimiento de la voluntad, es decir, que la parte sometida no tenga mayor remedio que aceptar las disposiciones establecidas por la parte dominante.
- La lesión a los derechos, es decir, que la situación generada a raíz de la relación contractual en la que predomina la arbitrariedad, así como el contenido de las estipulaciones contenidas en dicha relación, produzcan una lesión, privación o directamente anulen los derechos que la otra parte tiene como miembro de la relación contractual.

6.5. Abuso del derecho

El abuso del derecho, viene a constituirse como un concepto de permanente discusión en el mundo académico y doctrinario, autores como Josserand o Laneri señalan que aquella es el ejercicio extremadamente libre que hace un individuo de los derechos que el ordenamiento jurídico le confiere a efecto de satisfacer más su interés personal y egoísta que el de las demás partes (Fueyo, 1990).

7. ANTECEDENTES INVESTIGATIVOS

Los antecedentes investigativos que a continuación se exponen, si bien es cierto están enfocadas más al ámbito del derecho del consumidor, se aproximan en mayor medida al tema que se pretende investigar, considerando que existe poco aporte investigativo en relación a la normativa civil, objeto principal que perseguimos en el presente proyecto de investigación.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

7.1. Nivel local

A nivel local, se han presentado las siguientes investigaciones relacionadas a la materia objeto de la presente investigación:

- "Los Principios UNIDROIT aplicados a las relaciones de consumo a fin de eliminar las cláusulas abusivas".

  Tesis, presentada en nuestra casa de estudios por parte de Paola Maria Jose Villafuerte Yabar (2019). El trabajo tuvo como objetivo determinar si la regulación otorgada por el Estado en relaciones de consumo, específicamente las cláusulas abusivas son insuficientes. Se concluyó que existe desprotección jurídica de los derechos del consumidor cuando las relaciones de consumo se realizan a nivel internacional

- "Análisis Jurídico de las cláusulas abusivas en los contratos de consumo".

  Tesis, presentada en la Universidad Nacional de San Agustín por parte de José Luis Herrera Pachari (2015). El trabajo tuvo como objetivo el determinar cómo se viene tratando (identificación, aplicación, deficiencias y aciertos) las cláusulas abusivas en los contratos de consumo. Se concluyó que las cláusulas abusivas en los contratos de consumo están deficientemente reguladas en el Código del Consumidor mediante los remedios jurídicos de ineficacias absolutas y relativas, generando las mismas situaciones de desequilibrio y/o desigualdad privando los derechos del consumidor.

7.2. Nivel Nacional

A nivel nacional, se han encontrado las siguientes investigaciones realizadas:

- "Alto. ¿Peligro para los derechos de los consumidores? Los contratos por adhesión, las cláusulas generales de contratación y las cláusulas abusivas".

  Trabajo académico para optar el título de Segunda Especialidad en Derecho Administrativo en la Pontificia Universidad Católica del Perú por parte de Zelma Nahomi Munailla Vallenas (2021). El trabajo tuvo como objetivo analizar desde un punto de vista del derecho administrativo, la existencia de confrontación entre las cláusulas generales de contratación y las cláusulas abusivas en la contratación por adhesión, concluyéndose que dicha modalidad de contratación se constituye en una relación asimétrica entre el proveedor y el consumidor, en la que desde la óptica del Derecho

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Administrativo y del consumo, se encuentra en permanente conflicto el derecho al consumidor y el derecho de la libertad de empresa.

- "Las cláusulas abusivas en la contratación masiva y la protección y defensa de los consumidores: una visión a la Resolución de N° 243-2018/SPC".

  Trabajo académico para optar el título de Segunda Especialidad en Derecho de Protección al Consumidor por parte de Ernesto Alonso Nájar Ramal (2018). El trabajo tuvo como objetivo analizar el auge del tráfico comercial dado a través de los contratos por adhesión y su relación con el derecho del consumidor y las cláusulas abusivas. Concluyendo que sí es legítima y necesaria la regulación de cláusulas abusivas en la contratación por adhesión para proteger a los consumidores.

7.3. Nivel internacional

A nivel internacional, se ha encontrado el siguiente trabajo de investigación:

- "Contratos por adhesión: Una mirada al caso estadounidense".

  Trabajo académico, publicado en la Revista Chilena de Derecho Privado por parte de Iñigo de la Maza Gazmuri (2005). El trabajo tuvo por objetivo explorar el tratamiento de los contratos de adhesión en la legislación norteamericana, concluyendo en el notable tratamiento normativo y jurisdiccional orientado a la prevención de las situaciones de desequilibrio originadas por esta modalidad de contratación. Entendiéndose como presupuestos para determinar la existencia de dicho desequilibrio la finalidad del contrato y las expectativas que el consumidor pudo hacer al momento de contratar en esta modalidad.

