

# **Las particularidades del contrato con consumidores\***

José Mélich Orsini

Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, N° 111  
Universidad Central de Venezuela  
Caracas, 1999

## 1. LA INVASIÓN DEL CONTRATO POR EL ORDEN PÚBLICO

La noción de orden público aparece por vez primera con el Código Napoleón, precisamente el primer ordenamiento jurídico en que el principio de la autonomía privada realiza la plenitud de su apogeo. Entonces se presenta como un simple límite al ejercicio de la libertad para regular el contenido de los contratos al solo arbitrio de las partes. Pero, como sabemos, a todo lo largo de los doscientos años transcurridos desde la Revolución Francesa, el orden público ha venido penetrando el contrato desde el exterior de la voluntad de las partes para impedir que éste lesione la dignidad humana y los intereses sociales. Aunque la noción de orden público desborde mas allá de la de normas de carácter imperativo, el hecho cierto es que el legislador ha utilizado este último mecanismo sobre todo para imponer cauces a las ventajas económicas y jurídicas ostentadas por alguna de las partes que pretenda valerse de tales ventajas para someter a sus caprichos a su co-contratante en estado de necesidad. Un caso típico se da en las relaciones contractuales entre los productores y distribuidores de bienes y servicios, por una parte, y por la otra, los usuarios o consumidores de tales bienes o servicios. En tales casos, se trata no solo de

---

\* Conferencia dictada en la Universidad del Externado de Colombia el día 10 de septiembre de 1998 con ocasión del ciclo sobre "El Contrato y el Sistema Jurídico Latinoamericano", organizado por dicha Universidad con la cooperación del Centro di Studi Giuridici Latinoamericani de la Universidad Tor Vergata, Roma.

proteger a ese contratante mas débil, sino de asegurar la dirección general de la economía en beneficio de toda la colectividad.

En una economía de mercado esto ha conducido a dictar no solo normas que fomenten la competencia, para crear así, por vía indirecta, una mayor libertad de elección de su co-contratante por parte de los consumidores o usuarios; sino también a imponer, por vía directa, normas mínimas que insertadas en los concretos contratos que lleguen a celebrar estos últimos en uso de su libertad de contratación los protejan contra los abusos de sus proveedores. En Venezuela, el proceso se inició durante la década del setenta. En 1991 se dictó la Ley para Promover y Proteger la Libre Competencia, la que sin embargo había sido precedida por nuestra primera Ley de Protección al Consumidor que es de 1974. Hoy esta última ley ha sufrido dos sucesivas reformas, la primera en 1994 y la última en 1995. Me referiré tan solo a esta última, que es la que hoy está vigente.

## 2. EL ÁMBITO DE LAS LEYES DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

En su artículo 1º se dice: “Esta ley tiene por objeto la defensa, protección y salvaguarda de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios, su organización, educación, información y orientación; así como establecer los ilícitos y los procedimientos para la aplicación de las sanciones”.

Como es fácil advertirlo, ella excede de la materia del contrato, pero yo me contraeré precisamente a tal materia. También dentro de este restringido ámbito, es necesario recortar el campo de aplicación de esta Ley, que ella precisa en sus dos siguientes artículos.

### *a) Personas protegidas*

El término “consumidor” ha sido definido por el artículo 2º de la LPCU así: “A los efectos de esta Ley, se consideran consumidores y usuarios a las personas naturales o jurídicas que, como destinatarios finales, adquieran, usen o disfruten, a título oneroso, bienes o servicios cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva, de quienes los produzcan, expidan, faciliten, suministren, presten u ordenen. No tendrán el carácter de consumidores o usuarios quienes, sin ser destinatarios finales, adquieran, almacenen,

usen o consuman bienes y servicios con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación y comercialización”.

Esta definición coincide básicamente con la definición que ofrece el artículo 1º de la ley española, el artículo 2 de la ley mexicana, el artículo 1º de la ley Nº 24.240 de Argentina, el proyecto chileno de 1991, etc., todos los cuales ponen énfasis en la “destinación final”. En cambio, la Directiva 93/13 de la CCE restringe el concepto de consumidor a las personas físicas —o sea, excluye a las personas jurídicas— y en lugar de referirse al “destinatario final”, lo hace al hecho de que esa persona física “actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional”. Ello permite distinguir entre el caso de quien adquiere p. ej. un automóvil para destinarlo a su actividad profesional o a la satisfacción de sus necesidades personales, pues en el primer caso se trataría de un consumidor, y en el segundo, no; pero deja en cambio en la sombra el uso promiscuo de tal automóvil, que según la doctrina alemana se resolvería de acuerdo a cuál sea el uso preponderante. Las leyes que, como la nuestra, se refieren al “destinatario final” tratan también de excluir de su ámbito a todo aquél que interviene en la cadena de producción o comercialización del bien o servicio, mediante la comprobación de que estos últimos no han vuelto a salir al mercado, p. ej.: se aplicará el concepto al dueño de un taller de reparación que compra un neumático para el uso de su propio vehículo, pero no al caso en que lo compre para instalarlo en un automóvil de su cliente. El empresario que adquiere bienes necesarios para su actividad no es equiparado al consumidor, ya que se presume que tiene la capacidad necesaria para valorar la conveniencia o no de la adquisición

Por lo que respecta a la extensión que hace nuestra ley a las personas jurídicas, ella se entiende limitada también a estas notas caracterizantes del consumidor. De manera que si una persona jurídica (p. ej. una asociación o una fundación) adquiere bienes o servicios para regalarlos a otras personas que los utilizan en su provecho, como estas últimas personas no los han adquirido a “título oneroso” —según reza este artículo 2º de la LPCU— no podrán invocar las normas de dicha Ley. Pero si una persona jurídica o una comunidad de propietarios los adquiere por compraventa o a través de cualquier otro negocio para su propio uso, sí podrá hacerlo, pues el artículo 2 de la LPCU no distingue cómo se haga la adquisición, el uso o disfrute de un bien o servicio, siempre que se lo haga como destinatario final, para incluirlos en el ámbito de la ley.

