

CONTRATOS BANCARIOS DE ADHESIÓN por Carlos Eduardo Acedo Sucre

Sumario: 1) Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios. 2) Noción de contrato de adhesión. 3) Cláusulas abusivas. 4) Control del Estado sobre los contratos de adhesión. 5) Cláusulas mediante las cuales las deudas se hacen de plazo vencido. 6) Comisiones e intereses superiores a lo permitido y otras contraprestaciones excesivas. 7) Exclusión o limitación de la responsabilidad civil de los bancos. 8) Caducidad contractual. 9) Cláusulas de elección de domicilio. 10) Cláusulas de “Pari passu” y de “negative pledge”. 11) Cláusulas que prevén modificaciones en los contratos de adhesión. 12) Requisitos de forma y reglas de interpretación de los contratos de adhesión. 13) Cláusulas por adhesión que se apartan de las normas supletorias de la voluntad de las partes.

1) Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios:

La Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios, que comenzó a aplicarse el 31 de julio de 2008, cambió el nombre del INDECU (que corresponde a Instituto Autónomo para la Defensa y Educación del Consumidor y del Usuario) por INDEPABIS (que corresponde a Instituto para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios). Pero las modificaciones introducidas por el legislador fueron muchísimo más allá que un mero cambio de nombre. El INDEPABIS tiene ahora, en efecto, poderes considerables sobre la banca y los contratos que ésta utiliza en sus operaciones. Además, la nueva ley contiene una serie de reglas procedimentales y sancionatorias susceptibles de colocar a los proveedores de bienes y servicios, incluyendo a los bancos, en una situación sumamente vulnerable. En consecuencia, antes de analizar los contratos bancarios de adhesión, nos parece apropiado comentar de manera general dicha ley.

La Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios es uno de los decretos con rango, valor y fuerza de ley publicados en las gacetas oficiales fechadas 31 de julio de 2008, en el marco de la ley habilitante publicada el 1º de febrero de 2007. Los referidos decretos-leyes también incluyen la Ley de Reforma Parcial de la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras; pero se trata de una reforma, que sólo toca un artículo relativo a FOGADE, así que no afecta la operación normal de la banca. Entre dichos decretos-leyes no se encuentra, en cambio, la Ley de Tarjetas de Crédito, Débito, Prepagadas y demás Tarjetas de Financiamiento o Pago Electrónico publicada el 22 de septiembre de 2008, que es una ley propiamente dicha.

La Ley de Tarjetas de Crédito, Débito, Prepagadas y demás Tarjetas de Financiamiento o Pago Electrónico establece multas altísimas, pues son fijadas en función del capital de los

bancos; y la misma guarda relación con la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios. En efecto, la primera ley trata sobre la protección del tarjetahabiente como usuario de servicios bancarios, lo cual también es objeto, de manera más general, de la segunda ley. Además, la violación de algunas de las prohibiciones o limitaciones de la primera ley es calificable como un delito de usura, tipificado en la segunda ley.

La Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios derogó (i) la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario publicada el 4 de mayo de 2004 y (ii) la Ley Especial de Defensa Popular contra el Acaparamiento, la Especulación, el Boicot y cualquier otra Conducta que Afecte el Consumo de los Alimentos o Productos Declarados de Primera Necesidad o Sometidos a Control de Precios publicada el 31 de enero de 2008. Sin embargo, la nueva ley no eliminó las disposiciones problemáticas de las leyes derogadas, ambas dictadas igualmente durante el gobierno del presidente Chávez, sino que las empeoró. En efecto, la nueva ley (i) repite muchas normas de las leyes derogadas; (ii) incluye normas perjudiciales novedosas, que no estaban presentes en las leyes derogadas; (iii) tiene un campo de aplicación mucho más amplio que el de las leyes derogadas; y (iv) establece sanciones más fuertes que las sanciones previstas en la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario.

La circunstancia de que Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios haya sido diseñada para sustituir a la Ley Especial de Defensa Popular contra el Acaparamiento, la Especulación, el Boicot y cualquier otra Conducta que Afecte el Consumo de los Alimentos o Productos Declarados de Primera Necesidad o Sometidos a Control de Precios, da a la nueva ley una celeridad en sus procedimientos, un rigor en sus medidas preventivas y una severidad en sus sanciones, que hacen que sea un instrumento legal sumamente peligroso, totalmente inapropiado para regular las relaciones que antes estaban regidas por la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario.

En el pasado, el campo de aplicación normal de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario era la relación de los proveedores con los consumidores y usuarios de bienes y servicios; pero la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios ahora cubre las relaciones entre todos los eslabones de la cadena que va desde el productor o importador, pasando por el distribuidor y luego los vendedores al detal, hasta llegar a las personas destinatarias finales de los bienes y servicios. Cualquier participante en dicha cadena, excluyendo a los consumidores y usuarios, es proveedor a los efectos de la nueva ley¹. De modo que, conforme a esta ley, son proveedores: los importadores o productores, los distribuidores y los vendedores al detal, aunque sólo estos últimos se relacionan con las

¹ Artículo 3 y definición del “Proveedora o proveedor” del artículo 4 de la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios.

personas que son los destinatarios finales de los bienes y servicios. En consecuencia, algunas normas que antes establecían obligaciones para proteger a los consumidores y usuarios, ahora las establecen (i) en cabeza de los importadores o productores, por lo que pueden ser invocadas por los distribuidores; (ii) en cabeza de los distribuidores, por lo que pueden ser invocadas por los vendedores al detal; y (iii) en cabeza de los vendedores al detal². De modo que la normativa en materia de protección al consumidor y usuario cubre ahora las relaciones entre todos los eslabones de la cadena, quienes pueden tener derecho a una protección similar a la que antes tenía solamente el destinatario final de los bienes y servicios.

No se debió regular, en una ley originalmente diseñada para proteger al consumidor o usuario, toda la cadena que empieza con el importador o productor, ya que ello crea una serie de distorsiones, que pueden perjudicar a los proveedores y que no necesariamente benefician al último eslabón: el destinatario final.

La Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios se aplica a la banca, igual que antes se aplicaba a la banca la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario. Ambas leyes han regulado, de manera sucesiva, las relaciones entre los proveedores de bienes o servicios y los consumidores o usuarios de los mismos, o, lo que es lo mismo, las personas destinatarias finales de los bienes o servicios. Las mismas leyes hacen abstracción de la circunstancia de que existen muchos tipos de contrato que involucran prestaciones distintas de la entrega de un bien, siendo el contrato de servicios tan sólo uno de ellos. Efectivamente, estas leyes parecen partir de la base de que todas las relaciones entre una sociedad mercantil o un comerciante individual, y sus clientes, en las cuales la sociedad mercantil o el comerciante individual deba ejecutar una prestación, distinta de la transmisión de propiedad de un bien, califican como contratos de servicios, a los efectos de la protección que dichas leyes establecen en beneficio de tales clientes. En consecuencia, bajo estas leyes, los contratos bancarios son considerados contratos de servicios. Éstas no son las únicas leyes que conceptúan como contratos de servicios un sinnúmero de convenios que realmente no califican, en sentido estricto, como contratos de servicios, ya que el impuesto al valor agregado grava la prestación de servicios, entendidos de la manera más amplia, como cualquier obligación de hacer remunerada.

Si bien los contratos bancarios no son, estrictamente hablando, contratos de servicios, los clientes bancarios son incluidos entre los usuarios de servicios protegidos por la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario y más recientemente por la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios. Entonces, se puede afirmar que los bancos siempre han estado sujetos, como proveedores de servicios, a las mencionadas leyes.

² Parte final del artículo 15 de la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios.

En efecto, el artículo 2 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario de 1992, reformada en 1995, al definir a los consumidores y usuarios, precisaba que tal definición incluía a quienes "adquieran, utilicen 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 o suministren". El artículo 3 de la misma ley decía que "se considerarán proveedores a 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". El artículo 7 señalaba que "las personas naturales y jurídicas que se dediquen a la comercialización de bienes y a la prestación de servicios públicos, como **la banca y otros entes financieros**, las empresas de seguros y reaseguros..., están obligadas a cumplir todas las condiciones para prestarlos en forma continua, regular y eficiente". El artículo 80 añadía que "el Instituto para la Defensa y Educación del Consumidor y del Usuario (INDECU), conjuntamente con la Superintendencia de Bancos y otras Instituciones Financieras y la Superintendencia de Seguros, según el caso, velará por la defensa de los **derechos de los ahorristas, asegurados y usuarios de servicios prestados por la Banca...**". Finalmente, el artículo 86, número 16, señalaba que "Es de la competencia del... INDECU... velar por que a los usuarios de los... servicios **bancarios, financieros**, de seguros... se les presenten, en caso de reclamo, las pruebas demostrativas correspondientes" (los resaltados son nuestros).

Similarmente, la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario de 2004, luego vigente, establecía lo siguiente:

“Artículo 4. Definiciones de los sujetos de la ley.

“Para los efectos de la presente Ley se denominará:

“Consumidor: Toda persona natural que adquiera, utilice o disfrute bienes de cualquier naturaleza como destinatario final.

“Usuario: Toda persona natural o jurídica, que utilice o disfrute **servicios de cualquier naturaleza** como destinatario final.

“Proveedor: Toda persona natural o jurídica, de carácter público o privado, que desarrolle actividades de producción, importación, distribución o comercialización de bienes o de prestación de servicios a consumidores y usuarios...”

“Artículo 18. Obligación de cumplir condiciones.

“Las personas naturales y jurídicas que se dediquen a la comercialización de bienes ya la prestación de servicios públicos, como las **instituciones bancarias y otras instituciones financieras**, las empresas de seguros y reaseguros, las empresas operadoras de las tarjetas de crédito, cuyas actividades están reguladas por leyes

especiales, así como las empresas que presten servicios de interés colectivo de venta y abastecimiento de energía eléctrica, servicio telefónico, aseo urbano, servicio de venta de gasolina y derivados de hidrocarburos y los demás servicios, están obligadas a cumplir todas las condiciones para prestarlos en forma continua, regular y eficiente.”

“Artículo 110... Son atribuciones del Instituto Autónomo para la Defensa y Educación del Consumidor y del Usuario (INDECU):... 5. Coordinará con la **Superintendencia de Bancos y otras Instituciones Financieras** o la Superintendencia de Seguros, según el caso, las acciones tendentes a hacer efectiva la defensa de los **derechos de los ahorristas**, asegurados y usuarios de **servicios prestados por la banca**, las entidades de ahorro y préstamo, las cajas de ahorro y préstamo, las empresas operadoras de tarjetas de crédito, los fondos de activos líquidos y otros entes financieros” (los resaltados son nuestros).

Finalmente, la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios, ahora vigente, protege a las personas naturales y jurídicas que adquieran bienes o servicios, asumiendo que todos los contratos cuyo objeto no sea la transferencia de un bien califican como contratos de servicio, incluyendo los contratos bancarios. Ahora bien, como la ley vigente abarca a todos los eslabones de la cadena, los artículos de dicha ley, equivalentes a los artículos derogados que acabamos de transcribir, tienen el siguiente texto:

“Artículo 4º. Para los efectos del presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley se considerará:

Personas: Toda persona natural o jurídica, de carácter público o privado, organizada o no, que adquiera, utilice o disfrute bienes y **servicios de cualquier naturaleza** como destinatario final.

Proveedora o Proveedor: Toda persona natural o jurídica, de carácter público o privado, que desarrolle actividades en la cadena de distribución, producción y consumo, sean estos importadora o importador, productoras o productores, fabricantes, distribuidoras o distribuidores, comercializadoras o comercializadores, mayoristas o detallistas de bienes o prestadora o prestador de **servicios.**”

“Artículo 18. El Instituto para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios conocerá, tramitará, sustanciará y sancionará las trasgresiones al presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, relativas a la defensa de los **ahorristas**, asegurados o aseguradas y en general de las personas, usuarios o usuarias de que utilicen los **servicios prestados por los bancos**, aseguradoras, las entidades de ahorro y préstamo, las operadoras de tarjetas de crédito y otros entes financieros y

demás servicios, quienes están obligados a prestarlos en forma continua, regular y eficiente.”

“Artículo 101. Son competencias del Instituto para la Defensa de las Personas en el acceso a los Bienes y Servicios:... 4. Coordinar con la **Superintendencia de Bancos y otras Instituciones Financieras** o la Superintendencia de Seguros, según sea el caso, las acciones tendentes a hacer efectiva la defensa de los **ahorristas**, asegurados y usuarios de **servicios prestados por la Banca**, las Entidades de Ahorro y Préstamo, las Empresas Operadoras de Tarjetas de Crédito, los Fondos de Activos Líquidos y otros entes financieros” (los resaltados son nuestros).

La aplicabilidad a la banca de la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios, así como la consecuente sujeción de los bancos a INDEPABIS, son elementos que pueden tener consecuencias importantes, ya que dicha ley tiene normas muy severas y este órgano tiene facultades muy peligrosas.

En cualquier fiscalización o en cualquier procedimiento sancionatorio, INDEPABIS, sin haber todavía determinado si la persona investigada violó o no la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios, puede dictar medidas preventivas³:

Respecto de la fiscalización, esta ley señala que las medidas preventivas pueden incluir las indicadas seguidamente: “...tomar posesión de los bienes... de los medios de transporte... ocupación y operatividad temporal, la cual se materializará mediante la posesión inmediata, puesta en operatividad y el aprovechamiento del establecimiento, local, bienes y servicios...”⁴. INDEPABIS puede dictar estas medidas preventivas en casos como el siguiente: “...Cuando el o los sujetos de la cadena de distribución, producción y consumo, prestadores de servicios, o terceros responsables presuntamente hubieren omitido realizar cualquier actividad para el normal desenvolvimiento de su proceso, en cualquiera de las fases producción, fabricación, importación, nacionalización, acopio, transporte, distribución, comercialización y ejecución...”⁵. Es peligroso que las simples omisiones, reales o supuestas, del proveedor, en cualquier eslabón de la cadena, puedan dar lugar a medidas preventivas de la magnitud de las antes mencionadas, y ello durante una mera fiscalización. Durante la vigencia de estas medidas preventivas, el empresario tiene que seguir pagando los salarios a sus trabajadores⁶.

³ Artículo 111 de la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios.

⁴ Artículo 111 de la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios.

⁵ Artículo 110 de la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios.

⁶ Artículo 111 de la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios.

Y, en el procedimiento sancionatorio, INDEPABIS también puede dictar medidas preventivas, tales como ocupar temporalmente las instalaciones de la empresa, clausurarla temporalmente o decomisar sus bienes, lo cual equivale a una confiscación.⁷ La ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios permite a INDEPABIS dictar dichas medidas preventivas respecto de cualquier bien o servicio, a nivel de cualquier eslabón de la cadena, bastando que considere que existen (i) indicios de que el interés general puede verse afectado o (ii) riesgos de que el proveedor no cumpla con la eventual decisión de INDEPABIS⁸.

La Ley de Protección al Consumidor y al Usuario no permitía este tipo de medidas, y la Ley Especial de Defensa Popular contra el Acaparamiento, la Especulación, el Boicot y cualquier otra Conducta que Afecte el Consumo de los Alimentos o Productos Declarados de Primera Necesidad o Sometidos a Control de Precios las sujetaba a que hubiera carestía de alimentos.

Las posibilidades reales de defensa contra dichas medidas preventivas son reducidas, ya que sólo hay tres días para oponerse a las medidas dictadas durante la fiscalización⁹ y tres días para oponerse a las medidas dictadas durante el proceso sancionatorio¹⁰. Además, al menos en el caso de la fiscalización, si la persona se encuentra presente cuando se le impone la medida, dicho plazo empieza a correr desde ese momento¹¹. Para la defensa de fondo, el tiempo también es demasiado breve, porque al proveedor se le da un lapso que puede ser de tan sólo cinco días para defenderse de la infracción que se le atribuye.¹² Además, una vez hecha la primera notificación, INDEPABIS no hará ninguna otra notificación por ningún acto subsiguiente, debiendo el proveedor mantenerse informado revisando con frecuencia el expediente en INDEPABIS¹³.