Como se puede apreciar, finalmente, las investigaciones previas aquí mencionadas, estudian el fenómeno de la contratación por adhesión, así como sus falencias desde la óptica del derecho administrativo, en especial del derecho al consumidor, no encontrándose un estudio profundo acerca de la materia en el campo del Derecho Civil, como el que pretendemos realizar en este trabajo de investigación.

8. ESTRUCTURA TENTATIVA DE TESIS

1. Capítulo 1: Marco Teórico

   1.1. Contrato y Libertad Contractual

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

1.1.1. Nociones del contrato

1.1.2. Características del contrato

1.1.3. Tipos de contrato

1.1.4. Libertad contractual

1.1.5. Derechos conexos a la libertad contractual

1.1.6. Límites a la libertad contractual

1.2. El contrato de adhesión

1.2.1. Concepto del contrato de adhesión

1.2.2. El contrato de adhesión en la legislación comparada

1.2.3. Tipología de las partes que emplean los contratos de adhesión

1.2.4. Ventajas del contrato de adhesión

1.2.5. Desventajas del contrato de adhesión

1.3. Injerencias del contrato de adhesión respecto de los principios y garantías del contrato

1.3.1. Nociones sobre el abuso del derecho

1.3.2. Cláusulas abusivas del contrato

1.3.3. Efectos de las cláusulas abusivas y la posición de poder frente a la libertad de contratar

1.4. Regulación normativa frente al problema

1.4.1. Normas existentes contra el abuso de los contratos por adhesión

1.4.2. Organismos destinados a supervisar la contratación por adhesión

1.4.3. Recursos legales, judiciales y administrativos

2. Capítulo 2: Marco Metodológico

3. Capítulo 3: Resultados y Discusión

3.1. Resultados de herramientas aplicadas para la investigación

3.2. Discusión de resultados

4. Conclusiones

5. Recomendaciones

6. Referencias bibliográficas y anexos

9. METODOLOGÍA Y/O MARCO OPERATIVO

9.1. TIPO DE INVESTIGACIÓN

Los tipos de investigación a utilizar, son las siguientes:

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM
UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

- **Básica:** O también denominada Investigación pura, es aquella cuyo objetivo es servir de base para una investigación aplicada.
- **Correlacional:** Es un tipo de investigación enfocada en hallar explicaciones a través del estudio de las relaciones entre dos o más variables.

9.2. ENFOQUE DE INVESTIGACIÓN

Cualitativo: Es aquel enfoque de investigación centrada en los sujetos más allá de números o cifras, es decir, busca comprender lo que los sujetos dicen, a través de un método inductivo de indagación, interactuando tanto con las personas como con los datos que estas ofrecen.

9.3. DISEÑO DE INVESTIGACIÓN

El diseño de la investigación, obedece a la manera en la que se debe abordar el problema a efecto de realizar la investigación y comprobar la hipótesis.

Es importante al momento de proyectar la investigación, hacer una adecuada elección del diseño que se usará para la misma, puesto que la aplicación de un diseño incorrecto a una investigación en específico, repercutirá en problemas a la hora de realizar la investigación en sí.

En base a ello, en el presente trabajo de investigación, se propone el Diseño no experimental basado en revisión normativa y entrevistas a 10 especialistas en la materia.

9.4. TÉCNICAS

Las técnicas constituyen el procedimiento que se debe realizar a efecto de recolectar aquellos datos a usar en el futuro, cuando la investigación se ejecute. Para ello, considerando que, la presente es una investigación no experimental y correlacional, es decir, consideramos y estudiamos la relación entre dos variables (conceptos), se ha propuesto entrevista y observación documental.

9.5. INSTRUMENTOS

Los instrumentos de investigación, se basan principalmente en aquellas herramientas que se utilizarán a efecto de poder obtener la información que permitirá ejecutar y concluir esta investigación, para ello, se ha elegido la Ficha de observación documental la cual permitirá organizar la información a la que se recurra (libros, artículos, doctrina, jurisprudencia) al momento de realizar la investigación.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

De igual manera, se ha optado por la Guía de entrevista, la cual será útil a efecto de recolectar información por parte de diez especialistas en la materia de contratos y libertad contractual, así como poderla posteriormente analizar al momento de plasmar los resultados y discutir los mismos en este trabajo de investigación.

