

**UNIVERSIDAD CATÓLICA SANTO TORIBIO DE MOGROVEJO**

**FACULTAD DE DERECHO**

**ESCUELA DE DERECHO**



**INCORPORACIÓN DE LA CLÁUSULA PENAL EN LOS CONTRATOS  
DE SERVICIO DE TRANSPORTE AÉREO PARA CASOS DE  
INCUMPLIMIENTO DE LA PRESTACIÓN POR FUERZA MAYOR**

**TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO DE  
ABOGADO**

**AUTOR  
VIVIANE VALERIA YAIPEN ZURITA**

**ASESOR  
VICTOR JAVIER SANCHEZ SECLÉN**

<https://orcid.org/0000-0002-3953-5526>

**Chiclayo, 2022**

**INCORPORACIÓN DE LA CLÁUSULA PENAL EN LOS  
CONTRATOS DE SERVICIO DE TRANSPORTE AÉREO  
PARA CASOS DE INCUMPLIMIENTO DE LA PRESTACIÓN  
POR FUERZA MAYOR**

PRESENTADA POR:

**VIVIANE VALERIA YAIPEN ZURITA**

A la Facultad de Derecho de la  
Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo  
para optar el título de

**ABOGADO**

APROBADA POR:

Sandro Omar Aguilar Gaitán

PRESIDENTE

Igor Eduardo Zapata Vélez

SECRETARIO

Victor Javier Sanchez Seclen

VOCAL

## **DEDICATORIA**

Esta tesis está dedicada en primer lugar a mis padres Héctor Yaipen Ballena y Zarina Zurita Rojas, ya que sin ellos nada de esto hubiera sido posible, gracias a ellos por todo su amor y por el esfuerzo enorme que hicieron para darme educación de calidad. En segundo lugar, quiero dedicar este triunfo a mi madrina Giannina Yesenia Yaipen Ballena, por su apoyo, amor incondicional y por aconsejarme durante toda mi carrera. Finalmente quiero dedicar esta tesis a mi asesor Víctor Sánchez Seclén, por la disponibilidad y dedicación en cada una de nuestras reuniones, ya que sin él no hubiera podido avanzar y tener buenos frutos.

## **AGRADECIMIENTO**

Agradezco a Dios el poder estar aquí ahora, porque no ha dejado de protegerme y proteger a los míos durante todo este tiempo difícil que nos ha tocado llevar. Agradezco a mis padres y mis hermanas por su entera complicidad en mi carrera universitaria. Agradezco a cada miembro de mi familia, por cada consejo y palabra de aliento durante mi vida entera. Finalmente agradezco al Dr. Eduardo Acosta Yparraguirre, a la Dra. Patricia Ramos Soto Cáceres y al Dr. Víctor Sánchez Seclén, por acompañarme en este proceso de investigación.

# TESIS VIVIANE VALERIA YAIPEN ZURITA

---

## ORIGINALITY REPORT

---

15%

SIMILARITY INDEX

15%

INTERNET SOURCES

0%

PUBLICATIONS

5%

STUDENT PAPERS

---

## PRIMARY SOURCES

---

1	<a href="http://polemos.pe">polemos.pe</a> Internet Source	2%
2	<a href="http://repositorioacademico.upc.edu.pe">repositorioacademico.upc.edu.pe</a> Internet Source	2%
3	<a href="http://lpderecho.pe">lpderecho.pe</a> Internet Source	1%
4	<a href="http://qdoc.tips">qdoc.tips</a> Internet Source	1%
5	<a href="http://www.ipa.pe">www.ipa.pe</a> Internet Source	1%
6	<a href="http://www.administracion.usmp.edu.pe">www.administracion.usmp.edu.pe</a> Internet Source	1%
7	<a href="http://hdl.handle.net">hdl.handle.net</a> Internet Source	1%
8	<a href="http://es.scribd.com">es.scribd.com</a> Internet Source	1%
9	<a href="http://pt.scribd.com">pt.scribd.com</a> Internet Source	<1%

---

## Índice

<b>Resumen</b> .....	5
<b>Abstract</b> .....	6
<b>Introducción</b> .....	7
<b>1. Revisión de la literatura</b> .....	9
<b>2. Materiales y métodos</b> .....	20
<b>3. Resultados y discusión</b> .....	20
<b>Conclusiones</b> .....	32
<b>Recomendaciones</b> .....	32
<b>Referencias</b> .....	33
<b>Anexos</b> .....	36

## **Resumen**

La situación que enfrenta actualmente nuestro país y el mundo por la pandemia generada por la Covid-19 genera problemas en muchos ámbitos, incluyendo el jurídico. El presente artículo analiza la necesidad que existe en nuestra normativa de la incorporación de la cláusula penal en el caso que existiera un incumplimiento del contrato de transporte aéreo por causas de fuerza mayor. Como ya lo hemos mencionado, esta figura se consagra como eximente de responsabilidad para el deudor, ya que impide o imposibilita el cumplimiento de la obligación principal de la relación contractual. Sin embargo, resulta perjudicial para el acreedor que no les den soluciones viables en estos posibles panoramas o que éstos no sean presentados en el mismo contrato, obteniendo como consecuencia la rescisión del contrato y privándolos de su derecho a recibir la prestación debida. Es así como proponemos la incorporación de cláusulas penales que garanticen al usuario la protección de sus derechos como acreedor en los contratos de servicio de transporte aéreo por caso de fuerza mayor. Esta propuesta surge a partir de la importancia de asegurar al usuario la protección de sus derechos como acreedor frente a este tipo de eventos, teniendo como base los lineamientos sobre la protección al consumidor que presenta INDECOPI.

### **Palabras clave:**

Pandemia, cláusula penal, contrato de transporte aéreo, fuerza mayor, INDECOPI.

### **Abstract**

The situation that our country and the world are currently facing due to the pandemic generated by Covid-19 generates some problems in many areas, including the legal one. This article analyzes the need that exists in our regulations for the incorporation of the penal clause in the event that there is a breach of the air transport contract due to force majeure. As we have already mentioned, this figure is established as a liability exemption for the debtor, since it prevents or makes it impossible to fulfill the main obligation of the contractual relationship. However, it is detrimental to the creditor that they are not given viable solutions in these possible scenarios or that they are not presented in the same contract, resulting in the termination of the contract and depriving them of their right to receive the due provision. This is how we propose the incorporation of criminal clauses that guarantee the user the protection of their rights as a creditor in air transport service contracts in the event of force majeure. This proposal arises from the importance of ensuring the user the protection of their rights as a creditor against this type of event, based on the guidelines on consumer protection presented by INDECOPI.

### **Keywords:**

Pandemic, penal clause, air transport contract, force majeure, INDECOPI.

## Introducción

En diciembre, a finales de 2019, Wuhan, China, se convirtió en el centro de un brote de neumonía de etiología desconocida, que posteriormente fue reconocido como COVID-19. En pocos días, las infecciones aumentaron exponencialmente no solo en China continental sino también en diferentes países. En el Perú, el día sábado 22 de marzo del año 2020, el presidente de la República cerró las fronteras como medida de precaución de lo acontecido alrededor del mundo. A raíz de esto, las aerolíneas resguardadas por lo estipulado en la ley resolvieron muchos de los contratos que tenían celebrados con sus usuarios, dejando a muchos de estos en situación de desprotección jurídica, ya que la normativa nacional no ha planteado este posible panorama para darle una solución efectiva.

Por consiguiente, ante lo descrito, surge la problemática sobre qué criterios se deben tomar en cuenta para regular la validez de cláusulas penales en los contratos de servicio de transporte aéreo en caso de incumplimiento de la prestación por fuerza mayor. Ya que, si bien es cierto, en nuestro actual Código Civil, en los artículos 1315°, 1316° y 1317° se encuentra normada la figura de fuerza mayor y caso fortuito, así como la extinción de la obligación y la inimputabilidad de los daños y perjuicios por la inejecución de la obligación, no existe ninguna figura que garantice al usuario la protección de sus derechos como acreedor en el caso que se le traslade el riesgo de la imposibilidad del cumplimiento de la prestación mediante una cláusula estipulada en el contrato, considerando a ésta como abusiva.

La fuerza mayor, para nuestra legislación, es una institución que normalmente se consagra como eximente de responsabilidad y es aceptada casi universalmente en todo tipo de contratos, por los cuales, las personas físicas o jurídicas afectadas por esta figura, tienen motivos para incumplir las obligaciones contractuales o incluso rescindir determinados contratos. La definición de fuerza mayor es un evento imprevisto que es irresistible. De acuerdo con el artículo 1315 del Código Civil (en adelante CC): “Caso fortuito o fuerza mayor es la causa no imputable, consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso”. Por su parte, Castillo, M. (2018), determina que: “El efecto liberatorio de la causa no imputable se encuentra reconocido en el artículo 1317 del Código. Conforme a lo establecido en esta norma, el deudor no responde de los daños y perjuicios resultantes de la inejecución de la obligación, o de su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, de las obligaciones por causas no imputables, salvo que lo contrario esté previsto expresamente por la ley o por el título de la obligación”.

En razón al caso materia de controversia, las consecuencias son negativas para el consumidor, en cuanto, por razones de legislación esto conlleva a la resolución del contrato, obteniendo como resultado que los eventos accidentales conlleven a frustrar las reclamaciones de compensación de los acreedores, pero sin eximir el cumplimiento de las reclamaciones u otros recursos.

Por lo tanto, se ha formulado el siguiente problema que atañe a la presente investigación: ¿Cuáles serán los criterios para regular la validez de cláusulas penales en los contratos de transporte aéreo en caso de incumplimiento de la prestación por causas fuerza mayor?

Ante la pregunta planteada se formuló la siguiente hipótesis de trabajo: Si se incorpora la cláusula penal en los contratos de transporte aéreo en caso de incumplimiento por fuerza mayor teniendo como base los lineamientos sobre la protección al consumidor que presenta INDECOPI, entonces se evita la privación del derecho del acreedor a recibir la prestación y, por lo tanto, no se vulneraría sus derechos fundamentales como consumidor. En ese sentido, nuestro ordenamiento jurídico, debe establecer cláusulas penales que garanticen al usuario la protección de sus derechos como acreedor en contrato de servicio de transporte aéreo en casos de fuerza mayor, evitando un arbitrario incumplimiento, basándose en los Lineamientos sobre Protección al consumidor que presenta INDECOPI.

Simultáneamente se plantearon objetivos, teniendo como objetivo general: incorporar la cláusula penal en los contratos de servicio de transporte aéreo en caso de incumplimiento por causas de fuerza mayor para garantizar al usuario la protección de sus derechos como acreedor. Y como objetivos específicos: (i) Analizar el tratamiento jurídico de la validez de cláusulas penales que garanticen al usuario la protección de sus derechos como acreedor en contrato de servicio de transporte aéreo en caso de incumplimiento por fuerza mayor en el Perú. (ii) Identificar las ventajas y beneficios que traería consigo la incorporación de cláusulas penales en los contratos por adhesión.

Por ello, es necesario analizar la legislación y la jurisprudencia de aplicación a las obligaciones contractuales del caso en concreto y, una vez claro el marco jurídico, redactar cláusulas penales civiles que garanticen al usuario la protección de sus derechos como acreedor con una regulación completa en esta materia, la cual debería, a mi juicio, contener una ordenación detallada y lo menos ambigua posible sobre las obligaciones contenidas en el contrato ante tal eventualidad.