Terminado el procedimiento, las normas sobre infracciones y sanciones de la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios facultan a INDEPABIS para ocupar temporalmente las instalaciones de las empresas, clausurarlas temporalmente, cerrarlas definitivamente o para imponerles multas muy altas¹⁴. Esta ocupación o clausura temporal dura noventa días (dicha ley dice noventa días, no **hasta** noventa días)¹⁵; y, al menos en el

⁷ Artículo 118 de la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios.

⁸ Artículo 119 de la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios.

⁹ Artículo 112 de la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios.

¹⁰ Artículo 119 de la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios.

¹¹ Artículo 112 de la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios.

¹² Artículo 117 de la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios.

¹³ Artículo 107 de la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios.

¹⁴ Artículos 124 y siguientes de la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios.

¹⁵ Artículos 124 y siguientes de la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios.

caso de la clausura temporal, el empresario tiene que seguir pagando los salarios a sus trabajadores durante este cierre¹⁶. La ocupación temporal incluye la intervención de almacenes y depósitos, por lo que permite a INDEPABIS tomar los productos ajenos, lo cual equivale a una confiscación¹⁷. Las multas de dicha ley son de hasta 5.000 UT¹⁸, es decir, son mayores que las de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario¹⁹.

Es importante tener presente lo anterior, pues la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios se aplica a los bancos, así como a los contratos utilizados en la actividad bancaria.

2) Noción de contrato de adhesión:

La banca opera mediante contratos de adhesión. ¿En qué consisten?

La Ley de Protección al Consumidor y al Usuario publicada el 23 de marzo de 1992 y reformada según publicación del 17 de mayo de 1995, fue derogada el 4 de mayo de 2004, por una nueva Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, publicada en esta última fecha, la cual a su vez fue derogada por la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios, aparentemente publicada el 31 de julio de 2008. Las tres leyes sucesivas antes mencionadas utilizan la denominación *contrato de adhesión*, con lo que el legislador destacó el carácter contractual de las obligaciones asumidas por el promovente y el adherente.

El artículo 69 de la ley vigente, que es la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios de 2008, define los contratos de adhesión como “...los contratos tipos o aquéllos cuyas cláusulas han sido aprobadas por la autoridad competente por la materia o establecidas unilateralmente por la proveedora o el proveedor de bienes y servicios, sin que las personas puedan discutir o modificar substancialmente su contenido al momento de contratar...”. El elemento que caracteriza a los contratos de adhesión, es que se trata de contratos tipo, es decir, de contratos que tienen un articulado, al menos en parte, pre-establecido, que se usa, con el mínimo de variaciones posible, para todos los casos similares y clientes de la misma clase, ya que, en estos contratos, las cláusulas propuestas por una de las partes de la relación contractual son aceptadas por la otra parte en bloque, sin modificaciones sustanciales. El contrato de adhesión o contrato tipo existe, o bien porque una autoridad aprueba un texto contractual standard que le es sometido por un interesado, o bien porque, sin

¹⁶ Artículo 124 de la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios.

¹⁷ Artículo 124 de la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios.

¹⁸ Artículos 125 y siguientes de la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios.

¹⁹ Pero son menores que las de la Ley de Acaparamiento, que eran extravagantes.

que sea necesaria o procedente tal aprobación, un particular uniformiza sus relaciones con su clientela, utilizando un contrato modelo.

De allí que existen dos criterios definidores para los contratos tipo o contratos de adhesión. El primer criterio definidor, según el artículo 69 vigente, antes citado, es que sus “cláusulas hayan sido aprobadas por la autoridad competente”; mientras que el segundo criterio definidor, según el mismo artículo, es que sus cláusulas hayan sido “establecidas unilateralmente por la proveedora o el proveedor de bienes o servicios”. Ambos criterios definidores vienen de la legislación derogada. En efecto, los contratos de adhesión eran definidos por la Ley de Protección al Consumidor de 1992 como aquellos “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” (artículo 18); y, por la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario de 2004, como aquellos “cuyas cláusulas han sido aprobadas por la autoridad competente o establecidas unilateralmente por el proveedor de bienes o servicios, sin que el consumidor pueda discutir o modificar substancialmente su contenido al momento de contratar” (artículo 81).

De modo que el común denominador de las tres definiciones legales sucesivas, que son muy parecidas, es que hay dos criterios para determinar si un contrato es de adhesión, a saber: la aprobación gubernamental de su articulado o la imposición de su articulado por parte de un proveedor.

En nuestra opinión, el primer criterio definidor para los contratos de adhesión no puede ser visto de manera aislada. En la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios, el legislador refiere ambos criterios definidores a la noción de contrato tipo. En consecuencia, ciertos contratos que requieren de autorización oficial no califican, de todas maneras, como contratos de adhesión, por no ser contratos tipo. Por consiguiente, opinamos que los siguientes textos contractuales no son por adhesión, porque son el resultado de un proceso de negociación, así que no se trata de textos estandarizados: (i) aquellos contratos para la constitución de hipotecas mobiliarias o prendas sin desplazamiento que sean negociados por un banco y un prestatario y que luego sean presentados por dicho banco a la Superintendencia de Bancos para su aprobación, a fin de cumplir con un requisito previsto en la Ley de Hipotecas Mobiliarias y Prendas sin Desplazamiento de Posesión; y (ii) los contratos a los que se refiere el párrafo que sigue:

El Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Beneficios y Facilidades de Pago para las Deudas Agrícolas de Rubros Estratégicos para la Seguridad y Soberanía Alimentaria fue publicado el 31 de julio de 2008 y también forma parte de los 26 últimos decretos-leyes dictados en el marco de la ley habilitante publicada el 1º de febrero de 2007. Este decreto-ley

ordena, en su artículo 3, que los bancos universales y comerciales reestructuren aquellos créditos vencidos al 31 de mayo de 2008, así como aquellos créditos cuyo deudor demuestre que enfrentó contingencias o eventualidades ajenas a su voluntad que provocaron la pérdida de la capacidad de pago. De conformidad con el artículo 5 del mismo decreto-ley, la reestructuración de créditos vigentes para el 31 de julio de 2008 debe ser autorizada expresamente por el Comité de Seguimiento de Cartera Agrícola. Pensamos que esta autorización oficial no convierte al contrato de reestructuración en un contrato de adhesión, ya que la reestructuración se produce dentro del contexto de una negociación que arranca a solicitud del prestatario. Sin embargo, si el banco utiliza el mismo modelo de contrato para todas sus reestructuraciones, entonces sí podemos decir que nos encontramos frente a un contrato de adhesión.

Atendiendo al primer criterio definidor establecido por el legislador, dos tipos de contrato bancario califican como contrato de adhesión. En efecto, en ellos su articulado ha de ser autorizado previamente por la autoridad correspondiente, es decir, la Superintendencia de Bancos. Son casos excepcionales, ya que no existe un requisito general de aprobación previa de los contratos bancarios por parte de la Superintendencia de Bancos. En efecto, tal autorización *a priori* sólo es exigida respecto de dos clases de contratos:

Por un lado, requieren la aprobación previa de dicha Superintendencia los modelos de contratos de fideicomiso, mandato, comisión y otros encargos de confianza, mediante los cuales se establezca la emisión de títulos o certificados de participación u otra figura equivalente. Tal exigencia es novedosa, puesto que no se encontraba presente en la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras publicada el 13 de noviembre de 2001; sino que fue establecida en el artículo 56 de la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras publicada el 19 de noviembre de 1993.²⁰ La última reforma de dicha ley fue mediante uno de los decretos-leyes publicados el 31 de julio de 2008 en el marco de la ley habilitante del 1º de febrero de 2007; pero en esta reforma no se tocó el artículo citado.

²⁰ El artículo 56 de la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras dispone:

“Las instituciones autorizadas conforme a lo previsto en el artículo 47 de este Decreto Ley, deberán remitir a la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras, para su evaluación y aprobación, aquellos modelos de contratos de fideicomiso, mandato, comisión y otros encargos de confianza, mediante los cuales se establezca la emisión de títulos o certificados de participación u otro tipo de figura equivalente, con por lo menos quince (15) días hábiles bancarios antes de la suscripción del contrato, a excepción de aquellos constituidos por disposición expresa de leyes especiales.

“Del mismo modo, deberá remitirse toda modificación que se pretenda realizar en las condiciones generales, aprobadas por la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras.

“La Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras emitirá el respectivo pronunciamiento en el lapso de quince (15) días hábiles bancarios contados a partir de la fecha de recepción en dicho Organismo.”

Por otro lado, se requiere la aprobación previa de la Superintendencia de Bancos en el siguiente caso, tratado en la Ley de Tarjetas de Crédito, Débito, Prepagadas y demás Tarjetas de Financiamiento o Pago Electrónico publicada el 22 de septiembre de 2008: conforme a esta ley, los modelos de contratos de afiliación de tarjetas de crédito y débito deben ser presentados por los bancos a dicha Superintendencia para su aprobación. Se trata de una novedad, ya que, tal como señalamos antes, la generalidad de los contratos bancarios no requiere tal validación oficial. Nos parece que no tiene sentido apartarse del principio general, según el cual no se requiere tal aprobación, para exigir el visto bueno de dicha Superintendencia con respecto a los modelos de contratos de afiliación de tarjetas de crédito y débito.

De modo que, en ambos casos, se requiere, por vía de excepción, la aprobación del texto contractual por la autoridad competente, que es uno de los dos elementos alternativos que definen a los contratos de adhesión, conforme a los citados artículos 18 de la Ley de Protección al Consumidor de 1992, 81 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario de 2004 y 69 de la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios de 2008.

El segundo criterio definidor de contratos de adhesión, según los mismos tres artículos, es que sus cláusulas hayan sido “establecidas unilateralmente” por el proveedor.

Atendiendo al segundo criterio definidor, los contratos que los bancos utilizan en su relación con la generalidad de sus clientes son contratos de adhesión, pues están contenidos en documentos redactados por una de las partes —el banco—, que la otra parte —el cliente bancario— debe aceptar en su totalidad o rechazar; así que se cumple el requisito de imposición del texto contractual en forma unilateral, por el proveedor, al consumidor o usuario, o sea, a la persona que sea destinataria final del bien o servicio, sin que ésta tenga la posibilidad de discutir o modificar su contenido de manera sustancial; requisito que hoy está establecido en el artículo 69 de la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios. En consecuencia, los contratos entre los bancos y sus depositantes, y los contratos entre los bancos y sus prestatarios, son contratos de adhesión.

3) Cláusulas abusivas:

La Ley de Protección al Consumidor y al Usuario de 1992, reformada en 1995, disponía lo siguiente:

“Artículo 6º. Son derechos de los consumidores y usuarios:...

“7°. La protección contra... las... cláusulas abusivas impuestas por proveedores de bienes y servicios...”

“Artículo 8°. Los derechos de los consumidores y usuarios consagrados en esta Ley son irrenunciables...”.

Similarmente, la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario de 2004 disponía lo siguiente:

“Artículo 15. Se prohíbe todo acto o conducta por parte de los proveedores de bienes y prestadores de servicios que tengan por objeto o efecto la imposición de condiciones abusivas en relación con los consumidores y usuarios.”

“Artículo 2. Las disposiciones de la presente Ley son de orden público e irrenunciables por las partes.”

Por último, la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios de 2008 dispone lo siguiente:

“Artículo 15. Se prohíbe y se sancionará conforme a lo previsto en el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, todo acto o conducta ejecutado por las proveedoras o proveedores de bienes y por los prestadores de servicios, que impongan condiciones abusivas a las personas...”.

Artículo 2°. Las disposiciones del presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley son de orden público e irrenunciable por las partes...”.

De modo que el común denominador de las tres leyes sucesivas que acabamos de mencionar es que sus disposiciones –incluyendo las relativas a las cláusulas abusivas, que están prohibidas– son de orden público, o sea, estas disposiciones no admiten un acuerdo contrario de las partes, pues se trata de proteger a la persona a la que se le imponen tales cláusulas.

Las tres leyes sucesivas que acabamos de mencionar tienen otro denominador común: contienen listados de cláusulas que el legislador consideró abusivas, y estos listados permiten definir las cláusulas abusivas:

En primer lugar, el artículo 6, número 7, de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario publicada el 23 de marzo de 1992 y reformada según publicación del 17 de mayo de

1995, prohibía las cláusulas abusivas; y el artículo 21 de la misma ley contenía una lista de cláusulas prohibidas en los contratos de adhesión.

En segundo lugar, de manera similar, el artículo 6, número 8, de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, publicada el 4 de mayo de 2004, prohibía la imposición de cláusulas perjudiciales a los consumidores, y el artículo 87 de la misma ley contenía una lista de cláusulas prohibidas en los contratos de adhesión; adicionalmente, su artículo 15 proscribía las condiciones abusivas e incluía un listado de condiciones abusivas prohibidas.

En tercer y último lugar, de forma parecida, actualmente la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios, publicado el 31 de julio de 2008, objeta, en su artículo 7, números 8, 9 y 13, las cláusulas perjudiciales, discriminatorias o lesivas y los contratos de adhesión desventajosos o lesivos, y contiene, en su artículo 73, una lista de cláusulas prohibidas en los contratos de adhesión; y, además, en su artículo 15, proscribire las condiciones abusivas e incluye un listado de condiciones abusivas prohibidas.

Las normas que acabamos de citar de la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios permiten afirmar que actualmente debe considerarse que son cláusulas abusivas, y por ende prohibidas, todas las incluidas en las listas de dichos artículos 15 y 73, más aquellas disposiciones contractuales que sean calificables como abusivas conforme a los mismos artículos, de los cuales se desprende, de manera general, que están proscritas las cláusulas establecidas en perjuicio de los consumidores y usuarios sin ninguna justificación económica, las que establezcan imposiciones injustas o gravosas, las que discriminen a algunos consumidores o usuarios respecto de otros creando desigualdades entre ellos, las que generen indefensión, las que sean contrarias al orden público y las que estén reñidas con la buena fe.

Las cláusulas abusivas se ven con más frecuencia en los contratos de adhesión, que en otros esquemas contractuales. Los contratos entre los bancos y sus depositantes, y los contratos entre los bancos y los prestamistas, como contratos de adhesión que son, presentan el mismo problema, ya que pueden contener cláusulas abusivas. Por eso es que existen mecanismos de control respecto del contenido de los contratos tipo, incluyendo los textos utilizados en las relaciones entre los bancos y sus clientes.

4) Control del Estado sobre los contratos de adhesión:

Los mecanismos de control por parte del Estado con respecto a los contratos de adhesión, incluyendo los que son empleados por los bancos en sus operaciones, pueden ponerse en funcionamiento en dos momentos: (i) antes de que el contrato tipo sea ofrecido al

público por su proponente o (ii) después de que los adherentes se hicieron parte del contrato tipo.

De modo que uno de estos mecanismos es un control *a priori* del articulado contractual. Esto está previsto con respecto a dos clases de contratos de adhesión bancarios, que requieren la aprobación previa de la Superintendencia de Bancos. Ni la Ley de Protección al Consumidor del año 1992, ni su reforma de 1995, ni la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario de 2003, ni tampoco la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios, plantean ninguna autorización para que los contratos de adhesión sean propuestos a la clientela. En el ámbito bancario, dicho requisito sólo existe respecto de los dos contratos antes referidos, por existir leyes especiales que contemplan, que son: (i) la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras, relativa a los modelos de contratos de fideicomiso, mandato, comisión y otros encargos de confianza, mediante los cuales se establezca la emisión de títulos o certificados de participación u otra figura equivalente, y (ii) la Ley de Tarjetas de Crédito, Débito, Prepagadas y demás Tarjetas de Financiamiento o Pago Electrónico, relativa a los modelos de contratos de afiliación de tarjetas de crédito y débito. Fuera de estos dos casos, los contratos bancarios no requieren validación oficial.

El otro mecanismo de control por parte del Estado, con respecto a los contratos de adhesión, incluyendo los que son empleados por los bancos en sus operaciones, consiste en un control *a posteriori* del contrato tipo, que puede ser cuestionado por la autoridad competente después de su celebración, tal como lo veremos de seguidas:

Conforme a la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios, el INDEPABIS tiene, entre otras, la siguiente atribución:

“Artículo 69... En aquellos casos en que la proveedora o el proveedor de bienes y servicios unilateralmente establezcan las cláusulas del contrato de adhesión, la autoridad competente, podrá anular aquellas que pongan en desventaja o vulneren los derechos de las personas, mediante acto administrativo que será de estricto cumplimiento por parte de la proveedora o proveedores.”