9.6. CAMPO DE VERIFICACIÓN

Ubicación espacial: Perú.

Ubicación temporal: 2022.

Unidad de estudio: contratos de servicios de entretenimiento digitales (plataformas de visualización de contenidos, redes sociales y compras online) y normativa sobre Contratos por Adhesión en el Código Civil.

9.7. Análisis de jurisdicción competente

Al respecto, es preciso indicar que, algunos de los contratos de estos servicios, tienen cláusulas que delimitan la competencia territorial o normativa aplicable en el caso de existir disputas.

Si bien es cierto, varios de estos servicios son brindados por empresas extranjeras, no todas señalan disposiciones relacionadas a lo anteriormente señalado, por lo que, a efecto de poder valorar y realizar este trabajo de investigación eficazmente, se procederá a examinar aquellos contratos de servicios digitales de servicios de entretenimiento, servicios diversos y redes que no incluyan cláusulas que delimiten jurisdicción a jurisdicciones ajenas a la jurisdicción peruana.

9.8. ESTRATEGIA DE RECOLECCIÓN DE DATOS

Revisión conceptual: Se recopilará la información de bibliotecas, repositorios institucionales y centros de información:

- Biblioteca de la Universidad Católica de Santa María.
- Biblioteca de la Universidad Católica San Pablo.
- Biblioteca de la Universidad Nacional de San Agustín.
- Biblioteca de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Biblioteca de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
- Revistas de Derecho nacionales e internacionales.
- Artículos académicos y doctrinarios.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM
UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Revisión documental: Revisión de normativa nacional y doctrina sobre la materia.

Realización de entrevistas: Se realizará entrevistas a diez (10) especialistas en materia civil (específicamente derechos de contratos) a efecto de conocer su perspectiva práctica en relación al problema objeto de la presente investigación.

Recursos humanos

Cantidad	Cargo
1	Tesista

Equipo y bienes empleados

Cantidad/Tiempo	Descripción	Costo
1	Computadora	S/ 2000.00

Materiales utilizados

Cantidad/tiempo	Descripción	Costo
6 meses	Energía eléctrica	S/ 600.00
6 meses	Internet	S/ 100.00

Gastos Operativos

Cantidad	Descripción	Costo
4	Medio millar hojas bond	S/ 60.00
2	Paquetes de lapiceros	S/ 40.00
1	Impresiones	S/ 30.00
1	Transporte	S/ 100.00
	Total	**S/ 230.00**

Recursos Financieros Utilizados

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Descripción	Costo
Equipos y bienes empleados	S/ 2000.00
Materiales utilizados	S/ 700.00
Gastos Operativos	S/ 230.00
Total	**S/ 2930.00**

Cronograma

	Setiembre				Octubre				Noviembre				Diciembre				Enero				Febrero			
	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4
Preparación del proyecto																								
Aprobación del proyecto																								
Recolección de información																								
Análisis y sistematización																								
Conclusiones y sugerencias																								
Preparación del informe																								
Sustentación																								

10. Referencias

Armienta Hernández, G., & Armienta Calderón, G. M. (2011). *El proceso contencioso administrativo en México.* México: Porrúa.

Castrillón y Luna, V. (2017). La libertad contractual. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 155-181.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Domínguez Martínez, J. A. (2008). *Derecho Civil: Parte General, personas, cosas, negocio jurídico e invalidez.* México: Porrúa.

Espinoza Espinoza, J. (1998). Las cláusulas vejatorias en los contratos estipulados unilateralmente. *Themis, Revista de la Facultad de Derecho PUCP*, 143.

Herrera Pachari, J. L. (2015). *Análisis jurídico de las cláusulas abusivas en los contratos de consumo.* Arequipa: Repositorio de Tesis de la UNSA.

Instituto de Investigaciones Jurídicas. (2002). *Enciclopedia Jurídica mexicana.* México: Porrúa-UNAM.

Maza Gazmuri, I. (2005). Contratos por adhesión: Una mirada al caso estadounidense. *Revista Chilena de Derecho Privado*, 9-41.

Munailla Vallenas, Z. N. (2021). *Alto. ¿Peligro para los derechos de los consumidores? Los contratos por adhesión, las cláusulas generales de contratación y las cláusulas abusivas.* Lima: Repositorio de Tesis de la PUCP.

Nájar Ramal, E. A. (2018). *Las cláusulas abusivas en la contratación masiva y la protección y defensa de los consumidores: una visión a la Resolución de N° 243-2018/SPC.* Lima: Repositorio de Tesis de la PUCP.