*b) Personas respecto de las que se les protege*

El artículo 3° de la LPCU define igualmente al “proveedor”, así: “A los efectos de esta ley se consideran proveedores las personas naturales o jurídicas de carácter público o privado que desarrollen actividades de producción, fabricación, importación, distribución, comercialización de bienes, prestación de servicios a consumidores o usuarios por los que cobren precios o tarifas”.

La ley española no define a las personas frente a las cuales se protege al consumidor, sino que alude a “cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes producen, faciliten, suministren o expiden” el bien o servicio del caso. Según esto, no importaría ni siquiera si esta persona es un profesional o un empresario. La Directiva 93/13 de la CCE se refiere en cambio al “profesional”, adoptando así la terminología de la ley francesa N° 78-23 del 10 de enero de 1978 sobre las cláusulas abusivas. La adopción de este término parece haber querido abarcar no solo los contratos celebrados entre consumidores y empresarios, sino también con los profesionales liberales. Nuestra ley al preferir el término “proveedor”, que no deja de incluir según su definición al profesional liberal que suministra un servicio a su cliente, ha acogido el término que utilizan, entre otros, la ley mexicana de 1992 y el proyecto chileno de 1991.

Nuestro concepto de “proveedor” es mas amplio que el de la ley mexicana, pues la doctrina y jurisprudencia mexicana juzgan que sus normativas no son aplicables sino cuando al menos una de las partes tenga la condición de comerciante, lo que excluiría a los profesionales liberales. Como se ha visto, nuestra ley incluye en la definición de proveedor a todo el que “presta un servicio” a un usuario y le cobra por ello un precio, lo que incluye a quien no sea comerciante, como es el caso de los médicos. Así en su artículo 14 dice: “Cuando se trate de servicios médicos-hospitalarios, la factura deberá discriminar en forma precisa cada uno de los exámenes practicados a los usuarios y su costo, el valor de las cantidades de cada medicina consumida, costo de hospitalización, honorarios de cada profesional y demás servicios prestados al usuario. A los efectos, en las clínicas y demás entes médico-asistenciales deberá anunciarse, en forma destacada, el precio diario de las habitaciones, costo de cada tipo de examen y valor de los servicios”.

*c) Su excedencia del ámbito de la responsabilidad contractual*

Por otra parte, como ya lo señalamos también, la normativa legal hace abstracción de la cuestión de si la responsabilidad del proveedor puede o no encuadrarse en el ámbito de la responsabilidad contractual. Así, “proveedor” es el fabricante, quien normalmente no celebra contratos con los “destinatarios finales” de sus productos, sino con distribuidores, o sea, con comerciantes. Los artículos 23 y 29 imponen al fabricante marcar sobre su producto el precio de fábrica, y aun de venta al público, la fecha del marcaje y de la expiración del uso útil del producto antes de introducirlo en la cadena de comercialización; los artículos 52 y 53 le imponen ofrecer garantías de las características atribuidas al producto y, cuando se trate de cigarrillos y bebidas o artículos peligrosos para la salud o el ambiente, advertir sobre sus efectos nocivos. Dado que todavía no se ha legislado ente nosotros sobre la responsabilidad del fabricante, y salvo las escasas posibilidades prácticas que al respecto ofrece la legislación venezolana para exigir la responsabilidad contractual resultante de la garantía del vendedor o del arrendador contra los vicios ocultos de la cosa vendida o arrendada y aun la responsabilidad extracontractual fundamentada en la responsabilidad por hecho propio (art. 1185 CC) o en la de la guarda de cosas (art. 1193 CC) por la vía de distinguir la guarda del funcionamiento y la guarda de la estructura, por cuanto a menudo el fabricante está muy distante en la cadena de comercialización de su producto, estas normas de la LPCU pueden abrir vías para acciones judiciales contra el fabricante basadas en una responsabilidad de origen puramente legal.

Pero si nos concentramos en el preciso tema de esta ponencia, que se refiere a las particularidades de los contratos entre proveedores y consumidores, debemos volver al comienzo de esta exposición.

### 3. LA MASIFICACIÓN DEL CONTRATO

La perspectiva clásica de los iusprivatistas era la de una confrontación entre la ley y el contrato. Mientras que la ley se les mostraba como un instrumento del Poder Público para limitar la libertad individual, el contrato era por el contrario la más clara expresión del ejercicio de las libertades individuales. No puede sorprender por tanto que, cuando la expansión del capitalismo in-

dustrial a comienzos del presente siglo lleva a un ámbito cada vez más general y despersonalizado el comercio masivo y crea la necesidad de enfrentar tal reto con la estandarización de reglas uniformes de contratación, que permitan no solo acelerar los tratos entre los empresarios y sus clientes, sino abaratar la producción con el desarrollo de las economías de escalas, se difundiera la tesis de una profunda crisis del contrato.

La proliferación de contratos en los cuales su contenido obligacional había sido total o parcialmente determinado en forma unilateral por el empresario proveedor y sin dar más oportunidad al consumidor o usuario que la resignada aceptación o el rechazo, generó el concepto de “contrato de adhesión” que por la repetición de ciertas cláusulas en la forma de condiciones generales de contratación en algunas relaciones contractuales parecían susceptibles de llegar a conformar un “uso normativo” o, al menos, una imposición estatutaria de origen privado asimilable en cierto sentido a la ley. Esta figura, cuya anomalía ocupó desde comienzos de este siglo a los juristas preocupados por proteger a los adherentes, quienes se les aparecían como la parte débil en esta degenerada especie de contratación, en que la doctrina tradicional sobre la formación del consentimiento a través de una libre negociación resultaba maltrecha, se convirtió en uno de los argumentos preferidos por quienes pronosticaban la decadencia del contrato.

#### 4. LA INSERCIÓN DE NORMAS IMPERATIVAS EN LOS CONTRATOS

En un primer momento, para proteger a esa parte débil pareció bastar solo con acudir a la ley; a la multiplicación de las normas de carácter imperativo que, reglamentando los intentos de planificación del sector privado mediante una jerárquicamente superior planificación de origen público, remediara los efectos más indeseables de tal imposición de módulos o formularios contractuales por el empresariado. Se fue desarrollando así una tupida red de normas de orden público en materia de contratación laboral, de inquilinato, de venta de productos de primera necesidad (alimentos, bebidas, medicinas, etc.), seguros, utilización de los servicios de las instituciones financieras, transporte colectivo, etc. Es un camino que no podrá abandonarse jamás, y que, por el contrario, se continuará utilizando con vastas expectativas de éxito, como lo demuestra la gran cantidad de normas imperativas existentes en las leyes de

protección al consumidor que han venido apareciendo en casi todos los países desde mediados de la década del setenta. Nuestra primera Ley de Protección al Consumidor, como ya dijimos, es de 1974 y ella restringió su ámbito de aplicación a aquellos bienes y servicios que una Resolución del Ministerio de Fomento determinara ser de consumo masivo o esenciales para la vida de la población. Esta forma de control sobre los contenidos del contrato se manifiesta todavía de manera más general en nuestra vigente Ley de Protección al Consumidor y al Usuario de 1995.

Sin pretender agotar una ejemplificación y con la advertencia de que tales normas imperativas (preceptivas o prohibitivas) no son las únicas que existen en nuestro ordenamiento y que ellas rigen no solo para los contratos que se forman por adhesión del consumidor o usuario a “condiciones generales de contratación”, sino que se aplican también a contratos celebrados por negociación entre un proveedor y un consumidor, señalaremos que, con referencia a la prestación del proveedor, nuestra LPCU trae reglas sobre cómo debe informarse al consumidor acerca del tamaño, peso, contenido, ingredientes, etc. del producto ofrecido (artículos 40, 45, 48, ord. 1°); sobre el idioma, uso del sistema métrico decimal y otros caracteres formales de tales informaciones, (artículos 6 ord. 2°, 28, 14, 48, ord. 7°, 54, 56, 66, etc.); sobre el precio de tales bienes o servicios (artículos 22, 25, 26, 28, 37, 39, 40, 41, etc.); sobre las garantías accesorias que ellos conllevan (artículos 38, 48, 60, 66, etc.); sobre si los bienes proveídos son nuevos o usados (art. 48 ord. 2° y 67); sobre la moneda en que cabe exigir el pago (art. 35, 49); sobre los intereses a cobrar por los saldos de precio (art. 70); sobre la obligación de otorgar recibos y la forma en que estos deben ser redactados (artículos 12, 13, 14); etc.

Algunas de estas previsiones se incorporan al contrato particular como cláusulas que podrían ser reputadas inequitativas por el proveedor, como las que le imponen un respeto inflexible a los términos de entrega, modalidades, etc. del bien o servicio, bajo pena del derecho a la resolución del contrato por voluntad unilateral del consumidor y a que éste le reclame todavía resarcimiento (artículos 15 y 17); las que le obligan a anexar a su factura copias de las facturas emitidas a él por sus propios proveedores (art. 13), a utilizar en toda labor de reparación piezas nuevas y garantizadas y a restituir las usadas (art. 68), la que le obliga a garantizar el suministro de “repuestos” y la presta-



ción de servicios aun después de descontinuada la venta del bien o la prestación del servicio por el proveedor (art. 69), etc. Se les prohíbe igualmente “suspender, parcial o totalmente, la oferta o la venta de bienes en serie o por colección hasta tanto se haya completado la serie o colección” (art. 36), se les obliga a mantener un precio precedente al adquirido por ese mismo producto en el mercado cuando se trate de precios menores a los que ya habían sido marcados (art. 26, 27), etc.

Todas estas son normas de orden público, que sustituyen cualquier voluntad que el proveedor haya pretendido expresar al celebrar el contrato, aun si se tratara de un contrato negociado con el consumidor luego de tratativas más o menos extensas. Versan sobre elementos de integración del contrato que se incorporan a éste por una voluntad extraña, pero ineliminable, como lo es la voluntad de la ley. El artículo 8 de la LPCU dice por ello: “Los derechos de los consumidores y usuarios consagrados en esta Ley son irrenunciables. Se consideran nulas las estipulaciones que establezcan la renuncia a tales derechos o el compromiso de no ejercerlos en instancias administrativas o jurisdiccionales”.

## 5. EL TRATAMIENTO DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN.

A partir de la reforma de esta Ley de Protección al Consumidor y al Usuario operada en 1982, el legislador consideró conveniente incluir todavía un capítulo especial titulado “De los Contratos de Adhesión”. A esta forma específica de protección al consumidor debo referirme ahora.

Comenzaré, pues, por precisar ciertos conceptos.

Nuestra ley define el contrato de adhesión en su artículo 18 así: “Contrato de adhesión es aquel cuyas cláusulas hayan sido aprobadas por la autoridad competente o establecidas unilateralmente por el proveedor de bienes o servicios sin que el consumidor pudiera discutir o modificar su contenido. La inserción de otras cláusulas en el contrato no altera la naturaleza descrita de contrato de adhesión”.

### *a) Elementos objetivos del contrato de adhesión*

De acuerdo con esto, los **elementos objetivos** caracterizantes de un “contrato de adhesión” (“contrato por adhesión” prefieren nombrarlo algunos para marcar mejor su diferencia con el “contrato por negociación”), son:

**1º) El carácter contractual de la relación.** Supone un conjunto de cláusulas integradas en un formulario que individualiza el tipo de contrato de que se habla (llamado por ello “contrato tipo”) o que están destinadas a integrar el contrato singular que las partes celebran y se presentan bajo la forma de una lista anexa o incorporada a tal contrato por vía de referencia (las llamadas “condiciones generales de contratación”). Cuando no configuran un formulario destinado a ser llenado con los datos de identificación del consumidor o usuario, las características del objeto suministrado a éste, el precio o forma de pago si fuere el caso, etc.; al texto principal de un contrato en que se definen sus particularidades, se suele anexar la lista de cláusulas en un texto impreso de carácter general y abstracto, o se hace referencia a tal lista mediante un aviso publicado previamente, un afiche o en la factura, talonario o recibo que se le otorga al cliente. Lo que interesa resaltar aquí es que la integración de las cláusulas al contrato del caso no se produce ya a través de normas imperativas o dispositivas de carácter legal, ni por el juego de usos normativos o interpretativos; sino por la incorporación voluntaria de las partes. O sea, que aunque se trate de normas dispositivas o de términos normalizados (como los “Incoterms” elaborados por la Cámara de Comercio Internacional), estos ingredientes son incorporados al contrato singular en razón y en tanto presunto ejercicio de la autonomía de la voluntad. Este carácter contractual de las cláusulas que tipifican un contrato de adhesión viene subrayado por la Directiva 93/13 de 5 de abril de 1993 para la armonización de la legislación interna de los países miembros de la Comunidad Económica Europea sobre “cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores”, cuando señala que quedan excluidas de dicha Directiva aquellas cláusulas que se limitan a reproducir normas legales o de convenios internacionales de los que los Estados miembros de la Comunidad sean partes, cláusulas que se conocen en la doctrina como “cláusulas declarativas”. En efecto, en este último caso se trata de cláusulas que carecen del requisito de contractualidad; pues su incorporación al contrato deriva de la mera sujeción de los contratantes a una norma de Derecho objetivo, y no de la voluntad de las partes.

2º) **La predeterminación de las cláusulas** que conforman el contrato, lo cual predica que ellas anteceden al momento en que se produce la formación del consentimiento. Tal predeterminación adopta con frecuencia el aspecto de una declaración unilateral del contenido contractual emanado de la parte que ostenta la ventaja económica o jurídica frente a su co-contratante, pero no se requiere, como han pretendido algunos, que ella ejerza un monopolio sobre el bien o servicio que es objeto del contrato. Aunque el artículo que comentamos dice “establecidas unilateralmente por el proveedor”, ello no debe interpretarse en el sentido de que la predeterminación del contenido contractual tenga que ser obra personal suya, pues bien podría serlo de una tercera persona o de una institución, p. ej. de una asociación de productores o comerciantes, o también de una entidad pública, solo que en este último supuesto hay que insistir en que debe tratarse de un elemento de integración de fuente contractual. Nuestro artículo se refiere por ello al caso de que la cláusula haya sido objeto de “aprobación” por parte de alguna autoridad administrativa.

A este respecto conviene resaltar la diferencia de nuestro texto legal con el del artículo 1393 del Código Civil peruano, que dice: “Las cláusulas generales de contratación aprobadas por la autoridad administrativa se incorporan automáticamente a todas las ofertas que se formulen para contratar con arreglo a ellas, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1395”. Esta última norma dice: “Las partes pueden convenir expresamente que determinadas cláusulas generales de contratación aprobadas por la autoridad administrativa, no se incorporen a la oferta en el contrato particular que ellos celebren”.

En obvia contradicción con esta solución del Código peruano, nuestro legislador ha considerado que la aprobación de una cláusula predispuesta por una autoridad administrativa no impide que se le de al contrato en que ella se haya insertado el tratamiento general a los contratos de adhesión. De hecho, el artículo 7º de la LPCU señala entre los sujetos pasivos vinculados a la observancia de sus prescripciones a “las personas naturales o jurídicas que se dediquen a la comercialización de bienes y a la prestación de servicios públicos”, sin distinguir si ellas son personas públicas o de derecho privado, y ejemplifica como tales a “a la banca y otras entidades financieras, las empresas de seguro y reaseguros, las empresas emisoras de tarjetas de crédito, cuyas actividades están reguladas por leyes especiales, así como a las empresas que presten el servicio de venta y abastecimiento de energía eléctrica, servicio telefónico,

aseo urbano, servicio de agua, estaciones de servicio de gasolina y derivados de hidrocarburos y demás servicios de interés colectivo”. En consecuencia, las cláusulas predisuestas insertas en una póliza de seguro, no obstante que desde que ellas entran en circulación es porque según el artículo 113 de la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros ya han sido objeto de aprobación por la Superintendencia de Seguros, no dejan de estar sometidas al tratamiento general aplicable a los contratos de adhesión según la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario. Lo mismo podrá predicarse de cualquier otro contrato con cláusulas predisuestas que estén sujetas a la aprobación de otras autoridades administrativas.

Este elemento de predeterminación unilateral del contenido contractual no implica que por necesidad deba tratarse de una lista de cláusulas incorporadas en un formulario, como ocurre con el llamado “contrato-tipo”, o a un anexo presentado a título de “Condiciones Generales de Contratación”. Un contrato de adhesión puede darse también fuera de los supuestos de la contratación en masa, en una relación exclusiva, entre dos personas, cuando una de ellas, prevalida de su posición de poder económico o jurídico, impone a la otra el contenido contractual. La falta de “generalidad” de las cláusulas no tiene por qué excluir la condición de contrato de adhesión, siempre que ellas hayan sido impuestas por el predeterminante en ventaja a su co-contratante débil. Tampoco creo que la sola “uniformidad” de unas cláusulas, como ocurre con ciertas cláusulas normalizadas (p. ej. las siglas CIF o FAS en la compraventa internacional o FIOST o FISLO en el transporte marítimo), implique que su uso por algunos contratantes deba imponer la necesaria calificación del contrato en que se las utilice como un “contrato de adhesión”.

Sin embargo, no parece posible negar que las llamadas “Condiciones Generales de Contratación” y los “contratos-tipo” configuran casos de contratos de adhesión. El Código Civil del Perú alude primordialmente a “cláusulas generales de contratación” en las que concurren las notas de generalidad y de uniformidad, sin dejar por ello de considerar además en sus artículos 1398 y 1399 al género “contrato de adhesión”. Vemos, en efecto, que el artículo 1392 del Código peruano reza así: “Las cláusulas generales de contratación son aquellas redactadas previa y unilateralmente por una persona o entidad, en forma general y abstracta, con el objeto de fijar el contenido normativo de

una serie indefinida de futuros contratos, con elementos propios de ellos”. Algo similar ocurre con la Ley General para la Protección de los Consumidores y Usuarios de 1984, de España, que se refiere a “las cláusulas, condiciones o estipulaciones de carácter general” o “conjunto de las redactadas previa y unilateralmente por una empresa o grupo de empresas para aplicarlo a todos los contratos que aquella o éste celebren...”. Recuérdese que la redacción del artículo 18 de nuestra LPCU es, en cambio, la siguiente: “Contrato de adhesión es aquel cuyas cláusulas hayan sido aprobadas por la autoridad competente o establecidas unilateralmente por el proveedor de bienes o servicios sin que el consumidor pudiera discutir o modificar su contenido. La inserción de otras cláusulas en el contrato no altera la naturaleza descrita de contrato de adhesión”. Este último texto nos parece inspirado en el artículo 54 del Código de Defensa del Consumidor, Ley 8078 del 11-9-90 de la República Federativa del Brasil, que dice: “Contrato de adhesión es aquel cuyas cláusulas hayan sido aprobadas por la autoridad competente o establecidas unilateralmente por el proveedor de productos o servicios, sin que el consumidor pueda discutir o modificar sustancialmente su contenido. Parágrafo 1. La incorporación de cláusulas al impreso no desfigura la naturaleza del contrato por adhesión”.

3º) El tercer elemento que caracteriza al “contrato de adhesión” es la **negación de toda oportunidad de negociación por parte del co-contratante que acepta las cláusulas (o cláusula) predispuestas**. Nuestra LPCU dice: “sin que el consumidor pudiera discutir o modificar su contenido”. La Directiva 93/13 de la CEE, la ley española de 1984 y el Código de Defensa del Consumidor del Brasil, al igual que nuestro LPCU, hacen hincapié en esta imposibilidad de negociación de las cláusulas (o cláusula) predispuestas. Esta situación del co-contratante deriva con frecuencia de su debilidad económica o jurídica frente a quien impone la cláusula, entre otras causas, porque el predisponente ha sido auxiliado en su previsión por su experiencia en la materia mientras que para el adherente se tratará normalmente de una operación aislada. La inferioridad del adherente, independiente del desequilibrio de las fuerzas económicas, puede resultar también de la iniciativa de la redacción del contrato por parte de quien se lo somete como condicionante del suministro del bien o del servicio requerido por su co-contratante. En todo caso, no importa quién haga la oferta de celebrar el contrato, sino a quién corresponde la iniciativa en la determinación del contenido del contrato.

La exclusión de la negociabilidad individual de la cláusula nos conduce a excluir para la calificación de un contrato como “contrato de adhesión” aquellas cláusulas que son esenciales para la tipificación misma del contrato, tales como las que definen el objeto del mismo, el precio, la relación de éste con la calidad de la prestación comprometida. El artículo 4.2 de la Directiva 93/13 de la CEE dispone al efecto que “la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por la otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible”. Se aprueba fácilmente esta exclusión cuando se reflexiona en que las principales prestaciones de un contrato de las que se ocupan sus cláusulas principales o esenciales están determinadas por la libre competencia en el mercado que nuestra propia Constitución garantiza, cuando programa en su artículo 95 promover “la diversificación de la producción” y en sus artículos 96 y 98 reglamenta “la libertad económica” y estimula “la iniciativa privada”. Hacemos salvedad aquí de lo ya dicho sobre la posibilidad de integrar el contrato con normas de naturaleza imperativa, pero ello no hace del contrato del caso un “contrato de adhesión”. El ámbito natural de las cláusulas abusivas son por tanto las cláusulas accesorias o secundarias, por ser precisamente aquellas en que puede darse la circunstancia de que a una de las partes de la relación contractual le haya sido dada la posibilidad de imponerla y a su contraparte negada la posibilidad de negociar. El aparte de nuestro artículo 18 LPCU, al igual que hemos visto que ocurre con el parágrafo 1 del artículo 54 del Código de Defensa del Consumidor, aclara a este respecto que la inserción en un determinado contrato de otras cláusulas que efectivamente hayan sido negociadas, no excluye la posibilidad de que nos hallemos ante un contrato de adhesión.

#### *b) Elementos subjetivos del contrato de adhesión*

El artículo 18 de la LPCU que comentamos expresa de manera inequívoca que debe tratarse de un contrato de adhesión celebrado entre un “proveedor” y un “consumidor”. Esto pone de relieve que con el capítulo referente al contrato de adhesión contenido en la LPCU no se trata de proteger al adherente que en razón de su debilidad se vea en el caso de aceptar en bloque cláusulas sospechables de ser abusivas, como lo hace la ley alemana sobre condiciones

generales de contratación, ya que nuestra ley está restringida a la sola especie de adherentes que quepan en la restringida categoría de consumidores.

Acotado así el ámbito de aplicación de la LPCU es evidente que las disposiciones de su capítulo II (De los Contratos de Adhesión) del Título II (De la Protección a los Consumidores y Usuarios) se reduce en estricto derecho a estos últimos. Esto es, que no se trata de una regulación legislativa de los contratos de adhesión en protección general de los “adherentes”, como es el caso de la ABG-Gesetz alemana de 1976, sino de unas normas aplicables tan solo a los contratos de adhesión que medien entre proveedores y consumidores o usuarios. En cambio, deberán recibir aplicación no solo en el caso de contratos-tipos o de condiciones generales de contratación, en sentido estricto, sino en cualesquiera cláusulas contractuales de carácter particular, predispuestas para una pluralidad de casos o para un concreto contrato individual.

## 6. FORMAS DE CONTROL DE LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN

La LPCU establece dos formas de control: 1º) en sus artículos 19 y 20, un control formal que se refiere a los requisitos de inclusión de la cláusula controvertida en el contrato; y 2º) en su artículo 21 lo que puede llamarse un control de fondo o del contenido mismo de la cláusula.

### *a) Control formal*

El control formal o de inclusión, al estilo del artículo 1341 del vigente Código Civil italiano, busca asegurarse del conocimiento de las cláusulas incorporadas por el consumidor-adherente. El artículo 19, que repite casi literalmente el párrafo 3 del artículo 54 del Código de Defensa del Consumidor del Brasil, dice: “Los contratos de adhesión serán redactados en términos claros e impresos en caracteres visibles y legibles que faciliten su comprensión por el consumidor”. El artículo 20, asimilable al párrafo 4 de ese mismo artículo 54 del Brasil, dice: “Las cláusulas que en los contratos de adhesión implicaren limitaciones a los derechos patrimoniales del consumidor, deberán ser impresas en caracteres destacados que faciliten su inmediata y fácil comprensión”. Estas dos normas presentan cierta concordancia con el Considerando 20 y el artículo 5 de la Directiva Nº 93/13 de la CEE. Se trata de disipar toda duda de

que el consumidor-adherente ha estado consciente de tal cláusula y ha prestado su consentimiento a su inclusión en el contrato aceptado por él. Si la cláusula infringe los artículos 19 y 20 de la LPCU no podría reputarse que ella forme parte del contrato, porque faltaría respecto de ella la certeza de que el consumidor ha prestado su consentimiento. El artículo 1341 del C.C. italiano presume esto respecto de aquellas cláusulas incorporadas a “condiciones generales de contratación” cuando no se haya hecho uso por el incluyente de la misma de una adecuada publicidad. No nos parece por tanto que estos dos textos legales hayan excluido los reenvíos o referencias a otros documentos, como en cambio lo hace el artículo 10 de la ley española (parágrafo 1, literal a). En la práctica comercial existen condiciones generales de contratación que se exhiben al público mediante anuncios, carteles o afiches; y, a veces, aun el comportamiento de las partes en una previa relación contractual puede acreditar que el consumidor adherente ha tenido plena consciencia de la cláusula o cláusulas del caso en el momento de la contratación. Lo que en nuestra ley parece bastar es que en el documento del reenvío o referencia se haya redactado (lo cual implica que la cláusula conste de un escrito) la cláusula “en términos claros e impresos en caracteres visibles y legibles”, de modo que tal forma de publicidad no permita dudar de que el consumidor tuvo la oportunidad de informarse plenamente de la existencia de tal cláusula antes de prestar su consentimiento. Si existiera un déficit de información, por no haberse aludido a la cláusula en el documento contractual o por ser la cláusula de referencia poco legible, ambigua o imprecisa, dicha cláusula sí caería ciertamente en el supuesto del artículo 19. Pero además, si se tratase de una cláusula que implique limitaciones a los derechos del consumidor, (y tales derechos no pueden ser otros que los no garantizados ya por normas imperativas de la ley), el artículo 20 exige adicionalmente que ella haya sido “impresa en caracteres destacados que faciliten su inmediata y fácil comprensión”. Esta exigencia de inmediatez en la comprensión pudiera implicar que la cláusula aparezca de un documento entregado, o al menos exhibido al consumidor, simultáneamente a la celebración del contrato.

#### b) Control de fondo

La segunda forma de control se refiere al contenido mismo de la cláusula controvertida. Al efecto, el artículo 21 de la LPCU trae una lista negra de cinco



cláusulas reputadas abusivas u odiosas en un contrato de adhesión entre proveedores y consumidores, las cuales sanciona con su ineficacia absoluta (“no producirán ningún efecto”).

Detengámonos un momento en cada una de estas cinco cláusulas prohibidas.

La primera se refiere a aquellas que “Otorguen a una de las partes la facultad de resolver a su solo arbitrio el contrato, salvo cuando ella se conceda al comprador en las modalidades de venta por correo, a domicilio o por muestrario”. Pensamos que la intención del legislador no ha sido prohibir toda cláusula resolutoria expresa, sino tan solo la rescisión unilateral que no se fundamente en el incumplimiento del otro contratante, pues la letra de este numeral habla de “facultad de resolver a su solo arbitrio el contrato”. La redacción de este ordinal coincide con la del ordinal 2° del artículo 10 de la ley española, solo que esta última habla de la facultad de **resolver discrecionalmente**. La alusión al “comprador” puede dar lugar a la duda de si el supuesto de esta cláusula se ha querido restringir al solo contrato de “compraventa”, no obstante que el mismo podría resultar aplicable a otras especies de contratos entre proveedores y consumidores. Nos pronunciamos por una interpretación extensiva.

La segunda previsión de nuestro artículo 21 se refiere a las cláusulas que “Establezcan incrementos de precio por servicio, accesorios, aplazamientos, recargos o indemnizaciones, salvo que dichos incrementos correspondan a prestaciones adicionales que sean susceptibles de ser aceptadas o rechazadas en cada caso y estén expresadas con la debida claridad y separación”. Por su alusión a “incrementos de precio” es obvio que esta cláusula se refiere a contratos conmutativos. Pero resulta poco clara cuando agrega “salvo que dichos incrementos correspondan a prestaciones adicionales que sean susceptibles de ser aceptadas o rechazadas”. En cualquier caso, su redacción corresponde a la del ordinal 5° del artículo 10 de la Ley española.

La tercera previsión de nuestro artículo se refiere a las cláusulas que “Hagan responsable al consumidor o al usuario por deficiencias, omisiones o errores del proveedor”. ¿Qué se entiende excluir con esta redacción? ¿Se trata de impedir la transmisión de la responsabilidad del proveedor al consumidor, p. ej. imponiendo a éste la carga de la prueba, supuesto este último que es el

contemplado en la ley española y en el Código de Defensa del Consumidor, o debe entenderse que se ha querido prohibir toda cláusula de exoneración o limitación de responsabilidad del proveedor? La ley mexicana incluye varios casos que podríamos considerar relacionados con nuestro supuesto, así: a) la atribución al predisponente de la facultad exclusiva de determinar el cumplimiento contractual; b) la prohibición o limitación del ejercicio de acciones por el incumplimiento total o parcial o el cumplimiento defectuoso de las obligaciones contractuales del predisponente; c) la limitación indebida de los medios de prueba o los pactos que modifiquen la distribución de la carga de la prueba; d) la limitación de las obligaciones del predisponente, etc.

La cuarta previsión de nuestro artículo 2° de la LPCU alude aquellas cláusulas que “Priven al consumidor o al usuario de su derecho a resarcimiento frente a deficiencias que afecten la utilidad o finalidad esencial del producto o servicio”. La referencia a la “utilidad o finalidad esencial del producto o servicio” hace pensar en la doctrina que ha considerado que hay “un mínimo contractual” al que el predisponente está necesariamente obligado. Cuando un cliente tiene fe en el producto o el servicio de un fabricante o de un profesional queda excluido que éstos puedan argumentar no haber actuado de mala fe cuando le suministran un producto o un servicio deficiente. Esto es una simple derivación del principio general que impone que los contratos sean ejecutados de buena fe (artículo 1160 CC). En lo que respecta al específico supuesto de reparación de un vehículo, la jurisprudencia extranjera ha excluido la posibilidad de exonerar de responsabilidad al mecánico que no compruebe positivamente que ha sido el cliente quien le ha impedido cumplir alguna reparación necesaria. La ley española en su ordinal 6° del artículo 10 prohíbe “las limitaciones absolutas de responsabilidad frente al consumidor y las relativas a utilidad o finalidad esencial del producto o servicio”. La ley mexicana reputa a su vez abusiva toda cláusula que prohíba o limite el ejercicio de acciones judiciales por el adherente en los casos de incumplimiento o total o el cumplimiento defectuoso de las obligaciones del predisponente.

La última de las previsiones de nuestro artículo 21 se refiere en general a aquellos contratos que “Estén redactados en términos vagos o imprecisos; o no impresos en caracteres legibles, visibles y destacados que faciliten su comprensión”. Norma que parece una simple reiteración de los principios ya

contenidos en los artículos 19 y 20 de nuestro LDCU y que no cesa de repetir esta ley en otros numerosos artículos (24, 25, 28, 49, 50, 53, 56, 60).

## 7. CARÁCTER ENUNCIATIVO DE ESTA LISTA DE CLÁUSULAS ABUSIVAS

Es claro que este catálogo de cláusulas prohibidas en un contrato de adhesión no puede entenderse como una “lista cerrada”, pues hay numerosas otras cláusulas susceptibles de ser reputadas abusivas, entre las cuales, a título puramente indicativo, podemos incluir las que establecen a favor del predisponente facultades de suspender la ejecución del contrato; las que limitan o condicionan al consumidor o usuario el derecho de ejercitar acciones o de oponer excepciones (p. ej. la cláusula *solve et repete*); las que establecen caducidades o excluyen garantías legales a que normalmente estaría sujeto el predisponente (p. ej. el saneamiento por evicción o por vicios ocultos); abrevian los lapsos de prescripción en perjuicio del consumidor o usuario; establecen cláusulas compromisorias; modifican la jurisdicción de los tribunales ante los cuales puede actuar el consumidor; limitan la libertad de ulterior contratación del consumidor o usuario con terceras personas; obligan a prórrogas o renovaciones del vínculo contractual por el consumidor o usuario; imponen al consumidor la necesidad de asumir nuevos compromisos contractuales con el predisponente, etc. Por lo demás, nuestra LDCU contiene una serie de prohibiciones sobre lo que deben reputarse tratos abusivos, arbitrarios o discriminatorios que permiten ampliar ese catálogo de cláusulas negras contenidas en el artículo 21, p. ej.

Artículo 25: Con excepción de aquellas ofertas, promociones y otras modalidades, que resulten ventajosas al consumidor, se prohíbe condicionar la venta de bienes declarados o no de primera necesidad a la compra de otros bienes o a la prestación de servicios que el comprador no requiera o solicite.

Se prohíbe condicionar la prestación de los servicios declarados o no de primera necesidad a la contratación de otros servicios o a la compra de bienes no inherentes o indispensables a la prestación del servicio requerido.

Artículo 26. Los proveedores no podrán establecer diferencia alguna entre los bienes o servicios que ofrezcan al público, salvo que se trate de razones de

seguridad o tranquilidad del establecimiento o se fundamenten en disposiciones legales.

Queda prohibido discriminar de manera alguna a los adquirentes de bienes o servicios, salvo los casos establecidos en las leyes.

Artículo 27. Se prohíbe imponer al consumidor la aceptación de vales, fichas o mercancías en lugar de los saldos a su favor en moneda.

Artículo 28. Queda prohibido suspender la oferta y la venta de bienes en serie o por colección hasta tanto se haya completado la serie o colección.

Artículo 29. Los proveedores no podrán cobrar un precio superior al exhibido o al que figure en listas, circulares, publicidad, ofertas, presupuestos o en otros documentos vigentes.

Artículo 30. Si el contenido neto de un producto es menor que la cantidad ofrecida, el consumidor tendrá derecho a que se le entregue la cantidad faltante u otro ejemplar del mismo producto.

A su vez, el abastecedor que debió entregar la cantidad faltante o sustituir el producto, tendrá derecho a que su proveedor lo resarza, siempre que sea responsable de ella.

Es obvio que cuando la cláusula impuesta al consumidor o al usuario reúna los caracteres ya enunciados de contractualidad, predeterminación de su contenido y exclusión de toda posibilidad para el usuario de haber excluido su inserción, tal cláusula puede en los ejemplos señalados llegar a considerarse sospechosa de ser abusiva. De manera que, aunque no esté incluida en la referida lista negra del artículo 21 de la LPCU que se sanciona sin más averiguación con la nulidad, podrá aplicarse a dicha cláusula una sanción similar. Es cierto que a tal conclusión no parece posible llegar por la vía de una interpretación analógica de las normas del artículo 21, que constituyen derogaciones muy particulares de la libertad contractual que parecen ratificar los artículos 19 y 20 de la LPCU cuando se hayan cumplido con los requisitos formales que establecen estas dos otras normas (redacción en términos claros y

precisos, impresión en caracteres visibles y legibles, y cuando afecten derechos patrimoniales caracteres destacados que faciliten su inmediata conclusión). Pero aun cuando se hayan respetado estos extremos formales, el carácter prohibitivo o prescriptivo de disposiciones de la LPCU como las que hemos señalado permitirá en mi opinión indagar en la razón de alguna de esas concretas prohibiciones o prescripciones para llegar a su anulación por la vía de una interpretación extensiva. Sin embargo, tampoco debe creerse que toda cláusula del género que hemos señalado, salvo que haya sido objeto de una precisa norma imperativa, deba tacharse de una cláusula anulable. Las circunstancias singulares del contrato en que se la haya insertado juega un papel preponderante en la determinación de si una de esas cláusulas sospechosas debe o no reputarse de “abusiva” en el contexto de dicho contrato. En cualquier caso, es algo que solo podrá aclarar alguna jurisprudencia administrativa o judicial, que no conozco que todavía exista.

## 8. PROCEDIMIENTOS PREVISTOS PARA EL EJERCICIO DE ESTOS CONTROLES

Para la aplicación de estos controles nuestros LPCU adopta un sistema mixto. Ella consagra un **control legislativo** cuando establece un gran número de normas imperativas, prohibiendo determinadas cláusulas o pactos o prescribiendo coactivamente precisos comportamientos del proveedor (castigando con sanciones penales su infracción), p. ej. contra el proveedor que en cualquier forma oculte o disminuya en beneficio propio o de un tercero una prestación que implique una ventaja notoriamente desproporcionada con la prestación que realiza (art. 108 LPCU); pero además este es el sistema que aplica la LPCU cuando sanciona en su artículo 103 con su nulidad todo contrato de adhesión que contravenga lo dispuesto a favor del consumidor en los señalados artículos 18, 19 y 20 de la Ley.

Pero incluye una forma de **control administrativo** cuando atribuye la vigilancia de la correcta aplicación de tales remedios a un organismo administrativo, como lo es el Instituto para la Defensa y Educación del Consumidor y del Usuario, conocido generalmente como INDECU, al cual, según el ordinal

20 del artículo 86 de la LPCU, le corresponde “Examinar de oficio o a solicitud del interesado, las cláusulas de cualquier contrato de adhesión cuya regulación no esté atribuida a otra ley, que pueda perjudicar los derechos del consumidor y del usuario consagrados en esta Ley y solicitar las modificaciones correspondientes ante la autoridad competente”. A tales efectos la LPCU establece dentro del INDECU una Sala de Sustanciación presidida por un abogado designado por el Consejo Directivo del INDECU y ordena la aplicación de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. La LPCU, paralelamente al curso de este procedimiento administrativo, instituye en el seno del INDECU una Sala de Conciliación y Arbitraje, ante la cual deberá acudir cualquiera que se estime afectado en sus derechos patrimoniales. Sin embargo, cuando se trate de delitos o cuando el procedimiento de conciliación no haya llegado a solucionar el caso o tampoco por la naturaleza de la situación quepa acudir al arbitraje, la LPCU establece como último remedio el **control judicial**.

Por otra parte, aunque la Ley establece como fórmula general un tipo de **control concreto**, esto es, referido al concreto contrato del cual deriva la controversia que enfrenta al consumidor o usuario contra el proveedor en relación con específicas cláusulas que el primero alega ser abusivas, bien sea por la vía de una acción o por vía de excepción, la ley no excluye tampoco un vía de **control abstracto** que permita impugnar las cláusulas abusivas sin referencia a ningún concreto particular. En tal sentido, admite como legitimados para ejercer este control abstracto al propio INDECU, aun actuando de oficio, a la Fiscalía General de la República y a las Asociaciones de Consumidores y Usuarios cuando se trate de derechos o intereses colectivos o difusos. Las decisiones anulatorias recaídas en esta vía de control abstracto favorecen a todos los que tengan un interés similar, no así las decisiones que tienen carácter absolutorio, que no impedirán la introducción de nuevos recursos si la nulidad se fundare en una causa diferente a la que fue invocada como fundamento en esa en que se basó la anterior decisión absolutoria.

Visto el objetivo de esta reunión, que en definitiva es abrir brechas para una uniformización de los sistemas jurídicos de nuestros países y considerando que tal uniformización es un imperativo en esta materia de contratación entre proveedores y consumidores o usuarios entre países que aspiran a robustecer

un mercado común —como en es el caso de los miembros del Acuerdo de Cartagena—, para terminar esta exposición creo no deber omitir la recomendación de que, así como los países andinos han emitido unas directivas generales en materia de competencia comercial, la complementariedad de estas normas les impone también trabajar en conjunto sobre un estatuto común del consumidor y del usuario.

Bogotá, Colombia  
setiembre, 1998