“Artículo 73... El acto administrativo que declare la nulidad de una o varias cláusulas de un contrato de adhesión, deberá ser publicado en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela.”

Esta ley no se limita a establecer dicha nulidad, sino que además prevé una multa o la clausura temporal del proveedor y una pena privativa de libertad. En efecto, el artículo 132 establece las “Sanciones por Incumplimiento a las Obligaciones Inherentes a los Contratos de Adhesión” indicadas seguidamente:

“Quien este incurso en los supuestos previstos en el Título II, Capítulo VIII en sus artículos 69, 70, 71, 72 y 73 serán sancionados con multa de cien Unidades Tributarias (100 UT) a cinco mil Unidades Tributarias (5.000 UT), o clausura temporal por noventa (90) días.²¹

La norma que acabamos de transcribir remite a los artículos 69, 70, 71, 72 y 73 la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios, respecto de los cuales observamos lo que sigue:

Por un lado, el artículo 69 está referido a aquellas cláusulas del contrato de adhesión que pongan en desventaja o vulneren los derechos de las personas. Además, dicho artículo sería violado si el proveedor continuara utilizando un contrato de adhesión anulado por INDEPABIS.

Por otro lado, los demás artículos nombrados en el citado artículo 132, que son los artículos 70, 71, 72 y 73, cuya infracción también es castigada con tal multa o clausura, disponen, respectivamente, lo copiado a continuación:

“Claridad de los Contratos

Artículo 70. Todo contrato de adhesión deberá estar al alcance de las personas, de forma escrita en idioma oficial, redactado de manera clara, específica y en formato que permita fácil lectura, sin ambigüedades que hagan dudar sobre el contenido y alcance del mismo.

De todo contrato de adhesión celebrado deberá entregarse una copia impresa para el conocimiento de los términos y condiciones del mismo, antes de su suscripción.

Las cláusulas de los contratos de adhesión serán interpretadas del modo más favorable a la consumidora o consumidor y a la usuaria y usuario.

Prohibición de modificaciones

Artículo 71. Queda prohibida la modificación unilateral de las condiciones de precio, calidad o de suministro de un bien o servicio tipificadas en un contrato de adhesión celebrado entre las partes. En el caso de contratos de adhesión con vigencia temporal de mediano o largo plazo, que justificare, desde el punto de vista económico, cambios en la facturación, en las condiciones de suministro o en la relación precio/calidad de los servicios ofrecidos, la proveedora o el proveedor deberá informar a la persona contratante, con una antelación mínima de un mes, las modificaciones en las condiciones y términos de suministro del servicio. La persona contratante tomará la decisión de continuar con el mismo proveedor o rescindir el contrato. De no aceptarse

²¹ Artículo 132 de la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios.

las nuevas condiciones y términos por parte de la persona contratante, se entenderá que el contrato queda rescindido. En este caso, el retiro de las instalaciones o equipos se hará de acuerdo con lo convenido en el contrato de adhesión, en forma tal de no perjudicar a la persona contratante, y se hará a expensas de la proveedora o el proveedor. En todo cambio de las condiciones de un contrato de adhesión por las razones mencionadas en el párrafo anterior, la proveedora o el proveedor debe suministrarle a la persona contratante información perfectamente verificable sobre las condiciones que, para un servicio de similares características, ofrezcan por lo menos tres competidores existentes en el mercado. De ejercer el proveedor una posición monopólico en el suministro del bien o servicio en cuestión, las modificaciones en los contratos de adhesión tendrán que ser autorizadas, previa justificación documentada, por el Instituto para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios. En los casos en que la persona contratante esté condicionado por sus condiciones de empleo a usar un proveedor particular de un servicio, como es el caso de las cuentas de nómina de empresa que manejan con carácter de exclusividad los bancos, todo cambio en las condiciones de los contratos de adhesión deberán ser negociadas con el colectivo afectado.

Derecho de retractarse

Artículo 72. Las personas tendrán derecho a retractarse del contrato de adhesión por justa causa, dentro de un plazo de siete (7) días contados a partir de la firma del mismo o desde la recepción del producto o servicio. En el caso que ejercite oportunamente este derecho le será restituido el precio cancelado dentro de los siete (7) días siguientes, a partir de la manifestación de la usuaria o usuario.

En aquellos casos en que el bien entregado o servicio prestado tenga características idénticas a las que fueron pautadas en el contrato de adhesión, podrá serle descontado del monto a ser restituido, los gastos en que haya incurrido a la proveedora o proveedor en su entrega o instalación, que consten en presupuesto o factura.

Nulidad de las cláusulas en los Contratos de Adhesión

Artículo 73. Se considerarán nulas las cláusulas o estipulaciones establecidas en el contrato de adhesión, que:

1. Exoneren, atenúen o limiten la responsabilidad de los proveedores por vicios de cualquier naturaleza de los bienes o servicios prestados.
2. Impliquen la renuncia a los derechos que la normativa vigente reconoce a las personas, o limite su ejercicio.
3. Inviertan la carga de la prueba en perjuicio a las personas.
4. Impongan la utilización obligatoria del arbitraje.

5. Permitan a la proveedora o el proveedor la variación unilateral del precio o de otras condiciones del contrato.

6. Autoricen a la proveedora o proveedor a rescindir unilateralmente el contrato.

7. Establezcan condiciones injustas de contratación o gravosas para las personas, le causen indefensión o sean contrarias al orden público y la buena fe.

8. Establezcan como domicilio especial para la resolución de controversias y reclamaciones por vía administrativa o judicial un domicilio distinto a la localidad donde se celebró el contrato, o de las personas.

9. Fijen el precio en cualquier moneda extranjera como medio de pago de obligaciones en el país, como mecanismo para eludir, burlar o menoscabar la aplicación de las leyes reguladoras del arrendamiento de inmuebles y demás leyes dictadas en resguardo del bien público o del interés social.

10. Así como cualquier otra cláusula que contravengan las disposiciones del presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley...”

Y, entre las disposiciones de la Ley para la Defensa de las Personas en el acceso a los Bienes y Servicios, susceptibles de ser violadas por una cláusula de un contrato de adhesión, la cual puede ser considerada nula conforme al texto legal precedente, se encuentra la disposición siguiente:

“Protección de intereses.

Artículo 15. Se prohíbe y se sancionará conforme a lo previsto en el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, todo acto o conducta ejecutado por las proveedoras o proveedores de bienes y por los prestadores de servicios, que impongan condiciones abusivas a las personas:

1. La aplicación injustificada de condiciones desiguales para proveer bienes o prestar un servicio, que ponga a las personas en situación de desventaja frente a otros.

2. La aplicación injustificada de condiciones desiguales para proveer bienes o prestar un servicio en atención al medio de pago.

3. La subordinación o el condicionamiento de proveer un bien o prestar un servicio a la aceptación de prestaciones suplementarias, que por su naturaleza o de conformidad con el uso correcto del comercio no guarde relación directa con el mismo.

4. La negativa injustificada de satisfacer la demanda de las personas.

5. La imposición de precios y otras condiciones de comercialización de bienes y servicios sin que medie justificación económica.

6. Las conductas discriminatorias.

7. El cobro a las personas de recargos o comisiones, cuando el medio de pago utilizado por éste sea a través de tarjetas de crédito, débito, cheque, ticket o cupón de alimentación, tarjeta electrónica de alimentación o cualquier otro instrumento de pago.

8. La modificación o alteración del precio, la calidad, cantidad, peso o medida de los bienes y servicios.

9. La negativa a expender, con o sin ocultamiento, productos o prestar servicios declarados de primera necesidad.

10. La restricción, con o sin ocultamiento, de la oferta, circulación o distribución de productos o servicios declarados de primera necesidad...”.

De modo que la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios sancionó las infracciones a la misma, no sólo con la nulidad de la cláusula objetable, sino también con una multa a su redactor y la clausura temporal de su establecimiento. Las dos últimas son sanciones totalmente desproporcionadas. Esta situación se agrava por la circunstancia de que los contratos de adhesión regulados por dicha ley podrían ser mucho más numerosos que los contratos de adhesión regulados por la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario. Nos explicamos:

Tal como señalamos antes, la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios cubre toda la cadena que empieza con el importador o productor y termina con los consumidores o usuarios²². Esto podría repercutir sobre los contratos de adhesión. Efectivamente, las normas sobre contratos de adhesión de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, que sólo podían ser invocadas por éste contra su proveedor, tienen sus equivalentes en la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios, que actualmente cubre toda la cadena, por lo que es posible sostener que tales normas ahora pueden ser invocadas, adicionalmente, por los vendedores al detal contra el distribuidor y por los distribuidores contra el fabricante o importador. Desde esta óptica, la nueva ley arropa las relaciones entre los vendedores al detal y el distribuidor, que pueden estar reguladas en un contrato de adhesión redactado por éste; y, si hay varios distribuidores, la nueva ley arropa también las relaciones entre estos últimos y el fabricante o importador, que pueden igualmente estar reguladas en un contrato de adhesión redactado por este último. En consecuencia, todos los contratos de adhesión utilizados por cualquier eslabón de la cadena podrían ser objetados si contradijeran alguna de las disposiciones sobre este tipo de contrato incluidas en dicha ley, en cuyo caso las cláusulas que presentasen tal contradicción podrían ser consideradas nulas²³;

²² Parte final del artículo 15 de la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios.

²³ Artículos 69 y 73 de la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios.

y, además, el INDEPABIS podría imponer una multa muy alta, de hasta 5.000 UT, y clausurar al redactor por 90 días²⁴.

Pero pensamos que ello no debería ocurrir, es decir, creemos que el INDEPABIS no tiene facultades para anular textos relativos a relaciones contractuales en las que los consumidores o usuarios no son parte, o sea, no puede aplicar dichas sanciones a aquellos proveedores que redactaron estos contratos con el fin de que fuesen celebrados con personas distintas de los destinatarios finales de los bienes y servicios.

En efecto, la circunstancia de que la protección legal abarque a todos los eslabones de la cadena se ve matizada por los elementos siguientes: (i) el texto normativo pertinente, tantas veces mencionado, se llama Ley para la Defensa de las **Personas** en el Acceso a los Bienes y Servicios, (ii) el objeto de esta ley es “la defensa, protección y salvaguarda de los derechos e intereses individuales y colectivos en el acceso de las **personas** a los bienes y servicios para la satisfacción de las necesidades”²⁵ y (iii) esta ley incluye la siguiente definición: “Personas: Toda persona natural o jurídica, de carácter público o privado, organizada o no, que adquiera, utilice o disfrute bienes y servicios de cualquier naturaleza como **destinatario final**”²⁶. Entonces, si bien la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario establecía ciertas normas sobre contratos de adhesión, que podían ser invocadas por los consumidores contra los proveedores, normas que están presentes en la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios, que se aplica a toda la cadena, no nos parece que ello sea suficiente para concluir en que estas normas pueden ser invocadas por cualquier eslabón. El hecho de que dicha ley tenga como propósito proteger a las personas, entendidas éstas como las destinatarias finales de los bienes o servicios, implica, a nuestro juicio, que la protección legal relativa a los contratos de adhesión no se puede extender a todos los niveles, a pesar de que esta ley ahora cubre, desde el productor o importador, pasando por el distribuidor y luego los vendedores al detal, hasta los consumidores y usuarios. En nuestra opinión, la protección legal, en cuanto concierne a los contratos de adhesión, es sólo para los consumidores y usuarios, o sea, para los destinatarios finales de los bienes o servicios.

En consecuencia, nos parece que sería excesivo que el INDEPABIS pretendiera que todos los modelos de contrato, contratos tipo, contratos estandarizados o condiciones generales de contratación, utilizados por cualquier persona natural o jurídica, deben ajustarse a las disposiciones sobre contratos de adhesión incluidas en la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios, que las cláusulas que presenten alguna contradicción pueden ser anuladas y que su redactor puede ser sancionado con una multa muy

²⁴ Artículo 132 de la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios.

²⁵ Artículo 1 de la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios.

²⁶ Artículo 4 de la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios.

alta y clausurado temporalmente. Efectivamente, lo más razonable es que las sanciones citadas sean aplicadas sólo en la medida en la que los contratos de adhesión afecten a los consumidores o usuarios. Creemos que, aunque la nueva ley no establezca expresamente este límite, de la misma se desprende que dichas sanciones no pueden ser aplicadas con respecto a los contratos de adhesión propuestos por los fabricantes o importadores a los distribuidores, a los contratos de adhesión propuestos por los distribuidores a los expendedores ni a los contratos de adhesión propuestos por cualquier compañía importante a sus propios proveedores.

De modo que, en nuestro criterio, la “Autoridad” sólo puede anular las cláusulas de los contratos de adhesión en la medida en que el destinatario final del bien o servicio, que es la persona que la ley busca proteger, tenga la condición de adherente del mismo. Y no es poca cosa. El que la “Autoridad”, es decir INDEPABIS, pueda anular cláusulas de contratos de adhesión, puede ser muy grave. Para, por ejemplo, cualquier banco, sería dramático que le anularan los contratos bancarios de adhesión, pues podría afectar toda su operación a futuro y podría invalidar parcialmente los instrumentos en que constan sus relaciones con los depositantes, los créditos otorgados y las garantías recibidas. Se podría tratar de sostener que la Autoridad para esto es la Superintendencia de Bancos, lo que posiblemente sería menos riesgoso para la banca, pues se trata de un ente profesional. Pero luce poco probable que este argumento prospere, dada la manera como está redactada la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios.

La Ley de Protección al Consumidor y al Usuario de 1992, antes de la reforma de 1995, no contemplaba ninguna excepción a la fiscalización por el INDECU de los contratos de adhesión (artículo 14). Cuando se modificó en 1995 la ley mencionada, se estableció, entre otras cosas, que el control del INDECU se ejercería sobre los contratos de adhesión “cuya regulación no esté atribuida a otra ley” (artículo 86, número 20). De modo que el articulado de los contratos bancarios no estaba sujeto al control del INDECU. Sin embargo, el legislador de 2004, cuando dictó la nueva Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, olvidó incluir una previsión similar a la que acabamos de transcribir parcialmente. El mismo olvido ocurrió al promulgarse la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios de 2008.

En consecuencia, INDEPABIS ejerce control *a posteriori* sobre los contratos de adhesión, lo que nos parece muy criticable, sobre todo en el caso de los contratos bancarios, ya que sería preferible (i) que dicho control se ejerciera, más bien, en sede judicial; y (ii) que, si el Poder Ejecutivo quisiera actuar, pues que lo hiciera a través de la Superintendencia de Bancos, que conoce la materia.

5) Cláusulas mediante las cuales las deudas se hacen de plazo vencido:

Una categoría importantísima de contratos bancarios de adhesión son los contratos de crédito.

En éstos, es frecuente que el banco incluya una cláusula según la cual la obligación del deudor se hace de plazo vencido en caso de que ocurran ciertos eventos, por ejemplo, en caso de que el deudor dé al dinero objeto del crédito un fin distinto del establecido en el contrato de crédito.

Esta realidad fue reconocida en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Crédito para el Sector Agrario, que también forma parte de los 26 últimos decretos-leyes dictados en el marco de la ley habilitante publicada el 1º de febrero de 2007. En efecto, el artículo 17 de este decreto-ley expresa, por una parte, que los bancos deben hacer seguimiento de los créditos otorgados para verificar que se dé el uso correcto a los fondos; y, por otra parte, que, en caso de que de este seguimiento se evidencie que el deudor ha dado al monto a que se refiere el contrato de crédito un uso distinto del previsto en éste, el banco lo declarará de plazo vencido. Dicho decreto-ley contempla que esto sea previsto en el contrato de crédito.

En consecuencia, está muy claro que no es abusiva la cláusula en los contratos de adhesión bancarios de crédito según la cual la obligación del deudor se hace de plazo vencido en caso de que ocurran ciertos eventos (siempre y cuando el listado de tales eventos sea razonable).