Omeba, & Pizarro, N. A. (1967). Definición de Contrato. En Omeba, *Enciclopedia Jurídica Omeba* (pág. 120). Buenos Aires: Editorial Bibliográfica.

Villafuerte Yabar, P. M. (2019). *Los principios UNIDROIT aplicados a las relaciones de consumo a fin de eliminar las cláusulas abusivas.* Arequipa: Repositorio de Tesis UCSM.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

ANEXO 1 – FICHA DE OBSERVACION DOCUMENTAL

FICHA DOCUMENTAL PARA ANALISIS DE DOCTRINA	
NOMBRE DEL LIBRO / ARTICULO	
AUTOR	
FECHA	
CIUDAD	
EDITORIAL / NOMBRE DE LA REVISTA	
RESUMEN DEL CONTENIDO:	
COMENTARIO:	
PALABRAS CLAVE:	

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

FICHA DOCUMENTAL PARA ANALISIS DE LEGISLACIÓN	
TIPO DE NORMA	
NUMERO	
TITULO DE LA NORMA	
ORGANO QUE LA EMITE	
FECHA DE PROMULGACIÓN	
FECHA DE PUBLICACIÓN	
RESUMEN DEL CONTENIDO:	
APRECIACION CRITICA:	

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

FICHA DOCUMENTAL PARA ANALISIS DE JURISPRUDENCIA	
TIPO DE NORMA:	
EXPEDIENTE:	
ORGANO QUE LA EMITE:	
FECHA:	
RESUMEN DEL CONTENIDO:	
***RATIO DECIDENDI*:** **(ARGUMENTOS)**	
DECISIÓN:	

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

ANEXO 2 – GUÍA DE ENTREVISTA

DATOS GENERALES:

- **Entrevistado:**
- **Profesión, grado académico.**
- **Especialidad:**
- **Cargo e institución donde labora:**

Título de la investigación: La libertad contractual en los contratos por adhesión en el ordenamiento jurídico peruano, 2022

OBJETIVO ESPECÍFICO 1: Describir los parámetros normativos que rigen y regulan los contratos de adhesión y la libertad contractual en la legislación peruana.

1.- Desde la óptica del Derecho Civil, ¿Está claramente definida y regulada la libertad contractual en nuestro ordenamiento Civil?

2.- Desde la óptica del Derecho Civil, ¿Está claramente definida y regulada los alcances y/o límites de los contratos por adhesión en nuestro ordenamiento Civil?

OBJETIVO ESPECÍFICO 2: Encontrar posibles defectos normativos que posibilitan la realización de ciertas prácticas abusivas que vulneren la libertad contractual.

3.- Desde su perspectiva como abogado especialista en esta rama del derecho ¿Cuáles son los principales defectos que tiene la normativa civil en relación a la libertad de contratación?

4.- Desde su perspectiva como abogado especialista en esta rama del derecho ¿Cuáles son los principales defectos que tiene la normativa civil al momento de regular los contratos por adhesión?

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

OBJETIVO ESPECÍFICO 3: Determinar si los medios normativos y organismos que controlen la practica contractual en el país son efectivos al día de hoy

5.- ¿Considera que los organismos existentes en nuestro país ayudan a proteger a las personas ante abusos a la libertad contractual en contratos de adhesión?

6.- ¿Considera que la legislación existente está lo suficientemente desarrollada para poder identificar aquellas cláusulas o contratos de adhesión que vulneren la libertad contractual actualmente y puedan proteger a las personas ante dichos abusos?

OBJETIVO GENERAL: Analizar el grado de afectación a la libertad contractual existente a raíz de la aplicación masiva de contratos de adhesión, desde la óptica del derecho civil.

7.- En base a su experiencia: ¿Cuál es la incidencia de casos en los que existe una vulneración a la libertad contractual a raíz de la aplicación masiva de contratos de adhesión?

8.- ¿Qué o como debería normarse, en base a su experiencia, a efecto de reforzar la libertad contractual frente a los contratos de adhesión?