De esta manera, la propuesta normativa sobre la incorporación de cláusulas penales que garanticen al usuario la protección de sus derechos como acreedor en contrato de servicio de transporte aéreo por caso de fuerza mayor surge a partir de la importancia de asegurar al usuario la protección de sus derechos como acreedor frente a este tipo de eventos. Es así como se hace necesaria la modificación de la normativa nacional, en la cual se incluyan cláusulas que garanticen al usuario la protección de sus derechos como acreedor en contrato de servicio de transporte aéreo en casos de fuerza mayor.

## 1. Revisión de la literatura

En este capítulo desarrollaremos el marco conceptual teórico de nuestra investigación con el fin de dar a conocer diversas referencias bibliográficas que se consideran precedentes; asimismo, expondremos la base teórica y definiremos los términos básicos de la investigación.

### 1.1. Antecedentes

En cuanto a los antecedentes de estudio, se comienza tratando de revisar diferentes fuentes escritas de tesis doctorales, seguido de la revisión de tesis de maestría; así mismo, libros, revistas y artículos científicos, las cuales se relacionan con el trabajo de investigación, para lograr los objetivos que se proponen.

Vilela, (2018), *“Algunos apuntes sobre el régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública en la prestación de servicio público, con especial referencia al ámbito de las Telecomunicaciones”* Tesis pregrado presentada en la Universidad de Piura.

El autor determina que, en el derecho civil peruano se asume que de acuerdo con el propio artículo del CC de 1972, no es importante suponer que se utilizan eventos accidentales o fuerza mayor para determinar las calificaciones de la responsabilidad del agente. Respecto a la responsabilidad por riesgo: si el daño es causado por desastres naturales o fuerza mayor, el autor no está obligado a indemnizar. En este caso, no es necesario identificar claramente un supuesto u otro, porque independientemente de que exista algún supuesto, siempre habrá exención de responsabilidad. Si se distinguen los dos conceptos, se explicará la legalidad, por lo que el ordenamiento jurídico lo prohíbe. (p. 41)

El aporte del autor nos servirá en adelante para determinar los casos en los que se debe considerar la fuerza mayor como eximente de responsabilidad, cuáles son los perjuicios que causa y cuáles serían las posibles soluciones a estos inconvenientes, puesto que, si bien es cierto, la causa de fuerza mayor puede cesar, los efectos de esta pueden durar hasta después de la cesión y debemos analizar cada caso en específico para así obtener resultados eficientes.

Acosta, (2013), *“Fuerza mayor y Hardship en la contratación internacional. Análisis de las excepciones al principio Pacta Sunt Servanda”* Tesis para optar por Magister de Derecho en la Universidad de Chile.

El autor llega a la conclusión que, “en las legislaciones nacionales de Panamá y Chile, salvo casos específicos establecidos por ley, los efectos de la fuerza mayor o caso fortuito exoneran al deudor de la totalidad de la responsabilidad, por lo cual el acreedor no tendrá otra opción que soportar la carga del incumplimiento”. (p. 183)

El aporte de este autor es relevante pues nos da una visión internacional de la figura de fuerza mayor, lo que nos servirá para contrastar el avance o la igualdad que presentan otros países respecto al tema y las soluciones que estos plantean frente a posibles soluciones como el que desarrollaremos en adelante.

Cepeda, S. y Constanza, N. (2002), *“La cláusula penal”* Tesis para obtener el título en abogacía presentada por la Universidad de la Sabana.

Las autoras llegaron a la conclusión que, la cláusula es una herramienta jurídica vital en el derecho privado contemporáneo, porque permite a las personas expresar sus necesidades o intereses más convenientes en el contrato celebrado, y sus deseos tienen el mismo valor imperativo de ley, agilizando así la ejecución del tráfico jurídico contractual. Cumpliendo así su objetivo principal, el cual era: “realizar una descripción de la cláusula penal, mostrando su tratamiento en el ordenamiento jurídico colombiano, en el derecho chileno y en la jurisprudencia nacional, como parte de una investigación profesoral”. (p. 193)

El aporte que deja este autor para nuestro artículo es respecto a la importancia de la cláusula penal, en cuanto esta genera un soporte jurídico y garantiza el cumplimiento de las obligaciones que se pacten en el contrato a cabalidad.

Alcántara, O. (2020), en el artículo *“Exigibilidad de la cláusula penal en época de crisis sanitaria”* presentado por la Universidad de Lima, ha considerado como objetivo principal: “plantear una reflexión sobre el devenir de la cláusula penal, sus funciones, su utilidad y su vigencia. Con ayuda de los métodos descriptivo, hermenéutico-jurídico y comparado, realizamos una revisión de la normativa nacional y extranjera, acerca de la intangibilidad del contrato, la facultad moderadora de los jueces y la intervención legislativa en la reducción de la cláusula penal, como medida temporal como consecuencia de la crisis sanitaria”. (p. 8)

La autora determina que la cláusula penal es una especie de mecanismo legal, debido a los tipos adoptados por las partes contratantes, estas cumplen distintas funciones. Si es del tipo de compensación, reemplazará los daños; sin embargo, si se suspende será toda una sanción. Este tipo de cláusula refleja las multas acumulativas pactadas más la posibilidad de cumplir con las principales obligaciones. (p. 27)

El aporte que brinda la autora con su investigación es en caso de diferencia contractual, pues plantea que la cláusula penal constituye una excelente salida mediante la cual se puede prever la posibilidad de coacción y terminación de relaciones contractuales no deseadas, lo cual evidencia la equidad de la cláusula penal y las medidas que deben existir para promoverla.

El Kaoutit, T. (2012), en su tesis doctoral: *“La responsabilidad de las compañías aéreas por el incumplimiento de horarios en el contrato de transporte aéreo de pasajeros”* presentada en la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid, tiene como objetivo principal: “analizar los incumplimientos en que incurrir las aerolíneas con mayor frecuencia, los cuales son: la denegación de embarque por overbooking, las cancelaciones de vuelos, los retrasos e incidencias de equipajes, y que todos los incumplimientos recaen sobre los transportistas aéreos”. (p. 5)

Cumpliendo con su objetivo principal, el autor llega a la conclusión que, en el Reglamento (CE) N ° 261/2004 no se considera ninguna interrupción del transporte. Esta situación puede ocurrir por fuerza mayor o razones que afecten la seguridad del vuelo. Por lo tanto, es necesario señalar que el embarque está denegado, cancelado o al menos por un tiempo.

El aporte que el autor nos brinda con su investigación, respecto al tema de investigación, es que a pesar que en su país, esté regulada la figura del incumplimiento por fuerza mayor, aún no hay una normativa específica que trate sobre la interrupción del contrato de transporte aéreo por razones de fuerza mayor, y cree necesaria la regulación inmediata de ésta, lo cual se asemeja en nuestra legislación peruana.

Del Valle, P. (2019), en el artículo *“La protección del consumidor en el contrato de transporte aéreo”* presentado por LEFEBVRE inteligencia jurídica.

El autor llegó a la conclusión que el problema surge a causa de los contratos de adhesión, mediante el cual, la parte más vulnerable del contrato, en este caso, el acreedor, presta su consentimiento para circunstancias generalizadas y que fueron ya predispuestas por la parte deudora. Tal vez el desconocimiento de eso y, en muchas situaciones, la inacción del pasajero, respecto de estas situaciones, es lo cual propicia que la organización que se ocupa de hacer los viajes siga aprovechando para crear más contratos de unión. Y queda claro que no podrían llevarse a cabo contratos individualizados para cada pasajero, la cuestión primordial es si aquellas condiciones en general son idóneas a los derechos de los pasajeros. (p. 5)

Por lo tanto, y en correlación a su objetivo principal, el cual era: “dejar constancia de la prevalencia que tienen asumida las empresas de transporte aéreo frente a la desprotección de los individuos que hacen uso de sus servicios, de manera que se dará a conocer las responsabilidades, así como las acciones que le corresponde a cada uno respectivamente”, se puede afirmar que la parte acreedora del contrato no recibe la información que debería recibir respecto al contrato que ellos están firmando en cuanto a sus beneficios y derechos como consumidores, por lo que, al suscitarse situaciones de desventaja para ellos, el deudor suele salir beneficiado o eximido de responsabilidad.

Velásquez, A. (2020), en su investigación para obtener el título de bachiller en derecho *“Consumidores y usuarios de transporte aéreo ante la COVID19”* presentado por la Universidad de la Laguna de España, ha considerado como objetivos: valorar las figuras jurídicas como el incumplimiento por imposibilidad sobrevenida y una eventual resolución, o la cláusula rebus sic stantibus, su posible aplicabilidad como vías resolutorias ante la Covid-19 y concretamente en los contratos de transporte aéreo de pasajeros; finalmente comprender la motivación y utilidad del artículo 36. Intentando hacerlo con brevedad y claridad.

En base a eso, el autor llegó a la conclusión que las compañías aéreas tienen la obligación y responsabilidad de regresar el costo del vuelo pagado y no efectuado, así como los clientes y usuarios de verla reembolsada. No obstante, se priva de cualquier derecho indemnizatorio a la parte acreedora del contrato, ya que las cancelaciones se consideran una situación imprevista y sobrevenida por fuerza mayor, no por la pandemia en sí, sino por las reglas legales establecidas a lo largo del Estado de Emergencia que han producido un incumplimiento del empresario no imputable. (p. 31).

Para el autor es claro que la obligación que tienen las aerolíneas como parte deudora en el contrato es cumplir satisfactoriamente con su obligación, y en caso de verse imposibilitado el cumplimiento de esta, devolver el precio del vuelo; sin embargo, se le priva al acreedor cualquier derecho indemnizatorio ya que se trata de situaciones imprevistas, de las cuales el deudor no pudo tener conocimiento.

## 1.2. Bases teóricas

### 1.2.1. Teorías

#### 1.2.1.1. Teoría del riesgo

La teoría del riesgo como tal es un factor de imputación que conlleva a la aplicación de un régimen conceptual y probatorio especial, conocido como responsabilidad sin falta u objetiva, en donde el daño toma una posición determinante frente a la falta y del cual sólo se puede exonerar mediante la prueba de una causa extraña (fuerza mayor, culpa exclusiva de la víctima o culpa exclusiva de un tercero). (Dávila, 2016. p. 102).

Lo que nos brinda el autor con este concepto de teoría del riesgo, es que incluso para esta figura, la única solución en nuestra legislación es la demostración de una causa externa, que exime de culpa al deudor, por lo tanto, excluiría la responsabilidad de este frente al contrato.

La teoría del riesgo es un desarrollo de la teoría objetiva, ya que implica la responsabilidad del representante que produjo el mal. No obstante, se diferencia de la responsabilidad sin culpa, en base que tal suposición no se da en todos los casos, sino en los supuestos que involucran la ejecución de actividades riesgosas o peligrosas. (Castillo y Osterling, 2008. p. 933).

Por lo tanto, la inviabilidad de la prestación por caso fortuito o fuerza mayor podría ser persistente o transitoria. La primera extingue la obligación, la transitoria sólo libera de la compensación moratoria, empero no libera al deudor de realizar la prestación una vez desaparecido el impedimento y que el contrato se reajuste acorde a las novedosas situación, por cuanto la prestación de la arrendataria ha devenido excesivamente onerosa. (Torres, 2020. p. 2).

Con el aporte de los autores citados en los párrafos anteriores, podemos situarnos en la posición de dos figuras en las que se podría eximir de responsabilidad al deudor, una es el caso fortuito y la otra denominada fuerza mayor, que es en la cual nos basaremos nosotros para el desarrollo de nuestro artículo. También nos presenta dos figuras, la primera persistente y la segunda transitoria, lo cual determinaremos en adelante para la resolución de nuestra problemática.

Es por ello que la iniciativa importante de la teoría del peligro en toda sus variantes se basa en reconocer que quién añade un peligro al cuerpo humano social debería componer los daños operados, aun cuando no haya mediado culpa alguna de sus parte, consecuentemente o en otros términos, que quien recibe las ventajas debería tolerar las cargas. (Ricra, 2010. p. 63).

En cuanto al problema de la incapacidad, la doctrina y las diferentes legislaciones conforman la llamada teoría del riesgo. La teoría busca decidir qué ocurre en los contratos con beneficios recíprocos, a medida que las ventajas siguen siendo probables. Si se plantea que por el momento no es exigible, se afectará al deudor que no logre obtener el beneficio; por otro lado, si mencionamos que es exigible, el afectado resultará el acreedor del beneficio que no puede gozar. Este es el denominado riesgo de la contraprestación. (Zusman, 1980. p. 82).

De acuerdo con lo descrito por la autora Zusman en su libro, la teoría del Riesgo debe tener ciertos requisitos que resultan importantes y necesarios para poder aplicarla en la legislación peruana, los cuales son:

- En primer lugar, el contrato debe contener prestaciones recíprocas, puesto que esta teoría no podría resultar viable en el caso del contrato que suponga la prestación de una de las partes, en cuanto no existe contraprestación, por lo que tampoco resulta factible en el contrato de prestaciones autónomas en cuanto no existe una relación contractual entre las prestaciones debidas.

- En segundo lugar, la imposibilidad del contrato debe ser sobreviniente, puesto que, en caso de existir una inviabilidad originaria, el contrato resultaría nulo.

- También resulta importante que la compensación sea probable, ya que sin esto, no tendría sustento el contrato.

- Es fundamental que la imposibilidad reincida sobre un bien o servicio ya establecido.

- Resulta vital que la imposibilidad tenga como causa la fuerza mayor, el caso fortuito o el hecho de un tercero.

Es así como podemos concluir de la información recopilada que la teoría del riesgo como aquella que plantea la posibilidad de la pérdida del contrato como consecuencia de un hecho imprevisible, el cual determina que ninguna de las partes tuvo culpa en lo acontecido.

### **1.2.1.2. Teoría de la imprevisión**

Es importante iniciar este acápite con la noción que tenemos de imprevisión, es por ello que Reyes, (2020) determina que:

“Al hablar de imprevisión nos referimos al suceso de hechos o situaciones extraordinarias que superan de alguna forma en mucho las previsiones que podían hacerse al instante de contratar y que, al ser de tal gravedad para la interacción contractual, realizan intolerable la carga de la obligación para una de las piezas. Hablamos de una incapacidad relativa de consumir, como aquella generada por una crisis económica, gracias a un estado de guerra”. (p. 4)

Por lo tanto, el problema de la imprevisión en sí trata de solucionar el problema provocado entre la necesidad de respetar definitivamente los contratos legalmente celebrados, por una sección, y las causas de igualdad que buscan disminuir el rigor de las cláusulas contractuales. La ideología de la imprevisión aspira hallar una base sólida para justificar una revisión del contrato, sin atentar con ello contra la elemental seguridad contractual, la estabilidad jurídica entre los contratantes. (Castillo y Osterling, 2008. p. 620).

De acuerdo con lo que abordan Reyes, Castillo y Osterling, la imprevisión se refiere al conjunto de acontecimientos que resultan inesperados y por lo tanto imposibles de evitar, sin embargo, esta figura busca fundamentar una estructura firme para mantener la relación contractual con seguridad y firmeza.

Ahora, en cuanto a la teoría de la imprevisión, podemos determinar que estima como evento extraordinario el que no es habitual que se verifique, sin que la imprevisibilidad se entienda con sentido absoluto, debido a que acorde a la vivencia cualquier ocurrir, aun cuando sea imprevisible, podría ser conocido y de vez en cuando pensado. (Rivera, 2020. p. 15).

Frente a hechos indescifrables y ocurridos que cambiaron por completo la situación del contrato, y la carga excesiva para una de las partes debido al evento, esta teoría se hizo realidad. Esta teoría se considera un rechazo cauteloso y básico del principio de Pacta Sunt Servanda.

Para que se origine la teoría de la imprevisión, resulta imprescindible la presencia de una variación extraordinaria de situaciones existentes al tiempo de su celebración. Esa variación podría ser fruto de un cambio en la equivalencia de las prestaciones, en el cotejo entre los derechos y obligaciones de las piezas, en la ecuación económica del contrato o una variación extraordinaria de las bases del negocio jurídico, es decir, su objeto, o de las situaciones existentes al tiempo de la celebración. (Carlos, 2020).

Nuestro ordenamiento jurídico civil regula la teoría de la imprevisión bajo otro título. De hecho, lo denomina "excesiva onerosidad de la prestación".

En tal sentido, el artículo 1440, Libro VII (Fuentes de la Obligaciones), prescribe ad pedem litterae: "Los contratos conmutativos de ejecución continuada, periódica o diferida, si la prestación llega a ser excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada puede solicitar al juez que la reduzca o que aumente la contraprestación, a fin de que cese la excesiva onerosidad. Si ello no fuera posible por la naturaleza de la prestación, por las circunstancias o si lo solicitara el demandado, el juez decidirá la resolución del contrato. La resolución no se extiende a las prestaciones ejecutadas". (Bravo, 2020).

Es así como nuestra normativa jurídica resalta los eventos inusuales al mencionar las principales razones que conducen a intereses sobrecargados. En otras palabras, el coloquialismo es un evento raro e inevitable. Al mismo tiempo, al publicar que no se extiende a los servicios prestados, se puede inferir el impacto legal efectivo, por lo que, a diferencia de la revocación, revocación y liquidación, no existe un reemplazo completo.

Siguiendo la línea del autor Bravo, podemos establecer que la teoría de la imprevisibilidad se relaciona con un régimen que el tratado debe cumplir, pero se configura como su límite, permitiendo a las partes del contrato renegociar el contenido del acuerdo y restablecer la estabilidad del contrato, o de versión. En su rango más amplio, requiriendo revisión judicial de los contratos, esta situación puede haber sido rebelde a principios del derecho contractual del siglo XIX; sin embargo, en la era de la globalización, no solo es deseable, sino también básica.

"La doctrina ha defendido la Teoría de la Imprevisión propuesta por el profesor De la Maza, que consiste en la revisión judicial de los contratos, por medio de la cual el juez reestablece el equilibrio perdido entre las prestaciones de las partes". (Papic, 2017. p. 180).

Grosso modo, podemos llegar a la conclusión que la teoría de la imprevisión permite restablecer el equilibrio que debe existir en cualquier contrato, primando así, la equidad y evitando que, en caso de existir acontecimientos extraordinarios y alterarse las condiciones de celebración del contrato, exista algún tipo de abuso de la parte más fuerte en la relación contractual.

### 1.2.1.3. Teoría de la inexecución de las obligaciones

El artículo 1315 considerado en el actual Código Civil Tomo VI (Obligaciones) establece que se tienen que atribuir al deudor figuras jurídicas accidentales o de fuerza mayor, logrando la existencia de vicios en el incumplimiento de obligaciones o cumplimiento de obligaciones de forma parcial. En otros términos, los hechos que inquietan son enteramente independientes de los deseos del deudor, y la negligencia presupone una ausencia de culpa.

Advertimos que el Código Civil trata los hechos accidentales y la fuerza mayor como una misma persona jurídica, por lo que se utiliza la conjunción "o" entre estos dos términos, sin embargo, esto es incorrecto porque se trata de aproximadamente dos números. La rendición de cuentas es similar porque no son hechos imputables. Pero no son exactamente iguales, porque se diferencian en los siguientes aspectos:

- Referente a los efectos. En la posición de caso fortuito, primordialmente hay un cumplimiento parcial, tardío o defectuoso. En otro orden la fuerza mayor significa incumplimiento absoluto de las obligaciones.
- Alusivo a los elementos constitutivos. El caso fortuito se configura como un acontecimiento extraordinario e inesperado, mientras que, la fuerza mayor constituye un acontecimiento extraordinario, imprevisible e irresistible.

“La fuerza mayor o caso fortuito implica un inconveniente imposible de rescatar para el cumplimiento de la obligación. El producido que configura tal caso fortuito o fuerza más grande, irresistible o insuperable, hace imposible la ejecución de la obligación, quedando el deudor exento de responsabilidad”. (Orrego, 2021. p. 61).

Orrego al explicarnos ambas figuras que determinan un evento imprevisible, concluye que al verse imposibilitado el cumplimiento del contrato, la consecuencia sería la exención de del deudor en cuanto a la responsabilidad que tiene en el contrato, lo cual evidentemente afectaría al acreedor. Es determinante esta información en tanto nos ayudará en adelante a buscar la solución para que el acreedor no quede sin recibir la contraprestación.

El maestro de Felipe Osterling Parodi considera que los casos fortuitos o fuerza mayor poseen las mismas propiedades en teoría, sin embargo tienen que distinguirse. Por consiguiente, se puede tener en cuenta que los casos fortuitos solamente se refieren a accidentes naturales, que en el derecho anglosajón se llaman "hechos de Dios"; sin embargo, la fuerza mayor implica tanto la actuación de terceros como la atribución del acto de autoridad, que se denomina acto del príncipe en la ley anglosajona. (Bravo, 2020. P. 12).

Los autores dejan claro que aunque la fuerza mayor y el caso fortuito tengan el mismo resultado como es el eximente de responsabilidad, ambas son figuras distintas, siendo la primera efecto del hombre que resulta inevitable y la segunda implica un evento de la naturaleza impredecible.

En el caso de fuerza mayor, para que un caso sea entendido como tal, este debe configurarse como un acontecimiento extraordinario, imprevisible e irresistible; o sea, tienen que concurrir en grupo, los tres elementos. La fuerza mayor hace referencia a lo irresistible, esto quiere expresar lo inevitable. Uno de los hechos más resaltantes o importantes, es el de los fenómenos naturales, en razón a que, sin perjuicio de tratarse de eventos extraordinarios e

indescifrables, son irresistibles. Para nosotros, un caso que muestra representación de la fuerza mayor es la Covid-19, en razón a que hablamos de un fenómeno natural, que está generando diversos efectos jurídicos. (Bravo, 2020).

El autor Bravo esclarece la idea de fuerza mayor, y analiza 3 elementos necesarios para la configuración de esta figura. Del mismo modo, concluye que para él la pandemia que atravesamos por la Covid-19 es un claro ejemplo de fuerza mayor en cuanto es un evento natural, causado por el hombre, que genera efectos jurídicos. Sin embargo, en adelante, nosotros analizaremos si éstos pueden resultar perjudiciales para la parte más débil en la relación contractual, lo cual determinaría una violación a sus derechos como parte contractual.

A modo de síntesis, podríamos definir a la teoría de la inejecución de las obligaciones como la imposibilidad del cumplimiento de las obligaciones del contrato a causa de eventos no imputables para el deudor. Sin embargo, esta teoría no quita la posibilidad que el deudor cumpla con la prestación debida, ya sea de forma parcial, tardía o defectuosa.

## **1.2.2. Definición de términos básicos**

### **1.2.2.1. Contrato de transporte aéreo**

“El contrato de transporte aéreo es aquel por el cual un transportador se obliga a trasladar en aeronave y por vía aérea, de un aeródromo a otro, en un cierto tiempo y en condiciones de seguridad, a personas, equipajes o carga a cambio de un precio cierto en dinero”. (Folchi, 2013).

Folchi nos da una noción básica acerca del contrato de transporte aéreo, que nos ayuda a identificar los elementos que lo configuran y las funciones que éste tiene con el usuario.

“El contrato de pasaje aéreo se define como aquel por el que una persona, denominada transportista o porteador, se compromete, a cambio de una contraprestación económica, a transportar por vía aérea y de manera indemne a otra, denominada pasajero o usuario, junto con su equipaje, de conformidad con las condiciones estipuladas en el contrato”. (Navarro, 2016).

“Es aquel por el que un empresario (el porteador o transportista) se obliga, a cambio de una remuneración, a trasladar a otras personas (denominadas pasajeros) de un lugar a otro utilizando el medio de locomoción pactado (en este caso, una aeronave), y conforme a las demás condiciones pactadas: horarios, itinerarios, categoría, etc.”. (Rossel, 2020).

Asimismo, Navarro y Rossel reconocen las partes en el contrato de transporte aéreo, las cuales son: la aerolínea y el consumidor, y plantean las obligaciones de ambas partes en el contrato de transporte aéreo.

De lo expuesto podemos concluir que el contrato de transporte aéreo es un contrato en el que las aerolíneas están obligadas a trasladar personas o cosas de un lugar a otro a través del transporte aéreo a cambio de un precio determinado. Estos contratos son contratos de adhesión, en los que la aerolínea establece condiciones unilateralmente, y los pasajeros no tienen más remedio que aceptar estas condiciones, porque de lo contrario no podrían acceder al servicio que éstos brindan.

### 1.2.2.2. Fuerza mayor

De acuerdo con el artículo 1315 del Código Civil (en adelante CC): “Caso fortuito o fuerza mayor es la causa no imputable, consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.”

“El efecto liberatorio de la causa no imputable se encuentra reconocido en el artículo 1317 del Código. Conforme a lo establecido en esta norma, el deudor no responde de los daños y perjuicios resultantes de la inexecución de la obligación, o de su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, de las obligaciones por causas no imputables, salvo que lo contrario esté previsto expresamente por la ley o por el título de la obligación”. (Castillo, 2018. p. 141-142).

El autor Castillo, en el acápite anterior cita nuestro Código Civil para hacer énfasis a la eximente de responsabilidad del deudor en cuanto a daños y perjuicios por la inexecución de la prestación. Esto es primordial para nuestra investigación en cuanto, posteriormente analizaremos y determinaremos los límites que acoge la ley nacional en cuanto a este punto y los perjuicios que causaría al acreedor.

“La fuerza mayor hace referencia a eventos extraordinarios, imprevisibles e irresistibles. Se debe entender por evento extraordinario, como todo aquello que se caracteriza por ser inédito, que no hubiera sucedido con anterioridad. Por otro lado, lo imprevisible apunta a que, las partes al momento de negociar el contrato (ni actuando con la diligencia ordinaria), hubieran podido anticiparse a la producción del evento. Por último, se considera irresistible, cuando habiéndose producido el evento, el deudor de una relación obligatoria, no tiene ninguna otra alternativa, aunque resulte más onerosa, de poder cumplir con su prestación”. (Santos, 2020).

No basta con demostrar que el hecho acaecido es extraordinario, imprevisible e irresistible, sino que es necesario que exista una imposibilidad sobreviniente que impida la ejecución de las obligaciones convenidas. Así pues, la imposibilidad a la que se alude debe ser –según el autor- objetiva, absoluta y no imputable. (Leigh y Rojo, 2021. p. 39).

Los autores referenciados hacen énfasis a las generalidades de la figura de fuerza mayor, resaltando que debe ser consecuencia de un evento con 3 especificaciones necesarias, las cuales explican con precisión y simplicidad. “La necesidad de tener en cuenta que la fuerza mayor es un evento impeditivo, es decir, que el evento que califique como fuerza mayor debe tornar imposible la prestación debida”. (Barchi, 2020. p. 26).

En ese sentido, los autores comparten la posición que tienen la mayoría de los autores peruanos respecto a la diferenciación entre el caso fortuito o fuerza mayor. De otro lado, a pesar que no hacen un mayor análisis de las normas de aislamiento social obligatorio, destacan que sí se cumplen los requisitos que la doctrina extranjera ha establecido como esenciales para calificar un evento como supuesto de fuerza mayor: imposibilidad absoluta de cumplimiento, imprevisibilidad y exterioridad del acontecimiento y, por tanto, nos encontramos ante un evento que sí se configura como tal. (EY México, 2020).

Los requisitos que exige la legislación chilena para que se configure un supuesto de caso fortuito son similares a los establecidos en la legislación peruana, donde la única diferencia es que en el Perú se exige que sea un evento extraordinario y no externo; y, por tanto, se comparte la misma posición que la sostenida por los autores nacionales al afirmar que tanto el Estado de Emergencia como el aislamiento social obligatorio configuran supuestos de fuerza mayor. (Leigh y Rojo, 2021. p. 23).

La legislación mexicana establece como regla general que cuando una obligación se vuelve de imposible cumplimiento por caso fortuito o de fuerza mayor, ésta se extingue sin responsabilidad, conforme al principio general del derecho que refiere: “nadie está obligado a lo imposible”. (BGBG, 2020).

Por lo tanto, el concepto adecuado para esta figura jurídica resulta como el hecho que no se puede evitar o prever, por lo que expresa una situación imprevista e ineludible que cambiará las condiciones de la obligación, excluyendo la responsabilidad contractual y extracontractual.

### **1.2.2.3. Cláusula penal**

La cláusula penal sería un contrato que accede a otro principal, con el objeto de asegurar el cumplimiento de este último, por la vía de hacer exigible una pena en caso que no se verifique el cumplimiento de la obligación principal por parte de su deudor, igualmente contemplando la posibilidad de establecerla para indemnizar los perjuicios moratorios. (Alfaro, 2017. p. 24).

Según el autor Alfaro, la definición de cláusula penal que nos ofrece es en base a un concepto contractual, es cual deja claro la necesidad o la exigibilidad del cumplimiento de la prestación y en caso de no ser así, ejercerá sobre la parte que incumpla dicha cláusula, la sanción correspondiente.

“Es el pacto accesorio a un contrato, consistente en una prestación prometida por el deudor al acreedor, para el caso de incumplimiento de su obligación o de cumplimiento tardío, parcial o defectuoso por causa imputable a él, sin tener en cuenta el daño efectivamente sufrido”. (Alfaro, 2017. p. 10).

Alfaro por su parte, nos establece lo que contiene la cláusula pena, lo cual permite que en caso exista un incumplimiento por parte del deudor, éste deja una promesa bajo esta cláusula que se cumpla con la prestación debida al acreedor.

“La cláusula penal es una obligación accesoria cuyo objetivo es garantizar o asegurar la obligación principal, y es una obligación condicional en la medida en que sólo procede cuando se incumple la obligación principal, que es la condición para que pueda hacerse efectiva”. (Gerencie.com, 2020).

En el concepto descrito en el acápite anterior nos plantean una situación importante, como lo es el incumplimiento de la obligación principal, detallando que es una condición sin la cual no podría efectuarse. En adelante, nosotros determinaremos la importancia de la exigibilidad de esta cláusula en el planteamiento de nuestro problema, siendo algo fundamental para obtener resultados favorables.

“La cláusula penal es entendida como una prestación penal de contenido patrimonial, fijada por los contratantes con la intención de indemnizar al acreedor por el incumplimiento o por el cumplimiento defectuoso de una obligación. Por regla general esta es una compensación de los daños y perjuicios que sufre el contratante cumplido, por lo que no es objeto de prueba dentro del juicio respectivo toda vez que la pena estipulada es una apreciación anticipada de los precitados perjuicios”. (Legis, 2018).

Las cláusulas penales son cláusulas complementarias, que hacen efecto en caso de incumplimiento o demora de la obligación principal, para que así se puede esperar que se cumpla la provisión de compensación, acto u omisión. En el primer caso, será una cláusula de penalización compensatoria, en el segundo caso, será una orden de suspensión.

Estas cláusulas presentan las siguientes funciones:

- **Función obligatoria:** En caso de incumplimiento o demora de la obligación principal, el monto o valor de la obligación auxiliar a cumplir debe ser mayor para fortalecer y asegurar que el deudor cumpla con la obligación.
- **Función indemnizatoria:** La naturaleza de la indemnización es inherente a cualquier cláusula penal, porque la concesión, ejecución o no ejecución pactada de la obligación auxiliar se realiza mediante indemnización, es decir, indemnizará por el daño causado por el incumplimiento de la obligación principal. Lo que hace indiferente es que el monto o valor de la obligación 12 auxiliar sea menor, igual o mayor que la obligación principal.
- **Función punitiva o sancionatoria:** Cuando el juez declara que el monto o valor de la cláusula de pena es evidentemente demasiado alto, se le permite revisar. Este hecho hace que la función punitiva o sancionadora degenere en exactamente “exceso” y se configura como el castigo por incumplimiento o demora. Aquellos que vinieron a desempeñar sus funciones principales fueron multados o sancionados.
- **Función resolutoria:** En el caso de suspensión de ejecución de cláusulas penales por mantenimiento de beneficios debidos (obligación principal) y sanción por demora (obligación accesorias), no se puede decir que exista función de resolución. Por otro lado, en el caso de las cláusulas penales compensatorias, dado que las disposiciones incumplidas (obligaciones principales) son sustituidas por cláusulas penales (obligaciones accesorias), en este caso, esto dará lugar a la terminación de la cláusula y así se resolverá.

Para Vilema: “La cláusula penal establecida suele consistir en el pago de una cantidad como indemnización por el incumplimiento, pero también pueden consistir en dar, hacer o no hacer algo para el caso de contravenir la obligación principal”. (2017, p. 20).

De todo lo expuesto, podríamos concluir que la cláusula penal es una figura protectora en cuanto asegura el cumplimiento de la obligación en caso de no ser ejecutada. Esta cláusula permite sancionar todo tipo de incumplimiento y podría ser reconocida como un pacto o acuerdo indemnizatorio anticipado.

## **2. Materiales y métodos**

### **2.1. Paradigma y método de investigación**

El presente proyecto de investigación se enmarca en el tipo de investigación descriptiva, la cual se encarga de describir la población, las condiciones o los fenómenos que rodean la investigación. Intenta proporcionar información sobre el contenido, método, tiempo y ubicación de la pregunta de investigación, sin dar prioridad a responder el "motivo" de la pregunta.

Toda investigación requiere un diseño de investigación que alude a una planificación de actividades, y considerando que en el presente trabajo de investigación se ha seguido un diseño de investigación bibliográfico, se describen las actividades: **(i)** Una clara delimitación del problema de investigación. **(ii)** Una exhaustiva revisión sistemática, rigurosa y profunda del material bibliográfico. **(iii)** Además, se realizará un análisis y reflexión de la información bibliográfica más relevante, las cuales iluminarán la investigación. **(iv)** Elaboración de un bosquejo o esquema de temas, de acuerdo con los objetivos específicos. **(v)** Identificar los diversos aportes que realizan los autores sobre la materia a estudiar.

La investigación que utiliza datos cualitativos utiliza métodos de recopilación que son diferentes de los que se utilizan en la investigación cuantitativa. Sin ignorar la naturaleza de cada pregunta de investigación, se recomienda utilizar una combinación de métodos de recopilación de datos cuantitativos y cualitativos para obtener una comprensión más completa del comportamiento humano.

En esta investigación se seguirán métodos analíticos para examinar las recomendaciones teóricas con base en los objetivos perseguidos en esta investigación. Esto significa que el análisis realizado se realiza sobre documentos que contienen información válida para refutar afirmaciones que apoyan los objetivos de la investigación. Por lo tanto, se debe considerar que el análisis de documentos es un trabajo, a través de este proceso podemos extraer algunos conceptos del documento mediante un proceso inteligente para representar el documento y promover el acceso al documento original, por lo que estos documentos pueden ser utilizados para la difusión y elaboración de nuevos archivos.

## **3. Resultados y discusión**

### **3.1. La responsabilidad de las aerolíneas por el incumplimiento del contrato por causa de fuerza mayor en el Perú**

La pandemia de COVID-19 iniciada en China resulta un claro ejemplo de caso de fuerza mayor, no solo en el Perú, sino a nivel mundial. A raíz del confinamiento y las medidas tomadas por los gobiernos del mundo, las industrias sufrieron una caída notoria en cuanto a crecimiento o evolución. Una de ellas fue el turismo y la sonada frase de "el virus viaja en avión" tuvo repercusión en el mundo entero. A raíz de esto, los gobiernos prohibieron los vuelos tanto internacionales como nacionales, para evitar la propagación del virus.

A consecuencia de la rapidez con la que se suscitaron los hechos, las aerolíneas tuvieron que reprogramar vuelos y de la misma forma, programar el regreso de aquellos pasajeros a los que el virus sorprendió con la restricción de vuelo en otro lugar de destino, sugiriendo la modificación de los itinerarios y cambios de pasaje incluyendo estadía.

Las aerolíneas más grandes a nivel mundial solicitaron rescates económicos a sus gobiernos, dejando sus aviones varados y en consecuencia dejando de generar dinero, por lo que resultaron imposibilitados de afrontar la devolución del dinero de las cancelaciones.

Para iniciar este acápite resulta menester invocar lo dispuesto en el código civil peruano específicamente su artículo 1431 que contempla la resolución por imposibilidad de la prestación, en cuanto, al analizar y estudiar dicha imposibilidad en cuanto a la no ejecución de la prestación en el caso de las aerolíneas, deja en consecuencia al acreedor sin la oportunidad de satisfacer de ninguna forma el interés que lo llevó a celebrar el contrato y un deudor que deberá devolver el pago recibido al concretarse la compra del boleto, ya que ambas partes tendrán que liberarse de sus obligaciones y de la probabilidad de indemnización a cargo del deudor.

El dispositivo legal citado en el párrafo anterior resulta aplicable en el caso materia de investigación, por la naturaleza del contrato de transporte aéreo, en cuanto nos encontramos ante un contrato típico de prestaciones recíprocas, las cuales no lograron concretarse debido a las medidas dispuestas por el gobierno peruano, generando así la imposibilidad del cumplimiento del contrato a una de las partes.

Es cierto que la imposibilidad exime al deudor de la responsabilidad que se genere por el incumplimiento de su obligación; sin embargo, no influye en la obligación que este tiene en restituir la prestación debida, puesto que, si el deudor recibió el pago del servicio este deberá devolverlo.

Empero, es esencial recalcar que lo extraordinario de lo generado por la crisis sanitaria a consecuencia de COVID-19 originó una afectación enorme a las empresas, por lo que, solicitarles que reembolsen dinero que no tienen los llevaría a la quiebra precipitada. Es por ello que, en los apartados siguientes desarrollaremos la solución a este problema, que beneficie a ambas partes contractuales y no solo a una, pero, teniendo claro que la protección debe tenerla la parte más débil en la situación contractual, y la que a menudo queda desamparada.

### **3.1.1. Criterios de protección al consumidor que establece INDECOPI**

Antes de ahondar en el estudio a profundidad de la protección al consumidor con relación al tema de investigación, debemos tener claro cuál es el concepto de éste. El consumidor en la legislación nacional, como internacional posee un concepto jurídico como económico y la ventaja de ellos es que la ley brindará protección a todas las personas que están incluidas en ésta sin excepción; sin embargo, ello no significa que exista un solo concepto de la esta figura jurídica. En esa línea, Lasarte, C. (2007) establece que la noción de consumidor abarca “a todos los ciudadanos en cuanto personas que aspiran a tener una adecuada calidad de vida”.

De ahí desprendemos que el consumidor es la persona que es capaz de adquirir bienes y servicios para su correspondiente uso y disfrute particular por formar parte del mercado. En el caso materia de análisis, el consumidor es el pasajero que adquirió el boleto de avión, por lo que es conveniente determinar que el pasajero no es lo mismo que el viajero, en tanto el último suele trasladarse de un lugar a otro, haya o no adquirido un boleto o contrato de transporte.

Ahora bien, tras haber especificado el concepto de consumidor, y ya habiendo definido al contrato de transporte aéreo en los puntos anteriores, analizaremos el tema de protección al usuario de servicio de transporte aéreo. Nuestro estudio se basará exclusivamente en transporte de pasajeros, excluyendo de toda la investigación al transporte aéreo de mercancías o bienes.

Resulta menester recurrir a los Lineamientos sobre Protección al Consumidor que estableció INDECOPI, el cual se encuentra destinado a superar las dificultades de la parte más débil de la relación jurídica, pues, mediante él se podrá realizar una compensación en caso que la normativa jurídica nacional e internacional no determine claramente que las aerolíneas cancelen vuelos por causas ajenas a su ámbito de responsabilidad, realizando siempre una interpretación sistemática y finalista de las mismas.

Asimismo, es de suma importancia informar que el derecho del consumidor al reembolso del pasaje que obtuvo a través del contrato de transporte aéreo no se extingue por completo, a comparación de las otras medidas de protección en las que se libera el proveedor si lograra comprobarse que el incumplimiento en el itinerario del vuelo se debió a una causa de fuerza mayor.

Por lo tanto, queda claro que los consumidores, en nuestro caso específico los pasajeros, deberán informar a la autoridad administrativa competente, que en nuestro país es Indecopi, la negación por parte de la aerolínea respecto al reembolso, ya que constituye una violación independiente de la responsabilidad de ésta por la causal de incumplimiento de lo estipulado en el contrato, constituyendo así la exclusión de responsabilidad, en la medida que la compañía no asuma ninguna responsabilidad y se niegue a reembolsar el monto del boleto para gozar de la independencia de prueba, y el costo corra a cargo del contratista afectado

Actualmente, con la crisis sanitaria que pasamos a nivel mundial, las aerolíneas o empresas de servicio de transporte aéreo dejaron de operar, por lo tanto, éstas quedaron en deuda con muchos de sus usuarios. Es así como la negociación entre consumidores y aerolíneas resulta el camino idóneo para mantener las relaciones de consumo, quedando como propósito la reprogramación de los vuelos, apostando el propósito de evitar un sector económico o grupo de empresas en situación de quiebra por esta crisis; sin embargo, ésta apuesta por evitar futuras eventualidades en las aerolíneas no debe ignorar los derechos que le corresponden a los consumidores/pasajeros afectados ni los dispositivos legales que les resultasen aplicables, lo cual explicaremos de manera detallada en los siguientes acápite.

### **3.1.2. Ley de Protección al consumidor: Normas aplicables a los pasajeros como usuarios del servicio de transporte aéreo**

La Ley de Aeronáutica Civil y su Reglamento estipulan la obligación que existe en la celebración de un contrato de transporte aéreo de pasajeros, que no es más que el pasaje o el boleto de avión. Es así, como se define al contrato de transporte aéreo como aquél por el cual, la aerolínea contrae la obligación de trasladar personas o cosas por vía aérea de un punto a otro, obteniendo a cambio un precio determinado. Dichos contratos son denominados de adhesión por los cuales las líneas aéreas fijan de manera unilateral las condiciones de éstos, quedando los pasajeros coaccionados a aceptarlos, puesto que, sin esta aceptación, los usuarios no podrían acceder al servicio de transporte aéreo.

Dentro de las Cláusulas Generales básicas que manejan todas las aerolíneas en la actualidad se encuentra la siguiente:

Según un Estudio elaborado por la Asociación Peruana de Consumidores y Usuarios – ASPEC (2019): “El Transportista será responsable por el fiel cumplimiento de la ruta y horarios establecido en el billete, pero podrá eximirse de toda responsabilidad si demuestra que factores externos ajenos a él como casos fortuitos (hechos de la naturaleza, climatológicos, etc.) o fuerza mayor (inspecciones de la autoridad aeronáutica no programadas, problemas de mantenimiento imprevistas, retrasos por disposición del operador aeroportuario, etc.) surgiera u afectaran el cumplimiento del contrato de servicio de transporte aéreo”.

Para poder analizar lo descrito en el párrafo anterior, debemos dejar claro que el contrato de transporte aéreo presenta dos supuestos en cuanto a su naturaleza: (i) están los pasajeros que viajan con el afán de conocer un lugar, visitar amigos o familia, sin tener una agenda estricta y (ii) los pasajeros que van a otro lugar con el fin de asistir a un compromiso planificado, o por cuestiones laborales con fechas específicas. Sin embargo, en ambos casos no se debe relativizar la naturaleza del contrato de servicio de transporte aéreo.

Por lo tanto, más que la motivación que conllevó al pasajero a adquirir su pasaje de avión, la naturaleza del contrato es el transporte del mismo a un punto específico en una hora y fecha determinada.

Es así como lo cláusula descrita arriba evidencia una cláusula abusiva definiéndose esta como aquella que está incluidas en los contratos a pesar de ser contraria a la buena fe y al justo equilibrio que debe existir entre los derechos y obligaciones de las partes contractuales en perjuicio del consumidor y por consecuencia se deduce que no fueron negociadas individualmente entre ambas partes.

Teniendo claro el concepto de cláusula abusiva, es importante también especificar los derechos que el usuario del transporte aéreo tiene frente a un posible abuso. En ese sentido, la Ley de Protección al Consumidor, explica que los usuarios de las líneas aéreas se encuentran ampliamente facultados para interponer todo tipo de reclamos, debidamente sustentados, los cuales deberán efectuarse primero ante la aerolínea, y en caso de no recibir respuesta favorable, recurrir a INDECOPI y denunciar la negativa de reembolso.

Para fines de nuestra investigación, debemos analizar cuál es la solución que se les otorga a los supuestos en los que la anulación del vuelo se da por causa no imputable a la aerolínea; empero, no es posible encontrar alguna norma que haga referencia a los derechos y deberes que tienen los pasajeros o consumidores en este caso específico. Asimismo, existe la duda si verdaderamente existe o no el deber de las líneas aéreas de reembolsar el pasaje a los usuarios por la cancelación de sus contratos por causas no imputables al proveedor y a comparación de Europa, el Perú nunca emitió un comunicado específico de la solución a este problema como lo hizo España, la cual emitió un comunicado donde recomendaban a las aerolíneas reembolsar los pasajes o reprogramar posteriormente los vuelos a elección del pasajero de acuerdo con las normas comunitarias.

Por ello, y en conformidad con nuestro sistema nacional de protección al consumidor, el cual se encuentra determinado a vencer cualquier dificultad de la parte más débil en la relación contractual de consumo, es menester informar que el derecho del usuario al reembolso de su pasaje no se extingue como en otras disposiciones que ameritan medidas distintas de protección que traen consigo la liberación de los deudores.

### **3.2. La cláusula penal en los contratos de transporte aéreo en el Perú**

La cláusula penal, como la mayoría de las figuras jurídicas en el derecho civil peruano, fueron recogidas del derecho francés, este la conceptualiza como un acuerdo de naturaleza auxiliar, que generalmente resulta siendo dinero y establecido para aquellos casos en los que el deudor no llegue a cumplir o ejecutar sus obligaciones, o en todo caso lo haga de manera parcial, tardía o defectuosa. En el caso de España, la ha definido como una obligación accesoria que asume el deudor que, en caso del incumplimiento de la obligación principal, deberá reconocer al acreedor una prestación monetaria. En el Derecho peruano, de forma similar que el Derecho español, no existe una definición legal y específica de cláusula penal en el Código Civil.

La cláusula penal puede cumplir diversas funciones, pero en nuestro caso materia de investigación nos centraremos en la que utilizaremos en adelante como aporte de la misma. La función preventiva la cual determina que, al incluir una cláusula penal en un contrato, su finalidad es proteger el cumplimiento del mismo y en consecuencia eludir el incumplimiento de las obligaciones asumidas por las partes contractuales.

Dentro de esta perspectiva, López (1978) advierte que: "La cláusula penal sirve para acrecentar la responsabilidad del deudor si éste no cumple íntegra y oportunamente la obligación principal". En otras palabras, lo que busca la cláusula penal al momento de celebrarse el contrato busca desincentivar el incumplimiento de las obligaciones contractuales de la celebración del acto jurídico y no el enriquecimiento de una de las partes o el empobrecimiento del otro.

En el caso del contrato de transporte aéreo de personas podemos considerar que es uno de los contratos más importantes hoy en día debido a la situación de desequilibrio que existe entre la parte más débil del contrato y las aerolíneas, pues carecen de poder de negociación al verse coaccionados a firmar el contrato con las cláusulas estipuladas unilateralmente por las aerolíneas. Es por ello que se vuelve necesario brindar una protección adecuada a los consumidores. Debe evitarse que las aerolíneas establezcan cláusulas abusivas que perjudiquen a los consumidores. De esta forma, la cláusula penal en este tipo de contrato tiene por objeto garantizar el cumplimiento de las obligaciones de ambas partes, sin perjudicar a alguna.

#### **3.2.1. Validez de la cláusula penal en los contratos civiles**

El cuerpo jurídico civil peruano, regula en su artículo 1341 la cláusula penal y describe lo siguiente: "El pacto por el que se acuerda que, en caso de incumplimiento, uno de los contratantes queda obligado al pago de una penalidad, tiene el efecto de limitar el resarcimiento a esta prestación y a que se devuelva la contraprestación, si la hubiere; salvo que se haya estipulado la indemnización del daño ulterior. En este último caso, el deudor deberá pagar el íntegro de la penalidad, pero ésta se computa como parte de los daños y perjuicios si fueran mayores." De ahí se desprende que el legislador peruano hace referencia que dicha cláusula obliga al deudor a pagar una compensación dineraria al acreedor como consecuencia del incumplimiento de su obligación.

La cláusula penal cumple una doble función; por un lado, comprobado el cumplimiento de la obligación se reduce la decisión de la indemnización, exonerando al acreedor de la prueba de los daños y perjuicios provocados por el mismo; por el otro, antes de la exigibilidad de la obligación, cumple una función coercitiva para garantizar el cumplimiento del contrato, pues el deudor intentará de toda forma eludirla.

Es importante precisar que existen dos modalidades de cláusula penal: la compensatoria y la moratoria. En cuanto a la primera, se encuentra estipulada para que, al comprobarse el incumplimiento, el acreedor pueda estar facultado a requerir el cumplimiento de la obligación principal o la obligación penal, pero no puede pedir las dos en simultáneo. Asimismo, debemos esclarecer que la penalidad que contiene esta cláusula puede estar constituida tanto por una cantidad de dinero que representa los daños y perjuicios causados por el incumplimiento, como una prestación distinta en caso de obligación de dar, hacer o no hacer. En la segunda modalidad, el acreedor se encuentra autorizado a reclamar el cumplimiento de la obligación principal más la pena convencional prometida.

### **3.2.2. Exigibilidad de la cláusula penal**

La doctrina establece dos condiciones generales para la aplicación de las cláusulas penales. La primera resulta la existencia de una obligación principal auténtica y la segunda es la validez de la pena acordada. De esta forma, es necesaria la existencia de una obligación principal válida, porque dada la naturaleza de la cláusula sancionadora, como medida de garantía para el cumplimiento de la obligación, parece ser la primera condición para su aplicación. La segunda condición es la validez de la pena estipulada.

Habiendo establecido las condiciones generales, resulta fundamental hacer referencia a los requisitos de exigibilidad de la cláusula penal. Ello responde a la pregunta de: ¿Qué condiciones deben cumplir los acreedores para exigir la pena convencional? Pues, la respuesta se sintetiza en tres puntos sustanciales.

Primero debe demostrarse el incumplimiento total o parcial, defectuoso, fuera de tiempo o de lugar de la obligación principal. Esto hace referencia a que el incumplimiento debe reincidir sobre una prestación de carácter meramente principal, ya que si resulta una obligación de menos importancia no resultaría exigible la prestación. Sin embargo, el Derecho de Obligaciones es claro en cuanto todas las relaciones jurídicas salvaguardadas con cláusulas penales deben considerarse de igual importancia.

En segundo lugar, está la constitución en mora del deudor. Es primordial esclarecer que para que el deudor incurra en mora debe haberse producido la intimidación o requerimiento por el acreedor, a menos que se haya configurado algún supuesto de mora automática. En la misma línea, en caso que el deudor haya incurrido en mora, ello implicaría que el acreedor pueda solicitar el cumplimiento de la penalidad moratoria. Si el acreedor no solicita inmediatamente el cumplimiento de ésta, podría hacerlo cuando lo considere pertinente, dejando abierta la opción que el monto de la pena aumente.

Como último requisito para la exigibilidad de la cláusula penal tenemos que el incumplimiento debe ser imputable al deudor. Nuestra legislación civil peruana, en concordancia con el artículo 1343, determina que el cumplimiento de la cláusula penal puede demandarse aun cuando la inejecución de la obligación principal imputable al deudor no obedezca a dolo o culpa, siempre que exista pacto expreso.

Habiendo expuesto los tres requisitos fundamentales para la exigibilidad de la cláusula penal, podemos afirmar lo siguiente:

1. El pacto de incluir una cláusula penal en un contrato no impide al acreedor exigir la ejecución forzada de la obligación incumplida, al contrario, la ley lo ampara y reconoce expresamente que éste tiene derecho de exigir la pena moratoria o la obligación principal.
2. Asimismo, el acreedor no puede pedir a la vez el cumplimiento de la obligación principal y la pena moratoria, puesto que la ley le otorga a éste un derecho alternativo de pedir una o la otra. Salvo los casos de excepción que permiten la acumulación de pena en concordancia con la obligación principal.

De lo estipulado se puede deducir que la cláusula penal se puede estipular al momento de establecerse la obligación principal o en acto posterior, pero necesariamente debe ser antes de que se concrete la inejecución de la misma. Sin embargo, lo frecuente es que esta figura jurídica se contraiga al momento de la celebración del contrato para así asegurar la obligación.

### **3.2.3. La cláusula penal como protección al consumidor**

Es importante iniciar este apartado haciendo hincapié a la necesidad que tuvo el ordenamiento peruano para incluir normas novedosas para la protección del consumidor con el objetivo de equiparar las cargas que llegan a presentarse entre las partes en las relaciones contractuales, conocido también como mecanismo de protección.

Es así como el derecho civil, al mostrar insuficiencia en cuanto a la regulación de los contratos de transporte aéreo, se vio obligado a recurrir al derecho del consumidor, el cual le proporciona una amplia protección administrativa, legal y judicial. Cabe recalcar que con esto no se pretende afirmar que el Código Civil peruano resulte inútil o poco productivo, sino por el contrario, se configura como norma trascendental para que sea aplicable de forma subsidiaria en caso sea necesaria una interpretación adicional a la legislación de derecho de consumidor, construyéndose así un sistema de protección al consumidor sólido, eficaz, preciso y coherente.

De esta forma, se debe explicar que el problema base que surge del fenómeno contractual en cuestión es el valor que deben tener las cláusulas contractuales y el tipo de control que deberían requerir, ya que, dichas cláusulas o condiciones son fijadas unilateralmente por el empresario. De ello se desprende que, por lógica, el contenido del contrato de transporte aéreo es claramente favorable para el deudor y desfavorable para el consumidor o acreedor en el contrato, al cual le toca asumir obligatoriamente los riesgos y obligaciones de dicha relación jurídica.

Por consiguiente, los legisladores peruanos han indagado para reforzar la posición del consumidor o usuario, basándose en la autonomía privada que les otorgan a las partes contractuales. Por lo tanto, se podría concluir que la figura de la cláusula penal es la forma más segura de conservar el negocio jurídico, por lo tanto, la parte perjudicada, que ve sus intereses contractuales afectados, será quien tenga la potestad de incluir en el contrato la naturaleza de dicha cláusula.

### 3.2.4. La cláusula penal en caso de fuerza mayor

Las circunstancias de fuerza mayor no solo pueden estar constituidas por fenómenos físicos, que hacen que el cumplimiento sea sustancialmente imposible, sino que también pueden estar constituidas por fenómenos legales. Estas últimas son las restricciones promulgadas por el gobierno peruano para controlar la pandemia COVID-19, incluyendo medidas como el distanciamiento social obligatorio y el cierre de fronteras, siempre que dichas restricciones afecten el cumplimiento de sus obligaciones y las vuelvan imposibles.

Es necesario recalcar que al leer y analizar el artículo 1105 del Código Civil, no podemos desprender de él nada más la procedencia o el no cumplimiento de la obligación principal del contrato, sino por el contrario, se infiere que el deudor es o no responsable del ya mencionado incumplimiento.

Del mismo modo, en general y en teoría, la imposibilidad de cumplir con las obligaciones contractuales debido al estado de alerta de Covid-19 y la pandemia, permitirá que el contrato sea suspendido o resuelto, depende de la situación, en la cual la regulación se torna extremadamente imposible dependiendo de las consecuencias de una u otra hipótesis o si esta imposibilidad posterior puede considerarse imputable al deudor.

En concreto, la presencia de la fuerza mayor implicará que el deudor quede exonerado de responsabilidad sobre la obligación contractual ante el eventual incumplimiento de la misma, quedando así, afectado el acreedor al no poder exigir la indemnización por los daños y perjuicios generados por la situación.

Sin embargo, la interpretación de estos supuestos debe realizarse de manera restrictiva, y el intento de retener la obligación de cumplir con las disposiciones no se resolverá automáticamente, sino que solo se suspenderá en la medida de lo posible, intentando realizar ajustes o modificaciones razonables en su contenido para seguir cumpliendo el propósito esperado.

La finalidad de la cláusula penal en este tipo de situaciones busca lograr el equilibrio de las prestaciones contractuales, así como la no resolución del contrato ante la presencia de situaciones extraordinarias, ya sean sobrevenidas o imprevisibles, que obviamente no existían al momento de la celebración del acto jurídico, evitando de esta forma que el acreedor quede en desprotección jurídica y pueda resolver de manera rápida y eficiente este tipo de acontecimientos.

En conclusión, se puede expresar que, en este tipo de casos, resulta adecuado que el legislador peruano, regule expresamente desde la celebración del contrato, los efectos derivados del incumplimiento contractual en los casos de fuerza mayor, o en el contexto de una situación imprevisible, lo que en futuro evitaría la incertidumbre jurídica y la generación de conflictos jurídicos.

### **3.3. La incorporación de la cláusula penal en los contratos de servicio de transporte aéreo en el Perú**

El papel del derecho en nuestra sociedad debe guiarse por la existencia de igualdad jurídica. Sin embargo, si hay desigualdad, entonces el Estado debe prestar atención a la igualdad de los sujetos contractuales, para que no solo sean iguales ante la ley, sino que también en cuanto a su situación jurídica y los efectos de los contratos que suscriban sean equilibrados. En la legislación, ya existe un conjunto de figuras jurídicas que tienden a paliar la falta de equidad o injusticia, como la honestidad, la equidad, el daño, el abuso de derechos, etc. Por tanto, la ley debe tratar a todos por igual.

Para iniciar este apartado, es importante tener presente que, a pesar del tiempo, siguen existiendo variedad de casos en los que la resolución del contrato más la indemnización por daños y perjuicios que está prevista en nuestra legislación llega a resultar insuficiente para desincentivar el comportamiento interesado de parte del deudor que incumplió el contrato. Es así como resalta la importancia de la incorporación de las cláusulas penales en los contratos, pues determinan de forma anticipada los daños que las dos partes contractuales consideran perjudiciales para el acreedor en el caso que incumpla el deudor.

Asimismo, es menester recordar que las cláusulas penales que se deben incorporar en los contratos de servicio de transporte aéreo son las preventivas, que como su nombre lo explica, son las que determinan el pago de la indemnización que se deberá pagar en caso de incumplimiento ex ante, es decir, al momento de celebrar el contrato. Esta cláusula resulta beneficiosa en el aspecto que, el consumidor, víctima del incumplimiento, evitaría el desgaste de la probanza de los perjuicios sufridos y permitirá que la indemnización recibida sea totalmente de acuerdo con los daños verdaderamente causados.

La efectividad de las cláusulas penales depende del sistema legal que las rige. Por ejemplo, en el Perú, que es un país de common law no están estipuladas las cláusulas punitivas, pero sí regulan las preventivas, ya que se fundamenta que el derecho de contratos debe ser sancionatorio y no punitivo, es de ello que nace la idea de la incorporación de estas cláusulas en los contratos de transporte aéreo, puesto que, al ser un contrato de contraprestaciones sencillas, cuyo incumplimiento no genera consecuencias totalmente graves, resultan precisas en cuanto el monto de las cláusulas no serían mayor problema.

Por lo expuesto, y en base a lo investigado líneas anteriores, se plantea la incorporación de éstas cláusulas en los contratos de transporte aéreo, en el supuesto que, por causas de fuerza mayor, la prestación del deudor resulte imposible y por consecuencia genere el incumplimiento de la obligación principal, estipulando dentro del contrato la situación específica y la solución alterna que representa la cláusula penal, la cual estará acorde al monto de lo incumplido, sin que resulte perjudicial para el deudor.

#### **3.3.1. Ventajas de la incorporación de la cláusula penal en los contratos de transporte aéreo**

Al incluir cláusulas penales en los contratos de transporte aéreo, las partes contratantes, en este caso las aerolíneas y los consumidores, buscan fortalecer el cumplimiento de sus obligaciones y prevenir su posible incumplimiento contractual, puesto que en el caso que se suscitara un evento de fuerza mayor, el deudor se vería inmerso a violar sus obligaciones y terminan incumpliendo su promesa contractual. Estas cláusulas presentan una serie de ventajas dentro de los contratos, las cuales serán detalladas a continuación

a) La cláusula penal surge de un pacto de voluntad de las partes. Como es sabido, las sanciones libremente pactadas en el contrato negociado deben ser respetadas y observadas cuando el deudor incumpla sus obligaciones, por lo que no es necesaria la revisión judicial o arbitral de las sanciones convencionales, ya sea a solicitud del deudor o del juez de oficio.

b) De la misma forma, ayuda a liquidar las pérdidas sufridas por los acreedores en caso de incumplimiento de contrato. En último sentido, la cláusula penal predetermina los daños y perjuicios que las partes del contrato creen que sufrirá el acreedor si el deudor incumple el contrato. Por lo tanto, a menos que se acuerde lo contrario, la pena reemplaza los daños por incumplimiento de contrato, lo que significa que si el acreedor presenta más daños sufridos que el monto de la cláusula de penalización, el deudor no puede reclamarlos.

c) Asimismo, esta cláusula sirve como un tipo de seguro para los consumidores o acreedores que suelen darle un valor importante al cumplimiento de la prestación contractual, esto quiere decir que, si el consumidor obtuvo pérdidas elevadas en cuanto a lo estimado, éste, por medio del mismo contrato podrá solicitar el pago de lo perdido.

d) En la misma línea, muchos legisladores afirman que las cláusulas de penalización pueden ser también un factor beneficioso para el deudor en cuanto a la reputación. En razón que el contratista puede aceptar la cláusula de penalización como garantía de su confiabilidad en la ejecución del contrato.

e) En Perú, la penalidad se genera cuando se produce un incumplimiento y deben estar claramente especificadas en el contrato. La redacción de la cláusula penal debe ajustarse al principio literal, y la penalización solo ocurrirá cuando el evento final estipulado por la penalidad realmente ocurra. La redacción general significará que ambas partes y el tribunal asuman costos de verificación más altos.

De lo expuesto en este apartado, podemos concluir que resulta beneficioso incluir la cláusula penal en los contratos de transporte aéreo, ya que, si ésta es pactada, la obligación principal deberá ser cumplida obligatoriamente, comprometiendo al deudor a cumplir con ésta, y en caso de no ser así, pagar las consecuencias debidas. Cabe especificar que esta cláusula se presenta como una promesa al cumplimiento obligatorio de las obligaciones contractuales, las cuales son beneficio para ambas partes de la relación jurídica.

### **3.3.2. Necesidad de incorporación de la cláusula penal en los contratos de transporte aéreo**

Resulta necesario tener en cuenta que los contratos, por ley, son obligatorios. Es decir, cuando se celebra voluntariamente un contrato, las partes contratantes están obligadas a su fiel cumplimiento, sin necesidad de que existan penas convencionales. Y ante el incumplimiento de cualquiera de ellos, el otro contratante tiene expedito su derecho para solicitar el cumplimiento, resolver el contrato o pedir la indemnización de los daños. Los contratantes están obligados a cumplir con sus obligaciones por el sólo hecho de haberse comprometido a ello y porque el Estado garantiza el cumplimiento otorgando la acción correspondiente al acreedor perjudicado. Sin embargo, la realidad es distinta, pues muchas veces, los contratos suelen ser incumplidos por razones externas o imprevistas, como el caso de la fuerza mayor y, si bien es cierto, resulta ajeno al deudor, termina perjudicando al acreedor, que espera el cumplimiento de la obligación.

Este es el caso de los contratos de transporte aéreo y lo recién ocurrido en la pandemia por covid-19 que configura un hecho de fuerza mayor.

La tarea más grande de la legislación y jurisprudencia peruana ante la imprevisión como causa de incumplimiento en un contrato es la de delimitar a priori el modelo de un contrato perfecto, actuando de manera inteligente y eficaz en la previsión del mismo. El derecho actúa cuando se perjudica el fundamento del acto jurídico, por ello encontrar una solución beneficiosa para ambas partes contractuales, resulta una tarea difícil, pues deben enfocarse en la elaboración de un contrato perfecto atribuyendo consecuencias por medio de normas supletorias al contrato o en todo caso, tomando como base los principios generales del derecho.

A raíz de lo especificado en los dos párrafos anteriores, surgen las siguientes interrogantes: ¿Qué hizo el Perú para solucionar este problema?, ¿Fue la solución adecuada? y ¿Cuál sería la solución para el problema descrito?

El año pasado, a raíz de la pandemia, muchos de los usuarios – consumidores, se vieron afectados por las medidas sanitarias impuestas por el gobierno peruano, muchos de estos viajeros afectados por las cancelaciones de sus vuelos presentaron sus reclamos por el incumplimiento de sus contratos, generando la incertidumbre sobre los derechos que tienen los pasajeros en este tipo de situaciones.

El código del consumidor determina que los usuarios pueden postergar sus vuelos o endosarlos a favor de un tercero, siempre y cuando se informe con 24 horas de antelación a la aerolínea, obteniendo como beneficio el pago de la penalidad. Empero, la medida descrita por el código del consumidor solo rige para vuelos nacionales, lo que supone que en el caso de los vuelos internacionales, el supuesto de postergación, queda a libertad acuerdo entre las partes contractuales, puesto que la legislación nacional no lo contempla.

De acuerdo con el artículo 17 del Decreto N° 482 emitido por el Gobierno Nacional y el Ministerio de Transporte el año pasado, la aerolínea no queda obligada a reembolsar el costo del pasaje a los consumidores, pero, éstos podían solicitar se re programe su vuelo en cualquier época del año.

Latam y Copa Airlines, por ejemplo, el año pasado emitieron un comunicado, en el cual establecían que, si los vuelos se cancelaban entre el 14 de marzo y el 31 de mayo, se podían cambiar sus fechas de viaje sin pagar la multa correspondiente ni las diferencias tarifarias solo hasta el 31 de diciembre del año 2020, así como proporcionaron un vale de viaje que se utilizaba para canjear otros servicios de la empresa durante ese tiempo.

Avianca, por el contrario, ofreció un vale de valor de compra que podía ser utilizado para uno o más viajes a libre elección del destino, siempre y cuando sea antes de 30 de junio del 2021.

Como se puede observar, las compañías que funcionan en nuestro país solo les dieron dos opciones a los consumidores: (i) reprogramar el vuelo en un plazo determinado, que a criterio es totalmente inconsciente, debido a la situación mundial de crisis sanitaria y la lógica del cuidado que debieron tener los pasajeros como para no exponerse a salir de su ciudad o nación y (ii) adquirir un vale por el importe del boleto para obtener cualquier otro servicio de la empresa, lo que resulta incoherente también, pues si los pasajeros adquirieron sus boletos de avión, fue para poder trasladarse, lo cual es el objeto principal de las aerolíneas.

Debido a las dos únicas opciones insuficientes que les ofrecían las aerolíneas, muchos de los usuarios decidieron resolver sus contratos, obteniendo como resultado la pérdida del boleto y del dinero invertido en él.

Entonces, ¿Cuál sería la mejor solución contractual en caso de la inesperada situación expuesta? Analizando la situación se plantea la solución de incorporar una cláusula penal al contrato de transporte aéreo, la cual tendría un valor proporcionado, de acorde al valor de lo pactado en el contrato y beneficiaría a ambas partes brindando protección al acreedor ante un posible incumplimiento y posibilitando al deudor a asegurar el cumplimiento de la obligación contractual por medio de una promesa contractual, la cual genera buena reputación y experiencia en el mercado.

## **Conclusiones**

La fuerza mayor proveniente del Estado de Emergencia por la Covid-19 tuvo un gran impacto en las relaciones contractuales con prestaciones recíprocas, lo que trajo consigo incumplimiento de prestaciones por la imposibilidad proveniente de la situación mundial. En la actualidad el contrato de transporte aéreo de personas es uno de los contratos más importantes, debido a la situación de desequilibrio que existe entre la parte más débil del contrato y las aerolíneas, pues la primera carece de poder de negociación al verse coaccionada a firmar el contrato con las cláusulas estipuladas unilateralmente por la aerolínea. Es por ello que se vuelve necesario brindar una protección adecuada a los consumidores y evitar que las aerolíneas establezcan cláusulas abusivas que perjudiquen a los consumidores. Es así como surge la incorporación de la cláusula penal en este tipo de contrato, la cual garantiza el cumplimiento de las obligaciones de ambas partes, sin perjudicar a alguna.

Las ventajas y beneficios que trae consigo la incorporación de la cláusula penal en los contratos de transporte aéreo en caso de incumplimiento por fuerza mayor son dos puntuales: la primera es que esta cláusula es válida y exigible en cuanto se demuestra que el deudor responsable recibió la contraprestación sin derecho alguno a quedarse con esta en ningún supuesto, por lo tanto, debe ser reembolsada en su totalidad. La segunda recae en que, a raíz de la integración de dicha cláusula, el acreedor o consumidor no tendría que acudir a la aplicación supletoria del código civil, sino que tendría protección total en el mismo contrato, lo cual resumiría todo a recurrir a las reglas del juego.

## **Recomendaciones**

Las futuras investigaciones deben tomar en cuenta todos los panoramas posibles para dar solución a los problemas jurídicos, desde los más simples hasta los más complejos. Asimismo, resulta necesario tomar en cuenta esta propuesta legislativa en cuanto sirve como herramienta ilustrativa y orientadora para los magistrados al momento de dar su veredicto en temas que son de realidad actual y del cual aún no tienen solución verídica.

## Referencias

- Acosta, L. (2013): “Fuerza mayor y Hardship en la contratación internacional. Análisis de las excepciones al principio Pacta Sunt Servanda” [Tesis para optar por Magister de Derecho en la Universidad de Chile]. <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/114376/Fuerza-mayor-y-hardship-en-la-contrataci%C3%B3n-internacional-2013.pdf?sequence=5&isAllowed=y>
- Alcántara, O. (2020). “Exigibilidad de la cláusula penal en época de crisis sanitaria – PUCP”. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/23069/22123>
- Alfaro, C. (2017): “Reducción del monto de la cláusula penal: desnaturalización a sus funciones y una propuesta de los lineamientos a seguir para reducir ésta” [Tesis para obtener el grado de bachiller, Universidad Nacional de Cajamarca]. <https://1library.co/document/y6enj3gz-reduccion-clausula-desnaturalizacion-funciones-propuesta-lineamientos-seguir-reducir.html>
- Barchi, L. (2020). “El derecho en los tiempos del COVID-19: la fuerza mayor se ha hecho «viral» y la excesiva onerosidad, también. En S. García (Coord.), Derecho de los Desastres: 77 Covid-19 (pp. 23- 40)”. [Tomo I]. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Bravo, S. (2020). “Efectos del Covid-19 sobre los contratos en general y su relación con la teoría de la imprevisión y fuerza mayor”: [https://lpderecho.pe/efectos-covid-19-contratos-general-relacion-teoria-imprevision-fuerza-mayor/#\\_ftn13](https://lpderecho.pe/efectos-covid-19-contratos-general-relacion-teoria-imprevision-fuerza-mayor/#_ftn13)
- Carlos, G. (2020). “Teoría de la imprevisión en épocas de emergencia y su impacto sobre los contratos pactados en moneda extranjera, como prefinanciaciones bancarias, seguros y fletes, entre otros”: <https://www.mercojuris.com/32069/%E2%80%9Cteoria-de-la-imprevision-en-epocas-de-emergencia-y-su-impacto-sobre-los-contratos-pactados-en-moneda-extranjera-como-prefinanciaciones-bancarias-seguros-y-fletes-entre-otros%E2%80%9C/>
- Castillo, M. (2018). “Derecho de las obligaciones. Colección “Lo Esencial del Derecho”. Lima: Pucp.
- Cepeda, S. & Constanza, N. (2002). “La Cláusula Penal” [Tesis bachiller, Universidad de la Sabana de Bogotá-Colombia]. <https://intellectum.unisabana.edu.co/bitstream/handle/10818/5366/129386.pdf;jsessionid=6643CC7A5FB00E55F06ACF1453871273?sequence=1>
- Código Civil. Decreto Legislativo N.º 295, 14 de noviembre de 1984 (Perú) <https://lpderecho.pe/codigo-civil-peruano-realmente-actualizado/>
- Dávila, G. (2016). “Creación de un régimen especial para la responsabilidad civil extracontractual en actividades de riesgo” [Tesis postgrado maestría, Universidad Nacional de Cajamarca]. <https://repositorio.unc.edu.pe/bitstream/handle/UNC/1250/TESIS%20MAESTRIA.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Del Valle, P. (2019). “La protección del consumidor en el contrato de transporte aéreo”: <https://elderecho.com/la-proteccion-del-consumidor-en-el-contrato-de-transporte-aereo>

El-Kaoutit, T. (2012). “La responsabilidad de las compañías aéreas por el incumplimiento de horarios en el contrato de transporte aéreo de pasajeros” [Tesis doctoral, Universidad Rey Juan Carlos de Madrid-España]. <https://burjcdigital.urjc.es/bitstream/handle/10115/11872/TESIS%20DOCTORAL%20responsabilidad%20de%20las%20compa%F1%EDas%20a%E9reas%20....pdf;jsessionid=70DC52D12689432908418C299C6D8F3E?sequence=1>

EY México. (2020). “Aplicación de los conceptos de caso fortuito y fuerza mayor, como consecuencia de COVID-19, en el marco contractual. Breves consideraciones sobre contratos petroleros”: [https://www.ey.com/es\\_mx/energyreimagined/energy-alert/caso-fortuito-y-fuerza-mayor-covid-19](https://www.ey.com/es_mx/energyreimagined/energy-alert/caso-fortuito-y-fuerza-mayor-covid-19)

Fernández, E. (2016). “La alteración sobrevenida de las circunstancias contractuales y la doctrina rebus sic stantibus”. Génesis y evolución de un principio jurídico. Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos.

Gerencie.com (2020). “La cláusula penal y arras en los contratos”: <https://www.gerencie.com/clausula-penal-en-los-contratos.html>

Lasarte, C. (2007) “Manual sobre protección de consumidores y usuarios” 3ª edición, Madrid: Ed. Dykinson.

Legis. Ámbito jurídico. (2018). “¿Cuál es la diferencia entre la cláusula penal y la indemnización de perjuicios?”: <https://www.ambitojuridico.com/noticias/civil/civil-y-familia/cual-es-la-diferencia-entre-la-clausula-penal-y-la-indemnizacion-de>

Leigh, N. y Rojo, R. (2021): “El aislamiento social obligatorio como supuesto de fuerza mayor en los contratos” [Tesis para obtener el grado de bachiller, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas]. <https://repositorioacademico.upc.edu.pe/handle/10757/655682>

López, J. (1978). “Obligaciones y contratos frente a la inflación”. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p. 69.

Navarro, M. (2016). “El contrato de pasaje aéreo: <https://derechoaero.blogspot.com/2016/11/el-contrato-de-pasaje-aereo.html>

Orrego, J. (2021). “Teoría General de las Obligaciones”. Chile

Osterling, F. & Castillo, M. (2008). “Compendio de derecho de las obligaciones”. Lima: Palestra.

Papic, C. (2017). “Análisis crítico de la teoría de los riesgos general en las obligaciones de hacer” [Tesis para optar el grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, Universidad de Chile]. <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/146376/An%C3%A1lisis-cr%C3%ADtico-de-la-teor%C3%ADa-de-los-riesgos-general-en-las-obligaciones-de-hacer.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Reyes, L. (2020). “Covid-19 y la teoría de la imprevisión”: <https://www.asuntoslegales.com.co/analisis/luis-fernando-reyes-ramirez-3010945/covid-19-y-la-teoria-de-la-imprevision-3022483>

Ricra, M. (2010). “Responsabilidad civil extracontractual objetiva a consecuencia del accionar de los hackers en el Perú” [Tesis para obtener el grado de bachiller, Universidad Nacional de Ancash]. <http://repositorio.unasam.edu.pe/bitstream/handle/UNASAM/993/FDCCPP%20TESIS%20048.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Rivera, J. (2020). “Los contratos frente a la pandemia”. Argentina: La Ley S.A. Editora e Impresora.

Rossel, S. (2020). “Reflexiones sobre el servicio de transporte aéreo: <https://polemos.pe/reflexiones-sobre-el-servicio-de-transporte-aereo/>

Santos, P. (2020). “Covid-19 en el Perú y sus implicancias en distintos contratos civiles desde un enfoque de empresa”: <https://lpderecho.pe/covid-19-implicancias-contratos-civiles-empresa/>

Torres, A. (2020). “Excesiva onerosidad de la prestación”: <http://www.ettorresvasquez.com.pe/excesiva-onerosidad-de-la-prestacion.html>

Velásquez, A. (2020). “Consumidores y usuarios de transporte aéreo ante la COVID19” [Tesis para obtener el grado de bachiller, Universidad de la Laguna de España]. <https://riull.uill.es/xmlui/bitstream/handle/915/21611/Consumidores%20y%20usuarios%20de%20transporte%20aereo%20ante%20la%20Covid-19.pdf?sequence=1>

Vilela, L. (2018). “Algunos apuntes sobre el régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública en la prestación de servicio público, con especial referencia al ámbito de las Telecomunicaciones” [Tesis de licenciatura en Derecho, Universidad de Piura-Perú]. [https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/3631/DER\\_119.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/3631/DER_119.pdf?sequence=1&isAllowed=y)

Vilema, Ligia. (2017). “El acta transaccional y su incidencia en la extinción de las obligaciones, en la notaría segunda del cantón Riobamba, en el año 2015” [Tesis previa a la obtención del título de abogada de los tribunales y juzgados de la República del Ecuador]. <http://dspace.unach.edu.ec/bitstream/51000/3980/1/UNACH-EC-FCP-DER-2017-0047.pdf>

## Anexos

1. Poder Ejecutivo. (2021, 9 de agosto). Decreto Supremo N° 050-2001-MTC. Por el cual se aprobó el Reglamento de la Ley de Aeronáutica Civil. [https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/474866/Reglamento\\_Ley\\_Aeronautica\\_civil\\_2019\\_final.pdf](https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/474866/Reglamento_Ley_Aeronautica_civil_2019_final.pdf)
2. Congreso de la República. (2010, 02 de septiembre). Ley N° 29571 - CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR. [https://www.consumidor.gob.pe/documents/127561/210787/C%C3%B3digo\\_Consumo\\_Ley29571.pdf/0528ba9f-61ca-03d9-8bf8-f434357aeb48](https://www.consumidor.gob.pe/documents/127561/210787/C%C3%B3digo_Consumo_Ley29571.pdf/0528ba9f-61ca-03d9-8bf8-f434357aeb48)
3. Sala Especializada de Protección al Consumidor del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi). (2019, septiembre). Lineamientos Sobre Protección al Consumidor. <https://www.gob.pe/institucion/indecopi/informes-publicaciones/1683478-lineamientos-sobre-proteccion-al-consumidor-2019>