6) Comisiones e intereses superiores a lo permitido y otras contraprestaciones excesivas:

El artículo 7, número 3, de la Ley del Banco Central de Venezuela dispone que, “Para el adecuado cumplimiento de su objetivo, el Banco Central de Venezuela tendrá a su cargo las siguientes funciones... Regular... las tasas de interés del sistema financiero...”. Asimismo, el artículo 21, número 13, de dicha ley dispone que “Corresponde al Directorio ejercer la suprema dirección del Banco Central de Venezuela. En particular, tendrá las siguientes atribuciones:... Ejercer la facultad de regulación en materia de tasas de interés del sistema financiero, de acuerdo con lo previsto en esta Ley...”. Finalmente, la primera parte del artículo 41 de dicha ley dispone que “El Banco Central de Venezuela es el único organismo facultado para regular las tasas de interés del sistema financiero. En el ejercicio de tal facultad podrá fijar las tasas máximas y mínimas que los bancos y demás instituciones financieras, privados o públicos, regidos por la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras o por otras leyes, pueden cobrar y pagar por las distintas clases de operaciones activas y pasivas que realicen.”

La segunda parte del mismo artículo 41 diferencia los intereses de las comisiones y recargos, y también de las tarifas. En efecto, establece lo siguiente: “El Banco Central de Venezuela queda facultado para fijar las comisiones o recargos máximos y mínimos causados por las operaciones accesorias y los distintos servicios a los cuales califique como relacionados, directa o indirectamente, con las mencionadas operaciones activas y pasivas. El Banco podrá efectuar esta fijación aun cuando los servicios u operaciones accesorias sean realizados por personas naturales o jurídicas distintas de los bancos e instituciones de crédito. Queda igualmente facultado para fijar las tarifas que podrán cobrar dichos bancos o Institutos de crédito por los distintos servicios que presten. Las modificaciones en las tasas de interés y en las tarifas regirán únicamente para operaciones futuras.”

De modo que los bancos pueden cobrar, por concepto de intereses, la tasa que acuerden con sus clientes, siempre y cuando se encuentre dentro de los límites permitidos por el Banco Central de Venezuela; y, además, los bancos pueden cobrar, por concepto de comisiones y recargos, o tarifas, las cantidades que acuerden con sus clientes, nuevamente siempre y cuando se encuentren dentro de los límites permitidos por el Banco Central de Venezuela.

Ahora bien, las comisiones y recargos, o las tarifas, no deben ser el producto de un porcentaje del capital aplicado durante el tiempo en que el deudor lo tenga prestado. En efecto, en tal caso, se trataría, en realidad, de un interés, aunque el contrato correspondiente lo llame comisiones, recargos o tarifas. En efecto, de acuerdo con el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, el “interés” es el “lucro producido por el capital”, de donde se puede inferir que el interés no depende de que el prestamista preste un servicio, ni de que realice una actividad en particular, sino que consiste en aplicar, al capital prestado, un cierto porcentaje, por la duración del crédito. Por ende, las comisiones sin sustrato en una actividad desempeñada por el ente bancario o financiero deben ser tratadas como intereses y sujetarse a los límites establecidos por el Banco Central de Venezuela en cuanto a las tasas de interés.

La sentencia dictada en fecha 24 de enero de 2002 por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia va más allá. En efecto, en la sentencia mencionada, la Sala Constitucional cuestiona las comisiones sin sustrato en una actividad desempeñada por el ente bancario o financiero, en vez de limitarse a dar a tales comisiones el tratamiento de intereses. En tal sentido, dicha sentencia hace referencia a que se debe evitar el cobro de costos bajo el rubro de comisiones que no obedecen a **contraprestación alguna**. Adicionalmente, la Sala Constitucional establece, en lo que a las comisiones respecta, que éstas deben corresponder a un servicio debidamente prestado, es decir, que tengan una razón real de ser, a fin de que su

cobro no resulte desproporcionado o deje de tener su equivalente en la contraprestación recibida.

Y no parece que sea suficiente que la comisión corresponda a un servicio verdaderamente prestado por la institución bancaria o financiera, tal como lo exige la citada sentencia; sino que, además, desde la óptica de la Sala Constitucional, dicho servicio debería ser, al menos en algún grado, independiente de los servicios característicos del contrato celebrado con el cliente. En efecto, la sentencia mencionada cuestiona las comisiones que se **cobran por operaciones propias del negocio**, que, necesariamente, tienen que realizarse para que la función bancaria o financiera sea prestada, por lo que su costo mal puede trasladarse a los usuarios del sistema financiero. En este sentido, no encuentra la Sala Constitucional justificación alguna para que exista, por ejemplo, una comisión por cobranza, siendo algo inherente a los prestamistas el mantener un servicio o departamento de cobranza, necesario para su negocio.

Asimismo, en la primera aclaratoria de la sentencia citada, de fecha 21 de febrero de 2002, la Sala Constitucional expresó que los costos son del riesgo del que explota un negocio, al igual que el monto de aquellas comisiones que no obedecen a contraprestación alguna, las cuales mal pueden trasladarse a los usuarios del sistema financiero, directa o indirectamente.

De lo anterior se puede inferir que, para que se cobre una comisión, debe haber manifiestamente una contraprestación, o sea, el suministro de un servicio por parte del banco, que le dé derecho a cobrar al cliente una comisión por la prestación del mismo. De modo que, desde la óptica de la Sala Constitucional, parece ser que las comisiones que no tengan su contrapartida en una actividad determinada, que vaya más allá del desarrollo normal del contrato bancario de que se trate, han de ser consideradas inconstitucionales, aunque tales comisiones hayan sido libremente convenidas; y sin que quepa mantenerlas en vigor calificándolas como intereses y dándoles el tratamiento correspondiente.

Adicionalmente, las Normas Relativas a la Protección de los Usuarios de los Servicios Financieros, emanadas de la Superintendencia de Bancos y otras Instituciones Financieras y publicadas en la Gaceta Oficial de fecha 30 de agosto de 2002, establecen, en su artículo 11 número 2, que las instituciones bancarias y financieras no podrán incluir cláusulas excesivas en sus contratos; tales como las que consagren el pago o aumento del monto de las comisiones por prestaciones no realizadas; o aquellas que estipulen que pueden cargarse al cliente comisiones o gastos por servicios que no hayan sido solicitados o aceptados expresamente por el cliente. El artículo citado coincide con el espíritu de la sentencia mencionada, al requerir que debe haber manifiestamente una prestación de servicio y al declarar que sería contrario a

derecho cobrar una comisión por una prestación no realizada; agregando que se necesita un acuerdo de voluntades para que la comisión sea vinculante.

Luego fue emitida la Resolución N° 08-03-02 del Banco Central de Venezuela fechada 4 de marzo de 2008, la cual establece una serie de limitaciones a los bancos, relativas al cobro de tarifas, comisiones o recargos que pueden cobrar a sus clientes. El artículo 1 de la citada resolución establece que los bancos autorizados para recibir depósitos de ahorro, no podrán efectuar cobro alguno a sus clientes por concepto de comisiones, tarifas o recargos directamente derivados de la tenencia misma de las cuentas de ahorro o su movilización. Adicionalmente, la misma resolución prevé, en su artículo 2, que sólo se podrá cobrar comisión a los clientes por la emisión de libretas de cuentas de ahorro, a partir de la segunda emisión de la libreta en un año. Asimismo, el artículo 4 de la resolución mencionada establece que no se podrán efectuar cobros a los clientes o al público en general, por concepto de comisiones, tarifas o recargos derivados de, entre otros, la emisión de cheques depositados, cobrados por taquilla dentro del horario bancario regular establecido por el Consejo Bancario Nacional, o que sean procesados a través de la Cámara de Compensación. Los artículos de la referida resolución, antes citados, en nuestro criterio pueden ser considerados como aplicaciones concretas de los principios desarrollados en la sentencia mencionada, su aclaratoria y las aludidas Normas Relativas a la Protección de los Usuarios de los Servicios Financieros, en cuanto a que toda comisión debe tener una base contractual clara, y que, para la percepción de cualquier comisión, los bancos deben haber prestado un servicio a cambio, el cual ha de ser, en alguna medida, independiente de la prestación principal que deben efectuar los bancos en virtud del contrato de que se trate y de las actividades que son propias de su negocio. En efecto, es propio del contrato de cuenta de ahorro y del negocio bancario, que los bancos le entreguen una libreta de ahorro al cliente al momento de abrir la misma; así como es propio de su negocio y del contrato de cuenta corriente pagar cheques por taquilla dentro del horario regular; de modo que todas estas actuaciones son típicas del negocio bancario y del contrato correspondiente, por lo que los bancos no deben cobrar comisiones por tales actuaciones.

En consecuencia, un banco podrá cobrar comisiones en la medida (i) que las comisiones estén expresamente acordadas por las partes en el contrato de que se trate, (ii) que exista una prestación de servicio por parte del banco distinta a las actividades inherentes a su propio negocio y esenciales al contrato de que se trate, y (iii) que las cláusulas y las comisiones no violen las normas que rigen la materia.

Si alguna comisión no tiene una base contractual clara y no es la contraprestación de un servicio suministrado por el banco, la misma, en el peor de los casos, no se puede cobrar, y, en el mejor de los casos, califica como un interés. En este último caso, dicha comisión se

puede cobrar siempre y cuando no se exceda el techo a los intereses previsto en la ley o en las regulaciones del Banco Central.

Desde la óptica de la sentencia mencionada y su aclaratoria, un banco no debe cobrar comisiones que no tengan una base contractual clara y que carezcan de una contraprestación igualmente clara, ya que esto podría ser considerado un cobro excesivo e incluso podría ser calificado como usurario y, por ende, criminal.

La Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios de 2008 dispone:

“De la usura genérica

Artículo 143. Quien por medio de un acuerdo o convenio, cualquiera que sea la forma utilizada para hacer constar la operación, ocultarla o disminuirla, obtenga para sí o para un tercero, directa o indirectamente, una prestación que implique una ventaja notoriamente desproporcionado a la contraprestación que por su parte realiza, incurrirá en delito de usura y será sancionado con prisión de uno (1) a tres (3) años.

En la misma pena incurrirá quien en operaciones de crédito o financiamiento, obtenga a título de intereses, comisiones o recargos de servicio una cantidad por encima de las tasas máximas respectivas fijadas o permitidas por el Banco Central de Venezuela.

De la usura en las operaciones de financiamiento

Artículo 144. Quien en las operaciones de venta a crédito de bienes o servicios de financiamiento para tales operaciones, obtenga a título de intereses, comisiones o recargos, cualquier cantidad por encima de los máximos que sean fijados o permitidos por el Banco Central de Venezuela, en atención a las condiciones existentes en el mercado financiero nacional, incurrirá en delito de usura, y será sancionado con pena de prisión de dos (2) a cinco (5) años...”.

Llama la atención que el citado artículo 143, que supone referirse a la usura genérica (obtención, en cualquier tipo de operación, de una prestación notoriamente desproporcionada), se refiere, también, al principal caso de usura específica (obtención, en un financiamiento, de intereses, comisiones o recargos superiores a los autorizados). Es decir, tanto el artículo 143, como el artículo 144, tratan “la usura en las operaciones de financiamiento”, a pesar de que dicha usura específica supone ser la materia de este último artículo únicamente. Además, en cuanto concierne a los financiamientos, llama la atención que el artículo 144 establece una pena más alta, aplicable a las ventas a plazo, que la establecida en el artículo 143, aplicable a los préstamos, con lo que el legislador parece querer castigar más severamente a los

comerciantes que a los banqueros, por cuanto: (i) en el citado artículo 144, se sanciona con “pena de prisión de dos (2) a cinco (5) años” a “Quien en las operaciones de venta a crédito de bienes o servicios de financiamiento para tales operaciones, obtenga a título de intereses, comisiones o recargos, cualquier cantidad por encima de los máximos que sean fijados o permitidos por el Banco Central de Venezuela”, lo que normalmente se aplicaría a los comerciantes inescrupulosos, y, (ii) en el citado artículo 143, se sanciona con “con prisión de uno (1) a tres (3) años” a “quien en operaciones de crédito o financiamiento, obtenga a título de intereses, comisiones o recargos de servicio una cantidad por encima de las tasas máximas respectivas fijadas o permitidas por el Banco Central de Venezuela”, lo que normalmente se aplicaría a los banqueros inescrupulosos.

De modo que la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios establece, de una manera un tanto peculiar, que los intereses, comisiones y recargos no han de exceder los máximos que fije el Banco Central de Venezuela; y esto no sólo arropa a la banca, sino a las operaciones de venta a crédito de bienes o servicios. La Ley de Protección al Consumidor y al Usuario no contenía una limitación con un ámbito equivalente, ya que no se aplicaba a todos los eslabones de la cadena. Los bancos deben tener muy presentes dichos límites. En efecto, si estos límites son violados, incurrirán en el delito de usura, castigado hasta con cinco años de cárcel; y procederá aplicar una multa de hasta 5.000 UT o clausurar el establecimiento por 90 días.

Dentro de este contexto, es prudente tomar en cuenta que las cláusulas que señalan que los intereses son variables y serán fijados por los bancos a lo largo de la vida del crédito pueden ser cuestionadas, sobre la base de que la cuantía de una prestación contractual no debe ser establecida por una sola de las partes del contrato con posterioridad a su celebración, ya que, como regla general, los contratos y sus modificaciones requieren del consentimiento de ambas partes²⁷. Además, este tipo de cláusulas fue considerada contraria a derecho en la referida sentencia dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en fecha 24 de enero de 2002²⁸. Por ello, es aconsejable que los contratos de crédito bancarios establezcan, como tasa de interés aplicable, la tasa máxima permitida por el Banco Central de

²⁷ Artículos 1133, 1141 (ordinal primero) y 1159 del Código Civil.

²⁸ “...este modelo de préstamo... si bien es un modelo menos leonino, permitía un manejo unilateral de los intereses por parte del prestamista...

...dentro de un Estado Social de Derecho, la fijación de los intereses en materia de derechos e interés social..., no puede quedar unilateralmente en cabeza del acreedor, mediante parámetros establecidos por éste...

...un sistema desproporcionado donde el acreedor es quien fija los intereses de esos créditos...

...no pueden los prestamistas aplicar la tasa de interés que ellos unilateralmente fijen...”

(lo anterior está referido a los créditos hipotecarios, pero es evidente que el sentenciador considera abusivo que el prestamista establezca unilateralmente los intereses que debe pagar el prestatario, por lo que la misma doctrina de nuestro máximo tribunal podría ser aplicada a los créditos no hipotecarios).

Venezuela para los intereses correspectivos o compensatorios, y autoricen a los bancos para reducir esta tasa a fin de adaptarse al mercado; reducción que seguramente no va a ser rechazada por los prestatarios, ni por las autoridades. Por otro lado, las cláusulas que señalan que los prestatarios deben mantenerse informados sobre las tasas de interés fijadas por los bancos, sin contemplar que éstos hagan ninguna labor de divulgación en beneficio de aquéllos, han sido declaradas improcedentes en la misma sentencia por la Sala Constitucional²⁹; así que es recomendable que los prestamistas expresen, en los textos contractuales, que darán a conocer dichas tasas, como mínimo, en sus oficinas y su *página web*. Adicionalmente, las cláusulas que establecen que los estados de cuenta emitidos por los bancos prueban las obligaciones de los prestatarios han sido objetadas en dicha sentencia por la Sala Constitucional³⁰; entonces, para justificar esto, conviene incorporar a los contratos ciertas presunciones de recepción y aceptación, previendo procedimientos y plazos para entregar los estados de cuenta y presentar observaciones respecto de éstos, lo cual es compatible con la ley³¹. Por último, las cláusulas que establecen que la tasa de interés, en caso de mora, se ubicará en un cierto número de puntos porcentuales por encima de la tasa aplicable durante el plazo, han sido consideradas improcedentes en dicha sentencia de la Sala Constitucional³²; por lo que es preferible remitirse a las tasas máximas permitidas por el Banco Central de Venezuela para los créditos demorados. Es prudente que los redactores de los contratos de crédito bancario tomen en consideración todo lo anterior en sus textos contractuales.

7) Exclusión o limitación de la responsabilidad civil de los bancos:

²⁹ “La Sala considera violatoria de los artículos 114 y 117 de la vigente Constitución, las cláusulas de los contratos de préstamos de cualquier tipo que obligan a los prestatarios: a informarse mensualmente de las variaciones de la tasa de interés fijadas por los prestamistas, o de los montos de las cuotas ajustadas o modificadas. En consecuencia tales cláusulas son nulas y así se declara. A partir de este fallo carecen de cualquier efecto.”

³⁰ “A juicio de esta Sala, crear una prueba que sólo depende de la parte que quiere probar con ella, atenta contra el principio de derecho probatorio que nadie puede crear un título a su favor, además que olvida que las normas sobre pruebas no son de naturaleza sustantiva, sujetas a negocios entre las partes, ya que ellas no están dirigidas a los particulares sino al juez para que pueda administrar justicia, por lo que la creación y valor probatorio de los medios de prueba no está sujeto a convenios entre las partes.”

³¹ Los artículos 36, 37 y 38 de la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras consagran determinados procedimientos dentro de cuyo contexto se presumen recibidos y aceptados los estados de cuenta relativos a las cuentas corrientes, y no existe ninguna disposición que prohíba establecer una presunción similar, mediante contrato, con respecto a relaciones distintas de la nacida de un contrato de cuenta corriente.

³² “Se anula, por carecer de equivalencia con las obligaciones entre los contratantes, la tasa de interés moratoria adicional de cualquier porcentaje, que se suma a las tasas para el cálculo de los intereses moratorios del mercado. Se trata de cláusulas usurarias, contrarias a las buenas costumbres.”

La Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios establece: "En materia de protección de las personas en el derecho al acceso a los bienes y servicios para la satisfacción de sus necesidades, serán solidariamente responsables los fabricantes, ensambladores, productores e importadores, comerciantes distribuidores, expendedores y todas aquellas personas que hayan participado en la cadena de distribución, producción y consumo del bien o servicio..."³³. Esto hace que, por ejemplo, los bodegueros respondan por Polar. Además, de manera totalmente absurda, la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios señala que, si se viola el artículo antes copiado, procede aplicar una multa de hasta 5.000 UT o clausurar el establecimiento por 90 días³⁴. Otra norma muy peculiar en materia de solidaridad, que se relaciona con la anterior, es la siguiente: la Ley de Tarjetas de Crédito, Débito, Prepagadas y demás Tarjetas de Financiamiento o Pago Electrónico contempla la responsabilidad solidaria del emisor y del negocio afiliado por los daños y perjuicios ocasionados a los usuarios como consecuencia del uso de la tarjeta o de la información provista. El establecer esta responsabilidad solidaria crea una situación inequitativa, en la que el comerciante puede verse obligado a responder por temas que atañen al banco.

Desde hace tiempo, las normas especiales sobre protección a los consumidores y usuarios de bienes y servicios dejan sin efecto las restricciones a los deberes indemnizatorios de las cuales pretendan beneficiarse los proveedores de bienes y servicios. Una aplicación particular de lo anterior, contemplada tradicionalmente por dichas normas, es que los proponentes de contratos de adhesión no pueden excluir o limitar su responsabilidad civil frente a los adherentes. Esto rige, desde luego, en relación con los contratos de adhesión propuestos por los bancos, por ejemplo, los contratos mediante los cuales se abren cuentas bancarias.

En tal sentido, nuestra Ley de Protección al Consumidor y al Usuario de 1992, reformada en 1995, estableció que la responsabilidad de los proveedores de bienes o servicios por los perjuicios ocasionados a los consumidores y usuarios de los mismos es de orden público, es decir, no se pueden convenir excepciones ni limitaciones respecto de la correspondiente obligación de reparación:

En cuanto a la responsabilidad del proveedor de bienes o servicios, propiamente dicha, los números 1 y 5 del artículo 2, que luego pasó a ser el artículo 6, expresaron: "Son derechos del consumidor:... La protección de su salud y su seguridad frente a los riesgos provocados por productos o servicios... La obtención de compensaciones efectivas o de la reparación de

³³ Artículo 78 de la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios.

³⁴ Artículo 134 de la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios.

los daños y perjuicios...". La exposición de motivos de la misma ley, refiriéndose de manera general a los intereses de los consumidores y usuarios, señaló que éstos "quedan protegidos de pleno derecho". Adicionalmente, el artículo 17, añadido a dicha ley a raíz de su reforma, en el año 1995, rezó: "los consumidores y usuarios... tendrán derecho a ser indemnizados por los daños y perjuicios que el proveedor les ocasione".

En cuanto al rango de orden público asignado a la responsabilidad del proveedor de bienes o servicios, el artículo 4, que pasó a ser el artículo 8, señaló: "Los derechos... consagrados en esta ley son irrenunciables...". Ello abarcaba, obviamente, el derecho a reparación a que se referían los artículos 6 y 17, parcialmente transcritos; derecho que era, pues, inderogable. En consecuencia, el mismo artículo 4, que pasó a ser el artículo 8, expresó: "Se consideran nulas las estipulaciones que establezcan la renuncia a tales derechos...".

De las anteriores disposiciones se desprende que el proveedor de bienes o servicios no podía convenir con el destinatario de los mismos cláusulas que lo eximieran en todo o en parte de su responsabilidad, y que, si las convino, las mismas no surten efectos. El énfasis de dicha ley estaba en los derechos de la víctima, más que en el comportamiento del responsable, bastando que existiera un daño reparable conforme a la normativa que resulte aplicable, para que el consumidor o usuario tuviera un derecho, que es irrenunciable, a la indemnización del mismo. Dicho derecho no podía verse, pues, afectado por una cláusula total o parcialmente exoneratoria de responsabilidad.

De manera quizás redundante, la misma Ley de Protección al Consumidor y al Usuario de 1992, reformada en 1995, prohibió, específicamente para los contratos de adhesión, las cláusulas que exoneran de responsabilidad al proponente, retirándoles todo efecto jurídico. Sobre este particular dicha ley especial señaló, en el número 4 del artículo 15, luego artículo 21, lo siguiente:

"No producirán efecto alguno las cláusulas o estipulaciones en los contratos de adhesión que:... Priven al consumidor de su derecho a resarcimiento...".

Todo esto se vio reforzado por el número 3 del mismo artículo 21, redactado en los siguientes términos: "No producirán efecto alguno las cláusulas o estipulaciones en los contratos de adhesión que:... Hagan responsable al consumidor o al usuario por deficiencias, omisiones o errores del proveedor".

De modo que, de todas las disposiciones legales antes citadas, se desprendía claramente que, conforme a la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario de 1992, reformada en 1995, eran nulos los acuerdos que eliminaran o limitaran la responsabilidad del

proveedor de bienes o servicios frente al consumidor o usuario de los mismos; nulidad que aparecía reiterada en la regulación realizada en dicha ley respecto de los contratos de adhesión.

Esto no cambió con la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario de 2004. En efecto, dicha ley incluyó las disposiciones siguientes, aplicables a cualquier convención exoneratoria o limitativa de responsabilidad, cualquiera que sea el tipo de contrato que la contenga:

“Artículo 6.- Son derechos de los consumidores y usuarios:

1. La protección de su salud y seguridad en el consumo de bienes y servicios...
6. La indemnización efectiva o la reparación de los daños y perjuicios atribuibles a responsabilidades de los proveedores en los términos que establece la presente Ley...”

“Artículo 2.- Las disposiciones de la presente Ley son de orden público e irrenunciables por las partes.”

Adicionalmente, la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario de 2004 incluyó la disposición siguiente, en cuanto a los contratos de adhesión:

“Artículo 87.- Se considerarán nulas de pleno derecho las cláusulas o estipulaciones establecidas en el contrato de adhesión que:

1. Exoneren, atenúen o limiten la responsabilidad de los proveedores por vicios de cualquier naturaleza de los bienes o servicios prestados.
2. Impliquen la renuncia a los derechos que esta Ley reconoce a los consumidores o usuarios, o de alguna manera limite su ejercicio.
3. Inviertan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor o usuario...”

Y, más recientemente, la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios de 2008 dispone, de manera similar, lo siguiente:

Artículo 7º. Son derechos de las personas en relación a los bienes y servicios declarados o no de primera necesidad:

1. La protección de su salud y seguridad en el acceso a los bienes y servicios...
6. La reposición del bien o resarcimiento del daño sufrido en los términos establecidos en el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley.”

“Artículo 2º. Las disposiciones del presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley son de orden público e irrenunciable por las partes.”

Además, en cuanto a los contratos de adhesión, la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios de 2008 establece, de manera casi idéntica, lo que sigue:

“Artículo 73. Se considerarán nulas las cláusulas o estipulaciones establecidas en el contrato de adhesión, que:

1. Exoneren, atenúen o limiten la responsabilidad de los proveedores por vicios de cualquier naturaleza de los bienes o servicios prestados.
2. Impliquen la renuncia a los derechos que la normativa vigente reconoce a las personas, o limite su ejercicio.
3. Inviertan la carga de la prueba en perjuicio a las personas.”

Por todo esto, las normas en beneficio de los consumidores y usuarios, tanto las derogadas, como las vigentes, no sólo confirman la responsabilidad de los proveedores de bienes y servicios, sino que van más allá, pues dejan sin efecto las restricciones al derecho de indemnización de quienes sufran perjuicios, bien sea las establecidas en los contratos de adhesión o las establecidas en cualquier otro convenio entre las partes sujetas a dicha ley.

En vista de lo anterior, los contratos bancarios no deberían excluir la responsabilidad de los bancos por los daños que causen a sus ahorristas o a otros clientes bancarios. Sin embargo, con frecuencia la banca incluye en sus contratos de adhesión cláusulas de exoneración de su responsabilidad civil. Esto suele ocurrir en los contratos mediante los cuales las instituciones bancarias o financieras reciben fondos del público. A nuestro juicio, tales cláusulas son nulas, por lo antes indicado.

La Ley de Tarjetas de Crédito, Débito, Prepagadas y demás Tarjetas de Financiamiento o Pago Electrónico publicada el 22 de septiembre de 2008, en su artículo 7, también establece que la materia que ella regula es de orden público, y que, por tanto, los derechos ahí establecidos no pueden ser objeto de renuncia por convenio entre particulares. Esta ley contempla la responsabilidad del emisor de la tarjeta por los daños y perjuicios ocasionados a los usuarios como consecuencia del uso de ésta. Los artículos 49 al 55 de esta ley de Tarjetas de Crédito regulan esta responsabilidad y el procedimiento a seguir para hacerla valer. Es importante destacar que esta ley establece expresamente que corresponde al emisor la carga de la prueba, lo que implica que el tarjetahabiente no debe presentar las pruebas del daño ocurrido y sus causas. Conforme a esta ley, el banco debe acreditar a la cuenta del tarjetahabiente el monto que sustrajo al hacer el cargo a la tarjeta de crédito, y luego tiene que demostrar, para poder retirar este monto de nuevo, que el mismo fue sustraído por el

tarjetahabiente, por persona autorizada por el tarjetahabiente o por culpa del tarjetahabiente. Si el banco no demuestra esto, el tarjetahabiente recupera el uso de su dinero. Dicho en otras palabras, el banco asume el riesgo de su negocio de tarjeta de crédito, sin que pueda transferir al tarjetahabiente las consecuencias de, por ejemplo, la clonación de su tarjeta. El que el banco sea quien deba asumir los riesgos propios de su negocio bancario no es nada nuevo, ya que se trata de una tesis que viene sosteniendo buena parte de la doctrina y jurisprudencia desde principios del siglo XX. Lo que es nuevo es que, mientras se tramita el reclamo, el banco tenga que acreditar a la cuenta del tarjetahabiente el monto que retiró cuando hizo el cargo.

Lo anterior permite anticipar que, en cualquier caso en el que se retire un monto de una cuenta sin que el cuentahabiente lo haya autorizado, corresponderá al banco correr con la pérdida correspondiente, salvo que el banco demuestre la culpa del cuentahabiente, tal como lo han venido sosteniendo numerosos autores y jueces desde hace muchos años.

8) Caducidad contractual:

En ciertos casos, los contratos, especialmente los contratos de adhesión, establecen que un derecho de una de las partes está sujeto a un plazo de caducidad. En estos casos, el contrato requiere que, antes del vencimiento de este plazo, el titular de dicho derecho realice una actuación predeterminada. En estos casos, el contrato prevé que, si el titular no realiza esta actuación con anterioridad a tal vencimiento, dicho derecho se extingue.

La Ley de Protección al Consumidor y al Usuario de 1992, reformada en 1995, no trataba este tema; el cual fue tratado de manera muy vaga por la ley con el mismo nombre de 2004, que disponía:

“Artículo 87.- se considerarán nulas de pleno derecho las cláusulas o estipulaciones establecidas en el contrato de adhesión que:...

2. Impliquen la renuncia a los derechos que esta Ley reconoce a los consumidores o usuarios, o de alguna manera limite su ejercicio.”

La misma vaguedad está presente en la vigente Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios de 2008, que expresa casi idénticamente lo que sigue:

“Artículo 73. Se considerarán nulas las cláusulas o estipulaciones establecidas en el contrato de adhesión, que:...

2. Impliquen la renuncia a los derechos que la normativa vigente reconoce a las personas, o limite su ejercicio.”

Dada la amplitud de la norma transcrita, eventualmente se podría sostener que cualquier cláusula de caducidad, incluida en un contrato de adhesión entre un proveedor y un consumidor de un bien o un usuario de un servicio, ha de ser considerada como una disposición que limita de alguna manera el ejercicio de los derechos reconocidos por la ley. Sin embargo, darle un alcance tan vasto al citado número 2 del artículo 87 no es del todo razonable. Sin duda, esta disposición debe aplicarse si la cláusula de caducidad establece un plazo demasiado breve, si depende de un hecho ajeno a la voluntad de la persona que ha de ejercer su derecho o si impone una exigencia que no se justifica. Pero, en los casos en que el lapso de caducidad es suficiente, la actuación requerida a fin de que no opere la caducidad es racional y tal actuación no depende de hechos extraños al titular del derecho, consideramos que sería exagerado afirmar que se trata de cláusulas nulas, por limitar el ejercicio de derechos legalmente protegidos.

Es más, en algunos casos, la cláusula de caducidad es compatible con, o su incorporación al contrato es ordenada por, la ley que rige la materia. Por ejemplo, los artículos 36 al 38 de la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras disponen:

“Las disposiciones contenidas en el presente capítulo, referidas a la cuenta corriente deberán transcribirse íntegramente en el contrato de cuentacorrente.

Los bancos universales, bancos comerciales y entidades de ahorro y préstamo, están obligados a llevar sus cuentas corrientes al día con el objeto de determinar los saldos deudores o acreedores de las mismas, e informar a sus cuentacorrientistas mensualmente, dentro de los quince (15) días continuos siguientes a la fecha de terminación de cada mes, de los movimientos de sus cuentas correspondientes al período de liquidación de que se trate, por medio de un estado de cuenta, enviado a la dirección que a tal efecto se indique en el contrato respectivo, el cual puede ser vía electrónica.”

“Cuando el titular de una cuenta corriente no hubiere recibido el respectivo estado de cuenta dentro de los quince (15) días continuos siguientes al vencimiento del plazo anteriormente señalado, éste podrá reclamar por escrito su respectivo estado de cuenta, dentro de los quince (15) días continuos siguientes al vencimiento del plazo dentro del cual debió recibirlo, y el banco estará obligado a entregárselo de inmediato. Vencido este último plazo de quince (15) días continuos sin que el cuentacorrentista haya reclamado por escrito su respectivo estado de cuenta, se entenderá que el cliente recibió del banco el correspondiente estado de cuenta y se presumirá como cierto, salvo prueba en contrario, que el estado de cuenta que el banco exhiba o le oponga como correspondiente a un determinado mes o período de liquidación, es el mismo que el banco le envió como correspondiente a ese mismo mes o período.”

“Si el titular de la cuenta corriente tiene observaciones que formular al estado de cuenta, deberá hacerlas llegar al banco o entidad de ahorro y préstamo por escrito a su dirección o por vía electrónica, en forma detallada y razonada, dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha de recepción del estado de cuenta. Dentro del referido plazo de seis (6) meses siguientes a la fecha de terminación del respectivo mes, tanto el cliente como el banco o entidad de ahorro y préstamo podrán, bajo pena de caducidad, impugnar el respectivo estado de cuenta por errores de cálculo o de escritura, por omisiones o duplicaciones y por falsificaciones de firmas en los correspondientes cheques.

Vencido el plazo antes indicado sin que el banco o entidad de ahorro y préstamo, haya recibido ni las observaciones ni la conformidad del cliente o sin que se haya impugnado el estado de cuenta, se tendrá por reconocido en la forma presentada, sus saldos deudores o acreedores serán definitivos en la fecha de la cuenta y las firmas estampadas en los cheques se tendrán como reconocidas por el titular de la cuenta.”

La Ley de Tarjetas de Crédito, Débito, Prepagadas y demás Tarjetas de Financiamiento o Pago Electrónico tiene una disposición de la cual se desprende que los reclamos deben ser realizados en un tiempo breve, pero no indica de cuánto es el lapso correspondiente. Nos parece que los contratos de adhesión relativos a tales tarjetas pueden fijar un plazo, que sea razonable, para que el tarjetahabiente haga su reclamo, y sancionar con caducidad de su derecho su falta de reclamo durante dicho período.

9) Cláusulas de elección de domicilio:

Los contratos de crédito bancario con frecuencia incluyen una cláusula que establece un domicilio especial, a los efectos de cualquier procedimiento judicial, que usualmente es la ciudad de Caracas. Este tipo de cláusulas es contrario a la Ley para el Acceso de las Personas a los Bienes y Servicios, en los dos siguientes casos: si el Comprador tiene un domicilio distinto de la ciudad escogida como domicilio especial o si el contrato de crédito bancario es firmado en un lugar distinto de la ciudad escogida como domicilio especial³⁵. Nos parece absurdo que el legislador haya considerado abusivo este tipo de cláusulas. En efecto, poder resolver, en una sola circunscripción judicial, todas las controversias en que el proponente y los adherentes sean partes, tiene dos ventajas, a saber: fomenta que las decisiones respecto del mismo contrato de adhesión sean uniformes y genera un ahorro para el empresario susceptible de favorecer a su clientela; todo lo cual pensamos es positivo, sobre todo si se escoge la

³⁵ “Artículo 73. Se considerarán nulas las cláusulas o estipulaciones establecidas en el contrato de adhesión, que:...

8. Establezcan como domicilio especial para la resolución de controversias y reclamaciones por vía administrativa o judicial un domicilio distinto a la localidad donde se celebró el contrato, o de las personas...”.

Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda, donde se encuentra el Tribunal Supremo de Justicia, al cual las partes pueden someter su controversia si no están satisfechas con la sentencia de apelación y se trata de un juicio por una cantidad que exceda la cuantía mínima; siendo conveniente para ambas partes, estratégica y económicamente, que la atención de los juicios que terminan en casación sea prestada desde sus inicios por los mismos abogados litigantes. Sin embargo, por la irracionalidad de nuestro legislador, dicha cláusula podría ser objetada en todos los casos en los cuales el prestatario no tenga su domicilio en Caracas o el contrato de crédito bancario no sea firmado en Caracas.

10) Cláusulas de “Pari passu” y de “negative pledge”:

Frecuentemente, los contratos bancarios de crédito contienen textos mediante los cuales está previsto que los prestatarios o sus garantes constituyan garantías a favor de los bancos prestamistas. Ahora bien, a veces los contratos bancarios incluyen una de las dos cláusulas siguientes, o ambas, incluso en casos de créditos garantizados: (i) una cláusula de “negative pledge”, mediante la cual el prestatario se compromete a no dar a ningún tercero garantías, sin ofrecérselas también al banco; y (ii) una cláusula de “pari passu”, mediante la cual el prestatario se compromete a no dar a ningún tercero mejores condiciones que las dadas al banco, sin ofrecérselas también a éste. En virtud de este tipo de cláusulas, el banco limita al prestatario en cuanto a las garantías que puede otorgar a otros bancos y a las condiciones en las que puede contratar con otros bancos. Este tipo de limitaciones se justifica para los grandes financiamientos o reestructuraciones, es decir, cuando un deudor adquiere un conjunto de obligaciones, que se salen de lo ordinario, frente a sus acreedores principales, porque se trata de financiar un proyecto de inversión o de reestructurar sus deudas. De hecho, este tipo de limitaciones es bastante corriente en los créditos sindicados, o sea, en los créditos otorgados o reestructurados por un conjunto de bancos prestamistas actuando en bloque, quienes nombran a uno o más bancos agentes para que se entiendan con su deudor, estableciendo reglas comunes (por ejemplo, en los llamados *common security agreements*, usualmente se incluyen cláusulas “pari passu”). Esto está plenamente justificado. En cambio, es posible sostener que este tipo de limitaciones no se justifica para los pequeños créditos otorgados por un banco, en los que la expectativa razonable es que el prestatario tenga una relación crediticia normal con otros bancos, de manera independiente, sobre todo si se trata de pequeños créditos respaldados por una garantía. En nuestra opinión, en presencia de créditos que no revistan una relevancia especial, es preferible que los contratos no contemplen la cláusula de “pari passu”; y que la cláusula de “negative pledge” se reserve primordialmente a los créditos respecto de los que no se haya constituido ninguna garantía, en el entendido de que esta última cláusula dejará de aplicarse una vez que el crédito de que se trate haya sido suficientemente garantizado. En nuestro criterio, es prudente no incluir este tipo de cláusulas en los contratos bancarios de crédito, salvo, (i) en cuanto concierne a la cláusula de “pari

passu”, que se trate de montos muy importantes o de casos en los que la única o la principal relación crediticia del prestatario sea con el banco, y, (i) en cuanto concierne a la cláusula de “negative pledge”, que se trate de situaciones como las anteriores o de obligaciones no garantizadas, en cuyo caso esta última cláusula debería precisar que dejará de tener vigencia cuando se subsane la falta de garantía. En efecto, dichas cláusulas, si el Banco es un prestamista más, que presta montos relativamente pequeños, podrían ser consideradas abusivas, y, por ende, violatorias de la Ley para el Acceso a las Personas de los Bienes y Servicios, particularmente si ya existe una garantía.

11) Cláusulas que prevén modificaciones en los contratos de adhesión:

Los contratos no pueden revocarse sino por mutuo consentimiento; y, para modificar un vínculo jurídico preexistente, se requiere la celebración de un contrato en tal sentido entre las partes (artículos 1133 y 1159 del Código Civil). En consecuencia, para que la modificación a un contrato de adhesión deseada por el proponente sea válida, tiene que ser aceptada por el adherente. Es más, tal aceptación debe versar sobre cada modificación, cualquiera que ella sea, no pudiendo el adherente aceptar por anticipado modificaciones eventuales que, al momento de contratar, ninguna de las dos partes conoce. Ahora bien, es legalmente posible prever contractualmente procedimientos para modificar contratos de adhesión, dando a conocer los cambios requeridos por el proponente y suministrando a la otra parte la oportunidad de expresar su conformidad o rechazo, lo que permite presumir que se obtuvo el consentimiento de todos aquellos adherentes que no cuestionaron la modificación, pudiendo los demás retirarse de la relación contractual.

De hecho, no estimamos que sea abusiva, en lo más mínimo, una cláusula mediante la cual se establezca un mecanismo para que el proponente haga conocer, de manera efectiva, a los adherentes, las modificaciones contractuales que desea establecer, dándoles un plazo suficiente para aceptarlas o rechazarlas; teniendo cada adherente el derecho, durante dicho lapso, a escoger si desea continuar con el contrato en los nuevos términos propuestos o terminarlo, sin ninguna penalidad. En esta hipótesis, tampoco creemos que constituya abuso establecer contractualmente mecanismos de aceptación tácita o silencio positivo, siempre que realmente se dé a los adherentes la oportunidad de conocer y manifestar su voluntad respecto de los cambios sugeridos. Una cláusula como ésta impediría que algún adherente exigiera que el contrato, respecto de él, permaneciera en vigor, sin alteraciones; exigencia que, de permitirse, generaría ineficiencia en el desempeño del proponente, pues ello supondría tener vigentes, al mismo tiempo, varios contratos de adhesión, con diferentes fechas y cláusulas, para un mismo asunto, lo que podría obrar en detrimento de la generalidad de sus clientes.

Sin embargo, en el ámbito de las relaciones entre los proveedores de bienes o servicios y los consumidores y usuarios de los mismos, el legislador parece haber rechazado, recientemente, el punto de vista según el cual no es abusivo establecer mecanismos de aceptación tácita de las variaciones que, por el transcurso del tiempo, sea conveniente incorporar a los contratos de adhesión a solicitud del proponente de estos contratos.

En efecto, el artículo 83 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario de 2004, hoy derogada, parecía establecer un sistema de silencio negativo, que consideramos sumamente perjudicial:

“Queda prohibida la modificación unilateral de las condiciones de precio, calidad o suministro de un bien o servicio tipificadas en un contrato de adhesión celebrado entre las partes.

En el caso de contratos de adhesión con vigencia temporal de mediano o largo plazo, que justificare, desde el punto de vista económico, cambios en la facturación, en las condiciones de suministro o en la relación precio/calidad de los servicios ofrecidos, el proveedor deberá informar al consumidor o usuario, con una antelación mínima de un mes, las modificaciones en las condiciones y términos de suministro del servicio. El consumidor o usuario tomará la decisión de continuar con el mismo proveedor o rescindir el contrato. De no aceptarse las nuevas condiciones y términos por parte del consumidor o usuario, se entenderá que el contrato queda rescindido. En este caso, el retiro de las instalaciones o equipos se hará de acuerdo con lo convenido en el contrato de adhesión, en forma tal de no perjudicar al consumidor o usuario, y se hará a expensas del proveedor.

En todo cambio de las condiciones de un contrato de adhesión por las razones mencionadas en el párrafo anterior, el proveedor debe suministrarle al consumidor o usuario información perfectamente verificable sobre las condiciones que, para un servicio de similares características, ofrezcan por lo menos tres competidores existentes en el mercado. De ejercer el proveedor una posición monopólica en el suministro del bien o servicio en cuestión, las modificaciones en los contratos de adhesión tendrán que ser autorizadas, previa justificación documentada, por la autoridad competente.

En los casos en que el consumidor o usuario esté condicionado por sus condiciones de empleo a usar un proveedor particular de un servicio, como es el caso de las cuentas de nómina de empresa que manejan con carácter de exclusividad los bancos, todo cambio en las condiciones de los contratos de adhesión, deberán ser negociadas con el colectivo afectado”.

Similarmente, la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios de 2008 actualmente dispone:

“Artículo 71. Queda prohibida la modificación unilateral de las condiciones de precio, calidad o de suministro de un bien o servicio tipificadas en un contrato de adhesión celebrado entre las partes. En el caso de contratos de adhesión con vigencia temporal de mediano o largo plazo, que justificare, desde el punto de vista económico, cambios en la facturación, en las condiciones de suministro o en la relación precio/calidad de los servicios ofrecidos, la proveedora o el proveedor deberá informar a la persona contratante, con una antelación mínima de un mes, las modificaciones en las condiciones y términos de suministro del servicio. La persona contratante tomará la decisión de continuar con el mismo proveedor o rescindir el contrato. De no aceptarse las nuevas condiciones y términos por parte de la persona contratante, se entenderá que el contrato queda rescindido. En este caso, el retiro de las instalaciones o equipos se hará de acuerdo con lo convenido en el contrato de adhesión, en forma tal de no perjudicar a la persona contratante, y se hará a expensas de la proveedora o el proveedor. En todo cambio de las condiciones de un contrato de adhesión por las razones mencionadas en el párrafo anterior, la proveedora o el proveedor debe suministrarle a la persona contratante información perfectamente verificable sobre las condiciones que, para un servicio de similares características, ofrezcan por lo menos tres competidores existentes en el mercado. De ejercer el proveedor una posición monopólico en el suministro del bien o servicio en cuestión, las modificaciones en los contratos de adhesión tendrán que ser autorizadas, previa justificación documentada, por el Instituto para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios. En los casos en que la persona contratante esté condicionado por sus condiciones de empleo a usar un proveedor particular de un servicio, como es el caso de las cuentas de nómina de empresa que manejan con carácter de exclusividad los bancos, todo cambio en las condiciones de los contratos de adhesión deberán ser negociadas con el colectivo afectado.”

Pareciera, pues, que las normas sucesivas que acabamos de citar no sólo prohíben modificar unilateralmente el contrato de adhesión, sino que proscriben igualmente los mecanismos para obtener la aprobación implícita del adherente respecto de las alteraciones que se le propongan de manera expresa. Los dos artículos transcritos parecen, en efecto, establecer un sistema de silencio negativo.

El silencio negativo, que parece haber sido consagrado en dichas disposiciones legales, establece una consecuencia jurídica absurda en relación con las propuestas de variación del articulado de la relación contractual, en los casos en que el transcurso del tiempo justifica tal

variación, ya que, dado el carácter masivo de la contratación por adhesión, al no permitirse establecer la aceptación tácita de quien se adhirió, cuyo deseo de rescindir el contrato es presumido por el legislador, resultará muy difícil, en la práctica, modificar las cláusulas de manera consensual manteniendo incólume la clientela. El redactor de la norma mencionada parece no haber tenido en cuenta los intereses de los consumidores y usuarios que desea proteger, pues los priva del amparo contractual en caso de que no contesten, caso que será muy frecuente; en vez de atribuir a su abstención el efecto de permitirles favorecerse del nuevo régimen convencional resultante de la modificación del contrato de adhesión.

Ahora bien, no creemos que dicho artículo esté referido a todo cambio en un contrato de adhesión. A nuestro juicio, la única manera razonable de aplicar esta norma es considerar que sólo afecta los casos que la misma contempla, y que, en estos casos, ella requiere la aceptación del adherente, para que se modifique válidamente un contrato de adhesión; aceptación ésta que insólitamente tiene que ser expresa, pues esa norma no contempla la figura del silencio positivo, sino negativo.

En efecto, el artículo 83 de la derogada Ley de Protección al Consumidor y al Usuario y el artículo 71 de la vigente Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios, antes citados, establecen un sistema de rechazo tácito, y dichos artículos sólo pueden ser aplicados en los casos previstos en su propio supuesto de hecho y para los fines previstos en dichas leyes. Entonces, si una modificación contractual obra en provecho del consumidor o usuario, no se le puede privar de la protección contractual, con base sobre dicha disposición legal. Además, ésta sólo puede ser aplicada, como su texto lo indica, cuando, en perjuicio de los adherentes, el proponente quiere modificar el contrato de adhesión en cuanto concierne, específicamente, a precio, a calidad, a suministro o a facturación; más nada. Efectivamente, el artículo 83 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario y el artículo 71 de la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios, ambos citados, al establecer un sistema de rechazo tácito o silencio negativo, lo hicieron con referencia a las siguientes situaciones únicamente:

“...modificación unilateral de las condiciones de precio, calidad o suministro de un bien o servicio... cambios en la facturación, en las condiciones de suministro o en la relación precio/calidad de los servicios ofrecidos...”

No nos parece que dicho sistema de rechazo tácito o silencio negativo deba extenderse a otros supuestos. Pensamos que las normas mencionadas no rigen sino cuando se trata de modificar o cambiar los elementos aludidos, pues, en primer lugar, se trata de normas prohibitivas, que proscriben los mecanismos contractuales para obtener la aprobación implícita del adherente respecto de las alteraciones que se le propongan de manera expresa; y,

en segundo y último lugar, se trata de normas absurdas, ya que, en las situaciones en las que las mismas se aplican, sucede que, por un lado, resultará muy difícil, en la práctica, modificar las cláusulas de manera consensual, manteniendo incólume la clientela; y, por otro lado, el legislador privó a los consumidores y usuarios, que supuestamente desea proteger, del amparo contractual, si no contestan, lo que suele ocurrir. Fuera de los casos específicamente contemplados en las normas que acabamos de transcribir, es posible para el proponente establecer mecanismos contractuales para modificar los contratos de adhesión, con base sobre el silencio positivo o la aceptación tácita del adherente.

De modo que la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios, en su artículo 71, consagra el silencio negativo para ciertos supuestos únicamente. Pues bien, en cuanto concierne a los bancos, dicho artículo agrega:

“En los casos en que la persona contratante esté condicionado por sus condiciones de empleo a usar un proveedor particular de un servicio, como es el caso de las cuentas de nómina de empresa que manejan con carácter de exclusividad los bancos, todo cambio en las condiciones de los contratos de adhesión deberán ser negociadas con el colectivo afectado” (sic).

Cuando existe un sindicato, habrá que negociar con éste, pero no queda claro qué hacer si no existe sindicato que represente a los trabajadores. En todo caso, pensamos que la expresión “todo cambio en las condiciones” puede entenderse referida a “las condiciones de precio, calidad o suministro de un bien o servicio” y los demás elementos a los que dicho artículo 71 es aplicable.

Además, en cuanto concierne a los contratos bancarios de adhesión, existe la Resolución N° 147.02 de fecha 28 de agosto de 2002, publicada en la Gaceta Oficial N° 37-517 de fecha 30 de agosto de 2002, mediante la cual la Superintendencia de Bancos y otras Instituciones Financieras estableció las Normas Relativas a la Protección de los Usuarios de los Servicios Financieros.

En el artículo 11, número 2, de dicha resolución, la referida Superintendencia prohibió modificar unilateralmente los contratos bancarios en aquellos casos en los que tales contratos no sean objeto de oferta pública debidamente registrada. Por argumento *a contrario*, es válido modificar unilateralmente los contratos bancarios en aquellos casos en los que tales contratos sean objeto de oferta pública debidamente registrada. Por tratarse de cambios en contratos, para que la modificación sea válida, ésta ha de ser aceptada por los usuarios de los servicios bancarios, cuanto menos tácita o implícitamente.

Todo esto es compatible con la circunstancia de que es frecuente establecer, en relación con los contratos de adhesión –bancarios o no–, así como sus cambios, algún tipo de publicidad, tal como la divulgación del correspondiente texto contractual mediante la prensa, la inscripción del mismo en un registro, o ambos; para que, en caso de modificaciones a dicho texto, los adherentes puedan tener acceso al nuevo articulado, y, si no es de su agrado, retirarse de la relación contractual. Esta práctica tiene su fundamento en que, para que los ajustes en las cláusulas requeridos por el proponente sean vinculantes, es necesario obtener el consentimiento del adherente, ya que, sin este consentimiento, tales ajustes no tienen ningún valor; siendo posible lograr dicho consentimiento mediante mecanismos de aceptación tácita o silencio positivo, establecidos contractualmente, para poder adaptar los contratos de adhesión a las necesidades resultantes de cambios en el entorno económico o normativo. Con ello se logra que los contratos de adhesión existentes pasen a ser iguales a los nuevos contratos de adhesión emitidos por el mismo proponente, lo que genera eficiencias en el desempeño del proponente, da lugar a iguales derechos para todos los adherentes y –nos interesa destacar ahora– permite el desarrollo ágil de nuevos productos y de mejoras en los productos existentes, lo que es de muy evidente utilidad en el caso de los servicios bancarios.

La posibilidad de variar el clausulado de los contratos de adhesión propuestos por los entes bancarios y financieros fue reconocida por la Superintendencia que los controla y regula, la cual, tal como señalamos antes, los facultó para modificar el contenido de los convenios ya celebrados en aquellos casos en los que éstos sean objeto de una oferta pública de contratar objeto de inscripción en un registro público (argumento *a contrario* resultante del artículo 11, número 2, de la resolución mencionada). Esta Superintendencia requirió, además de dicho registro, que los bancos e instituciones financieras mantuviesen copias de tales contratos a la disposición de su clientela, y que los expusiesen al público en sus oficinas o los difundiesen por medios electrónicos (artículo 12 de la resolución mencionada).

En consecuencia, somos del criterio de que cualquier instituto bancario o financiero puede incluir, en sus contratos de adhesión, una cláusula que le permita modificarlos, modificación que será vinculante para aquellos clientes bancarios que no rechacen el cambio propuesto, retirándose de la relación contractual. Ahora bien, si la cláusula de modificación perjudica al cliente bancario, la misma sólo surtirá efectos en la medida en que el cambio no esté referido a “condiciones de precio, calidad o suministro de un bien o servicio”, “facturación”, “condiciones de suministro” ni “relación precio/calidad de los servicios ofrecidos”; siendo además necesario el registro de la nueva versión del contrato de adhesión, conforme a lo normado por la Superintendencia en el citado artículo 11, número 2, de la resolución mencionada, así como su disponibilidad en las oficinas del banco o institución financiera y su publicación por medios electrónicos, conforme a lo normado por la Superintendencia en el citado artículo 12 de la resolución mencionada.

De modo que, salvo en los supuestos previstos en el referido artículo 71 de la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios, es legalmente posible establecer un sistema de silencio positivo o aceptación tácita en los contratos de adhesión utilizados por cualquier ente bancario o financiero, para poderlos adaptar a las nuevas situaciones; siendo dicho silencio positivo lo que permite que las modificaciones que tal ente quiera o tenga que efectuar obliguen a la generalidad de su clientela, sin merma de ésta; puesto que, si el cambio se hace depender de un sistema de aceptación expresa, habrá clientes bancarios que tendrán que ser considerados como que no dieron su consentimiento, porque es bastante usual no responder; y este problema se agrava si se establece un sistema de silencio negativo, como el contemplado en el artículo que acabamos de mencionar para los casos en que el mismo es aplicable, ya que, en estos casos, el resultado es privar al usuario de los servicios bancarios, lo que parece ir en sentido contrario de lo normado por la Superintendencia en la resolución mencionada.

Conforme a los requerimientos de la Superintendencia establecidos en la mencionada resolución, los bancos deben, como mínimo, registrar los contratos tipo, tenerlos a la disposición de sus clientes y exponerlos en sus instalaciones del Banco o divulgarlos por internet. Ahora bien, mientras más mecanismos de difusión sean empleados por los bancos, con respecto a los cambios en los contratos de adhesión utilizados por éstos, les será más fácil establecer que sus clientes tuvieron la oportunidad de familiarizarse con el contenido de cada cambio y rechazarlo expresamente o aceptarlo tácitamente. Por ejemplo, es frecuente la publicación en la prensa de los contratos de adhesión, práctica que consideramos encomiable.

La Ley de Tarjetas de Crédito, Débito, Prepagadas y demás Tarjetas de Financiamiento o Pago Electrónico publicada el 22 de septiembre de 2008 crea un sistema de consentimiento tácito con respecto a las modificaciones contractuales, en los casos en los que el banco quiere modificar los contratos de afiliación de tarjetas de crédito y débito que tiene celebrados con los tarjetahabientes. En efecto, el banco debe informar a los tarjetahabientes su deseo de modificar dicho contrato tipo, y, si éstos no responden dentro de un plazo determinado, la modificación propuesta surte efectos. Esto contrasta con el sistema de silencio negativo establecido por el artículo 71 de la Ley de Defensa a las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios. Nos parece que es mucho más razonable el sistema de consentimiento tácito de la Ley de Tarjetas de Crédito, Débito, Prepagadas y demás Tarjetas de Financiamiento o Pago Electrónico.

El tantas veces citado artículo 71 de la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios, al establecer un sistema de rechazo tácito o silencio negativo, lo hace con referencia a ciertas situaciones únicamente, a las que ya tuvimos la ocasión de referirnos. En consecuencia, dicha disposición legal no es aplicable, por ejemplo, a los nuevos

servicios bancarios, ni a las mejoras de los servicios bancarios existentes. En efecto, cuando un contrato de adhesión es alterado por un banco o institución financiera para ofrecer un servicio bancario novedoso, del que los clientes, si lo desean, se pueden beneficiar, o para mejorar un servicio que ya existe, no se trata, como lo requiere dicha norma, de una “modificación unilateral de las condiciones de precio, calidad o suministro de un bien o servicio”, ni de “cambios en la facturación, en las condiciones de suministro o en la relación precio/calidad de los servicios ofrecidos”; por ende, en estas situaciones, se puede modificar la relación contractual poniendo en ejecución los mecanismos de aceptación tácita o silencio positivo previstos contractualmente.

12) Requisitos de forma y reglas de interpretación de los contratos de adhesión:

La Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios dispone, en su artículo 70, lo siguiente:

“Todo contrato de adhesión deberá estar al alcance de las personas, de forma escrita en idioma oficial, redactado de manera clara, específica y en formato que permita fácil lectura, sin ambigüedades que hagan dudar sobre el contenido y alcance del mismo.

De todo contrato de adhesión celebrado deberá entregarse una copia impresa para el conocimiento de los términos y condiciones del mismo, antes de su suscripción.

Las cláusulas de los contratos de adhesión serán interpretadas del modo más favorable a la consumidora o consumidor y a la usuaria y usuario.”

Del último párrafo copiado se desprende que hay que interpretar las cláusulas oscuras o ambiguas en perjuicio del redactor del contrato de adhesión. No se trata de nada nuevo, ya que el artículo 86 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario expresaba:

“Las cláusulas de los contratos de adhesión serán interpretadas y apegadas a la legalidad y la justicia del modo más favorable al consumidor y usuario”

Obviamente, todo esto se aplica respecto de la totalidad de los contratos de adhesión sujetos a la ley, incluyendo los bancarios.

La Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios ya no exige que ciertas cláusulas estén escritas en caracteres destacados, para llamar la atención del adherente sobre el texto de las mismas, tal como lo exigía la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario. En efecto, desapareció el artículo 82 de la ley derogada, que establecía:

“Las cláusulas que en los contratos de adhesión implicaren limitaciones a derechos patrimoniales del consumidor y/o usuario, deberán estar impresas en caracteres destacados, que faciliten su lectura y fácil comprensión.”

Es afortunado que el artículo anterior haya sido derogado, porque no era nada claro y muy pocos contratos de adhesión contenían cláusulas resaltadas. Si se va a exigir que ciertos textos contractuales sean destacados, debe haber una definición precisa al respecto, que no existía. Llama la atención que, durante el largo tiempo en el cual el texto precedente estuvo vigente, ocurría que, en la inmensa mayoría de los contratos bancarios de adhesión, los bancos no enfatizaban ninguna disposición contractual.

Dado que, para facilitar el acceso de los adherentes a los contratos de adhesión, así como la comprensión de su clausulado, la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios, exige, en su citado artículo 70, que el proponente le entregue una copia impresa antes de su suscripción, es aconsejable que los bancos les pidan a sus clientes que firmen un recibo dejando constancia de que recibieron el texto contractual antes de suscribirlo.

Tal como señalamos antes, la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios, en el mismo artículo 70, exige que los contratos de adhesión no tengan “ambigüedades que hagan dudar sobre el contenido y alcance”. No creemos que proceda, en caso de infracción de esta regla, considerar que la cláusula es nula, aunque el artículo 73 de la misma ley, en su número 10, exprese que son nulas las cláusulas de los contratos de adhesión que contravengan dicha ley. En efecto, tal como lo indicamos anteriormente, existe una norma especial, que es la que ordena interpretar estas cláusulas en beneficio del adherente, o sea, en perjuicio del proponente, quien debió ser más cuidadoso al redactarlas, lo que nos parece es mucho más razonable que declarar su nulidad. Entonces, si un banco incluye en un contrato de adhesión bancario una cláusula oscura, opinamos que la misma no es nula, sino que se debe interpretar en provecho del cliente bancario.

La parte del artículo 70 de la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios, según la cual “Todo contrato de adhesión deberá estar... en formato que permita fácil lectura”, puede ser invocada en caso de que un contrato de adhesión bancario esté impreso en una letra tan pequeña que al cliente del banco le sea casi imposible leerlo. Pero, nuevamente, no nos parece que lo acertado sea anular el texto contractual, a pesar de lo dispuesto en el citado número 10 del artículo 73 de esta ley. En efecto, puede ser que la “letra chiquita” afecte todo el contrato. En este caso, no nos parece que lo acertado sea privar del amparo contractual a las personas que dicha ley busca proteger. Ahora bien, si la “letra

chiquita” está referida sólo a algunas cláusulas, desfavorables para el adherente, pensamos que éste podría hacer valer la nulidad de éstas, preservando el resto del contrato.

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia manifestó que, “Tratándose de un contrato de adhesión”, se requiere que “el texto a suscribirse debe bastarse a sí mismo”, existiendo el requisito siguiente: “sin remisión a documentos registrados”.³⁶ Según la Sala Constitucional, ello ocurre porque “el contrato debe reunir las condiciones del artículo 82” de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario. Sin embargo, dicho artículo no exigía que el texto del contrato a ser suscrito por el adherente se bastase a sí mismo, ni prohibía que incluyera una remisión a otros documentos. Nos permitimos copiar íntegramente dicho artículo:

“Artículo 82. Todo contrato de adhesión deberá encontrarse a la disponibilidad del público, bien de manera impresa o a través de la utilización de medios electrónicos, con caracteres legibles a simple vista y en idioma castellano.

Deberá estar redactado en términos claros y comprensibles para el consumidor **y no podrá contener remisiones a textos o documentos que, no siendo de conocimiento público, no se faciliten al consumidor previa o simultáneamente a la celebración del contrato de adhesión.**

De todo contrato celebrado entre proveedores y consumidores deberá darse copia impresa o electrónica a las partes para su lectura o información con anticipación a la fecha prevista para su otorgamiento.

Las cláusulas que en los contratos de adhesión implicaren limitaciones a derechos patrimoniales del consumidor y/o usuario, deberán estar impresas en caracteres destacados, que faciliten su lectura y fácil comprensión.”

(El resaltado es nuestro.)

Y actualmente la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios tampoco exige que el texto del contrato a ser suscrito por el adherente se baste a sí mismo, ni prohíbe que incluya una remisión a otros documentos.

De modo que, contrariamente a lo señalado por nuestro máximo tribunal en la sentencia antes citada, ocurre que, ni siquiera en el ámbito de dichas leyes, es necesario que el texto del contrato suscrito por el adherente se baste a sí mismo, siendo el caso que dicho texto puede contener una remisión a otro documento. Lo que sucedía, bajo la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, era que tal remisión había de ser a un documento (i) de conocimiento público o (ii) entregado al adherente previa o simultáneamente a la celebración

³⁶ Sala Constitucional, 10 de julio de 2007 (<http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/julio/1419-100707-04-0204.htm>).

del contrato (en nuestra opinión, si se trataba de una remisión a un documento registrado, se necesitaba que el mismo fuese facilitado al adherente, puesto que un documento registrado no es necesariamente de conocimiento público). La Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios fue un poco más allá, puesto que dispone que “De todo contrato de adhesión celebrado deberá entregarse una copia impresa para el conocimiento de los términos y condiciones del mismo, antes de su suscripción” (segundo párrafo del artículo 70), lo que pensamos implica entregar anticipadamente una copia de toda la documentación a la que remite dicho contrato.

Tal como lo manifestó la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, esta vez correctamente, en la misma sentencia, “el hecho de que los referidos contratos se encuentren debidamente registrados ante una Oficina de Registro, no significa que exista una información directa acerca del contenido de los mismos”; siendo el caso que “Las oficinas de Registro Público otorgan publicidad registral a los actos que según la ley deben ser registrados, mas no a cualquier acto cuya finalidad no sea la oposición del negocio a terceros, no teniendo tal carácter de publicidad registral, la suscripción unilateral de unas cláusulas que hace una persona y las registra”.

En consecuencia, el texto suscrito por el adherente puede remitir a otros documentos, registrados o no, siempre y cuando se faciliten al consumidor previamente a la celebración del contrato de adhesión. La manera más obvia de facilitar al adherente el documento respecto del cual existe la remisión es entregárselo en su mano. Pero también es posible facilitárselo por otras vías, por ejemplo, electrónicamente. De hecho, cuando la referida Sala, en el aludido fallo, requirió, equivocadamente, que “el texto a suscribirse debe bastarse a si mismo, sin remisión a documentos registrados”, añadió lo siguiente: “texto que deberá constar en forma impresa **o electrónica**” (el resaltado es nuestro). Si el texto al que se somete el adherente puede constar en forma electrónica, lo mismo puede ocurrir en relación con los documentos a los que dicho texto remite.

En el mismo orden de ideas, la Superintendencia de Bancos y otras Instituciones Financieras, en las Normas Relativas a la Protección de los Usuarios de los Servicios Financieros, contenidas en la Resolución N° 147.02 de fecha 28 de agosto de 2002, publicada en la Gaceta Oficial N° 37-517 de fecha 30 de agosto de 2002, previó lo siguiente: inscribir el articulado de los contratos bancarios en un registro público (argumento *a contrario* resultante del artículo 11, número 2); y tener copia de tal articulado en sus oficinas a la disposición de su clientela y exponerlo al público en sus oficinas o difundirlo por medios electrónicos (artículo 12). La anterior es una exigencia razonable, que vale también para los documentos a los que remite el texto al que se somete el adherente, estampando su firma o mediante algún otro mecanismo de adhesión a la propuesta del banco o institución financiera.

13) Cláusulas por adhesión que se apartan de las normas supletorias de la voluntad de las partes:

La regulación de los contratos en el Código Civil y el Código de Comercio, así como en algunas leyes especiales, contiene (i) normas imperativas, es decir, que no admiten estipulación en contrario, y (ii) normas supletorias o dispositivas, o sea, reglas que pueden ser dejadas sin efecto por las partes de un contrato. Las normas legales que regulan las relaciones contractuales, o son imperativas, o son supletorias de la voluntad de las partes. Creemos que el éxito a través de los siglos del Código Civil francés de 1804 y de muchos códigos inspirados en él, incluyendo el venezolano vigente, se encuentra, principalmente, en que la mayoría de sus normas sobre contratos son dispositivas, lo que permite a las partes tener libertad para desarrollar sus negocios según los tiempos y el entorno.

Sin embargo, como muchas normas imperativas buscan proteger a una de las partes contra las imposiciones de la otra, se ha afirmado, con razón, que este tipo de regla puede ser derogada para establecer una protección mayor. Para referirse a esto, se ha hablado de normas “semi-imperativas”, como una suerte de categoría intermedia. A nosotros nos parece que las llamadas normas “semi-imperativas” son en realidad normas imperativas, y que el establecimiento, por las partes, de reglas contractuales más protectoras, no es una derogación prohibida, sino una aplicación que va más allá del mínimo legal requerido. De modo que nosotros opinamos que las normas son, o bien imperativas, o bien dispositivas o supletorias, y que, según se trate de unas u otras, es viable o no apartarse del articulado sobre un contrato previsto en los códigos y a veces en leyes.

En consecuencia, los contratos, cualquiera que ellos sean, frecuentemente modifican, en alguna medida, la extensión de las obligaciones que corresponderían a las partes si se aplicaran las disposiciones legales supletorias de su voluntad. Muchas veces ésta es, justamente, la razón por la que los contratantes los celebran: el deseo de establecer un régimen convencional distinto del régimen legal dispositivo. Esto es permitido por nuestro ordenamiento jurídico, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad y de la libertad de contratación, siempre que no se contravenga el orden público ni las buenas costumbres. En efecto, el artículo 1133 del Código Civil dispone que un contrato puede constituir, reglar, modificar y extinguir un vínculo jurídico; su artículo 1159 reconoce a los contratos, en las relaciones entre los contratantes, igual fuerza que a la ley; y del artículo 6 *eiusdem* se desprende que las partes de un contrato pueden válidamente obligarse en los términos, condiciones y modalidades que ellas mismas convengan, siempre que no contravengan el orden público o las buenas costumbres.

El doctor José Melich Orsini expuso que los contratos de adhesión pueden tener por objeto, entre otros asuntos, la modificación de la extensión de las obligaciones que corresponderían a las partes si se aplicaran las disposiciones legales supletorias de la voluntad de éstas.³⁷ El mismo doctor Melich indicó, adicionalmente, que ciertas disposiciones contractuales son “Cláusulas sospechosas de ser abusivas”, porque se trata de “cláusulas que se prestan a abuso por parte del predisponente de ‘condiciones generales de contratación’...”.³⁸

En efecto, existen casos en que el proponente ofrece un contrato de adhesión contentivo de cláusulas que disminuyen las prestaciones que éste habría de cumplir en caso de aplicarse el derecho común, cláusulas que aumentan las prestaciones que su cocontratante habría de cumplir en caso de aplicarse el derecho común, o cláusulas que establecen elementos, en beneficio del proponente y en perjuicio de su cocontratante, que constituyen otras variaciones respecto de las obligaciones contenidas en el régimen legal supletorio a la voluntad de las partes. En ocasiones, estas cláusulas pueden ser abusivas, lo que requiere un análisis caso por caso, sin hacer ninguna generalización, puesto que lo propio del derecho civil y mercantil es autorizar a las partes para que establezcan el cuadro normativo al que desean estar sometidas, permitiéndoseles, en principio, apartarse de las disposiciones legales que regulan la materia de que se trate. Parafraseando al doctor Melich, pensamos que las cláusulas de los contratos de adhesión que se apartan del régimen supletorio establecido en nuestros códigos y en algunas leyes especiales son sospechosas de ser abusivas, por lo que merecen ser escudriñadas con cuidado; de tal forma que, si estas cláusulas tienen como resultado un contrato totalmente desequilibrado, las mismas deben ser desechadas, por abusivas. El solo hecho de apartarse de dicho régimen dispositivo no convierte a estas cláusulas en abusivas, ya que hay que cuidarse de las generalizaciones y analizar cada relación contractual, para ver si, a pesar de estas cláusulas, se mantiene un equilibrio razonable entre el proponente y el adherente. En relación con este tema, el doctor Melich enseñó lo siguiente:

“Las circunstancias singulares del contrato en que se la haya insertado juegan 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”.³⁹

En el régimen del Código Civil, así como en el del Código de Comercio, la circunstancia de que legislador no haya especificado que una norma es supletoria no le quita

³⁷ Melich Orsini, José: *Doctrina General del Contrato*, Caracas, 1997, pp. 520 y 521; y *Las Condiciones Generales de Contratación y Cláusulas Abusivas*, en libro con el mismo título bajo la ponencia general de Luis Díez-Picazo y Ponce de León, Madrid, 1996, p. 169.

³⁸ Melich: *Las Condiciones Generales de Contratación y Cláusulas Abusivas*, op. cit., p. 180.

³⁹ Melich: *Las Particularidades del Contrato con Consumidores*, en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas* N° 111, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1999, p. 104.

tal carácter, sino que hay que analizar si la misma debe o no considerarse como imperativa o de orden público, tomando en cuenta su texto y contenido. Creemos que una regla es imperativa o no lo es en razón de la materia que trata, independientemente de que vaya a ser aplicada a un contrato paritario o de adhesión; y, si se trata de una regla imperativa, hay que aplicarla siempre, aunque el proponente de un contrato de adhesión incluya una cláusula en sentido contrario. En cuanto a las disposiciones supletorias, pensamos que las mismas también lo son o no lo son en razón de su texto y contenido; y, si se trata de disposiciones supletorias, opinamos que los contratos de adhesión pueden establecer un régimen distinto, siempre que, al hacerlo, el proponente no cree un desequilibrio contractual en perjuicio del adherente, quien merece protección.

En conclusión, existen casos en los que, mediante cláusulas contractuales por adhesión, se modifica la extensión de las obligaciones que corresponderían a las partes según disposiciones legales supletorias; y pensamos que dichas cláusulas son sospechosas de ser abusivas, sospecha que se materializa en hechos si el contrato que las contiene deviene un contrato desequilibrado; pero, como no se deben hacer generalizaciones, es necesario analizar la cláusula y el contrato correspondiente, para determinar si hay abuso.

El doctor Alfredo Morles Hernández escribió el texto siguiente, antes de que entrara en vigor la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios:

“Una de las realidades de la vida comercial contemporánea es la inclusión por parte de los operadores económicos en los contratos de adhesión de cláusulas generales de los contratos que han sido redactados por las asociaciones que los agrupan, por las empresas líderes del ramo o por ellos mismos y, en todo caso, cláusulas que no han sido objeto de discusión particular con el adherente o han sido impuestas por el proponente. En Venezuela existen cláusulas generales en los contratos de adhesión redactados por los bancos, por las compañías de seguros, por las empresas de transporte y por un número indefinido de empresas de servicio, como las de servicio eléctrico, gas, telefonía, televisión por cable, etc. En este tipo de contratos es frecuente encontrar cláusulas de exoneración de responsabilidad a favor del estipulante, limitación de responsabilidad a cifras simbólicas que por sí mismas constituyen una cláusula abusiva, términos brevísimos de caducidad, etc.

La adopción en los países europeos, comenzando por Alemania en 1976, de leyes sobre regulación de las condiciones generales de los contratos, seguida de la regulación propuesta a nivel de los órganos de la Unión Europea, ha renovado la discusión sobre los contratos de adhesión en particular y sobre los contratos en general. La libertad contractual moderna, ha dicho un ilustre civilista español, es una libertad

dentro del Estado Social y “en este sentido, hay que enfrentarse con el abuso de la libertad actuada por los poderes económicos, como son los pactos restrictivos de la libre concurrencia y como es también el control de las condiciones generales de la contratación”.

La doctrina, especialmente la doctrina alemana, desarrolló la idea de que las disposiciones que una parte introduzca para completar el contrato individual son ineficaces cuando disminuyan inequitativamente los derechos de la otra parte; y que las condiciones generales de los contratos son eficaces sólo en cuanto las desviaciones en ellas contenidas respecto de la regulación legal estén justificadas por lo especial de la situación. En la doctrina española, paralelamente, se ha afirmado que el abandono de facultades, acciones o excepciones sin justificación alguna, sin reciprocidad o especialidad del contrato, no es eficaz en cuanto implica una renuncia de ley, por mas que se trate de una ley aparentemente dispositiva; y que las normas legales reguladoras de los contratos y de cada contrato en particular son preceptos en que el legislador ha ponderado cuidadosamente la situación normal de los intereses de las partes y tienen una *función ordenadora*, por lo que no pueden ser desplazadas sin razón suficiente.

Algunos de los criterios prevalecientes en el conjunto que forman la Directiva 93/13/CEE de 5 de abril de 1993, la ley italiana de 6 de febrero de 1996, la ley francesa 95-96 de 1º de febrero de 1996 y la ley española 7/1998 de 13 de abril sobre condiciones generales de la contratación, son los siguientes:

- a. el control del contenido de los contratos para sancionar las cláusulas abusivas;
- b. la generalización de la regla *contra stipulatorem* y el establecimiento de la cláusula más beneficiosa para el adherente;
- c. la conformidad de las cláusulas con las exigencias de la buena fe;
- d. la prohibición de cláusulas sorprendentes.

La inexistencia en Venezuela de leyes reguladoras de condiciones generales de los contratos deja abierta la vía para la interpretación de los contratos conforme a las exigencias de la buena fe, entendiendo por tal la conducta correcta, leal y honesta de los contratantes, y a atribuirle a las reglas generales y particulares de los contratos, contenidas en el Código Civil y en el Código de Comercio un carácter imperativo, en el sentido que de su derogatoria sólo es posible cuando la parte afectada reciba una contraprestación por su renuncia. Son esas las tendencias más recientes en el derecho

civil, tendencias que han reducido a límites más razonables el tradicionalmente rígido principio de la autonomía de la voluntad”⁴⁰.

El mismo doctor Morles, luego de la vigencia de la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios, escribió lo siguiente:

“Entre las reformas recientes se encuentra...el Decreto-Ley... para la defensa de las personas en el acceso a los bienes y servicios... De conformidad con el ordinal 2 del artículo 73 del referido Decreto-Ley, se consideran nulas las cláusulas o estipulaciones de los contratos de adhesión que “impliquen la renuncia a los derechos que la normativa vigente reconoce a las personas, o limiten su ejercicio”... La nueva fórmula es de una gran trascendencia porque significa que cualquier desviación que constituya una separación con respecto al modelo legal contractual queda proscrita. No habrá necesidad de ponderar si la alteración o cambio contenido en el contrato de adhesión es inequitativo, crea desequilibrio o es injusto; prácticamente queda sin utilidad y carece de justificación la enumeración que el mismo Decreto-Ley hace de las cláusulas abusivas en el contrato de adhesión (artículo 73). No tiene sentido la declaración según la cual son derechos de las personas “la protección en los contratos de adhesión [respecto de las cláusulas] que sean desventajosas o lesionen sus derechos o intereses” (numeral 13, artículo 7), porque todos estos supuestos, necesariamente, se configuran como una renuncia de derechos o limitan el ejercicio de los derechos “que la normativa vigente reconoce a las personas”, fórmula equivalente a la de identificar el modelo legal contractual. Si esta disposición se aplica literalmente, todos los contratos de adhesión que contengan cláusulas distintas al contenido legal contractual –y prácticamente todos contienen este tipo de cláusulas– serían nulos. Esto significaría que sólo se podría contratar en los términos establecidos en el Código Civil, en el Código de Comercio o en las leyes de contenido contractual. La contratación en esta forma, sin las adaptaciones que imponen las nuevas formas de producción y de comunicación, sería extremadamente difícil y, en algunos casos, imposible. El carácter discrecional de la potestad conferida a la autoridad administrativa y una debida articulación de la norma con el resto del articulado del Decreto-Ley deberían permitir arribar a una interpretación racional”⁴¹.

No nos parece que una aplicación literal del número 2 del artículo 73 de la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios, antes citado, pueda llevar a la conclusión válida de que los contratos de adhesión ya no pueden apartarse del régimen legal

⁴⁰ Morles Hernández, Alfredo: Curso de Derecho Mercantil, Tomo IV, Caracas, 2004, p. 2223.

⁴¹ Morles Hernández, Alfredo: La Total Desaparición del Contenido Dispositivo del Contrato en los Contratos de Adhesión, Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCV número 132, año 2008.

dispositivo. En consecuencia, no creemos que INDEPABIS, ni siquiera aplicando la letra de dicha norma legal, tenga atribuciones para exigir a los proponentes que ajusten sus contratos de adhesión al contenido contractual previsto en los códigos civil y de comercio y en algunas leyes, salvo en cuanto concierne a ciertas disposiciones de orden público. Opinamos que semejante proceder, por parte de INDEPABIS, pondría en peligro, sin justificación jurídica alguna, operaciones y actividades totalmente lícitas, que los contratos de adhesión hacen posibles.

En efecto, pensamos que el citado número 2 del artículo 73 no impide, ni siquiera aplicado literalmente, que los contratos de adhesión establezcan reglas convencionales distintas de las reglas supletorias de nuestros códigos y de algunas leyes. Creemos que los derechos que la normativa vigente reconoce a las personas son, por ejemplo, el derecho a ser indemnizado si un bien o servicio causa daños y el derecho a recibir garantía por los desperfectos de un bien o servicio, ambos consagrados en dicha ley, así como un sinnúmero de derechos que las reglas jurídicas contenidas en esta ley y otros cuerpos normativos, incluyendo los códigos civil y de comercio, reconocen en cabeza de las personas que el legislador o codificador buscó proteger. **Opinamos que las normas dispositivas o supletorias, de por sí, no confieren ningún derecho a nadie. Sólo en la medida en la que un contrato guarde silencio, estas normas confieren derechos, ya que las mismas son aplicables únicamente si las partes no dispusieron otra cosa. Como las reglas dispositivas o supletorias no confieren ningún derecho, no se puede plantear que existe una renuncia a los derechos conferidos por las mismas cuando un contrato de adhesión se aparta de estas reglas.** Por consiguiente, consideramos que la desviación en los contratos-tipo que constituya una separación con respecto al modelo legal contractual no quedó proscrita por la nueva ley, ni siquiera aplicada literalmente. Si ello ocurriera, las reglas dispositivas o supletorias de los códigos se convertirían en normas imperativas cuando se trata de contratos de adhesión sujetos a la nueva ley, lo cual no nos parece razonable. Tal como lo señalamos anteriormente, creemos que una regla es imperativa o no lo es en razón de la materia que trata, independientemente de que vaya a ser aplicada a un contrato paritario o de adhesión. Nos parece sumamente peligroso transformar normas dispositivas en normas de orden público; y más si no se toma en cuenta el contenido de las normas, sino el tipo de texto contractual al que han de aplicarse; y creemos que la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios no transformó ni pretendió transformar las normas dispositivas en normas de orden público. En consecuencia, no creemos que la aplicación literal del número 13 del artículo 7 de esta ley pueda impedir a las partes apartarse, en los contrato de adhesión, de las normas dispositivas.

En conclusión, creemos que los contratos de adhesión propuestos por los bancos a sus clientes pueden apartarse de lo dispuesto en las normas no imperativas de nuestro

ordenamiento jurídico, y que esta situación no cambia con motivo de la promulgación de la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios, ni siquiera aplicando literalmente el número 13 de su artículo 7.