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

2. PROYECTO DE LEY

PROYECTO DE LEY QUE PROPONE LA DELEGACION A UN ORGANISMO SUPERVISOR ESPECIFICO PARA LA REVISIÓN DE OFICIO Y CONSTANTE DE LOS CONTRATOS POR ADHESIÓN QUE BRINDAN SERVICIOS DIGITALES POR PARTE DEL ENTE REGULADOR INDECOPI

De conformidad con el artículo 2°, inciso 17, de la Constitución, concordante con los artículos 2°, literal b); y artículo 12° de la Ley N° 26300, de los Derechos de Participación y Control Ciudadanos, los ciudadanos cuyas firmas obran adjuntas, en ejercicio de nuestro derecho de iniciativa legislativa, propone la siguiente iniciativa legislativa:

PROYECTO DE LEY

PROYECTO DE LEY QUE PROPONE LA DELEGACION A UN ORGANISMO SUPERVISOR ESPECIFICO PARA LA REVISIÓN DE OFICIO Y CONSTANTE DE LOS CONTRATOS POR ADHESIÓN QUE BRINDAN SERVICIOS DIGITALES POR PARTE DEL ENTE REGULADOR INDECOPI

Articulo 1.- Objeto de la Ley

La presente Ley tiene por objeto la delegación a un organismo específico dentro del ente regulador INDECOPI, destinado a la revisión de oficio y constante de los contratos por adhesión que brindan servicios digitales.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

El objetivo es que dentro del mismo ente regulador INDECOPI se delegue de manera expresa a una comisión para que esta se dedique exclusivamente a la revisión constante y de oficio de los contratos por adhesión que ingresan a nuestro país sobre servicios digitales y de esta manera ejercer un control eficaz y evitar posibles abusos y lesiones en cuanto a la libertad contractual.

Articulo 2.- Ámbito de Aplicación

La presente Ley es de aplicación en la entidad del sector público, el organismo público autónomo especializado, el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI).

Articulo 3.- Fines

2.1 Delegar a una de las comisiones dentro de INDECOPI, con el objetivo de supervisar la práctica contractual por adhesión en el país en servicios digitales.

2.2 Garantizar la transparencia en las operaciones y en la misma formulación de contratos por adhesión; que haya una clara descripción de los términos y condiciones, así como también la identificación de las partes y la facilidad de acceso de información para el consumidor.

2.3 Ayudar en la canalización de denuncias relacionadas a los contratos de adhesión de servicios digitales, y defina la parametrización de condiciones destinadas a regular y dotar de validez estos contratos.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES

PRIMERA. - Delegación de la competencia

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Se encarga al Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual la delegación especifica de la revisión de oficio y constante de los contratos por adhesión que brindan servicios digitales a una de sus comisiones.

SEGUNDA. – Financiamiento

El INDECOPI ejecuta su presupuesto bajo las reglas aplicables a los organismos reguladores de la supervisión de la inversión privada en servicios públicos

EXPOSICION DE MOTIVOS

I. FUNDAMENTO DE LA PROPUESTA

La presente iniciativa legal se origina al analizar la afectación existente a la libertad contractual por la utilización masiva de los contratos por adhesión de servicios digitales, por cuanto la aplicación de contratos de adhesión en servicios digitales en nuestro ordenamiento jurídico conviene en no estar directa o constantemente supervisada o controlada por alguna entidad u organismo, ya sea debido a la inacción de las instituciones, la falta de normativa destinada a una regulación fácil y directa, y la naturaleza de dichos servicios, hechos que pueden devenir en una desprotección de la parte débil (el consumidor).

El contrato por adhesión en la actualidad ha obtenido una importancia significativa debido a que como es conocimiento general el contrato, tiene por objetivo la autorregulación de los intereses de las partes que participan en él, por ello debido a la contingencia mundial que se ha vivido la realidad del contrato también se ha visto obligada a adecuarse, por ello, el uso masivo de contratos por adhesión de servicios digitales se ha acrecentado a lo largo de estos años.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

La iniciativa entonces ofrece una propuesta necesaria para mejorar el sistema de protección a los consumidores, y así mismo, a futuro evitar posibles abusos al utilizar este tipo de contratos.

II. EFECTO DE LA VIGENCIA DE LA NORMA

La presente propuesta tiene como finalidad la delegación por parte de INDECOPI a una comisión destinada a la revisión de oficio y constante de los contratos por adhesión que brindan servicios digitales, a fin de mejorar la utilización y el control de los contratos por adhesión de servicios digitales, evitar posibles abusos, y optimizar el sistema de denuncias relacionado a este tipo de contratos.

III. ANALISIS COSTO-BENEFICIO

Al existir el Ente rector que es INDECOPI no existe costo alguno, por lo que no necesitaría mayor logística ni creación de nuevos entes, solo la autoridad de delegar a alguna de sus comisiones la revisión de oficio y constante de los contratos por adhesión que brindan servicios digitales, el beneficio es que existirá un control eficaz y específico para este tipo de contratos, que en la actualidad ha incrementado su utilización, y así, a futuro evitar gastos procesales derivados de los procedimientos administrativos.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis