Carlos Eduardo Acedo Sucre se graduó de abogado, “Cum Laude”, en la Universidad Católica Andrés Bello, en 1982. Obtuvo el Diploma Superior de la Universidad de París 2, especialización Derecho Civil, “Mención Bien", en 1986; y el Diploma de Estudios Doctorales de la Universidad de París 2, “Mención Muy Bien", en 1988. Es Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, y Socio del Escritorio Jurídico Mendoza, Palacios, Acedo, Borjas, Páez Pumar & Cía., MENPA. Es autor de dos libros, denominados ***La Función de la Culpa en la Responsabilidad por Hecho Ilícito*** (fue su tesis doctoral), y ***Temas de Derecho de Seguros*** (en coautoría con Manuel Acedo Mendoza); y de cuarenta y ocho artículos en materia de responsabilidad civil, contratos, derecho bancario y de seguros, y otros temas legales. Dio clases de responsabilidad civil en los Cursos de Postgrado de Derecho Mercantil de la Universidad Central de Venezuela, y ha dictado numerosas conferencias sobre temas legales en Venezuela y en el exterior.

ISBN: 978-980-18-0018-7

Carlos Eduardo Acedo Sucre

Cláusulas Abusivas y Contratos de Adhesión

MENPA

Cláusulas Abusivas y Contratos de Adhesión

Carlos Eduardo Acedo Sucre

Trabajo de Incorporación a la
Academia de Ciencias Políticas y Sociales

MENPA

Caracas Venezuela

CLÁUSULAS ABUSIVAS Y CONTRATOS DE ADHESIÓN

por ***Carlos Eduardo Acedo Sucre***

CLÁUSULAS ABUSIVAS Y CONTRATOS DE ADHESIÓN
© Carlos Eduardo Acedo Sucre
Depósito Legal: MI2018000048
ISBN:
Diagramación e Ilustración de la Portada: Ma. Antonia Silva de Patroni
Impreso por. sabias palabras c.a.
Caracas, Venezuela, 2018

A mi esposa,

Teresita Betancourt de Acedo,

y

a nuestros hijos,

Teresita, Eduardo y Luisa Elena Acedo Betancourt.

DISCURSO DE INCORPORACIÓN

DE **CARLOS EDUARDO ACEDO SUCRE**

A LA ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES

Señor doctor

Gabriel Ruan Santos, Presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales,

Señores Directores e Individuos de Número de esta Academia,

Señores miembros de la familia del doctor Tomás Enrique Carrillo Batalla,

Señoras y señores:

El 7 de junio de 2016, los individuos de número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales me eligieron para compartir responsabilidades con ellos. Les agradezco muchísimo, a todos los académicos, que me hayan escogido para formar parte de un grupo tan destacado de estudiosos del Derecho y sus disciplinas afines. Les doy las gracias de manera especial al académico Ramón Escovar León, quien fue el principal promotor de mi candidatura y preparó la correspondiente carta de postulación; a los académicos Luis Henrique Farías Mata, Henrique Iribarren, Luciano Lupini y Humberto Romero Muci, quienes participaron con entusiasmo en ese esfuerzo; a los académicos Enrique Lagrange, James Otis Rodner y Julio Rodríguez Berrizbeitia, quienes también firmaron mi postulación; y a los académicos Román José Duque Corredor y Alfredo Morles Hernández, quienes, no estando en el país en esos días, solicitaron por correo electrónico ser incluidos entre los postulantes. Les doy las gracias también a los académicos Alberto Arteaga Sánchez, Carlos Ayala Corao, Rafael Badell Madrid, Alberto Baumeister Toledo, Luis Cova Arria y Enrique Urdaneta Fontiveros, por sus palabras de aliento. Por otro lado, agradezco la orientación de corte institucional suministrada por los doctores Eugenio Hernández Bretón y Gabriel Ruan Santos, entonces presidente y primer vicepresidente de la Academia, respectivamente. Para mí será un honor, un placer y un gran reto formar parte de esta corporación.

En un correo que me envió el académico Alfredo Morles Hernández, el día siguiente a mi elección, éste definió la Academia "como núcleo moral de la República, como bastión de defensa de la democracia y del estado de derecho y como centro de producción y difusión de la cultura jurídica". Sobran las palabras.

Pertenecer a la Academia tiene para mí una significación muy especial, pues, en primer lugar, a los dieciocho años de edad comencé a trabajar como pasante con los luego académicos Leopoldo Borjas, Enrique Lagrange y Carlos Mendoza Goiticoa, en Mendoza, Palacios, Acedo, Borjas, Páez Pumar y Cía., establecido en 1945, pero con orígenes en el Escritorio Bance, del siglo XIX, fundado por quien después fue académico, Juan Bautista Bance. En dicho escritorio, del que ahora soy socio, trabajé casi cuatro décadas con el académico Enrique Lagrange, donde fui beneficiario de su erudición en Derecho de Obligaciones, su rigor lógico y su generosidad compartiendo conocimientos, por lo que le tengo la más honda gratitud. También tuve la fortuna de formarme profesionalmente con el académico Leopoldo Borjas, de grata memoria, durante casi treinta años, cuya calidez y dominio del Derecho Mercantil fueron admirables. En segundo lugar, recibí clases en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello de varios excelentes profesores: el académico Gonzalo Parra Aranguren, recientemente desaparecido, y los luego académicos José Guillermo Andueza, Luis Henrique Farías Mata, James Otis Rodner, Julio Rodríguez Berrizbeitia y Enrique Urdaneta Fontiveros. En tercer lugar, tuve la oportunidad de ser abogado auxiliar durante cuatro años del académico Luis Henrique Farías Mata en la lamentablemente extinta Corte Suprema de Justicia. Este académico ha sido siempre un referente importante en mi vida. En cuarto lugar, compartí mucho con el académico Alberto Baumeister Toledo en numerosos eventos sobre Derecho de Seguros. En quinto lugar, a partir de hoy tendré el privilegio de ocupar el sillón en la Academia de Tomás Enrique Carrillo Batalla, fallecido el 13 de octubre de 2015, viejo amigo de mi padre, Manuel Acedo Mendoza.

Ellos dos fueron compañeros de colegio y universidad, igual que su hijo Vicente y yo. Cuando murió mi padre, en 1990, el doctor

Carrillo Batalla dio un discurso en su memoria en la Academia[1], que me permite contar algunos datos de su juventud: se graduaron de bachilleres en Caracas en 1941, con, entre otros, el luego académico Andrés Aguilar. Los tres estudiaron después leyes en la Universidad Central de Venezuela, donde hicieron amistad con Benito Raúl Losada. En palabras del doctor Carrillo Batalla, "era un curso en el que… siempre mantuvimos una elevada cordialidad, una constructiva camaradería… Manuel Acedo Mendoza… y yo… estudiábamos juntos siempre… Tuvimos la suerte… de contar con brillantes profesores… Se trataba de verdaderos maestros del Derecho… Después de concluida la carrera algunos de nosotros nos fuimos a seguir cursos de post-grado en el exterior… Manuel Acedo Mendoza y yo nos marchamos a la Universidad de Michigan en los Estados Unidos, a seguir cursos de inglés y luego a incorporarnos a los regulares de Economía Política". Allí, el doctor Carrillo Batalla obtuvo un máster en Economía en 1946.

Cuando Tomás Enrique Carrillo Batalla entró en esta Academia, el discurso de contestación lo dio el académico Luis Villalba-Villalba[2]. En palabras de éste, el doctor Carrillo Batalla "—al volver a Caracas… y hasta 1952— se dedicó al ejercicio de la profesión de Abogado y Economista…, sin descuidar… su cátedra universitaria".

En la dictadura de Pérez Jiménez, el doctor Carrillo Batalla asumió una posición valiente, que pagó cara, lo cual lo enaltece. En efecto, según Vicente Carrillo-Batalla, habiéndose su padre desempeñado como agricultor y ganadero, y como presidente de la Cámara Agrícola de Venezuela, el General Pérez Jiménez le propuso ser Ministro de Agricultura y Cría, cargo que rechazó; y, poco después, suscribió un manifiesto contra el régimen. Al respecto, Villalba-Villalba narra que "En el año 1952 le fue ofrecida una alta posición política y no sólo no la aceptó, sino que con patriótica entereza expresó al gobierno usurpador que se debían respetar los resultados electorales; y ya se sabe cuál fue la respuesta: año y medio

---

1 Carrillo Batalla, Tomás Enrique: Homenaje al Dr. Manuel Acedo Mendoza, disponible en: http://acienpol.msinfo.info/bases/biblo/texto/boletin/1994/BolACPS_1994_76_128_115-142.pdf

2 Contestación del doctor Luis Villalba-Villalba al discurso de incorporación a la Academia del doctor Tomás Enrique Carrillo Batalla, disponible en: http://www.acienpol.org.ve/cmacienpol/Resources/IndividuosDocs//158/sillon%2012-2.pdf

de cárcel y cinco de ostracismo". El doctor Carrillo Batalla se tuvo que ir de Venezuela. En palabras de Villalba-Villalba, fue "un exilio activo, serio", coronado con un "doctorado en Economía de la Universidad de Columbia, en Nueva York".

El doctor Carrillo Batalla fue instrumental en la recuperación de la democracia venezolana en 1958, pues, según Manuel Felipe Sierra, facilitó un pacto entre los rivales Rómulo Betancourt y Eleazar López Contreras, en los últimos días de la dictadura[3].

Villalba-Villalba comenta que el doctor Carrillo Batalla, "De vuelta a la Patria, a mediados de 1958, promovió… y orientó múltiples empresas, entre ellas un Banco…, del cual hubo de separarse en 1960 para aceptar la Cartera de Hacienda que le fuera ofrecida por el Presidente Betancourt." Previamente, José Antonio Mayobre, nombrado por Wolfgang Larrazábal y ratificado por Rómulo Betancourt, ocupó dicha cartera.

El Presidente Betancourt y sus Ministros Mayobre y Carrillo Batalla heredaron una crisis económica del dictador, que tuvieron que afrontar. Andrés Germán Otero sucedió al doctor Carrillo Batalla como Ministro de Hacienda de Rómulo Betancourt. El doctor Carrillo Batalla narra que, "cuando me retiré del despacho… y al haber aceptado el Dr. Otero su desempeño, éste me preguntó qué profesional le recomendaba para que fuera su asesor… Yo le recomendé a Manuel" Acedo Mendoza[4]. Respecto del manejo económico de la Presidencia de Betancourt, interesa resaltar que los Ministros de Hacienda Mayobre, Carrillo Batalla y Otero lograron, alcanzar un equilibrio fiscal y obtener cifras de crecimiento significativas. Benito Raúl Losada, gran amigo del doctor Carrillo Batalla y de mi padre, fue Ministro de Hacienda después de Andrés Germán Otero, durante el período presidencial de Raúl Leoni.

---

[3] Artículo sobre el 23 de enero escrito por Manuel Felipe Sierra en ABC de la Semana, disponible en: http://www.abcdelasemana.com/2010/01/23/perez-jimenez-%E2%80%9Cprefiero-irme-antes-que-matar-cadetes%E2%80%9D/

[4] Andrés Germán Otero no sólo conocía al doctor Carrillo Batalla, sino que tenía relación con Rómulo Betancourt, desde que estudiaron juntos en los años 20, y con mi padre, pues, en los años 50, ambos le prestaban servicios al Grupo Mendoza (Acedo de Lepervanche, Luisa: Semblanza Andrés Germán Otero, Caracas, 1997).

La convicción democrática y la valentía desplegadas por el doctor Carrillo Batalla, primero al enfrentar al perezjimenismo y luego al aceptar ser ministro de Rómulo Betancourt, cuyo gobierno estuvo muy amenazado por los extremismos de derecha e izquierda[5], es una manifestación admirable de los valores civiles que necesitamos prevalezcan en nuestro país.

Muchos tienen una imagen edulcorada del perezjimenismo, en razón de sus obras de infraestructura, pero no hay que olvidar los padecimientos de demócratas como Tomás Enrique Carrillo Batalla, ni el mal estado en que estaba la economía cuando el dictador fue derrocado, la cual fue reconstruida, en medio de la inestabilidad política, gracias a profesionales dedicados como él. Algo parecido sucede en nuestra época, en la que, por efecto de la bonanza aparente generada por los exorbitantes ingresos petroleros que obtuvo Venezuela durante el régimen de Hugo Chávez, muchos no recuerdan que éste es la causa del caos económico y la represión exacerbada del gobierno de Nicolás Maduro. El papel de militares como el General Marcos Pérez Jiménez y el Teniente Coronel Hugo Chávez, y la exaltación de Simón Bolívar como hombre de armas, han sido muy dañinos para el país. El Libertador fue un político y un pensador, más que un militar[6].

Cuando Tomás Enrique Carrillo Batalla se incorporó a esta Academia el 7 de diciembre de 1972, su trabajo de incorporación fue una Historia Crítica del Concepto de la Democracia[7]. Uno de sus aportes fue realizar un análisis de los escritos del Libertador[8], y hacerse la siguiente pregunta: "Bolívar, ¿era partidario de un gobierno

---

5 Narra el doctor Carrillo que, al principio del período democrático que se inició con la caída de Pérez Jiménez, la izquierda "radical" le apostó "a una insurrección general armada en contra del sistema", pero luego terminó orientándose "hacia una lucha más compatible con sus posibilidades reales", encuadrada "en el campo puramente cívico y en el marco de la ley". (Carrillo Batalla, Tomás Enrique: Historia Crítica del Concepto de la Democracia, Caracas, 1972, tomo I, p. 44, y tomo II, p. 64).

6 La exaltación de Bolívar como hombre de armas distorsiona la realidad, pues obviar al Bolívar civil equivale a catalogar a Churchill como militar porque de joven fue soldado británico y mucho más tarde lideró al Reino Unido en la Segunda Guerra Mundial. Bolívar y Churchill fueron políticos y pensadores. Ambos fueron aristócratas, pero con convicciones democráticas.

7 Carrillo Batalla, Tomás Enrique: Historia Crítica del Concepto de la Democracia, Caracas, 1972.

8 Carrillo Batalla: obra citada, tomo I, pp. 357 a 411.

democrático o de un sistema autocrático?"[9]. Esta interrogante es pertinente, pues el Libertador fue un hombre de su época, en la que los valores democráticos estaban lejos de ser generalmente aceptados; tenía gran admiración por el sistema político de Inglaterra, que era una monarquía apoyada en una aristocracia, en la que el voto estaba limitado a los hombres acomodados; y llegó a ser partidario de que, en nuestros países, la presidencia de la república fuera vitalicia; además, en un momento histórico en el cual el sufragio universal no se había impuesto en el mundo, él no lo promovió en la América Hispana. A pesar de todo esto, el doctor Carrillo Batalla llega a la conclusión de que "Bolívar *sitúa la soberanía en el pueblo*. Tanto en sus constituciones, como en sus cartas y mensajes, se afirma en ese principio, el cual a través de toda su vida, forma una constante de su ideario político… se puede afirmar con propiedad, que Bolívar era sinceramente demócrata"[10]; "las ideas del Libertador sobre… la igualdad y la libertad, encuadran dentro del concepto de democracia"[11]; "Bolívar… quería un concierto democrático de naciones… que… erradicase… la esclavitud"[12].

En esa misma obra, Tomás Enrique Carrillo Batalla expresa que, desde los inicios de la República hasta 1958, faltó "concordancia entre la constitución escrita y la realidad de los gobiernos", pues éstos "no se conformaban" con "los cánones de la democracia"[13]; es decir, hubo una "antinomia constitución escrita - autocracia"[14]. Esta contradicción se terminó cuando se acabó la dictadura perezjimenista, pues, en palabras del doctor Carrillo Batalla, hubo "un año de transición, de… liquidación del predominio militar…, y la nueva combinación de fuerzas… habría de desembocar en el encuadramiento de un sistema, en que la democracia formal va a operar, no sólo en la letra escrita de la constitución, sino en la conformidad institucional del gobierno"[15]. Según él, "la democracia formal ha funcionado efectivamente en Venezuela"[16], y "a partir de

9 Carrillo Batalla: obra citada, tomo I, p. 379.
10 Carrillo Batalla: obra citada, tomo I, p. 382.
11 Carrillo Batalla: obra citada, tomo I, p. 399.
12 Carrillo Batalla: obra citada, tomo I, p. 411.
13 Carrillo Batalla: obra citada, tomo I, p. 45, y tomo II, p. 65.
14 Carrillo Batalla: obra citada, tomo II, p. 56.
15 Carrillo Batalla: obra citada, tomo I, p. 43 y 44, y tomo II, p. 64.
16 Carrillo Batalla: obra citada, tomo I, p. 44.

1958 concuerdan la ley y los hechos"[17], o sea, coinciden "la ley y el funcionamiento institucional"[18], con lo cual se produjo "la consagración de un sistema democrático formal"[19]. Entonces, "el largo debate de cien años de duración", que confrontó "el gobierno de la constitución escrita y el gobierno real cerró sus páginas históricas, con la apertura, en 1958, del nuevo ciclo de la democracia"[20].

Pero la democratización se comenzó a revertir desde los dos intentos de golpe de estado del Teniente Coronel Chávez y otros militares en 1992, veinte años después de que el doctor Carrillo Batalla escribiera lo anterior. Una advertencia de que la democracia venezolana podía ser destruida fue formulada en 1972 por éste, en su misma obra, al señalar que, si bien había cesado "la confrontación de la ley y de su cumplimento", era necesaria "la realización de los objetivos democráticos de la libertad y de la igualdad, no en su sentido formal, sino en su significado esencial y de fondo"[21]; o sea, había que convertir "las consagraciones teóricas… en realidades concretas de la vida cotidiana"[22], y se debía manejar "la cosa pública con ajuste a cánones de eficiencia y de recta aplicación de los caudales del Estado en fines identificados con el progreso económico y con el bienestar colectivo"[23]. Esto, en palabras del doctor Carrillo Batalla, era un "reto de la historia"[24]. "La única manera de superarlo" era con fundamento "en la eficiencia", como "sola forma efectiva de combatir y derrotar las manifestaciones de la anti-democracia"; "una conducta intachable… puede salvar la democracia"; "sostenemos la tesis de la austeridad, de la imparcialidad y de la estricta sujeción al estado de derecho como requisitos indispensables, para la supervivencia… del presente

17 Carrillo Batalla: obra citada, tomo I, p. 44.
18 Carrillo Batalla: obra citada, tomo II, p. 65.
19 Carrillo Batalla: obra citada, tomo I, p. 44, y tomo II, p. 65.
20 Carrillo Batalla: obra citada, tomo I, p. 44 y 45, y tomo II, p. 65.
21 Carrillo Batalla: obra citada, tomo II, p. 66.
22 Carrillo Batalla: obra citada, tomo II, pp. 65 y 66.
23 Carrillo Batalla: obra citada, tomo II, p. 66.
24 Carrillo Batalla: obra citada, tomo I, p. 76, y tomo II, pp. 65 y 66.

ensayo democrático"[25]. "De la respuesta a ese reto de la historia, depende el futuro de la democracia"[26].

Ese reto lamentablemente no fue superado; y, veintisiete años más tarde, en 1999, comenzó un régimen autoritario, que devastó las instituciones, la convivencia social y la economía. La pérdida de la democracia tiene raíces, además de políticas, económicas[27].

Enrique Urdaneta Fontiveros comenta lo siguiente, en relación con una reunión que tuvo con Tomás Enrique Carrillo Batalla poco antes de su muerte: "Se despidió diciéndome que tenía la satisfacción de haber contribuido en alguna medida con sus iniciativas y realizaciones a la construcción del país, pero que le embargaba la tristeza de ver ahora el derrumbe de todo lo que había contribuido a levantar"[28].

Sin embargo, las virtudes ciudadanas sembradas por personas como el doctor Carrillo Batalla contribuyeron a que Venezuela no se doblegara en estos dieciocho años de autoritarismo.

La advertencia del doctor Carrillo Batalla, en 1972, de que nuestra democracia podía morir, como de hecho murió, vino acompañada del siguiente mensaje: "Su muerte… no significaría el

---

25 Carrillo Batalla: obra citada, tomo I, pp. 76 y 77.

26 Carrillo Batalla: obra citada, tomo II, pp. 65 y 66.

27 En los veinte años que precedieron las elecciones presidenciales de 1998, que ganó Hugo Chávez, los precios mundiales del petróleo bajaron de 29,19 a 12,28 dólares de los Estados Unidos por barril; además, dada la inflación en los Estados Unidos, lo que antes costaba un dólar pasó a costar dos dólares y veinticinco centavos; finalmente, la población venezolana subió de 14,93 a 23,52 millones de personas. De manera que, entre 1979 y 1998, es decir, en la segunda mitad del período democrático, hubo un deterioro paulatino en la situación económica del país y de su gente, no compensado por un aumento relevante de la producción petrolera, ni por una diversificación de la economía. Los datos anteriores tienen las siguientes fuentes:
Precio promedio OPEP del barril de petróleo en US$ tomado de:
https://www.statista.com/statistics/262858/change-in-opec-crude-oil-prices-since-1960/
Inflación en los Estados Unidos tomada del calculador de la Oficina de Estadísticas Laborales de los Estados Unidos:
http://www.bls.gov/data/inflation_calculator.htm
Población venezolana en millones de personas según el Banco Mundial tomada de:
http://data.worldbank.org/indicator/SP.POP.TOTL?locations=VE

28 A la memoria de Tomás Enrique Carrillo Batalla, por Enrique Urdaneta Fontiveros, disponible en:
http://acienpol.org.ve/cmacienpol/Resources/Noticias/A%20LA%20MEMORIA%20DE%20TOM%C3%81S%20ENRIQUE%20CARRILLO%20BATALLA%20(1)%20(1).pdf

fin del anhelo de los pueblos… Vendría por el contrario a abrirles un cauce de realización mucho más recio… a cuyo término brillaría… una nueva vida… de pleno disfrute de las esencias democráticas"[29].

Éste es el reto de la historia que ahora tenemos enfrente.

Por su importante obra como profesor universitario y autor de numerosos libros y artículos sobre temas jurídicos, históricos, económicos y políticos, el doctor Carrillo Batalla no sólo perteneció a esta Academia de Ciencias Políticas y Sociales, sino también a la Academia Nacional de Ciencias Económicas y a la Academia Nacional de la Historia, presidiendo las dos primeras[30]. De hecho, Benito Raúl Losada califica al doctor Carrillo Batalla como un "espíritu universal"[31], lo cual explica su pasión por los libros, que se manifestó de dos maneras: fue autor de más de trescientas publicaciones, y coleccionó más de cincuenta mil volúmenes, que generosamente donó a la Biblioteca Nacional[32].

El doctor Carrillo Batalla se destacó en numerosas actividades adicionales. La más importante de todas fue que fundó, con su esposa Agatha Lucas de Carrillo Batalla, madre y compañera ejemplar, una gran familia de personas honestas, trabajadoras e interesadas en su país, formada por sus hijos Vicente, casado con Emily Mattar; Edelmira (cariñosamente Chichita), casada con Carlos Reyna Parés; Agatha, casada con Alfredo Larrazábal Delgado; María del Rosario, casada con Humberto Romero Muci, primer vicepresidente de esta Academia; Corina, casada con Juan Carlos Corbán; Virginia, casada con Humberto D'Ascoli; Beatriz, casada con Jorge Kew; y Tomás Enrique, casado con María Ignacia Quintero; y sus numerosos nietos Carrillo-Batalla Matar, Reyna Carrillo, Larrazábal Carrillo, Romero Carrillo, Corbán Carrillo, D'Ascoli Carrillo, Kew Carrillo y Carrillo-Batalla Quintero. Quienes estudiamos ininterrumpidamente con Vicente Carrillo-Batalla los

---

29 Carrillo Batalla: obra citada, tomo I, pp. 79 y 80.

30 La señora Evelyin Barboza, colaboradora, desde hace décadas, de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, cuenta que el doctor Carrillo Batalla, durante su presidencia, llegaba a las seis de la mañana y salía a las seis de la tarde. Era un gran trabajador.

31 Entrevista de Macky Arenas a Benito Raúl Losada en su programa Biografías, en Globovisión, del 17 de enero de 2016, sobre Tomás Enrique Carrillo Batalla.

32 Entrevista de Macky Arenas a Vicente Carrillo-Batalla Lucas, en su programa Biografías, en Globovisión, del 17 de enero de 2016, sobre Tomás Enrique Carrillo Batalla.

dieciséis años de colegio y universidad —Armando Carmona, Henrique Iribarren, Gonzalo Giménez, Oscar Torres y yo— damos fe del calor familiar de la familia Carrillo Lucas, presente en su casa de Chulavista y su finca de Aguafría, donde pasamos momentos inolvidables. Retomando las palabras del académico Urdaneta Fontiveros, "el Dr. Carrillo Batalla fue un patriarca del hogar. Tuvo con su adorada Agatha un matrimonio feliz en el que reinaron siempre el afecto, la comprensión y la comunidad de propósitos para edificar un hogar honorable y levantar dignamente una familia. Fue un modelo de virtudes para sus hijos y sus nietos. Ellos llevan con honor y dignidad su nombre".

Estoy seguro que, a las numerosas familias con valores cívicos que hay en Venezuela, como los Carrillo Lucas, les tocará desempeñar un papel relevante en la reconstrucción de nuestro país, con lo que honrarán la memoria de Tomás Enrique Carrillo Batalla.

En 1972, el doctor Carrillo Batalla escribe, en relación con los sistemas democráticos como el que imperaba en esa época en Venezuela, que los "arquetipos teóricos, el soberano, el representante, el ciudadano", son "productos de ingeniosas elaboraciones intelectuales, pero… no expresan la variedad y diferencias de la vida real"[33]. Obviamente, cuando Venezuela recupere su democracia, estas variedades y diferencias, que son muchas y dramáticas, deben ser tomadas en cuenta, para que la reimplantación de esos arquetipos teóricos incida más positivamente en la vida real y se evite otra regresión. Aunque comparativamente hablando parezca irrelevante, me parece que una de estas diferencias, que debe ser tomada en cuenta, es la que existe entre quienes suministran bienes o servicios y quienes los reciben. Décadas antes, en 1944, el doctor Carrillo Batalla pronuncia un discurso en el que resalta la dicotomía entre "el derecho del Estado a intervenir en la vida económica" y el "derecho de los particulares para entrar en… la vida económica según la medida de sus intereses personales"; y afirma la necesidad de atender "los intereses de la totalidad del pueblo venezolano, como productor y **como**

[33] Carrillo Batalla: obra citada, tomo I, p. 64.

consumidor"[34]. Este comentario, hecho hace más de setenta años, me llamó la atención, pues, por una parte, antecede el desarrollo de la protección al consumidor; y, por otra parte, se suele hablar mucho de los derechos de éste, pero no tanto de los del productor. Pienso que los derechos de los suplidores de bienes o servicios y los consumidores o usuarios de los mismos no son incompatibles, y que es necesario conciliar los intereses de ambos grupos. De hecho, casi todas las relaciones económicas están fundamentadas en contratos, la mayoría de los cuales son impuestos por dichos suplidores y por otras personas en posición de dominio, mediante un clausulado preestablecido, al que se someten los consumidores o usuarios y otros adherentes, lo cual es legítimo, siempre y cuando no haya abusos.

En este orden de ideas, hoy me toca presentar mi trabajo de incorporación a la Academia, sobre cláusulas abusivas y contratos de adhesión. Esto incluye la contratación en masa, como herramienta para el desarrollo económico, y la protección del Estado para cualquier persona natural o jurídica que se adhiera a contratos pre-redactados. Esta protección se justifica porque el proponente del contrato puede haber incurrido en la tentación de incorporar una cláusula abusiva, que el adherente tiene que aceptar para contratar.

Esta materia forma parte del Derecho de Obligaciones, que versa sobre las relaciones económicas entre los particulares. La existencia de contratos de adhesión y cláusulas abusivas constituye un desafío para los estudiosos del Derecho de Obligaciones, pues éste fue concebido sobre la base de que las partes negocian las relaciones que las rigen, debiendo cada una de ellas velar por sus propios intereses. Sin embargo, existen acuerdos que no son negociados, que a veces incluyen disposiciones inequitativas redactadas por el proponente y aceptadas por el adherente junto con el resto del contrato entre ambos, bien sea porque no le quedó más remedio que consentirlas para acceder a un bien o servicio, porque tenía interés en hacer negocios con una organización en capacidad

[34] Conferencia dictada por José Tomás Carrillo Batalla el 5 de septiembre de 1944 en un evento del partido P.D.V. (el resaltado es mío), disponible en: http://ance.msinfo.info/bases/biblo/texto/libros/CT.1990.ANEXO.a.4.pdf

de imponer sus reglas de juego, o porque no leyó o no entendió el texto contractual.

Nunca ha existido en Venezuela una normativa legal en materia de contratos de adhesión, que salvaguarde a los adherentes, cualquiera que sea su condición, contra las cláusulas abusivas incluidas en este tipo de contrato. La única legislación promulgada en relación con este tema fue para proteger a los adquirentes de bienes y servicios ofrecidos al público. Pero este esfuerzo legislativo, de limitado alcance y con varias carencias, fue destruido por el régimen que se instauró a partir de 1999.

En efecto, en 1992 fue publicada, por primera vez en nuestro país, una Ley de Protección al Consumidor que regulara los contratos de adhesión, la cual fue reformada en 1995[35]. Esta ley protegía a los consumidores contra las cláusulas abusivas; sin embargo, tenía defectos. A título ilustrativo, establecía que "No producirán efecto alguno las cláusulas o estipulaciones en los contratos de adhesión" que estén redactadas "en términos vagos o imprecisos"[36]; pero, en vez de anular las disposiciones contractuales mal redactadas, lo apropiado hubiera sido interpretarlas a favor del adherente. Esta ley fue derogada en 2004 por la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario[37], que a su vez fue sustituida en 2008 por la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios[38]. Ambas leyes regulaban los contratos de adhesión y las correspondientes cláusulas abusivas, pero introdujeron disposiciones absurdas. Por ejemplo, disponían que, si un proveedor quería actualizar sus contratos, para adaptarlos a los cambios en el entorno legal o económico, o para mejorar su oferta de bienes o servicios, debía notificar a los adherentes, y, si éstos no respondían, la propuesta de modificación se consideraba denegada y terminaba la relación contractual[39]; es decir, el legislador estableció un sistema de silencio negativo, que desembocaba en privar al adherente de los

35 Ley de Protección al Consumidor publicada el 24 de marzo de 1992 y reformada según publicación del 17 de mayo de 1995.

36 Artículo 21, número 5, de la Ley de Protección al Consumidor de 1992, reformada en 1995.

37 Ley de Protección al Consumidor y al Usuario publicada el 4 de mayo de 2004.

38 Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios, publicada el 31 de julio de 2008, luego reformada.

39 Artículo 83 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario de 2004 y artículo 72 de la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios de 2008.

beneficios del contrato. La regulación legal de los contratos de adhesión y las correspondientes cláusulas abusivas desapareció en 2014, con la Ley Orgánica de Precios Justos[40].

La última versión de esta ley, de 2015[41], únicamente establece que uno de los "derechos de las personas en relación con los bienes y servicios" es su derecho "A la protección en los contratos de adhesión que sean desventajosos o lesionen sus derechos e intereses"[42], e impone una sanción pecuniaria a quienes violen este derecho[43]. La misma ley menciona someramente otros asuntos concernientes a la relación entre los proveedores y los consumidores o usuarios, pero sin referirse, para nada, a los contratos de adhesión[44]. Dicha ley no tiene una lista de cláusulas abusivas, como las anteriores[45].

---

40 La Ley de Orgánica de Precios Justos publicada el 23 de enero de 2014 derogó la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios.

41 Ley Orgánica de Precios Justos publicada el 8 de noviembre de 2015 y reimpresa el 12 del mismo mes.

42 Artículo 7, número 10, de la Ley Orgánica de Precios Justos de 2015.

43 Artículo 47, número 7, de la Ley Orgánica de Precios Justos de 2015.

44 Se trata de lo siguiente: (i) los "derechos de las personas en relación con los bienes y servicios" incluyen "elegirlos con libertad" (artículo 7, número 2), así como "la protección contra… los métodos comerciales coercitivos" (artículo 7, número 5), y se castiga con multa a quienes empleen "métodos coercitivos" (artículo 47, número 7); (ii) los "derechos de las personas en relación con los bienes y servicios" incluyen obtener "información adecuada, veraz, clara, oportuna y completa" (artículo 7, número 4), y se castiga con multa a quienes violen este derecho (artículo 47, número 2); (iii) los "derechos de las personas en relación con los bienes y servicios" incluyen "la reparación e indemnización por daños y perjuicios" (artículo 7, número 7), y se castiga con multa a quienes no procedan al "resarcimiento del daño sufrido" (artículo 47, número 7); (iv) los "derechos de las personas en relación con los bienes y servicios" incluyen que el suministro sea "de forma continua, regular, eficaz, eficiente e ininterrumpida" (artículo 7, número 13), y se castiga con multa a quienes violen dicho derecho (artículo 47, número 11); (v) se castiga con multa a "los proveedores o proveedoras de los bienes y servicios" que den a sus clientes un "trato discriminatorio" (artículo 47, número 7); y (vi) se castiga con prisión a quienes incurran en usura (artículos 58 y 59).

45 A partir de los años 1992, 2004 y 2008, respectivamente, la Ley de Protección al Consumidor, la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario y la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios, hasta la derogación de ésta por la Ley de Orgánica de Precios Justos en el 2014, regularon los contratos de adhesión y las correspondientes cláusulas abusivas. Las tres leyes sucesivas derogadas incluían un listado de cláusulas que son abusivas si se encuentran en un contrato de adhesión, y que, por ende, son, de entrada, nulas (cláusulas negras). Ahora bien, otra manera de regular esto es establecer una lista de cláusulas susceptibles de ser consideradas abusivas cuando se encuentran en un contrato de adhesión, respecto de las cuales se presuma su carácter abusivo, salvo prueba en contrario; es decir, si el predisponente no desvirtúa la presunción de abuso con respecto a una cláusula del listado legal, ésta es nula (cláusulas grises). Este planteamiento es compatible con la apreciación de José Melich Orsini, según la cual ciertas

La normativa sobre el contrato de seguro tampoco escapó a esta destrucción. En efecto, las pólizas estaban reguladas por el Código de Comercio. Dado que esa regulación devino obsoleta, fue derogada, en 2001, por la Ley del Contrato de Seguro[46]. No obstante, en 2015, la Ley de la Actividad Aseguradora[47] abrogó la Ley del Contrato de Seguro. En ese momento, dejó de existir la normativa legal sobre contratos de seguro[48]. Ahora bien, la Ley de la Actividad Aseguradora prevé que la Superintendencia de la Actividad Aseguradora dicte las reglas aplicables a las pólizas; pero normar esta actividad es competencia exclusiva de la Asamblea Nacional, ya que forma parte de la reserva legal prevista en la Constitución[49]. Sin embargo, dicha superintendencia emitió, en 2016, unas Normas que Regulan la Relación Contractual en la Actividad Aseguradora[50], que tienen los mismos defectos que la ley derogada[51] Estas normas son tan groseramente inconstitucionales, que el académico Alfredo

disposiciones contractuales son "Cláusulas sospechosas de ser abusivas" o "cláusulas que se prestan a abuso por parte del predisponente de 'condiciones generales de contratación'" (Las Condiciones Generales de Contratación y Cláusulas Abusivas, publicado en el libro con el mismo nombre, bajo la ponencia general de Luis Díez-Picazo y Ponce de León, Madrid, 1996, p. 180), y "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" (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). Coincido con que es preferible un listado de cláusulas grises, que un listado de cláusulas negras. También me parece preferible una lista enunciativa o abierta, que una lista taxativa o cerrada. La ley de 1992 contenía una lista cerrada, mientras que las leyes de 2004 y 2008 contenían una lista abierta.

46 Ley del Contrato de Seguro publicada el 12 de noviembre de 2001.

47 Ley de la Actividad Aseguradora publicada el 30 de diciembre de 2015 y reimpresa el 15 de marzo de 2016.

48 Como la normativa aplicable a las pólizas que se encontraba en el Código de Comercio había sido derogada por la Ley del Contrato de Seguro, las pólizas pasaron a regirse por las disposiciones generales sobre los contratos del Código Civil, inapropiadas para regular un contrato tan particular como las pólizas.

49 El número 1 del artículo 187 y el número 32 del artículo 156 de la Constitución establecen, respectivamente, que "Corresponde a la Asamblea Nacional:... Legislar en las materias de la competencia nacional...", y que "Es de la competencia del Poder Público Nacional:... La legislación en materia... de seguros..."

50 Normas que Regulan la Relación Contractual en la Actividad Aseguradora dictadas por la Superintendencia de la Actividad Aseguradora y publicadas el 24 de agosto de 2016.

51 Acedo Sucre, Carlos Eduardo: El Decreto con Fuerza de Ley del Contrato de Seguro, en Centenario del Código de Comercio Venezolano de 1904, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2004, tomo II, pp. 1057 y ss.

Morles Hernández expresa que se trata de "Una burla constitucional más"[52].

En el mismo sentido, en 2015, la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario dictó unas Normas Relativas a la Protección de los Usuarios de los Servicios Financieros[53]. Estas normas pretenden restablecer el silencio negativo y la consecuente terminación contractual[54], que estaban previstos en las leyes abrogadas[55]. Esta resurrección del rechazo tácito y de la resultante privación de los beneficios del contrato no tiene validez, porque dichos mecanismos ya habían sido derogados; además, regular de esta forma los contratos bancarios contraría la reserva legal[56].

---

52 Morles Hernández, Alfredo: La reforma del contrato de seguro. Una burla constitucional más, disponible en: http://www.acienpol.org.ve/cmacienpol/Resources/Noticias/06092016193411_La%20reforma%20del%20contrato%20de%20seguro.pdf
En el trabajo precedente el doctor Morles expone, entre otras cosas, las numerosas razones por las que dichas normas son inconstitucionales, tema que abordó también en su trabajo sobre La Deslegalización de la Materia del Contrato de Seguro, que tuvo la gentileza de enviarme y que entiendo todavía no ha sido publicado. Ambos, además de ser estudios relevantes para el Derecho de Seguros, abordan materias cruciales de Derecho Constitucional, por lo que son muy útiles en relación con cualquier área de la actividad económica en la que los presidentes Chávez o Maduro hayan legislado habilitados por la Asamblea Nacional o hayan modificado normas mediante reimpresiones en la Gaceta Oficial.

53 Normas Relativas a la Protección de los Usuarios de los Servicios Financieros dictadas por la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario y publicadas el 14 de diciembre de 2015.

54 Artículo 24 de las Normas Relativas a la Protección de los Usuarios de los Servicios Financieros.

55 Artículos 83 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario de 2004 y 72 de la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios de 2008.

56 El número 1 del artículo 187 y el número 32 del artículo 156 de la Constitución establecen, respectivamente, que "Corresponde a la Asamblea Nacional:... Legislar en las materias de la competencia nacional...", y que "Es de la competencia del Poder Público Nacional:... La legislación en materia... civil, mercantil,… de bancos...". Si bien la Ley de Instituciones del Sector Bancario del 8 de diciembre de 2014, en su artículo 172, número 13, dispone que, entre las "atribuciones de la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario", se encuentra la de "Establecer las normas generales que regulen los contratos e instrumentos de las operaciones de intermediación y servicios conexos permitidas a las instituciones del sector bancario", esta facultad no es ilimitada. La misma no puede ser entendida como una autorización para mantener vivas normas legales derogadas (los citados artículo 83 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario de 2004 y 72 de la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios de 2008, antes citados), ni para contradecir principios reflejados en normas legales vigentes. Lo único que la Superintendencia puede hacer, con base en dicha atribución, es dictar normas que reglamenten los contratos del sector bancario, de manera en un todo compatible con las disposiciones legales vigentes en materia de contratos en general y de contratos bancarios en particular, sin afectar su

Los problemas creados por la desaparición de la normativa legal sobre los contratos de adhesión y las correspondientes cláusulas abusivas pueden ser parcialmente atendidos acudiendo al derecho común. En efecto, existen principios básicos, que se desprenden de nuestro Código Civil, que permiten proteger a quienes se adhieren a contratos pre-redactados.

Si bien ciertas normas legales aplicables a los bancos y a las aseguradoras buscan proteger a los usuarios de servicios bancarios y de seguros, muchas de esas normas son, más bien, una traba al desenvolvimiento dinámico, flexible y eficiente de la actividad bancaria y aseguradora. Me refiero a la exigencia legal de que algunos contratos bancarios[57] y todas las pólizas de seguros[58] sean

---

espíritu, propósito ni razón (principio reflejado en el número 10 del artículo 236 de la Constitución). Y, ciertamente, éste no es el caso del silencio negativo o rechazo tácito.

[57] La Ley de Tarjetas de Crédito, Débito, Prepagadas y demás Tarjetas de Financiamiento o Pago Electrónico publicada el 22 de septiembre de 2008, establece, en su artículo 1, que el "Contrato de afiliación de tarjetas de crédito, débito, prepagadas y demás tarjetas de financiamiento o pago electrónico" es "autorizado por la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras (SUDEBAN)". La Ley de Instituciones del Sector Bancario publicada el 8 de diciembre de 2014, establece, en su artículo 72, número 6, que "Las instituciones autorizadas para actuar como fiduciarios están obligadas… a… Presentar para su aprobación ante la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario los modelos de contratos de fideicomiso, mandato, comisión u otros encargos de confianza". Esta última ley además establece, en su artículo 172, número 13, que "Son atribuciones de la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario… las siguientes:… aprobar las cláusulas generales de contratación que le sean sometidas por las instituciones sujetas a su competencia, en la forma contemplada en los artículos pertinentes del Código Civil". Pero ningún artículo de dicha ley ni de ningún otro texto legal obliga a los entes del sector bancario a someter al regulador correspondiente los contratos de adhesión que deseen utilizar en las relaciones con su clientela. Además, no hay ni una sola disposición en el Código Civil que prevea que las cláusulas de estos contratos sean presentadas a ningún órgano gubernamental. En consecuencia, la norma anterior sólo es aplicable (i) para el caso, por lo demás improbable, de que algún banco o institución financiera quiera, sin estar obligado a ello, presentarle a la Superintendencia correspondiente sus modelos de contratos; y (ii) para el caso de los fideicomisos, mandatos, comisiones y otros encargos de confianza, y las afiliaciones de tarjetas de crédito, débito, prepagadas y demás tarjetas de financiamiento o pago electrónico, cuyos modelos de contratos han de tener el beneplácito de Sudeban.

[58] La Ley de la Actividad Aseguradora, publicada el 30 de diciembre de 2015 y reimpresa el 15 de marzo de 2016, establece, en su artículo 8, número 9, que "Son atribuciones del o la Superintendente de la Actividad Aseguradora:… Autorizar previamente… los modelos de pólizas, contratos, condiciones generales y particulares, cuadros póliza o cuadros recibo, solicitudes, finiquitos o documentos de indemnización, notificaciones…, anexos y cualquier otro documento utilizado con ocasión de la actividad aseguradora, y… las tarifas que utilicen los sujetos regulados, así como establecer mediante acto administrativo general los modelos y tarifas que deben mantener carácter general y uniforme, cuando el interés general o el interés social así lo requiera, dentro del marco del procedimiento

previamente aprobadas de manera expresa por las superintendencias correspondientes[59]. Esto, sobre todo en el caso de las pólizas, retrasa cualquier innovación y uniformiza los textos contractuales, afectando adversamente a los tomadores de seguros, asegurados y beneficiarios, pues las aseguradoras se ven impedidas de competir para suministrarles nuevas coberturas o mejoras en las existentes, dado que su regulador no está abierto a innovaciones, se demora en atender solicitudes, es proclive a hacer exigencias absurdas e impone clausulados idénticos en ciertos ramos.

Los contratos de adhesión se dan, no sólo en las relaciones entre los proveedores y consumidores o usuarios, sino también cuando una organización tiene interés en celebrar un contrato igual o parecido con muchas personas. Ejemplo de ello son los contratos de distribución celebrados entre quien controla globalmente los bienes de una marca y quienes distribuyen tales bienes en sus respectivos territorios, pues usualmente aquél, como proponente, les somete a éstos, como adherentes, un clausulado que tienen que acoger. Lo mismo sucede con los contratos de franquicia, en los que el franquiciante les exige a todos sus franquiciados aceptar normas

---

administrativo correspondiente"; en su artículo 42, que "Los modelos de pólizas, cuadros recibos o cuadros pólizas, solicitudes de seguro, finiquitos o recibos de indemnización, notificaciones de siniestros, anexos y demás documentos utilizados con ocasión de los contratos de seguros y las tarifas que las empresas de seguros utilicen en sus relaciones con el público, deben ser aprobados previamente por la Superintendencia de la Actividad Aseguradora, quien decidirá en un lapso no mayor de cuarenta y cinco días hábiles"; y, en su artículo 154, número 5, que "Serán sancionados con multa los sujetos regulados con personalidad jurídica, según corresponda, que incurran en los siguientes supuestos:… De tres mil Unidades Tributarias (3.000 U.T.) a treinta y seis mil Unidades Tributarias (36.000 U.T.), cuando utilicen pólizas, documentos, tarifas… sin la aprobación previa de la Superintendencia de la Actividad Aseguradora".

[59] Respecto de ciertos contratos bancarios y de todos los contratos de seguro, que se encuentran sometidos al control previo de las superintendencias respectivas, ocurre que tales contratos están sujetos la normativa especial relativa a dichos contratos, cuyas disposiciones son, casi todas, imperativas. Respecto de muchas de estas disposiciones, cabe la siguiente afirmación de nuestra doctrina: existe "una combinación nefasta del orden público y las normas imperativas", que se manifiesta en que "algunas leyes, la mayoría sobre protección de débiles jurídicos, que se autocalifican como imperativas", limitan "considerablemente el juego de la autonomía de la voluntad" (Madrid Martínez, Claudia: La libertad contractual: su lugar en el Derecho venezolano de nuestro tiempo, en Derecho de las Obligaciones, Homenaje a José Melich Orsini, Caracas, 2012, pp. 105 y ss. Disponible en: https://www.uma.edu.ve/admini/ckfinder/userfiles/files/LA%20LIBERTAD%20CONTRACTUAL.pdf).

convencionales uniformes[60]. De manera que los contratos de adhesión tienen un ámbito más amplio que las relaciones entre proveedores y consumidores o usuarios[61]. El que, en casos tales como el del convenio de distribución o el de franquicia, algunas cláusulas sean discutidas, no le quita al texto contractual su carácter de contrato de adhesión, pues el grueso del articulado consiste de disposiciones pre-redactadas[62]. En efecto, para que haya un contrato de adhesión, hacen falta, primero, una oferta hecha en términos tales que la discusión esté en principio excluida, y, segundo, la correspondiente aceptación o una contraoferta aceptada luego por el oferente primigenio, la cual no acarree una modificación **sustancial** del texto inicialmente propuesto[63]. De hecho, la doctrina[64] y

---

60 Contra: laudo dictado por los árbitros Irene Loreto González, Román Duque Corredor y Henrique Iribarren Monteverde en fecha 31 de agosto de 2012, citado en la Memoria Arbitral II, Compendio de Laudos del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje, CEDCA, bajo la coordinación de Hernando Díaz-Candia, Caracas, 2014, pp. 194 y 195.

61 Melich Orsini, José: La Naturaleza del Contrato de Adhesión Considerado en las Leyes que Regulan el Derecho de Consumo, publicado en Libro Homenaje al Profesor Alfredo Morles Hernández, bajo la coordinación de Astrid Uzcátegui Angulo y Julio Rodríguez Berrizbeitia, Volumen I, Temas Generales de Derecho Mercantil, Caracas, 2012, pp. 769 y 772.

62 De hecho, el artículo 18 de la Ley de Protección al Consumidor de 1992 establecía el requisito de que "el consumidor" no "pudiera discutir o modificar" el "contenido" de las cláusulas, para que se configurara un "contrato de adhesión", pero atenuó este requisito agregando lo siguiente: "La inserción de otras cláusulas en el contrato no altera la naturaleza descrita del contrato de adhesión". Esto es congruente con la siguiente redacción, de la primera parte del mencionado artículo 81 de la de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario de 2004: "Se entenderá como contrato de adhesión… aquel cuyas cláusulas han sido… establecidas unilateralmente por el proveedor… sin que el consumidor pueda discutir o modificar substancialmente su contenido al momento de contratar". De manera casi idéntica, la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios de 2008, en su referido artículo 70, incluía, en su definición de "contrato de adhesión" o "contratos tipos", lo siguiente: "aquellos cuyas cláusulas han sido… establecidas unilateralmente por la proveedora o el proveedor… sin que las personas puedan discutir o modificar substancialmente su contenido al momento de contratar". El uso de la palabra "sustancialmente" logra el mismo efecto que los textos anteriores, según los cuales el que se insertasen cláusulas no establecidas unilateralmente por el proveedor no resultaba en que el texto contractual propuesto dejase de calificar como contrato de adhesión.

63 Laudo dictado por los árbitros José Antonio Elíaz y Carlos Eduardo Acedo Sucre en fecha 9 de septiembre de 2013, con el voto salvado de Mario Bariona, citado en la Memoria Arbitral II, Compendio de Laudos del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje, CEDCA, bajo la coordinación de Hernando Díaz-Candia, Caracas, 2014, pp. 10, 11 y 311 a 320. Una parte no citada allí de dicho laudo expresa lo siguiente, que es muy relevante: "el artículo 70 de la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios… exige, para que un contrato califique como de adhesión, que sus cláusulas sean "*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.*" / Ahora bien, es un

jurisprudencia[65] prácticamente unánimes consideran que los contratos que las instituciones bancarias y aseguradoras celebran con sus clientes son de adhesión, a pesar de que a veces estos últimos pueden determinar el contenido de alguna regla contractual, ya que lo relevante es que la mayor parte del clausulado permanece invariable[66].

---

asunto de hecho el que una parte reciba de la otra un texto contractual cuyo contenido no se le permite discutir, ni modificar substancialmente, al momento de contratar. / En efecto, es posible, y de hecho ocurre con frecuencia, que una de las partes proponga un contrato y la otra dé su conformidad, sin modificar sus cláusulas sustancialmente. Tan es así, que oferta y aceptación son el mecanismo normal de formación de cualquier contrato. Por ello, no bastan una oferta y aceptación, sin modificación sustancial, para que el contrato correspondiente califique como de adhesión. Hace falta, además, para esa calificación, que la oferta sea hecha en términos tales que toda discusión esté de plano excluida, al punto de que las únicas modificaciones posibles toquen sólo aspectos no sustanciales. Por consiguiente, [EL DEMANDANTE], para acreditar su afirmación de que "*El compromiso de Compra-Venta para la adquisición del local comercial*" califica como "*un* ***CONTRATO DE ADHESIÓN***", debió probar su alegato de que éste "*fue elaborado y redactado, en todo y cada una de sus partes*" por [EL DEMANDADO] y de que "*todas sus cláusulas fueron establecidas unilateralmente*" por [EL DEMANDADO], como "*proveedor de bienes y servicios*", sin que [EL DEMANDANTE] pudiera "*discutir o modificar su contenido al momento de contratar*". / [EL DEMANDANTE], que tenía la carga de probar su alegato anterior, no cumplió con dicha carga, puesto que no promovió ninguna prueba para demostrar ningún elemento fáctico susceptible de hacer que dicho contrato fuese calificado como de adhesión. En efecto, en la oportunidad de promover pruebas, [EL DEMANDANTE] no promovió ninguna." No se trata, como expresó el doctor Hernando Díaz Candia, en su prólogo a dicha Memoria Arbitral, de un laudo que refleja "una clara tendencia a limitar los que se consideran contratos de adhesión, al menos a efectos de la viabilidad jurídica de arbitraje". Por el contrario, se trata, simplemente, de aplicar dicha definición legal, que es muy amplia y que **coincide con la aportada por la doctrina** (Melich: obra citada, p. 770).

64 Por ejemplo, Luis Corsi se refiere a los "contratos por adhesión… en los sectores bancario y de seguros" (Corsi, Luis: Contribución al Estudio de las Cláusulas de Exoneración y Limitación de la Responsabilidad Contractual, separata de la Revista de Derecho 7 del Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, p. 27).

65 Por ejemplo, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en su sentencia del 24 de enero de 2002, calificó los contratos de crédito celebrados por los bancos con sus clientes como contratos de adhesión. Dicha sentencia está disponible en:
http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/enero/85-240102-01-1274%20.htm
Similarmente y a título ilustrativo, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en su sentencia del 29 de julio de 2015, calificó las pólizas de seguro como contratos de adhesión. Dicha sentencia de casación está disponible en:
http://historico.tsj.gob.ve/sr/Default3.aspx?url=../decisiones/spa/julio/180182-00912-30715-2015-2013-1668.html&palabras=contrato%20adhesion

66 Los bancos utilizan modelos de contratos de crédito cada vez que van a otorgar un préstamo, los cuales adaptan a cada situación particular, de manera que los contratos en definitiva celebrados por éstos se apartan un poco de esos modelos, en razón de las circunstancias del prestatario, del tipo de crédito, del plazo, de si hay o no garantía y de otras particularidades. Ahora bien, el banco es quien redacta el contrato y siempre incluye sus cláusulas estándar, que

En términos generales, la mejor protección para los adherentes consiste en estimular que los contratos no sean abusivos, o, lo que es lo mismo, que sean razonables y equilibrados. Esta razonabilidad y equilibrio también favorece a los proponentes. Esto es porque las cláusulas abusivas pueden dar lugar a cuestionamientos en cuanto a la validez de éstas y de todo el contrato, así como a dudas en cuanto a su ejecución, lo cual arroja incertidumbre sobre la relación contractual. Además, este tipo de abuso puede deteriorar la imagen del proponente ante adherentes actuales y potenciales. Estos problemas de incertidumbre y de imagen son contrarios a los intereses de cualquier comerciante, quien necesita tener estabilidad en su actividad empresarial, así como un buen nombre. Estos problemas se agravan si los contratos son, como ocurre con frecuencia, oscuros o ambiguos, pues, en estos casos, está generalmente aceptado que el articulado se interpreta a favor del adherente, puesto que los defectos de redacción son enteramente imputables al proponente[67]. De modo que la mejor atención legal que los abogados de los proponentes pueden prestar a sus clientes consiste en diseñar contratos de adhesión claros, razonables y equilibrados.

Aunque muchos proponentes establecen relaciones contractuales equitativas con los adherentes, a veces sucede lo contrario. Para prevenir y corregir esto, es importante que el Estado intervenga de manera racional, para proteger a los consumidores o usuarios y a los demás débiles jurídicos contra posibles imprecisiones o abusos. Esta

---

todos sus clientes deben aceptar, pues, de lo contrario, no son elegibles para recibir préstamos. Salvo casos especialísimos, el clausulado del contrato bancario no está sujeto a negociación, sino que la discusión se concentra en ciertas condiciones económicas, tales como las tasas de interés, sin tocar el articulado contractual. La generalidad de los contratos de crédito otorgados por los bancos son, entonces, contratos de adhesión, porque cada institución bancaria incluye sus propias cláusulas, que no son negociables y que regulan las relaciones entre ésta y la globalidad de sus prestatarios. En consecuencia, éstos merecen la protección que corresponde a quien suscriba cualquier otro contrato de adhesión. Asimismo, cuando una persona natural o jurídica toma un seguro en Venezuela, puede negociar algunos puntos con la aseguradora, tales como la suma asegurada y el deducible, reflejados en el cuadro de la póliza, pero las condiciones generales y particulares permanecen inmutables, por lo que el contrato de seguro califica como un contrato de adhesión, en el que el tomador es acreedor de dicha protección.

[67] Lo mismo ocurre cuando caben dos interpretaciones; es decir, aunque un contrato, a primera vista, esté bien redactado, puede ser ambivalente, en cuyo caso se debe escoger la interpretación más beneficiosa para el adherente.

protección se puede realizar efectivamente ordenando que los contratos de adhesión sean asequibles, claros, razonables y equilibrados; y sancionando las cláusulas abusivas con nulidad. Hay métodos que se prestan a excesos, tales como establecer que la generalidad de las disposiciones que rigen para ciertos contratos de adhesión son normas imperativas o irrenunciables, o prever que ciertos contratos de adhesión deben ser aprobados por una autoridad.

El reto que tenemos ahora en Venezuela, con la desaparición de la regulación legal sobre contratos de adhesión y cláusulas abusivas, es encontrar, en los principios generales del derecho reflejados en el Código Civil, mecanismos de protección para los adherentes. Este código contempla al menos tres mecanismos: la exigencia de **buena fe** y el respeto a la **equidad**, como elementos que informan las relaciones entre los particulares; y el **orden público**, como límite a lo que éstos pueden pactar. La buena fe, la equidad y el orden público son tres fundamentos de nuestro ordenamiento jurídico privado, con rango de principios generales del derecho, que reciben aplicación en numerosas disposiciones de dicho código:

En primer lugar, los artículos 1146[68] y 1154[69] exigen que quienes proyectan celebrar un contrato actúen sin dolo, es decir, sin mala fe. Adicionalmente, los artículos 1160[70] y 1270[71] establecen que el contrato debe cumplirse de buena fe y que los contratantes deben comportarse como un buen padre de familia, lo que excluye la mala fe; y el artículo 1274[72] dispone que el dolo acarrea la reparación de los daños imprevistos al momento de contratar, que normalmente

---

68 El artículo 1146 del Código Civil dispone: "Aquel cuyo consentimiento haya sido dado a consecuencia de un error excusable, o arrancado por violencia o sorprendido por dolo, puede pedir la nulidad del contrato."

69 El artículo 1154 del Código Civil dispone: "El dolo es causa de anulabilidad del contrato, cuando las maquinaciones practicadas por uno de los contratantes o por un tercero, con su conocimiento, han sido tales que sin ellas el otro no hubiera contratado."

70 El artículo 1160 del Código Civil dispone: "Los contratos deben ejecutarse de buena fe y obligan no solamente a cumplir lo expresado en ellos, sino a todas las consecuencias que se derivan de los mismos contratos, según la equidad, el uso o la Ley."

71 El artículo 1270 del Código Civil dispone: "La diligencia que debe ponerse en el cumplimiento de la obligación, sea que ésta tenga por objeto la utilidad de una de las partes o la de ambas, será siempre la de un buen padre de familia, salvo el caso de depósito…"

72 El artículo 1274 del Código Civil dispone: "El deudor no queda obligado sino por los daños y perjuicios previstos o que han sido previstos o que han podido preverse al tiempo de la celebración del contrato, cuando la falta de cumplimiento de la obligación no proviene de su dolo."

no son indemnizables. Además, la segunda parte del artículo 1185[73] expresa que es antijurídico ejercer un derecho —que puede ser un derecho contractual— excediendo los límites impuestos por la buena fe. Por otra parte, el artículo 12 del Código de Procedimiento Civil[74] ordena interpretar los contratos conforme a la buena fe. El requisito de buena fe es tan importante, que desborda el ámbito contractual, para derramarse en el campo extracontractual, pues la primera parte del citado artículo 1185[75] señala que quien intencionalmente, es decir, de mala fe, cause daños, debe repararlos. La culpa es, como regla general, el fundamento de la responsabilidad civil contractual y extracontractual, y es el caso que la mala fe califica como culpa.

En segundo lugar, el Código Civil exige que se cumplan las consecuencias que se derivan de los contratos según la equidad (artículo 1160); todo el sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual, está basado en la idea de preservar el equilibrio patrimonial entre las partes, lo cual es una exigencia de la equidad (artículo 1167, artículos 1185 y siguientes, y artículos 1264 y siguientes), e idéntico postulado informa la consagración legal del enriquecimiento sin causa como fuente de obligaciones (artículo 1184)[76].

En tercer lugar, el artículo 6 del Código Civil[77] expresa que los contratos no pueden violar el orden público ni las buenas costumbres.

La buena fe, la equidad y el orden público son criterios abstractos, muy flexibles y de gran utilidad, que no tiene sentido

---

73 La segunda parte del artículo 1185 del Código Civil dispone: "Debe… reparación quien haya causado un daño a otro excediendo, en el ejercicio de su derecho, los límites fijados por la buena fe o por el objeto en vista del cual le ha sido conferido ese derecho".

74 La segunda parte del artículo 12 del Código de Procedimiento Civil dispone: "En la interpretación de contratos o actos que presenten oscuridad, ambigüedad o deficiencia, los jueces se atendrán al propósito y a la intención de las partes o de los otorgantes, teniendo en mira las exigencias de la ley, de la verdad y de la buena fe".

75 El encabezado del artículo 1185 del Código Civil expresa: "El que con intención, o por negligencia o por imprudencia, ha causado un daño a otro, está obligado a repararlo."

76 El artículo 1184 del Código Civil dispone: "Aquél que se enriquece sin causa en perjuicio de otra persona, está obligado a indemnizarla, dentro del límite de su propio enriquecimiento, de todo lo que aquélla se haya empobrecido".

77 El artículo 6 del Código Civil dispone: "No pueden renunciarse ni relajarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden público o las buenas costumbres".

encasillar mediante definiciones rígidas, ni considerar de manera aislada, sino aplicarlos con sentido común, aprovechando su adaptabilidad a cada situación y a cada momento, particularmente en el ámbito de los contratos de adhesión:

Primero, la inclusión de una cláusula abusiva en un contrato puede generar dudas en cuanto al consentimiento del adherente, pues éste pudo haber incurrido en error, inducido por el dolo del proponente. Si el vicio del consentimiento versa sobre una cláusula esencial del contrato, éste es anulable. Y se puede sostener que, en caso de que el vicio afecte una cláusula no esencial, esta última es anulable y el contrato se mantiene[78].

Segundo, aunque el adherente, al aceptar el contrato, haya tenido que consentir una cláusula abusiva, éste no debe ser perjudicado por dicha cláusula, pues la misma es contraria a los parámetros de buena fe y equidad, y, por ende, violenta el orden público. En consecuencia, la cláusula abusiva es nula, y, si ella es esencial al contrato, este último también es nulo[79].

Y tercero, las cláusulas deben ser interpretadas, en la medida de lo posible, de manera que no se produzca ningún abuso, ya que la buena fe es un parámetro para la interpretación contractual.

---

[78] Sin embargo, es difícil argumentar que un vicio del consentimiento afecta sólo una porción del contrato, salvo (i) que se alegue, respecto de una cláusula en particular, que un contratante engañó a su contraparte contractual, en cuyo caso podría existir dolo restringido a la misma, y ésta sería por ende anulable; o (ii) que se alegue que, en razón de las circunstancias del caso concreto, ciertas cláusulas no podían razonablemente ser conocidas por el adherente y, por ende, no fueron aceptadas por éste, como ocurriría (a) si una disposición pretendidamente contractual está escrita en un documento al que se hace referencia en el contrato de adhesión, pero que es imposible de consultar, o (b) si se trata de una cláusula insólita o sorpresiva, o sea, una cláusula que normalmente uno no se espera encontrar allí y que perjudica al adherente.

[79] Los artículos del Código Civil antes citados, que reflejan el principio de que la buena fe y la equidad son el norte de toda relación contractual, no prevén que el contrato sea total o parcialmente nulo si el proponente incluye y el adherente acepta una cláusula contraria a la buena fe y la equidad. Sin embargo, nos parece razonable sostener que, en el ámbito de los contratos de adhesión, no tienen cabida las cláusulas contrarias a la buena fe y la equidad, que deben ser calificadas como contrarias al orden público. En estos casos procede entonces aplicar el citado artículo 6, el cual, al decir que "No pueden renunciarse ni relajarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden público o las buenas costumbres", deja claro que lo que está en juego es la validez de lo convenido. Por ende, si la cláusula abusiva por adhesión es esencial, es razonable considerar que el contrato es nulo; en cambio, si esta cláusula es prescindible, lo razonable es considerar que la misma es nula y que el contrato de adhesión subsiste.

El estudio, desde la óptica del Código Civil, de los problemas generados por las cláusulas abusivas, debe realizarse tomando en cuenta que dichos problemas surgen con respecto a los contratos de adhesión, cuyo ámbito natural son, tanto las relaciones entre los proveedores y los consumidores o usuarios, como las demás vinculaciones en las que una parte tiene el poder de imponer a la otra todo o casi todo un texto contractual preestablecido. En efecto, fuera del contexto de una posición de dominio no tiene sentido hablar de cláusulas abusivas, puesto que, cuando existe un acuerdo entre iguales, que es objeto de negociación, las correspondientes disposiciones contractuales no pueden ser vistas de manera aislada. En estos casos, de contratos paritarios que permiten discusión, la noción misma de cláusula abusiva no debería tener cabida, ya que, por un lado, cada contratante debe velar por sus propios intereses, y, por otro lado, hay que mirar el contrato en bloque, y no sólo sus cláusulas particulares, pues una disposición contractual que luce muy favorable para una de las partes puede hallar su contrapeso en una disposición contractual que considerada individualmente le es muy perjudicial.

La buena fe, la equidad y el orden público, presentes en el Código Civil, deben mirarse a la luz de los artículos 113, 117 y 281 de la Constitución de 1999, que mencionan "la protección del público consumidor", "la defensa del público consumidor" y "los derechos del público consumidor y usuario"; lo que llevó al Tribunal Supremo de Justicia a expresar que "La defensa del consumidor y el usuario… tiene rango constitucional"[80], y que "el trato equitativo y digno que propugna el Texto Fundamental se contraviene cuando en los contratos de adhesión no existe el debido equilibrio de prestaciones o cuando el proveedor ejerza sus derechos de manera abusiva en detrimento de los intereses económicos de los consumidores y usuarios"[81]. Los contratos de adhesión suelen presentarse cuando existe una posición de dominio, y el citado artículo 113 establece que "es contrario" a "los principios fundamentales de esta Constitución"

[80] Sala Constitucional, sentencia del 24 de enero de 2002, disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/enero/85-240102-01-1274%20.htm

[81] Sala Político Administrativa, sentencia del 18 de febrero de 2015, disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/febrero/174458-00101-19215-2015-2014-0547.HTML

el "abuso de la posición de dominio", que "el Estado adoptará las medidas que fueren necesarias para evitar los efectos nocivos y restrictivos" del "abuso de la posición de dominio" y que se tendrá "como finalidad la protección del público consumidor"[82]; y el Tribunal Supremo de Justicia dictaminó que "conductas constitucionalmente prohibidas, tales como… las que abusan de la posición de dominio…, no pueden ser desconocidas o relegadas, mediante acuerdos de voluntades. De ello suceder, tales convenios no surtirán efectos"[83].

---

[82] El artículo 113 de la Constitución trata sobre los monopolios y otros elementos contrarios al buen funcionamiento del mercado, por lo que sus referencias al "abuso de la posición de dominio" en realidad aluden a las situaciones en las que se distorsiona la libre competencia. Sin embargo, es evidente que el abuso de la posición de dominio también puede darse en otros campos, particularmente en las relaciones contractuales en las que una de las partes está en una situación de debilidad frente a la otra, como sucede en el caso de los contratos de adhesión, especialmente en los impuestos por proveedores a consumidores o usuarios. En consecuencia, pensamos que dicha disposición constitucional puede servir de base para atacar el "abuso de la posición de dominio" de los proponentes de contratos de adhesión, pues impedir o sancionar las cláusulas abusivas también obra en "protección del público consumidor", que es uno de los fines de este artículo. Esto resulta más claro si la citada disposición constitucional es mirada a la luz del artículo 117 y del número 6 del artículo 281 de la Constitución, los cuales, similarmente, hablan de "la defensa del público consumidor" y de "los derechos del público consumidor y usuario", respectivamente, y están orientados al ámbito de las relaciones entre proveedores y consumidores o usuarios. Entonces, todas las normas constitucionales mencionadas, unas más dirigidas hacia el Derecho de la Competencia (artículo 113) y otras más dirigidas hacia el Derecho del Consumo (artículo 117 y número 6 del artículo 281), pueden ser vistas en conjunto. De hecho, en una sentencia dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en la cual ésta consideró que unos contratos de adhesión tenían cláusulas abusivas, que declaró ineficaces, ésta hizo referencia al artículo 113 de la Constitución, conjuntamente con otras normas constitucionales, en los siguientes términos: "…de la vigente Constitución, los artículos... 113…, se encuentran ligados a lo social, y sirven de referencia para establecer el concepto del Estado Social de Derecho y sus alcances… / …la Sala considera que conductas constitucionalmente prohibidas, tales como… las que abusan de la posición de dominio (artículo 113…)…, no pueden ser desconocidas o relegadas, mediante acuerdos de voluntades. De ello suceder, tales convenios no surtirán efectos… /…es un Estado que… tiende en toda forma a evitar… los abusos de la posición de dominio… artículo 113 constitucional… / …el Estado y los entes que lo conforman pueden permitir a particulares… la prestación de servicios de naturaleza pública, pero estas concesiones no pueden ejercerse sino adecuándolas al interés público, como lo señala el artículo 113 constitucional… El Estado, y los concesionarios que actúan en su nombre, tienen que adaptarse a las prohibiciones de los artículos 113…". Nos referimos a la sentencia de la Sala Constitucional fechada 24 de enero de 2002, disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/enero/85-240102-01-1274%20.HTM

[83] Sala Constitucional, sentencia del 24 de enero de 2002, disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/enero/85-240102-01-1274%20.HTM

Va a ser necesario, cuando recuperemos nuestra democracia y llegue el momento de reconstruir y reinstitucionalizar al país, legislar sobre esta materia. En efecto, acudir a los principios reflejados en el Código Civil, reforzados por la Constitución, no soluciona todos los problemas. La Ley sobre la Academia de Ciencias Políticas y Sociales establece que sus atribuciones incluyen cooperar al progreso y mejora de la legislación venezolana y redactar proyectos de leyes[84]. En mi criterio, se necesitará una Ley del Contrato de Adhesión, que proteja a los adherentes contra las cláusulas abusivas. Propongo los siguientes lineamientos para esta ley:

Primero, convendría que la nueva ley se aplicase a todos los contratos de adhesión, y no sólo a los contratos de adhesión entre proveedores y consumidores o usuarios[85].

Segundo, esta ley habría de contemplar que, en los supuestos en los que alguna norma requiera que una autoridad apruebe un modelo de contrato, tal requisito se considerará cumplido en caso de que ésta no emita objeciones a la solicitud correspondiente en un plazo determinado: silencio positivo. La misma debería prohibir la

---

[84] Esto está previsto en el artículo 3°, números 2 y 3, de la Ley sobre la Academia de Ciencias Políticas y Sociales; pero esta norma, que es muy antigua, pues dicha ley data del 13 de agosto de 1924, parece vincular la atribución de cooperar al progreso y mejora de la legislación venezolana, a que se produzcan estudios sobre puntos determinados, que se publicarán en el órgano oficial de la Corporación, o se promuevan certámenes de acuerdo con sus Estatutos; y parece vincular la atribución de redactar proyectos de leyes a la circunstancia de que el Ejecutivo Federal, hoy Ejecutivo Nacional, le haya sometido su estudio con el fin de presentarlos oportunamente a las Cámaras Legislativas, hoy Asamblea Nacional. Pero esto no puede ser limitante para que la Academia cumpla con las funciones que le son propias.

[85] La protección legal al adherente debería existir con respecto a cualquier contrato de adhesión, por ejemplo, el contrato de franquicia o de distribución, en los que puede haber abusos, pues una de las partes tiene una posición de dominio sobre la otra. Un autor mexicano comentó que la solución legal española es dar protección en relación con todos los contratos de adhesión, lo que contrasta con la solución legal del resto de Europa, donde la protección existe sólo en cuanto concierne al contrato de adhesión entre el proveedor y el consumidor o usuario. Dicho autor señaló que la solución legal española tiene vocación de imponerse en la América Hispana
(Bravo Amado, Arturo: Las Cláusulas Abusivas y la Protección del Asegurado, disponible en: http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDUCAB/57/ucab_2002_57_452-441.pdf).

imposición de contratos uniformes por la autoridad, ya que rigidizan la actividad regulada y eliminan la competencia.

Tercero, es recomendable que la nueva legislación prevea mecanismos de divulgación o acceso a los contratos de adhesión, para facilitar que los adherentes que lo deseen den su aceptación con conocimiento de causa. También debería disponer que, en ausencia de estos mecanismos, el proponente tiene la carga de la prueba del consentimiento de su contraparte.

Cuarto, esta ley debería ordenar que cierto tipo de cláusulas, relativas a contratos de adhesión, no sean incluidas en el documento en el que se encuentran sus condiciones generales, sino en otro instrumento, para que dichas cláusulas puedan ser aceptadas o rechazadas al momento de celebrar el contrato. Esto podría aplicarse, por ejemplo, a las cláusulas de sometimiento a los tribunales de una determinada jurisdicción o a arbitraje.

Quinto, me parece que la nueva ley tiene que establecer procedimientos para actualizar y mejorar el texto de cualquier contrato de adhesión ya celebrado, que faciliten la obtención del consentimiento tácito de los adherentes. Además, tiene sentido especificar que, en defecto de la tramitación correspondiente, el proponente tiene la carga de probar la aceptación de su contraparte.

Sexto, el legislador debería dejar claro que la cláusula oscura o ambigua no es nula, sino que dicha cláusula se ha de interpretar contra su redactor.[86]

Séptimo, esta ley debería definir muy bien las cláusulas abusivas. Debería precisar que la cláusula abusiva no surte efectos, y que el contrato que la contiene es válido, salvo que se trate de una cláusula esencial a dicho contrato, en cuyo caso éste es anulable. Debería reconocerle expresamente validez a las cláusulas de terminación unilateral en los casos de contrato a tiempo indeterminado, de cambio en el entorno legal o económico o de incumplimiento[87]. No debería prohibir las exclusiones o limitaciones

[86] Entonces, si el proponente incluye un texto que puede ser entendido de dos o más maneras, priva la solución que más favorezca al adherente.

[87] O sea, lo único que no se puede incluir en el contrato es que el proponente puede terminarlo caprichosamente

de la responsabilidad del proponente, sino solamente privarlas de efectos si éste incurrió en culpa grave o dolo, o si éste pretendiera que el adherente no fuera indemnizado por el daño emergente[88].

Octavo, debería retomarse la definición legal derogada, según la cual los contratos de adhesión son aquellos cuyas cláusulas son establecidas unilateralmente por el proponente, sin que el adherente pueda discutir o modificar substancialmente su contenido al momento de contratar[89]. Esta definición, que coincide con la prevaleciente en la doctrina[90], deja claro que un contrato de adhesión puede contener, además de las cláusulas impuestas que lo caracterizan, alguna cláusula negociada. Entonces, sólo respecto de las cláusulas impuestas cabrá la protección a ser otorgada por la nueva legislación al adherente.

Noveno, la nueva ley, en vez de incluir un listado de cláusulas que son abusivas si se encuentran en un contrato de adhesión y que, por ende, son de entrada nulas, podría incluir un listado de cláusulas sospechosas de ser abusivas si se encuentran en un contrato de adhesión, respecto de las cuales se presuma su carácter abusivo, salvo prueba en contrario; es decir, si el predisponente no desvirtúa la presunción de abuso, la cláusula es nula. En efecto, los contratos son distintos, y cierto tipo de cláusula puede ser abusiva en una relación contractual y razonable en otra, por lo que puede ser necesaria una valoración de posibles abusos caso por caso.

---

88 Me parece que no se debe excluir, *a priori*, la posibilidad de que el contrato de adhesión estipule que el adherente no tiene derecho a lucro cesante ni daños morales, cuando sólo pueda achacarle culpa leve al predisponente que lo incumplió.

89 El artículo 18 de la Ley de Protección al Consumidor de 1992 establecía el requisito de que "el consumidor" no "pudiera discutir o modificar" el "contenido" de las cláusulas, para que se configurara un "contrato de adhesión", agregando que "La inserción de otras cláusulas en el contrato no altera la naturaleza descrita del contrato de adhesión". Luego, la primera parte del artículo 81 de la de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario de 2004 preveía que "Se entenderá como contrato de adhesión… aquel cuyas cláusulas han sido… establecidas unilateralmente por el proveedor… sin que el consumidor pueda discutir o modificar substancialmente su contenido al momento de contratar". Finalmente, de manera casi idéntica, la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios de 2008, en su artículo 70, definía a los contratos de adhesión como "aquellos cuyas cláusulas han sido… establecidas unilateralmente por la proveedora o el proveedor… sin que las personas puedan discutir o modificar substancialmente su contenido al momento de contratar".

90 Melich: obra citada, p. 770.

Dar una buena solución legal a los problemas de los contratos de adhesión y las cláusulas abusivas debe, en mi opinión, acarrear el rechazo de las teorías de la rescisión por lesión y la imprevisión. En efecto, ambas teorías tienen vocación de erigirse en regla general, para alterar aquellos acuerdos que nacieron poco equitativos o que dejaron de ser equilibrados en virtud de un cambio en el entorno. Pero quitarle efectos a lo pactado sólo se justifica verdaderamente en presencia de un contrato de adhesión. Efectivamente, si un nexo contractual es libremente negociado, el mismo no debería ser desvirtuado por el mero hecho de que una de las partes consintió algo que no le convenía o dejó de protegerse en el convenio contra posibles novedades perjudiciales para ella, pues debió ser más cuidadosa al discutir el contrato y no dar su consentimiento a la ligera[91]. En las relaciones entre iguales, que conversan y contratan como pares, sólo una causa extraña que no les sea imputable, tal como un caso fortuito o de fuerza mayor, debería ser susceptible de excusar al contratante que no cumple, conforme al derecho común[92].

La obra que presento hoy le debe mucho a Gert Kummerow, que fue el primero que escribió sobre el tema en Venezuela[93], a los académicos José Melich Orsini[94] y Alfredo Morles Hernández[95] y a otros destacados autores venezolanos[96].

---

91 Ni la rescisión por lesión, ni la teoría de la imprevisión, se han impuesto en Venezuela, porque nuestro ordenamiento jurídico tiende a privilegiar lo convenido sobre lo no convenido. Sin embargo, muchos estudiosos, como los doctores Luis Felipe Urbaneja, Eloy Maduro Luyando, Alfredo Morles Hernández y James Otis Rodner, son o han sido partidarios de la teoría de la imprevisión. Al respecto, véase Rodner, James Otis: El Dinero, Caracas, 2005, pp. 708 y ss.

92 Como regla general, se considera que solamente un evento imprevisible e irresistible, es decir, un caso fortuito o evento de fuerza mayor, libera al deudor del contrato, o, visto desde otra óptica, se necesita una causa extraña no imputable al obligado para excusarlo del cumplimiento de su obligación contractual. En efecto, el Código Civil dispone que "El deudor será condenado al pago de los daños y perjuicios, tanto por inejecución de la obligación como por retardo en la ejecución, si no prueba que la inejecución o el retardo provienen de una causa extraña que no le sea imputable, aunque de su parte no haya habido mala fe" (artículo 1271), y que "El deudor no está obligado a pagar daños y perjuicios, cuando, a consecuencia de un caso fortuito o de fuerza mayor, ha dejado de dar o de hacer aquello a que estaba obligado o ha ejecutado lo que estaba prohibido (artículo 1272).

93 Kummerow, Gert: Algunos Problemas Fundamentales del Contrato por Adhesión en el Derecho Privado, Caracas, 1981; y Esquema del Daño Contractual Resarcible según el Sistema Normativo Venezolano, Caracas, 1964.

94 Melich Orsini, José: Las Condiciones Generales de Contratación y Cláusulas Abusivas, obra citada; Las Particularidades del Contrato con Consumidores, obra citada; La Naturaleza del

Mi interés en el Derecho de Obligaciones y los Derechos Bancario y de Seguros se lo debo a mi padre, Manuel Acedo Mendoza, cuyas enseñanzas y ejemplo me llevaron a estudiar leyes, a trabajar junto a él como abogado y a escribir con él un libro[97]; al académico Enrique Lagrange, quien me enseñó Obligaciones durante mi ejercicio profesional, y a mis demás socios, que complementaron mi formación[98]; al académico James Otis Rodner y a Eloy Anzola, mis profesores de Obligaciones y de Responsabilidad Civil, respectivamente, en la Universidad Católica Andrés Bello; a Christian Larroumet, mi profesor de Obligaciones en la Universidad de París 2; a Denis Talon, tutor de mi tesis doctoral en esta universidad[99]; y al académico Alberto Baumeister Toledo, quien me motivó para estudiar las cláusulas abusivas[100].

Contrato de Adhesión Considerado en las Leyes que Regulan el Derecho de Consumo, obra citada; Doctrina General del Contrato, Caracas, 1997; Estudios de Derecho Civil, tomo 2, Caracas, 1975; y La Prescripción Extintiva y la Caducidad, Caracas, 2002.

95 Morles Hernández, Alfredo: Curso de Derecho Mercantil, Tomos I y IV, Caracas, 2004; El nuevo modelo económico del socialismo del siglo XXI y su reflejo en el contrato de adhesión, Revista de Derecho Público número 111, julio-septiembre 2008; 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; y La reforma del contrato de seguro. Una burla constitucional más, obra citada.

96 El doctor Kummerow publicó hace más de treinta años su obra sobre los contratos de adhesión; en mi libro, yo relaciono este tema con el problema de las cláusulas abusivas, aprovechando los aportes mucho más recientes de los académicos Melich y Morles, y de otros distinguidos juristas, tales como Eloy Maduro Luyando y el académico Emilio Pittier Sucre, María Candelaria Domínguez Guillén, Luis Corsi, Sheraldine Pinto Oliveros, Claudia Madrid Martínez y José Ignacio Hernández G.

97 Acedo Mendoza, Manuel, y Acedo Sucre, Carlos Eduardo: Temas sobre Derecho de Seguros, Caracas, 1999, p. 126. Este libro, en cuanto concierne a mi padre, fue publicado póstumamente.

98 Mendoza, Palacios, Acedo, Borjas, Páez Pumar & Cía. ha sido para mí una escuela. Aprendí mucho de todos los socios. Aparte de los prenombrados Leopoldo Borjas, Enrique Lagrange y Carlos Mendoza, merecen mención especial Alejandro Graterol, ya fallecido, y Oswaldo Páez Pumar, de quien todavía aprendo mucho. Los socios de mi generación incluyen, entre otros, a mis dos hermanos abogados, Manuel Acedo Sucre y Luisa Acedo de Lepervanche. Con esta última tengo una deuda de agradecimiento, pues se leyó los borradores sucesivos de mi trabajo de incorporación a la Academia, me corrigió varios errores y me dio algunos consejos. Las equivocaciones que quedan en mi libro son mías, no de ella.

99 Acedo Sucre, Carlos Eduardo: La Función de la Culpa en la Responsabilidad Civil por Hecho Ilícito en el Derecho Venezolano, Comparado con los Derechos Francés e Italiano, Caracas, 1993, p. 409.

100 El doctor Baumeister promovió mi participación en el VI Congreso Ibero-Latinoamericano de Derecho de Seguros, sobre *Retos y Oportunidades del Seguro y del Reaseguro en el Nuevo Milenio,* efectuado en Cartagena de Indias, Colombia, del 24 al 27 de mayo de 2000, en el

Este libro está dedicado a mi esposa, Teresita Betancourt de Acedo, y a nuestros tres hijos, Teresita, Eduardo y Luisa Elena Acedo Betancourt. Ellos cuatro son lo mejor que me ha pasado en la vida.

Para terminar, deseo repetir unas palabras de quien fue nuestro presidente hasta antier, el académico Eugenio Hernández-Bretón: "La Academia de Ciencias Políticas y Sociales está al servicio del país, y servir al país es un honor"[101].

Muchas gracias.

Caracas, 23 de marzo de 2017.

---

cual me correspondió desempeñarme como relator respecto del tema *Evolución y Perspectivas de la Protección del Asegurado*. En dicho evento me tocó comentar los trabajos de dos profesores colombianos, a saber: Venegas Franco, Alejandro: Evolución y Perspectivas de la Protección del Asegurado, en Retos y Oportunidades del Seguro y del Reaseguro en el Nuevo Milenio, Memorias del Sexto Congreso Ibero-Latinoamericano de Derecho de Seguros, Cartagena de Indias, mayo de 2000, pp. 55 y ss.; y Jaramillo Jaramillo, Carlos Ignacio: La Protección del Consumidor y sus Principales Manifestaciones en el Derecho de Seguros Contemporáneo: Examen Descriptivo, en Retos y Oportunidades del Seguro y del Reaseguro en el Nuevo Milenio, obra citada, pp. 110 y ss.; y en Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros N° 15, Bogotá, 2000, pp. 129 y ss. Con motivo de dicho evento, publiqué el siguiente artículo, que fue mi primer trabajo sobre el tema: Acedo Sucre, Carlos Eduardo: Protección del Asegurado y Cláusulas Abusivas, en Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros N° 15, Bogotá, 2000, pp. 147 y ss.

101 Hernández-Bretón, Eugenio: La Academia de Ciencias Políticas y Sociales en el contexto venezolano, colaboración de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela para el IX Congreso de Academias de Ciencias Jurídicas y Sociales, celebrada en Asunción, Paraguay, los días 22 a 24 de septiembre de 2016.

DISCURSO DE CONTESTACIÓN

DEL **ACADÉMICO JAMES OTIS RODNER**

Dr. Carlos Eduardo Acedo Sucre, Individuo de Número Electo;

Presidente y demás miembros de la junta directiva de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales;

Señores Académicos;

Señores Presidentes de otras Academias;

Sra. Teresita Betancourt de Acedo; Teresita, Eduardo y Luisa Elena Acedo Betancourt, Nini Sucre de Acedo y demás miembros de la familia Acedo Sucre;

Miembros de la familia del Dr. Tomás Enrique Carrillo Batalla;

Invitados especiales;

Señoras, señores:

El Dr. Tomás E. Carrillo Batalla combinó su formación como abogado con un doctorado en economía, logrando una mezcla insuperable de ambas ciencias, la cual se refleja claramente en su obra escrita así como en su vida pública. Conversar con el Dr. Carrillo Batalla fue para mí siempre una experiencia valiosa y amena. A pesar de todos los logros de su vida, era una persona sencilla y accesible que compartía sus conocimientos con generosidad y sin mezquindades. Su formación en varias ciencias siempre le daba una visión completa de los problemas. Era, de acuerdo con la expresión del famoso pensador y jurista británico Jeremy Bentham, un "ciudadano del mundo". Corresponde hoy a mi buen amigo y alumno Carlos Eduardo Acedo, sustituir al Dr. Carrillo Batalla en el sillón no. 12. Para mi constituye una especial distinción que Carlos Eduardo me haya escogido para dar contestación a su discurso de incorporación, lo que fue ratificado por mis colegas académicos, a quienes también agradezco este gesto.

Conozco a Carlos Eduardo Acedo desde hace más de 35 años. En 1980 fue uno de mis mejores alumnos en el curso de obligaciones en la Universidad Católica Andrés Bello. Como estudiante demostraba

una curiosidad por indagar y analizar problemas jurídicos nuevos en el campo de las obligaciones con una rigurosidad sorprendente. Esta inclinación y capacidad analítica en el campo de las obligaciones se refleja en su interés en la investigación jurídica, la cual aparece en su obra comprendida en tres libros y más de 46 artículos sobre temas jurídicos. Además del campo de las obligaciones y los contratos donde está concentrada la obra de Carlos Eduardo Acedo, el nuevo académico tiene obras de especial relevancia en el campo de los seguros. Este interés en la materia de seguros se refleja en el hecho de ocupar múltiples cargos directivos en empresas de seguros, así como director de la Asociación de Derecho de Seguros por más de 14 años. También tiene obras el nuevo académico en el derecho bancario, así como sobre temas de arbitraje que tanto se han desarrollado en Venezuela después de la aparición de la Ley de Arbitraje Comercial de 1998.

Carlos Eduardo tiene una educación con una influencia de los jesuitas como egresado del Colegio San Ignacio y luego de la Universidad Católica Andrés Bello, de donde se gradúa en 1982 con la mención Cum Laude, pero no se limita a una formación de pregrado. En 1982 toma unos cursos breves en Derecho Comercial, Créditos y Garantía en la conocida Queen's Mary College de la Universidad de Londres. Más tarde, en 1985, se traslada a Francia y cursa en la Universidad de París 2 y obtiene en 1986 el diploma superior de la Universidad en Derecho Civil con mención de distinción. Luego cursa el doctorado en la misma Universidad de París 2, obteniendo en 1988 el diploma de Estudios Doctorales igualmente con mención de honor. Es para su doctorado que Carlos Eduardo prepara su estudio sobre la *Función de la culpa en la Responsabilidad por Hecho Ilícito* ("*La place de la faute dans la responsabilité délictuelle en droit vénézuélien, comparé au droit français et au droit italien*") con un jurado que incluyó a los conocidos juristas franceses André Tunc y Denis Tallon. Esta obra, originalmente en idioma francés, la traduce al castellano y publica en 1993 su obra titulada *La Función de la Culpa en la Responsabilidad por Hecho Ilícito* en el derecho venezolano comparado con los derechos francés e italiano. En Francia, Carlos Eduardo Acedo solidifica su interés en el campo de las obligaciones y los contratos como alumno, entre otros muchos, de los conocidos juristas Christian Larroumet y Gérard Cornu.

En 1989 después de su retorno a Venezuela y por varios años, Carlos Eduardo Acedo dicta cursos en el postgrado de la Universidad Central de Venezuela sobre Responsabilidad Civil, Incumplimiento Contractual e Ilícito Civil como hechos generadores de Responsabilidad y La Relación de Causalidad y Reparación del Daño.

PERFIL FAMILIAR

Carlos Eduardo Acedo viene de una familia donde lo jurídico así como la literatura forman una parte integrante del quehacer diario. Tanto su abuelo como su padre y dos de sus hermanos tienen una formación jurídica. Más aún, en su familia también existe una devoción a la escritura. Su abuelo, Carlos Acedo Toro, fue presidente de la Sala de Casación Civil y luego presidente de la Corte Suprema de Justicia. Civilista por convicción, su jurisprudencia se encuentra publicada y forma parte de la historia de nuestro Derecho civil.

El padre de Carlos Eduardo Acedo, Manuel Acedo Mendoza, fue una combinación de abogado, jurista y empresario, quien tuvo una participación fundamental en la etapa de industrialización de Venezuela. Fue la mano derecha de Eugenio Mendoza y luego coordinador de las empresas Mendoza. Antes de la promulgación de la primera Ley de Mercado de Capitales de Venezuela en 1975, Manuel Acedo Mendoza diseñaba la colocación de acciones y bonos por oferta pública. Las emisiones del Grupo Mendoza ya eran un paradigma de las emisiones de acciones y obligaciones por oferta pública para el momento de la aparición de la Ley de Mercado de Capitales.

Como señala Benito Raúl Losada en su prólogo de *Una semblanza de Manuel Acedo Mendoza*[102], éste no fue un superhombre o un héroe, sino un hombre normal, sencillo, pero con virtudes que todos podemos tratar de igualar. Virtudes que como escribía Benito Raúl Losada en 1990, son importantes para los momentos actuales. Manuel Acedo Mendoza tuvo una vida política, pero no partidista.

[102] Una semblanza de Manuel Acedo Mendoza, por Adán Celis y Luisa Teresa Acedo de Lepervanche, Caracas (1991). Las referencias a Manuel Acedo Mendoza están tomadas básicamente de esta obra, así como de conversaciones con el nuevo académico.

Se afirma en su biografía que se iba a inscribir en Acción Democrática, pero después del golpe de 1945 decidió no hacerlo. Por ello, posiblemente fue durante un período largo después de la democracia en 1959, un intermediador entre las posiciones de Acción Democrática y el partido Copei. En 1962 fue asesor ad honorem del entonces Ministro de Hacienda, Andrés Germán Otero, con la tarea difícil de restructurar la hacienda pública venezolana y luego vicepresidente del Consejo Supremo Electoral en la primera transición democrática entre un gobierno de Acción Democrática y un gobierno de Copei (el primer gobierno de Rafael Caldera).

Al igual que su hijo, que hoy se incorpora a esta Academia, Manuel Acedo Mendoza quiso siempre compartir sus experiencias y conocimientos, para lo cual desarrolló una obra escrita. Su libro más importante, el cual sigue siendo una referencia obligatoria en el derecho mercantil, fue el de *La Sociedad Anónima*, publicado originalmente en 1976[103], con una segunda edición preparada conjuntamente con su hija Luisa Acedo de Lepervanche.[104]

El antecedente de este libro fueron los apuntes sobre sociedades anónimas que preparó Manuel Acedo Mendoza para impartir sus cursos en la Universidad Central de Venezuela.

Nuestro nuevo académico vive y se desarrolla en una familia de escritores. Su abuelo, con la publicación de la jurisprudencia (recopilación de sus sentencias), su padre con sus varias obras, incluyendo la ya mencionada *La Sociedad Anónima*, así como sus hermanos, incluyendo su hermana Luisa Acedo de Lepervanche, quien además de ser coautora en la segunda edición de la obra de su padre sobre sociedades anónimas, tiene varios artículos de derecho societario, derecho de seguros y otros. Su hermano, Manuel Acedo Sucre es abogado en ejercicio y además actualmente se dedica al género de la novela, siendo sus obras más recientes *Nosotros todos*, *La misa* y *La otra cara*. Recientemente leí su obra *Nosotros todos*, la cual recomiendo sin vacilar.

Esta novela descubre lo profundamente artificial de una parte importante de nuestra sociedad actual, donde algunos gozan de una

---

[103] Acedo Mendoza, Manuel, Temas sobre la sociedad anónima, Caracas (1976).

[104] Manuel Acedo Mendoza y Luisa Teresa Acedo de Lepervanche, La sociedad anónima, Caracas (1985).

riqueza fácil que nace de una falta absoluta de ética y donde la inercia es producto de la falta de coraje. La historia estudia los eventos viendo su individualidad propia y no como eventos que pertenecen a una clase o categoría[105]. Para conocer y juzgar un hecho, nos decía el conocido filósofo italiano Benedetto Crocce, hay que pensarlo en su propia esencia, en su carácter propio en la esfera del hacer humano[106]. La obra de Manuel Acedo Sucre, hermano de nuestro nuevo académico, nos ayuda a conocer la naturaleza propia de la experiencia, por la cual estamos atravesando, el hacer humano de esta experiencia, cosa que es más importante que tratar de encuadrarla en una clase o categoría.

El perfil de la familia de nuestro nuevo académico explica la inclinación de Carlos Eduardo Acedo para producir obras novedosas en el campo del derecho, donde a pesar de que ya tiene una bibliografía importante, estoy seguro que se seguirá expandiendo después de su incorporación a esta Academia.

EL CONTRATO DE ADHESIÓN

El discurso que acabamos de disfrutar del nuevo miembro de la Academia nos introduce al tema difícil del derecho civil moderno relativo a las Cláusulas Abusivas y el Contrato de Adhesión. El contrato de adhesión es un tema en el derecho de las obligaciones aún en un proceso de evolución. A pesar de que apareció en la doctrina francesa en 1901[107], adquiere su importancia en el desarrollo de la economía del consumidor de la segunda mitad del siglo XX[108]. El discurso del nuevo académico sobre los contratos de adhesión es un sumario de un trabajo más extenso que se materializa en su nuevo libro *Las cláusulas abusivas y el contrato de adhesión* que preparó para su incorporación en esta Academia y el cual está en proceso de

105 Patrick Gardiner, The nature of historical explanations, Oxford (1952), p. 40.

106 Benedetto Crocce, La storia como pensiero e come azione, Nápoles (2003), pp. 45 y 299.

107 R. Salleilles, De la déclaration de volonté, contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code Civil Allemand, 1901, G. Dereux, De la nature juridique des contrats d'adhésion, RT DCIV, 1910, 593, citas tomadas de F. Terré, P. Stimler e Y. Lequette, Droit des obligations, 9a. Ed., París (2005), sec. 196, p. 202.

108 Jacques Ghestin, Grégoire Loisseau e Yves Marie Serinet, La formation du contrat, Tomo 1, 4a. Ed., París (2013), sec. 385, p. 290.

publicación (por cierto, lo recomiendo como pieza importante en la biblioteca de cualquier abogado en ejercicio, especialmente los que están dedicados a la redacción y revisión de contratos y los que deban defender a sus clientes contra cláusulas abusivas).

A pesar de que en los últimos años notables juristas en Venezuela han publicado artículos y comentarios sobre diferentes aspectos del contrato de adhesión[109], la obra de Carlos Eduardo Acedo, nuestro nuevo académico, es la primera obra completa sobre el tema, desde la aparición en 1981 del conocido trabajo *El contrato de adhesión*[110] del hoy desaparecido jurista Gert Kummerow. Con licencia de Carlos Eduardo Acedo, voy a dar una muy breve reseña sobre Gert Kummerow. Gert Kummerow nació en Valencia en 1930. Descendía de una familia alemana originaria de Hamburgo. Constituyó uno de los mejores investigadores del derecho en Venezuela en la segunda mitad del siglo XX, además de un docente dedicado. Fue profesor de la Universidad Central de Venezuela por más de 30 años. Gert Kummerow fue abogado compilador del Instituto de Codificación y Jurisprudencia del Ministerio de Justicia, participando en la extraordinaria obra en la jurisprudencia de los tribunales de instancia, lamentablemente descontinuada a partir de 1978 y que es la mejor compilación de jurisprudencia en Venezuela. También fue secretario de la conocida biblioteca de los tribunales del Distrito Federal (conocida como la Biblioteca Rojas Astudillo).

Su obra jurídica fue extensa e incluye los contratos de adhesión, tema que retoma nuestro académico hoy. Igualmente, entre muchas

---

[109] Entre los cuales se destacan, Alfredo Morles Hernández, La total desaparición del contenido dispositivo en los contratos de adhesión, Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, UCV, No. 132 (2008), pp. 131 et seq; Sheraldine Pinto Olivera, Notas sobre la protección (contractual) del consumidor en América del Sur, publicado en Sistema Jurídico Romanista y Subsistema Latinoamericano, Bogotá, Universidad Externado de Colombia (2013), pp. 421 et seq; La protección del consumidor en el derecho venezolano, Revista de Direito do Consumidor, Instituto Brasileiro de Politica e Direito do Consumidor, Año 21, Vol. 81 (2012), pp. 79 et seq; Luis Corsi, Contribución al estudio de las cláusulas de exoneración y limitación de la responsabilidad contractual, Revista de Derecho TSJ (2002), Vol. 7; José Melich Orsini; La naturaleza del contrato de adhesión considerado en las leyes que lo regulan, en el libro homenaje a Alfredo Morles Hernández, UCAB, Caracas (2010), Vol. 1, Capítulo 19, pp. 761 et seq y Doctrina general del contrato, 4ª Ed., ACPS, Serie Estudios No. 61, 2006, secciones 344 B y C, p. 539, 539 et seq.

[110] Kummerow, Gert, Algunos problemas fundamentales del contrato por adhesión en el derecho privado, Caracas (1981), correspondiente a la tesis de Gert Kummerow a la Universidad Central de Venezuela en 1956.

otras obras, se puede mencionar *La dimensión del débito pecuniario*, *El daño contractual resarcible* y *Bienes y derechos reales*.

Estoy seguro que el Dr. Gert Kummerow apreciaría mucho la iniciativa de nuestro nuevo académico, de retomar el tema de los contratos de adhesión y las cláusulas abusivas y colocarlos en su contexto posmoderno con la visión nueva y más amplia que usa Carlos Eduardo Acedo, ajustando su trabajo a la realidad económica y comercial actual. Más aún, en el nuevo libro de Carlos Eduardo Acedo se tratan en forma conjunta las cláusulas abusivas y el contrato de adhesión, presentando por primera vez un estudio en Venezuela en detalle sobre las cláusulas abusivas.

No existe una definición única sobre el contrato de adhesión. El nuevo académico, en su nuevo libro (capítulo 1) hace un análisis exhaustivo de las diferentes definiciones que han aparecido, inclusive en las normas de protección al consumidor en Venezuela, muchas de las cuales se contradicen, así como en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (capítulo 1). Simplificando estas definiciones y buscando los elementos esenciales para la identificación de un contrato de adhesión, éste se puede entender como el contrato con cláusulas establecidas unilateralmente por uno de los contratantes sin que el adherente pueda discutir o modificar sustancialmente su contenido[111]. Una definición simplificada aparece en el nuevo Código Civil francés de 2016, donde el contrato de adhesión se define como aquel "donde las condiciones generales del contrato, las cuales no se pueden negociar, están determinadas anticipadamente por una de las partes" (CC.Fr, art. 1110, primer aparte)[112].

---

[111] Definición tomada del Proyecto de Ley No. 6.960/2002, hoy PLN. 699/2011 de Brasil, tomado de María Helena Diniz, Curso de direito civil brasileiro, teoría das obrigações contratuais e extracontratuais, 32a. Ed., Sao Paulo (2016), p. 107. La definición completa del Proyecto de Ley se refiere a cláusulas aprobadas por la autoridad competente o establecidas unilateralmente por una de las partes. El problema de los contratos aprobados e inclusive impuestos por una autoridad es tratado por Carlos Eduardo Acedo en su libro Cláusulas abusivas y contratos de adhesión, capítulo III, sección 2 y presenta otra colección de problemas.

[112] Traducción libre del texto en francés "le contrat d'adhésion es celui dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties". La referencia a las condiciones generales es a los términos del contrato que no se refieren al negocio en particular. Así, en un contrato de venta de un automóvil, el precio en particular, el color del carro, número de seriales, no son condiciones generales, sino términos particulares del contrato específico.

Las disposiciones se imponen a la contraparte por alguna forma de dominación o posición superior que tiene el redactor de las cláusulas y el mismo contrato, por lo que a veces contienen cláusulas abusivas. Entonces, en el contrato de adhesión tenemos: cláusulas no negociadas y no negociables que están preestablecidas por una de las partes. Si las cláusulas tienen un carácter abusivo, o sea, en alguna forma lesionan o constituyen una desproporción en beneficio de la persona que las impone y son aceptadas por la otra parte por la condición débil que tiene frente a contraparte en el contrato, es necesario proteger al adherente contra los efectos de estas cláusulas abusivas sin afectar la relación jurídica. El contrato es el producto del consentimiento.

Carlos Eduardo Acedo nos señala correctamente que los contratos de adhesión aparecen no solamente en contratos de consumidores de bienes y servicios. También hay contratos de adhesión en los contratos de franquicia, los famosos contratos deportivos, contratos de venta o importación de tecnología. El co-contratante que acepta el contrato de adhesión no necesariamente es un débil jurídico en el sentido de una persona de poco patrimonio. Existen casos donde grandes empresas se ven obligadas a aceptar términos y condiciones preestablecidas en contratos para los efectos de poder realizar una actividad económica.

Del discurso que nos acaba de presentar Carlos Eduardo Acedo hay cuatro puntos importantes que más resaltan y los cuales son de gran importancia para entender el contrato de adhesión en Venezuela:

(a) En primer lugar, no existen en Venezuela en este momento normas de derecho positivo que regulen el contrato de adhesión, principalmente por efecto de la derogación de las normas en materia de contratos de adhesión contenidas originalmente en la Ley de Protección al Consumidor (1992). Por ello es necesario, como nos señala Carlos Eduardo Acedo, desarrollar una doctrina sobre los contratos de adhesión y específicamente sobre el contenido de las cláusulas abusivas utilizando principios generales de derecho, especialmente los contenidos en el Código Civil.

(b) La protección frente a un contrato de adhesión debe extenderse más allá del consumidor de bienes y servicios.

Tradicionalmente los contratos de adhesión se estudiaban como una parte integral de la protección al consumidor, visto éste como el paradigma del débil jurídico. El nuevo académico nos enseña que los contratos de adhesión se presentan hoy en día en una cantidad enorme de negocios modernos, incluyendo las franquicias, los contratos predeterminados en materia de seguros y los contratos bancarios, una serie de contratos de venta de tecnología. El débil en una relación contractual no es únicamente un consumidor parado al final de una cadena en la vida de un producto o un servicio, sino todo adherente en una relación contractual que se enfrenta a su contraparte que tiene una posición de dominio que le permita insistir que las cláusulas predeterminadas no se pueden negociar.

(c) Las cláusulas abusivas no son de la esencia de los contratos de adhesión; sin embargo, se presentan con frecuencia y cuando aparecen se deben identificar y proteger al adherente. Lo difícil de determinar es cuándo una cláusula es abusiva. El contenido abusivo de una cláusula se puede descubrir acudiendo a la equidad y la buena fe.

(d) Carlos Eduardo Acedo nos propone, para resolver el problema de la ausencia de normas positivas, que se promueva una ley especial que regule los contratos de adhesión. La ley establecería normas sobre los contratos de adhesión en general y se incorporaría a las reglas del derecho de los contratos en general. Esta propuesta es especialmente importante porque el problema no solo se presenta en los contratos con consumidores, sino, como ya lo ha señalado Acedo Sucre, en una multitud de nuevos contratos que se presentan en el comercio contemporáneo.

Vacío legislativo relativo al contrato de adhesión

Como nos señala el nuevo académico en su discurso, la derogación de las normas sobre los contratos de adhesión se produjo en 2014 con la adopción de la Ley Orgánica de Precios Justos (LOPJ-2014)[113] que deroga las Leyes de Protección al Consumidor[114]. En

[113] Ley Orgánica de Precios Justos, G.O. 39.715 del 18 de junio de 2014, reformada parcialmente por Decreto No. 1467, G.O. 6.156 del 18 de noviembre de 2014 (LOPJ-2014) y

efecto, la LOPJ-2014 no contiene un capítulo sobre los contratos de adhesión, limitándose a establecer que las personas tienen como derecho individual, *inter alea*, el derecho a la protección en los contratos de adhesión que sean "desventajosos" (LOPJ-2014, artículo 10, De los derechos individuales, No. 10). No define qué es un contrato de adhesión, no define qué es abusivo, y no define los efectos de una cláusula abusiva, a diferencia de lo que hacían las leyes anteriores[115]. Esta derogación fue acompañada por la derogación de las normas sobre contratos de adhesión en la Ley del Contrato de Seguro[116]. El efecto de esta reforma en 2014 es que parece que en Venezuela, en contratos de adhesión con una cláusula abusiva, la cláusula abusiva no es nula, o sea que es vinculante, resultado que a todas luces no se corresponde con el derecho contemporáneo.

La primera pregunta que queda abierta, además del problema que presenta este vacío legislativo creado por la reforma de 2014, es por qué el legislador optó por eliminar las protecciones al consumidor en los contratos de adhesión que tenía la ley desde 1992[117]. Una de las razones parece ser que recientemente en la legislación venezolana el individuo no tiene importancia. La ley está dirigida a regular las actividades de los particulares, pero no a proteger a los particulares. La protección de una persona parecería que ya no es importante para la ley. Lo importante es la regulación de la actividad privada y la imposición de sanciones.

---

por la nueva Ley Orgánica de Precios Justos del 8 de noviembre de 2015, G.O. 40.787 del 12 de noviembre de 2015 (LOPJ-2015).

114 La última de las leyes de Protección al Consumidor tiene un nombre distinto: Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios.

115 Por ejemplo, la Ley de Protección al Consumidor de 1992 afirmaba que las cláusulas abusivas (para lo cual daba una definición) "no producían efecto alguno" (LPC-1992, art. 15, encabezamiento). En la LPCU de 2004, las cláusulas abusivas "se consideraban cláusulas nulas de pleno derecho" (LPCU-2004, art. 87, encabezamiento).

116 La Ley del Contrato de Seguro publicada el 12 de noviembre de 2001 fue derogada por la Ley de la Actividad Aseguradora publicada el 30 de diciembre de 2015, reimpresa el 15 de marzo de 2016.

117 En 1992 se promulga la Ley de Protección al Consumidor (LPC-1992), G.O. 4.403 del 24 de mayo de 1992.

Principios generales de derecho

Para llenar el vacío generado por la ausencia a partir de 2014 de norma positiva que anule o deje sin efecto una cláusula abusiva, Carlos Eduardo Acedo nos propone aplicar los principios generales del derecho, los cuales nos llevan a la protección del débil jurídico en la relación de adhesión, mediante el desarrollo de los principios relativos a la equidad, la buena fe y el orden público, ya contenidos en el Código Civil.

Fundamentalmente, de las normas en el Código Civil sobre buena fe y equidad se generan principios generales del derecho, de los cuales se deriva la necesaria protección del débil jurídico frente a las cláusulas abusivas impuestas en un contrato de adhesión**.** Fundamentalmente, de los principios generales de derecho, Carlos Eduardo Acedo identifica la naturaleza abusiva de una cláusula en un contrato de adhesión.

Los principios generales del derecho son una fuente de derecho (CC, art. 4). Por principios generales de derecho se entienden las reglas generales abstractas que se obtienen mediante la apreciación de las reglas particulares, específicas o circunstanciales, contenidas en el código y llevándolas a un contenido más amplio[118]. Como lo define la jurisprudencia mexicana, los principios generales constituyen verdades jurídicas notorias, de modo que el juez puede dar una solución que el mismo legislador hubiera pronunciado si hubiera previsto el caso[119]. Con la creación de principios generales de derecho se puede regular situaciones jurídicas no previstas expresamente por el legislador[120].

No hay duda que si tomamos la buena fe, la equidad y el orden público, se identifica la naturaleza abusiva de una cláusula predispuesta por una de las partes, la cual no ha sido materia de

---

[118] Guido Alpa, I principi generali, Milán (1993), p. 9. Igualmente citado en mi trabajo Los contratos enlazados, el subcontrato, 2ª. Ed., Caracas (2013).

[119] La jurisprudencia mexicana contenía una sentencia de marzo de 1938 en el amparo promovido por Catalina Mesa de Díaz y coagraviado, jurisprudencia citada en el Tomo 5, pp. 26 y 41 del Seminario de la Federación 1938, cita tomada de Eduardo García Maines, Introducción al estudio del derecho, 1ª Ed. 1940, reimpresión México (1980), p. 384.

[120] Francesco Carnelutti, Teoría general del derecho, traducción de Francisco Javier Osset, Madrid (1955), p. 117.

negociación sino que es impuesta por la parte fuerte del contrato al débil de la relación jurídica. Más aún, de la norma del abuso de derecho (CC, art. 1185) una persona no puede celebrar un contrato (que es el ejercicio de un derecho) excediendo los límites fijados por la buena fe, imponiendo cláusulas abusivas nacidas de su condición fuerte en el proceso de negociación.

El recurso de casación

Por cuanto la protección de la parte débil en un contrato de adhesión en relación a las cláusulas abusivas nace de principios generales de derecho contenidos en el Código Civil, una sentencia de un tribunal de última instancia que no haya reconocido estos principios o no los haya aplicado para proteger a la parte débil en la relación contractual o los haya aplicado a una situación equivocada para los efectos de limitar el efecto de una cláusula abusiva, podría ser casada; el recurso que existiría contra esta sentencia es un recurso de casación por errores de juzgamiento (casación de fondo) ante la Sala de Casación Civil (CPC, art. 313 No. 2). En otras palabras, un principio general de derecho se puede infringir por errónea interpretación, por falsa aplicación y por falta de aplicación. El error acerca del contenido y alcance de un principio general de derecho que se desarrolla de normas del Código Civil es un error de interpretación o comprende la hipótesis de inobservancia de la norma de derecho positivo[121] que dará lugar a la declaratoria con lugar del recurso.

Un recurso, en el caso de un contrato de adhesión, cuando el tribunal de instancia no ha aplicado principios que limiten el uso de las cláusulas abusivas, no es un recurso contra una cuestión de hecho, la cual según nuestra jurisprudencia está reservada a los jueces de instancia que únicamente puede controlarse por la Sala de Casación de acuerdo con el artículo 320 del CC, cuando hay error en el establecimiento de los hechos, error en la valoración de los hechos,

[121] Ver Sentencia SCC, 13 de junio de 1988, ponente Aníbal Rueda, Capero vs. Cantera Catia La Mar, OPT. 1988 No. 7, p. 95; R&G Tomo CV No. 667-88. Igualmente, SCC , 6 de abril de 1994k Alirio Abreu ponente, Elisa Pinchel vs. Bar Restaurante Ñu-Ñu, Expt.. 92-0631, OPT. 1994 No. 4 Tomadas de Patrick Bausdin, Código de Procedimiento Civil, 3ª Ed. Caracas (2011), pp. 455-457.

error en el establecimiento de las pruebas, error en la valoración de las pruebas y especialmente cuando se incurre en suposición falsa. También hay casación, pero en este caso de derecho a secas, cuando el juez califique erróneamente el negocio jurídico y lo subsuma en una norma que no le es aplicable[122].

Observando la jurisprudencia producto de la investigación de Carlos Eduardo Acedo en su obra más extensa en forma de libro, una parte importante viene de la Sala Político Administrativa. Esto se debe a que la jurisprudencia lo que hacía era principalmente analizar actuaciones de las Superintendencias de Bancos y Seguros relativas a contratos bancarios y pólizas, interpretando la Ley de Protección al Consumidor, pero no se dedicó a ver los efectos sobre la relación contractual que tenía la existencia de las referidas cláusulas; y no descubre la violación de los principios de derecho contenidos en el propio Código Civil. Si el carácter abusivo de una cláusula se define de un principio general de derecho que emana del texto de una norma expresa (buena fe y equidad), la falta de aplicación del principio es un supuesto de inobservancia de una norma de derecho.

Contenido de la cláusula abusiva

El estudio del contrato de adhesión es importante cuando en el mismo existe una cláusula abusiva o vejatoria[123]. En efecto, se pueden presentar tres supuestos con efectos diferentes. El primero, y el cual es la materia que trata hoy nuestro académico, es un contrato de adhesión, o sea, con cláusulas predispuestas donde una o más de las cláusulas son abusivas. El efecto es la nulidad de la cláusula o el de considerar la cláusula no escrita[124]. El segundo supuesto es un contrato de adhesión que no contenga una cláusula abusiva. En este

---

122 Sentencia SCC 29 de noviembre de 1995, ponente magistrado Alirio Abreu Burelli, juicio Universidad Central de Venezuela contra Banco Provincial S.A.C.A., expediente 940703SN0569OPT (1995) No. 11, p. 440, cita tomada de Patrick Baudin.

123 El término más usado hoy en día es el de cláusula abusiva. En la doctrina francesa de principios del siglo XX se usaba el término cláusula vejatoria, término que usó el Dr. Kummerow ídem pag.122.

124 El nuevo Código Civil francés establece que en un contrato de adhesión toda cláusula que cree un desequilibrio significativo entre los derechos y obligaciones de las partes en un contrato (cláusula abusiva) se reputa como no escrita, CC.Fr. 2016, art. 1171.

caso porque se trata de un contrato de adhesión, las cláusulas se interpretan a favor de la parte que las aceptó y no a favor de la parte que las redactó[125], pero las cláusulas no son nulas ya que no son abusivas. Solo es relevante la cláusula abusiva. El tercer supuesto es un contrato paritario negociado, que contenga cláusulas abusivas. En este supuesto, como lo señala nuestro nuevo académico, la cláusula es válida ya que es el producto de la negociación entre las partes[126].

De lo anterior es indispensable saber cómo identificar cuándo una cláusula es abusiva. La cláusula abusiva en general es la que produce un desequilibrio marcado entre las prestaciones de las partes. El método seguido para determinar que es una cláusula abusiva ha sido desarrollado por influencia del Código Civil italiano de 1942, el de elaborar una llamada lista negra[127] de cláusulas las cuales, si se incorporan en un contrato de adhesión, se consideran nulas. En el Código Civil italiano, entre otros, se consideran abusivas: las cláusulas que limitan la responsabilidad del proponente, la que le da la facultad de rescindir el contrato o de suspender su ejecución, entre otras (CC.Itl, artículo 1341, primer aparte).

Una lista de las cláusulas abusivas apareció en la Ley de Protección al Consumidor de 1992, y se mantuvo con variaciones hasta la Ley para Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios (LDPABS)[128]. Algunas, no todas, de estas llamadas listas negras están tomadas del Código Civil italiano de 1942, incluyendo la nulidad de la cláusula por la cual se imponga obligatoriamente el uso del arbitraje sobre la cual haré un comentario luego.

---

[125] Es el principio *contra profetentem*, según el cual, en caso de ambigüedad el contrato se interpreta contra la parte que redactó la cláusula. El principio lo adopta la LPCU-2014, art. 36. La norma igualmente se encuentra en los Principios de Unidroit sobre Contratos Comerciales Internacionales, art. 4.6.

[126] En un sentido contrario, sostiene Melich Orsini, en la doctrina venezolana que se pueden adoptar criterios para anular las cláusulas abusivas en un contrato paritario, José Melich Orsini, Doctrina general del contrato, ídem, sec. 344-C, p. 546. Esto en algunos casos se puede producir en un contrato paritario cuando existe lesión objetiva, o sea, cuando existe un desequilibrio en las prestaciones recíprocas. La lesión casi siempre se refiere a un desequilibrio en las prestaciones en suma de dinero.

[127] Término tomado de Sheraldine Pinto O., La protección del consumidor en el derecho venezolano, ídem, p. 209.

[128] Ley de Protección al Consmidor de 1992; Ley de Protección al Consumidor y el Usuario de 2004 (LPC/2004) G.O. 37.930 del 4 de mayo de 2004.

Las listas de las sucesivas leyes mencionadas ya no están vigentes, por cuanto fueron derogadas y hoy en día no existe una lista de cláusulas abusivas en el derecho venezolano, con excepción de la norma en la Ley de Arbitraje Comercial venezolana (LAC)[129] relativa al convenio arbitral (LAC, art. 6). Dos conclusiones. En primer lugar, ya la lista no existe, por lo cual como nos señala el nuevo académico, hay que construirla usando principios generales de derecho contenidos en el Código Civil (incluyendo la buena fe y equidad). En segundo lugar y más complejo es preguntarse si debe existir una lista negra, o sea, un listado fijando lo que es abusivo.

Una alternativa a la elaboración de una lista de cláusulas abusivas es la de desarrollar una definición en la ley, de lo que significa abusivo. El nuevo Código Civil francés de 2016 tomó este paso al establecer que "en un contrato de adhesión, toda cláusula que establece un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes del contrato se reputará como no escrita" (CC.Fr, art. 1171). Esta solución del código francés, como lo señala la nueva doctrina francesa, elevó al nivel de derecho común (el derecho de los contratos en general) la sanción contra las cláusulas que crean un desequilibrio[130], pero solo resuelve el contenido de lo que es abusivo en términos generales y deja a la apreciación del juez o el árbitro en un caso concreto la determinación de si una cláusula en concreto establece un "desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones" (CC.Fr, art. 1171).

En lugar de una definición general sin lista como lo hace la ley francesa, propone nuestro académico en su libro, se puede elaborar una lista de cláusulas sospechosas, las cuales se presumen abusivas salvo prueba en contrario.

La cláusula arbitral como cláusula abusiva

En la lista de cláusulas abusivas contenidas en el Código Civil italiano de 1942 se encuentran la cláusula compromisoria, o sea, el compromiso de someter las controversias a arbitraje. De acuerdo al

[129] Ley de Arbitraje Comercial, abril de 1988.
[130] Gaël Chantepie y Mathias Latina, La réforme du droit des obligations, París (2016), p. 363.

código italiano, no tiene efecto la cláusula compromisoria en el contrato predispuesto por una de las partes (contrato de adhesión), excepto cuando ésta esté "específicamente aprobada por escrito". Esta norma del código italiano de 1942 fue copiada en la Ley de Arbitraje Comercial venezolana de 1998 (LAC), la cual establece que "en los contratos de adhesión y en los contratos normalizados, la manifestación de voluntad de someter el contrato a arbitraje deberá hacerse en forma expresa e independiente" (LAC, art. 6, único aparte).

La Ley de Arbitraje Comercial venezolana está tomada en parte de la Ley Modelo Uncitral de 1985 y en parte de algunas normas del Código de Comercio colombiano. En la Ley Modelo Uncitral de 1985 no existe una norma similar al artículo 6 de la Ley de Arbitraje Comercial venezolana. Posiblemente el legislador venezolano tomó esta norma del Código Civil italiano de 1942. En 1942 el arbitraje era visto como excepcional y como abusivo o vejatorio. Esta posición contraria al arbitraje, el ver el arbitraje como vejatorio, ya aparecía en los Códigos de Procedimiento Civil venezolanos hasta e inclusive la reforma de 1985. En 2017 el arbitraje es visto desde una óptica diferente. Ya la misma Constitución de 1999 promueve el arbitraje (CN 258). La norma expresa continúa en la Ley de Arbitraje Comercial (LAC) por lo cual siempre se tendrá que tratar con cuidado, pero la cláusula compromisoria de por sí ya no se puede ver como abusiva o vejatoria. Es posible que una cláusula en particular sea abusiva, por ejemplo una cláusula que somete a arbitraje con un solo árbitro nombrado por un centro de arbitraje particular o en una jurisdicción difícil, pero esto no se debe al arbitraje sino a la forma de nombrar a los árbitros.

Ley de los contratos de adhesión; directiva europea

El nuevo académico trae como conclusión de su presentación hoy la conveniencia de adoptar una ley especial sobre los contratos de adhesión y nos expone un sumario de lo que debe contener esta ley. En muchos países, los contratos de adhesión están sujetos a leyes especiales como es el caso de la directiva del Parlamento Europeo de 2011 (Directiva 2011/83 del 25 de octubre de 2011). Esta normativa

europea sin embargo está dirigida "a la protección de los consumidores" (Directiva 2011/83). En efecto, las leyes que tratan las cláusulas abusivas, en su mayoría van dirigidas a la protección del consumidor, o sea que solo alcanzan las relaciones con el consumidor final en una cadena de elaboración y distribución de bienes y servicios.

La propuesta de nuestro nuevo académico es más general, en algo parecida a la forma que se trata el contrato de adhesión en el nuevo Código Civil francés de 2016, o sea, la de establecer una regulación del uso de cláusulas abusivas en los contratos de adhesión en general, o sea, la de incorporar en el derecho de los contratos el concepto de contrato de adhesión, así como la identificación de la cláusula abusiva y el de fijar el efecto de ésta.

INDICE

PRIMERA PARTE
CLÁUSULAS ABUSIVAS Y CONTRATOS DE ADHESIÓN EN GENERAL…… 67

CAPÍTULO I
PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA…….. 69
1) Noción de contrato de adhesión…….. 71
2) Noción de cláusula abusiva…… 91
3) Protección contra las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión 103
4) Diferencia entre la protección contra cláusulas abusivas y el abuso de derecho, la rescisión por lesión y la teoría de la imprevisión…… 109
   4.1) Protección contra cláusulas abusivas y abuso de derecho…….. 109
   4.2) Protección contra cláusulas abusivas y rescisión por lesión y teoría de la imprevisión…… 110
5) Utilidad social del contrato de adhesión: las cláusulas abusivas como patología…….. 114
6) Los contratos de adhesión y las cláusulas abusivas en el sector bancario y asegurador…….. 123

CAPÍTULO II
FUERZA OBLIGATORIA E INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO DE ADHESIÓN…….. 129
1) Fuerza obligatoria del contrato de adhesión…… 131
2) Interpretación del contrato de adhesión…… 146

CAPÍTULO III
CONTROL DEL ESTADO SOBRE LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN. 157
1) Tipos de control del Estado sobre los contratos de adhesión…….. 159
2) La aprobación previa de la autoridad competente…….. 167
2.1) La aprobación previa del regulador bancario con respecto a ciertos contratos ofrecidos por la banca…… 170
2.2) La aprobación previa del regulador de seguros con respecto a la generalidad de los contratos ofrecidos por las aseguradoras y las empresas asimilables a éstas…… 175
3) Límites a la autoridad del Estado sobre los contratos de adhesión…... 185

CAPÍTULO IV
REQUISITOS DE LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN……... 193
1) Requisitos de forma de los contratos de adhesión……... 196
1.1) Necesidad de las cláusulas sean claras y precisas……... 196
1.2) Necesidad de que el contrato sea legible y esté asequible…….. 199
1.3) Requisitos para la remisión a otros textos…… 202
1.4) Obligación de imprimir ciertas cláusulas de ciertos contratos en caracteres destacados……... 205
2) Requisitos de fondo de los contratos de adhesión……... 210
2.1) Prohibición de cláusulas abusivas…….. 210
2.2) Necesidad de que la cláusula esté incluida en el contrato de adhesión, y no en un documento separado, susceptible de ser rechazado, para que califique como abusiva……... 215
2.3) Prohibición de cláusulas insólitas o sorpresivas……... 223
2.4) Nulidad de la cláusula abusiva, y no del contrato……... 225

CAPÍTULO V
CAUSALES DE IMPUGNACIÓN DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS… 229
1) Argumentos a disposición de los adherentes a cláusulas abusivas: generalidades…… 231
2) Contravención del orden público……... 232
3) Violación del requisito de buena fe y de los postulados de la equidad 234
4) Rigor en el análisis de los vicios del consentimiento……... 245
5) Severidad en la apreciación de la culpa…… 246
6) Irrevocabilidad de los contratos…….. 246

SEGUNDA PARTE
CONTRATOS DE ADHESIÓN Y CLÁUSULAS ABUSIVAS EN PARTICULAR…….. 249

CAPÍTULO I
CONTRATOS DE ADHESIÓN QUE ESTABLECEN PRESTACIONES GROSERAMENTE DESPROPORCIONADAS…….. 257

CAPÍTULO II
CONTRATOS DE ADHESIÓN QUE PREVÉN MODIFICACIONES UNILATERALES DEL PRECIO O DE CUALQUIER OTRO ELEMENTO DEL CONTRATO……... 265
1) Contratos de adhesión que permiten al proponente modificar unilateralmente su clausulado…… 267
2) Contratos de adhesión que establecen incrementos unilaterales de precio…….. 277

CAPÍTULO III
CONTRATOS DE ADHESIÓN MODIFICATORIOS DE LA EXTENSIÓN DE LAS OBLIGACIONES QUE CORRESPONDERÍAN A LAS PARTES SEGÚN DISPOSICIONES LEGALES SUPLETORIAS…… 285

CAPÍTULO IV
CONTRATOS DE ADHESIÓN CONTENTIVOS DE UNA CLÁUSULA DE EXONERACIÓN TOTAL O PARCIAL DE RESPONSABILIDAD, O DE CUALQUIER OTRA CLÁUSULA CUYO OBJETO SEA LA REGULACIÓN DE LOS EFECTOS DEL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES…….. 297
1) Cláusulas que regulan la responsabilidad civil…… 299
   1.1) Agravación de la responsabilidad civil…… 299
   1.2) Exclusión o limitación de la responsabilidad civil…….. 300
      1.2.1) Validez de los convenios o cláusulas de exoneración de responsabilidad…… 300
      1.2.2) Convenios o cláusulas de inversión de la carga de la prueba……... 309
      1.2.3) Cláusulas de exoneración de responsabilidad o de inversión de la carga de la prueba en los contratos de adhesión…… 310
      1.2.4) Cláusulas de exoneración de responsabilidad o de inversión de la carga de la prueba en la legislación venezolana…… 312

1.2.5) Cláusulas de exoneración de responsabilidad versus cláusulas que limitan el alcance de las obligaciones o cláusulas que definen el tipo de responsabilidad……... 315
1.2.6) Exclusión o limitación de la responsabilidad civil en los contratos bancarios…….. 318
1.2.7) Exclusión o limitación de la responsabilidad civil en las pólizas de seguro…….. 338
2) Cláusulas de terminación unilateral en caso de incumplimiento…….. 342
3) Cláusulas solve et repete…….. 342
4) Cláusulas relativas a otros aspectos vinculados a la actuación del derecho de crédito surgido del contrato de adhesión…….. 343

CAPÍTULO V
CONTRATOS DE ADHESIÓN CONTENTIVOS DE CLÁUSULAS EN MATERIA DE CADUCIDAD O PRESCRIPCIÓN……... 345
1) Caducidad contractual…….. 347
1.1) Cláusulas de caducidad en los contratos de adhesión……... 347
1.2) Cláusulas de caducidad en las pólizas de seguro……... 360
1.2.1) Cláusula de caducidad por no avisar el siniestro a tiempo…… 363
1.2.2) Cláusula de caducidad por no demandar a tiempo a la aseguradora…….. 368
1.3) Cláusulas de caducidad en los contratos bancarios…… 371
2) Regulación de la prescripción extintiva…….. 373

CAPÍTULO VI
CONTRATOS DE ADHESIÓN RESPECTO DE LOS CUALES EXISTEN ACUERDOS DE REGULACIÓN DE LA JURISDICCIÓN O DE ARBITRAJE……... 379
1) Regulación de la jurisdicción……... 381
2) Acuerdos de arbitraje……... 387
3) Acuerdos de arbitraje respecto de las pólizas de seguro…… 390
3.1) Intento de establecer un arbitraje obligatorio y de equidad ante la Superintendencia de Seguros en los litigios de baja cuantía…. 390
3.2) Cláusula sobre arbitraje en la generalidad de las pólizas de seguro…… 391
3.3) Cláusula sobre arbitraje en las pólizas de Mercantil Seguros y laudos al respecto…… 402
3.4) Conclusiones……... 405

CAPÍTULO VII
CLÁUSULAS RELATIVAS A LA VIGENCIA DEL CONTRATO DE ADHESIÓN…….. 409
1) Renovación automática del contrato…….... 411
2) Facultad del proponente para suspender o terminar unilateralmente el contrato de adhesión.…… 412
3) Derecho del adherente a arrepentirse……... 419

CAPÍTULO VIII
OTRAS CLÁUSULAS QUE PODRÍAN SER CONSIDERADAS ABUSIVAS CON RESPECTO A UN CONTRATO DE ADHESIÓN…..… 423
1) Limitación o condicionamiento del ejercicio de derechos……... 425
2) Modalidades contrarias al uso y costumbre…….. 426
3) Supresión de derechos que normalmente corresponderían a la contraparte del proponente……. 427
4) Establecimiento de obligaciones que normalmente no tendría la contraparte del proponente……. 427
5) Compromiso de asumir otras obligaciones……... 428
6) Limitaciones de celebrar otros contratos……... 431

CONCLUSIONES……... 435

PRIMERA PARTE

CLÁUSULAS ABUSIVAS Y CONTRATOS DE ADHESIÓN EN GENERAL

CAPÍTULO I

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1) Noción de contrato de adhesión

Los contratos son convenciones entre dos o más personas naturales o jurídicas, usualmente para constituir y reglar entre ellas un vínculo jurídico, siendo uno de sus elementos esenciales el consentimiento de éstas (artículos 1133 y 1141 del Código Civil). Ahora bien, en muchas relaciones contractuales, una de las partes —usualmente una persona jurídica que provee al público determinados bienes o servicios— exige del otro contratante aceptar un conjunto de normas que rigen la vinculación entre aquélla y su clientela, globalmente considerada. Este conjunto de normas tiene naturaleza convencional y ha sido denominado *condiciones generales de contratación*, *contrato tipo*, *contrato estandarizado*, *contrato predispuesto*, *contrato en serie*, *contrato por adhesión* o *contrato de adhesión*. Las expresiones anteriores suelen utilizarse indistintamente para referirse a la misma clase de contrato, es decir, se trata, en la práctica, de denominaciones intercambiables. Sin embargo, un sector de la doctrina distingue varias categorías de textos contractuales impuestos, y utiliza un término para referirse a una determinada clase de contrato, otro término para referirse a otra clase y así sucesivamente, estableciendo diferenciaciones terminológicas que obedecen a la variedad de maneras en que es posible establecer clausulados uniformes[131]. No obstante, pensamos que se trata del mismo fenómeno; además, las denominaciones anteriores son empleadas frecuentemente como sinónimos. En cualquier caso, tal como lo destaca otro sector de la doctrina, "No cabe excluir de la categoría de 'contrato' las Condiciones Generales de Contratación, los Contratos

[131] Pinto Oliveros, Sheraldine: El Contrato Hoy en Día: Entre Complejidad de la Operación y Justicia Contractual, publicado en Nuevas Tendencias en el Derecho Privado y Reforma del Código Civil Francés, 1as. Jornadas Franco-Venezolanas de Derecho Civil, Capítulo Venezolano de la Asociación Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Francaise, bajo la coordinación de José Annicchiarico Villagrán, Sheraldine Pinto Oliveros y Pedro J. Saghy Cadenas, pp. 255 y ss.

Tipos (modelos o formularios) y demás figuras asimilables al contrato de adhesión"[132].

Nos parece apropiado emplear el término *contrato de adhesión*, porque pensamos que es el de uso más común y el que describe mejor la figura jurídica que pretende nombrar: se trata de un convenio propuesto por una de las partes al que la otra, por decirlo coloquialmente, *se pega*. El término *contrato de adhesión* es atribuido al francés Saleilles, quien lo acuñó a principios del siglo XX[133]. Desde entonces, esta denominación es de uso corriente en la doctrina francesa y la de otros países. La misma expresión fue utilizada en la reforma del Código Civil francés relativa al Derecho de las Obligaciones del año 2016 (artículos 1110 y 1171).

Igualmente, nuestra doctrina frecuentemente usa el término *contratos de adhesión*. Un importante autor venezolano escribió que "La doctrina general del contrato, para simplificar el examen de ciertos grupos de contratos que presentan caracteres afines en el modo de su formación, ha creado el concepto de 'contrato de adhesión'…"[134]. Asimismo, nuestra jurisprudencia suele emplear la expresión *contrato de adhesión*[135]. Finalmente, en Venezuela, la Ley de Arbitraje Comercial vigente utiliza la denominación *contratos de adhesión*[136]. y la legislación protectora de los consumidores de bienes y usuarios de servicios emplea el mismo nombre.

En efecto, los contratos de adhesión son muy comunes en las relaciones entre los proveedores de bienes o servicios y los

---

132 Melich Orsini, José: La Naturaleza del Contrato de Adhesión Considerado en las Leyes que Regulan el Derecho de Consumo, publicado en Libro Homenaje al Profesor Alfredo Morles Hernández, bajo la coordinación de Astrid Uzcátegui Angulo y Julio Rodríguez Berrizbeitia, Volumen I, Temas Generales de Derecho Mercantil, Caracas, 2012, p. 764.

133 Si bien la expresión *contrato de adhesión,* atribuida a Saleilles, es la más común, con frecuencia se utiliza la denominación *condiciones generales de contratación*. Ilustración de esto es el excelente libro llamado Las Condiciones Generales de Contratación y Cláusulas Abusivas, bajo la ponencia general de Luis Díez-Picazo y Ponce de León, Madrid, 1996.

134 Melich: obra citada, p. 764.

135 Por ejemplo, la Sala Constitucional, en su sentencia del 24 de enero de 2002, calificó los contratos de crédito celebrados por los bancos con sus clientes como contratos de adhesión. Dicha sentencia está disponible en:
http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/enero/85-240102-01-1274%20.htm

136 La segunda parte del artículo 6º de la Ley de Arbitraje Comercial expresa que, "En los contratos de adhesión y en los contratos normalizados, la manifestación de voluntad de someter el contrato a arbitraje deberá hacerse en forma expresa e independiente".

consumidores o usuarios de los mismos. De hecho, esta clase de convenio puede y suele estar regulada en la legislación en materia de protección al consumidor. Así, la Ley de Protección al Consumidor publicada el 23 de marzo de 1992 reguló por primera vez los contratos de adhesión. La misma fue reformada según publicación del 17 de mayo de 1995, y luego fue derogada por la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario publicada el 4 de mayo de 2004, que a su vez fue sustituida por la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios publicada el 31 de julio de 2008, que también fue objeto de reforma. Todas ellas utilizaban la denominación contrato de adhesión. Pero las normas legales sobre la materia desaparecieron cuando esta última ley fue derogada por la Ley Orgánica de Precios Justos publicada el 23 de enero de 2014. Lo único que queda es que la Ley Orgánica de Precios Justos, en su última versión, que es la publicada el 8 de noviembre de 2015 y reimpresa el 12 del mismo mes, establece que uno de los "derechos de las personas en relación con los bienes y servicios" es su derecho "A la protección en los contratos de adhesión que sean desventajosos o lesionen sus derechos e intereses" (artículo 7, número 10), e impone una sanción pecuniaria a quienes violen este derecho (artículo 47, número 7).

Nuestra doctrina define los contratos de adhesión como "convenciones en que uno de los contratantes se suma en forma incondicional al contenido pre-elaborado por el otro",[137] es decir, hay este tipo de contrato cuando el adherente "sólo tiene dos opciones: contratar conforme a las condiciones preestablecidas o no contratar"[138]. Otros autores patrios expresan que "El contrato de adhesión es aquel que ha sido redactado por una de las partes que generalmente por su posición económica puede imponerle a la otra parte todas las estipulaciones del mismo, por ser ésta la parte débil en la relación contractual"[139]. Asimismo, la doctrina venezolana define al contrato de adhesión como aquel en el que "las cláusulas

[137] Kummerow, Gert: Algunos Problemas Fundamentales del Contrato por Adhesión en el Derecho Privado, Caracas, 1981, p. 12.

[138] Corsi, Luis: Contribución al Estudio de las Cláusulas de Exoneración y Limitación de la Responsabilidad Contractual, separata de la Revista de Derecho 7 del Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, p. 31.

[139] Maduro Luyando, Eloy, y Pittier Sucre, Emilio: Curso de Obligaciones, Derecho Civil III, tomo II, Caracas, 2001, p. 569.

han sido preestablecidas por una de las partes… se acepta pura y simplemente o no se contrata… el contrato de adhesión somete… un contratante al querer del otro, que está en condiciones de imponer… las estipulaciones del contrato… está excluida la posibilidad de discusión y regateo, esto es, la previa negociación no existe. En los contratos de adhesión las partes se encuentran en muy distinta posición y grado de poder contractual. Suponen una redacción previa del contrato por una de las partes y la otra simplemente lo acepta o lo rechaza. Esto es, las cláusulas están predispuestas por una sola de las partes contratantes… la libertad contractual queda reducida en el contrato de adhesión a la libertad del adherente de contratar o no contratar"[140]. La doctrina venezolana también explica que este tipo de contrato es "Una de las realidades de la vida comercial contemporánea", en la que "los operadores económicos" suelen utilizar "contratos de adhesión", contentivos de "cláusulas generales", los cuales "han sido redactados por las asociaciones que los agrupan, por las empresas líderes del ramo o por ellos mismos", y "no han sido objeto de discusión particular con el adherente", sino que sus cláusulas "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."[141].

Esta clase de texto contractual contrasta con los contratos diseñados y escritos especialmente para regular una relación entre dos partes, que han podido negociar como iguales el convenio que las une. La contratación por adhesión se diferencia de los llamados contratos paritarios o "paritéticos"[142], cuyo "contenido y sus efectos mismos resultan de una previa discusión entre los sujetos"[143]. De hecho, estos últimos también son llamados "contratos de libre

[140] Domínguez Guillén, María Candelaria: Curso de Derecho Civil III – Obligaciones, Caracas, 2017, p. 484. El 19 de enero de 2017, la doctora Rodríguez Guillén tuvo la amabilidad de enviarme dicho libro antes de su publicación, indicándome que lo pondrá a la disposición del público gratuitamente en: www.rvlj.com.ve.

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

[142] Kummerow: obra citada, p. 99.

[143] Kummerow: obra citada, p. 12.

discusión"[144], o "contratos aislados" (por oposición a los "contratos en serie")[145]. Efectivamente, "En los paritarios rige en principio la igualdad en la fase de formación del contrato", "rige la igualdad y el 'regateo'", "las partes se tratan de 'igual a igual'", es el "contrato libremente negociado" o "libremente discutido"[146]; los "**Contratos paritarios**… son aquellos contratos productos de una libre negociación y discusión por las partes, quienes conjuntamente fijan sus diversas estipulaciones, de acuerdo a su voluntad, teniendo como único límite las normas imperativas aplicables. Generalmente ambas partes están en situación de igualdad, ninguna de ellas puede en la práctica imponerle a la otra las estipulaciones del contrato"[147].

En un fallo del Tribunal Supremo de Justicia, éste suministró la siguiente definición: "el contrato por adhesión es aquel acuerdo de voluntades que se caracteriza por el hecho de que su contenido o cláusulas son fijadas por una sola de las partes sin que la otra tenga posibilidad de modificación sino, simplemente, de suscripción o rechazo en su totalidad; en otras palabras, una de las partes se adhiere a la propuesta contractual de la otra sin posibilidad de negociación o modificación de las cláusulas"[148]. En muchas

---

144 La expresión "contratos de libre discusión", como contrapartida de la expresión "contratos de adhesión", es utilizada, por ejemplo, por Jaramillo Jaramillo, Carlos Ignacio: La Protección del Consumidor y sus Principales Manifestaciones en el Derecho de Seguros Contemporáneo: Examen Descriptivo, en Retos y Oportunidades del Seguro y del Reaseguro en el Nuevo Milenio, Memorias del Sexto Congreso Ibero-Latinoamericano de Derecho de Seguros, Cartagena de Indias, mayo de 2000, pp. 110 y ss.; y en Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros N° 15, Bogotá, 2000, pp. 129 y ss.

145 Galgano, Francesco: Il Contrato, Padua, 2011, p. 39.

146 Domínguez Guillén: obra citada, p. 484.

147 Maduro y Pittier: obra citada, p. 569.

148 Sala Constitucional, sentencia del 28 de febrero de 2008, disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/febrero/192-280208-04-1134.htm
Sala Constitucional, sentencia del 20 de octubre de 2010, disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/octubre/01024-211010-2010-2009-0960.HTML
Sala Político Administrativa, sentencia del 3 de junio de 2014, disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/junio/165146-00800-4614-2014-2012-0624.HTML
Sala Político Administrativa, sentencia del 20 de septiembre de 2011, disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/septiembre/01165-21911-2011-2010-0674.HTML
Sala Político Administrativa, sentencia del 18 de noviembre de 2003, disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/noviembre/01761-181103-2003-0964.HTM
Sala Político Administrativa, sentencia del 10 de julio de 2012, disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/Julio/00835-11712-2012-2011-1358.html

sentencias, nuestro máximo juzgado definió el "contrato de adhesión" como un convenio en el que "queda excluida cualquier posibilidad de debate o dialéctica entre las partes"[149]. De forma casi igual, nuestro Tribunal Supremo de Justicia, en numerosas decisiones, declaró que en el "contrato de adhesión" ocurre que "las cláusulas son previamente determinadas por uno solo de los contratantes, de modo que el otro contratante se limita a aceptar cuanto ha sido establecido por el primero"[150]. En el mismo orden de ideas, en varios fallos, nuestro máximo juzgado utilizó el siguiente concepto: "Con vista en lo señalado por la doctrina y jurisprudencia acerca de los contratos de adhesión, queda claro que en la formación de los contratos de esta naturaleza no participa la voluntad de uno de los contratantes…, habida cuenta de que las cláusulas son previamente determinadas…, no existiendo en consecuencia la posibilidad de que el contratante discuta el contenido de las mismas, sino que en todo

[149] Sala Constitucional, sentencia del 26 de junio de 2003, disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/julio/00962-010703-2003-0562.HTM
Sala Constitucional, sentencia del 20 de octubre de 2010, disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/octubre/01024-211010-2010-2009-0960.HTML
Sala Político Administrativa, sentencia del 3 de junio de 2014, disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/junio/165146-00800-4614-2014-2012-0624.HTML
Sala Político Administrativa, sentencia del 20 de septiembre de 2011, disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/septiembre/01165-21911-2011-2010-0674.HTML
Sala Político Administrativa, sentencia del 18 de noviembre de 2003, disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/noviembre/01761-181103-2003-0964.HTM
Sala Político Administrativa, sentencia del 10 de julio de 2012, disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/Julio/00835-11712-2012-2011-1358.html

[150] Sala Constitucional, sentencia del 26 de junio de 2003, disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/julio/00962-010703-2003-0562.HTM
Sala Constitucional, sentencia del 20 de octubre de 2010, disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/octubre/01024-211010-2010-2009-0960.HTML
Sala Político Administrativa, sentencia del 18 de febrero de 2015, disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/febrero/174458-00101-19215-2015-2014-0547.HTML
Sala Político Administrativa, sentencia del 3 de junio de 2014, disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/junio/165146-00800-4614-2014-2012-0624.HTML
Sala Político Administrativa, sentencia del 20 de septiembre de 2011, disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/septiembre/01165-21911-2011-2010-0674.HTML
Sala Político Administrativa, sentencia del 18 de noviembre de 2003, disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/noviembre/01761-181103-2003-0964.HTM
Sala Político Administrativa, sentencia del 10 de julio de 2012, disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/Julio/00835-11712-2012-2011-1358.html

caso se limita a suscribirlas en las mismas condiciones que le han sido presentadas"[151]. Asimismo, el Tribunal Supremo de Justicia ha indicado que los "contratos de adhesión" son aquellos cuyas "cláusulas son previamente determinadas por una sola de las partes contratantes, sin que la otra pueda introducirles modificaciones"[152]; y que "una de las partes se limita a ofrecer sus condiciones a la otra, a la cual solamente le queda la elección entre someterse a las mismas o simplemente dejar de contratar"[153].

Nuestro Tribunal Supremo de Justicia también tuvo la oportunidad de describir brevemente la diferencia entre los contratos paritarios y los contratos de adhesión, en los siguientes términos: "El acuerdo sobre la celebración de un contrato va generalmente precedido de una libre discusión entre las partes contratantes. Sin embargo, a veces la posición respectiva de éstas es totalmente distinta, porque una de las partes se limita a ofrecer sus condiciones a la otra, a la cual solamente le queda la elección entre someterse a las mismas o simplemente dejar de contratar. A esta clase de contratos, la doctrina los ha calificado como contratos de adhesión…"[154]. Lo anterior es exacto, salvo que la palabra "generalmente", empleada por el Tribunal Supremo de Justicia, no es la más adecuada. En efecto, los contratos de adhesión son mucho más frecuentes que los contratos de libre discusión.

---

151 Sala Político Administrativa, sentencia del 18 de enero de 2011, disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/Enero/00055-19111-2011-2008-0296.html
Sala Político Administrativa, sentencia del 18 de febrero de 2015, disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/febrero/174458-00101-19215-2015-2014-0547.HTML
Sala Político Administrativa, sentencia del 3 de junio de 2014, disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/junio/165146-00800-4614-2014-2012-0624.HTML
Sala Político Administrativa, sentencia del 20 de septiembre de 2011, disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/septiembre/01165-21911-2011-2010-0674.HTML
Sala Político Administrativa, sentencia del 10 de julio de 2012, disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/Julio/00835-11712-2012-2011-1358.html

152 Casación Civil, 10 de octubre de 1990, citada por Bustamante, Maruja, y tomada del sistema JurisNet de JurisComp Programación, C.A.

153 Sala de Casación Civil, sentencia del 7 de noviembre de 2003, disponible en: http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/noviembre/rc-00660-071103-01213.htm

154 La siguiente decisión cita dos fallos que expresan lo anterior: Sala de Casación Civil, sentencia del 7 de noviembre de 2003, disponible en: http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/noviembre/rc-00660-071103-01213.htm

Los contratos de adhesión se dan en los casos siguientes: (i) en las relaciones entre los proveedores de bienes o servicios y los consumidores y usuarios, (ii) en las situaciones en las que una organización tiene interés en celebrar un contrato igual o parecido con muchas personas; y (iii) cuando una parte tiene sobre la otra una posición de dominio que le permite imponerle un texto contractual. Ejemplos de ello son los contratos de distribución celebrados entre quien controla globalmente los bienes de una marca y quienes distribuyen tales bienes en sus respectivos territorios, pues usualmente aquél, como proponente, le somete a éstos, como adherentes, un clausulado que tienen que acoger, con poco o ningún margen para realizar cambios; y los contratos de franquicia, en los que el franquiciante les exige a todos sus franquiciados aceptar normas convencionales uniformes[155]. Un importante autor venezolano expresó que "…la categoría que la doctrina general del contrato ha identificado bajo el rubro de 'contrato de adhesión' tiene una extensión que excede de las relaciones entre proveedores y consumidores o usuarios"[156].

Se puede sostener que existen dos concepciones de contrato de adhesión, a saber: (i) una concepción amplia, según la cual el contrato de adhesión es aquel en el cual la generalidad de las cláusulas no es objeto de negociación; y (ii) una concepción

[155] Pero existe también la opinión contraria: "…el hecho que este contrato, en cuestión, sea un contrato de subfranquicia, no permite calificarlo, per se, como un contrato de adhesión tipo o estandarizado, sino de un contrato de franquicia con unas condiciones generales de contratación, que no está abierto indeterminadamente a toda persona, mediante ofertas de carácter permanente, ni tampoco se trata, por lo general, de un documento impreso pre-redactado. Es más, estos contratos suponen, por lo que significan realización de negocios conjuntos o compartidos, que de alguna manera los franquiciados tienen oportunidad de discutir algunos de sus términos, y, que, previamente conocen el sistema de franquicias, hasta el punto que han de ofrecer facilidades o locales así como sustentar la factibilidad del sostenimiento de la franquicia en donde estén ubicados estos locales. Es decir, que por la naturaleza del contrato de subfranquicia hay la posibilidad de negociación previa, por lo que no puede calificársele en general, como contratos sobre cuyo contenido no cabe ningún tipo de modificación, ya que sobre sus aspectos económicos puede existir negociación… Una de las condiciones más importantes del contrato entre franquiciante y franquiciado, las cuales en muchos casos son negociables son las condiciones económicas, la escogencia del lugar para el establecimiento del local comercial, las fechas de inicio de la actividad…"(laudo dictado por los árbitros Irene Loreto González, Román Duque Corredor y Henrique Iribarren Monteverde en fecha 31 de agosto de 2012, citado en la Memoria Arbitral II, Compendio de Laudos del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje, CEDCA, bajo la coordinación de Hernando Díaz-Candia, Caracas, 2014, pp. 194 y 195).

[156] Melich: obra citada, p. 772.

restrictiva, según la cual el contrato deja de ser de adhesión si alguna de sus cláusulas es objeto de negociación. Desde nuestro punto de vista, la concepción restrictiva no es razonable, pues, si la misma se impusiera, casi ningún contrato calificaría como de adhesión. La concepción amplia está reflejada en el artículo 3 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo de las Comunidades Europeas del 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, pues dispone lo copiado a continuación: "El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación del presente artículo al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata, no obstante, de un contrato de adhesión." En nuestro criterio, la concepción amplia se impone en Venezuela, por lo siguiente:

Las definiciones legales derogadas de contrato de adhesión son útiles para entender su significado. El artículo 18 de la Ley de Protección al Consumidor de 1992 establecía: "Contrato de adhesión es aquel cuyas cláusulas hayan sido… establecidas unilateralmente por el proveedor de bienes o servicios sin que el consumidor pudiera discutir o modificar su contenido". De manera casi idéntica, el artículo 81 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario de 2004 disponía: "Se entenderá como contrato de adhesión, a los efectos de esta Ley, aquel cuyas cláusulas han sido… establecidas unilateralmente por el proveedor de bienes o servicios, sin que el consumidor pueda discutir o modificar… su contenido al momento de contratar." Finalmente, de modo muy parecido, la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios de 2008, en su artículo 69, definía al "contrato de adhesión" como "los contratos tipos o aquellos cuyas cláusulas han sido… establecidas unilateralmente por la proveedora o el proveedor de bienes y servicios, sin que las personas puedan discutir o modificar… su contenido al momento de contratar". Las tres definiciones legales sucesivas antes copiadas, todas abrogadas, hacen referencia a las cláusulas preestablecidas en la oferta de contratar formulada por el proponente, como el elemento característico de estos contratos. Para que tales cláusulas sean vinculantes, tienen que haber sido aceptadas por el adherente, pues su naturaleza contractual es lo que las hace obligatorias. Tal como lo destaca la doctrina venezolana, "El

concepto de 'contrato de adhesión', utilizado en las sucesivas leyes que se han ocupado de la protección de los consumidores o usuarios, no rige con exclusividad para las relaciones jurídicas propias de lo que se ha llamado el 'derecho al consumo', sino que es un concepto que proviene del análisis que la doctrina general del contrato ha hecho de ciertos grupo de contratos que presentan caracteres afines"[157].

Un autor colombiano señala, con razón, que "resulta importante preguntarse si todas las cláusulas que integran el contenido de los contratos de adhesión son predispuestas. Al respecto, un sector de la doctrina se decanta por la negativa, y ello por cuanto las puede haber que son negociadas"[158]. Compartimos la tesis de este sector doctrinal. En aquellos casos en que los que el proponente le permite al adherente cierto margen de negociación, consideramos que el contrato pre-redactado, con los ajustes resultantes de la discusión entre las partes, no deja de calificar, por esa sola circunstancia, como de adhesión. Dicho en otras palabras, la posibilidad de negociar algunas cláusulas de un convenio pre-elaborado no le quita su carácter de contrato de adhesión. Si el predisponente le permite al adherente cierto margen de negociación, pueden convivir, en el contrato, cláusulas negociadas y cláusulas por adhesión. En estas situaciones, consideramos que, sólo respecto de éstas últimas disposiciones contractuales, se justifica proteger al adherente, pues se trata de cláusulas predispuestas por su contraparte.

A título ilustrativo, tenemos que los bancos utilizan modelos de contratos de crédito cada vez que van a otorgar un préstamo, los cuales adaptan a cada situación particular, de manera que los contratos en definitiva celebrados por éstos se apartan un poco de esos modelos, en razón de las circunstancias del prestatario, del tipo de crédito, del plazo, de si hay o no garantía y de otras particularidades. Ahora bien, el banco es quien redacta el contrato y siempre incluye sus cláusulas estándar, que todos sus clientes deben aceptar, pues, de lo contrario, no son elegibles para recibir

---

157 Melich: obra citada, p. 769.

158 Posada Torres, Camilo: Las Cláusulas Abusivas en los Contratos de Adhesión en el Derecho Colombiano, en Revista de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia, Nº 29, julio-diciembre de 2015, p. 158; disponible en: http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/4328

préstamos. Salvo casos especialísimos, el clausulado del contrato bancario no está sujeto a negociación, sino que la discusión se concentra en ciertas condiciones económicas, tales como las tasas de interés, sin tocar el articulado contractual. La generalidad de los contratos de crédito otorgados por los bancos son, entonces, contratos de adhesión, porque cada institución bancaria incluye sus propias cláusulas, que no son negociables y que regulan las relaciones entre ésta y la globalidad de sus prestatarios. En consecuencia, éstos merecen la protección que corresponde a quien suscriba cualquier otro contrato de adhesión. Veamos otro ejemplo: cuando una persona natural o jurídica toma un seguro en Venezuela, puede negociar algunos puntos con la aseguradora, tales como la suma asegurada y el deducible, reflejados en el cuadro de la póliza, pero las condiciones generales y particulares permanecen inmutables, por lo que el contrato de seguro califica como un contrato de adhesión, en el que el tomador es acreedor de dicha protección.

La normativa legal sobre contratos de adhesión reconocía esta realidad. En efecto, el citado artículo 18 de la Ley de Protección al Consumidor de 1992 establecía el requisito de que "el consumidor" no "pudiera discutir o modificar" el "contenido" de las cláusulas, para que se configurara un "contrato de adhesión", pero atenuó este requisito agregando lo siguiente: "La inserción de otras cláusulas en el contrato no altera la naturaleza descrita del contrato de adhesión". Esto es congruente con la siguiente redacción, de la primera parte del mencionado artículo 81 de la de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario de 2004: "Se entenderá como contrato de adhesión… aquel cuyas cláusulas han sido… establecidas unilateralmente por el proveedor… sin que el consumidor pueda discutir o modificar substancialmente su contenido al momento de contratar". De manera casi idéntica, la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios de 2008, en su referido artículo 70, incluía, en su definición de "contrato de adhesión" o "contratos tipos", lo siguiente: "aquellos cuyas cláusulas han sido… establecidas unilateralmente por la proveedora o el proveedor… sin que las personas puedan discutir o modificar substancialmente su contenido al momento de contratar". El uso de la palabra "sustancialmente" logra el mismo efecto que el texto anterior, según el cual el que se insertasen cláusulas no establecidas unilateralmente

por el proveedor no resultaba en que el contrato propuesto dejase de calificar como de adhesión.

Aunque las normas anteriores ya no tengan vigencia, consideramos que los cambios no sustanciales realizados por el adherente en los textos redactados por el proponente no le quitan, al acuerdo entre ambos, el carácter de contrato de adhesión. De hecho, la doctrina[159] y jurisprudencia[160] prácticamente unánimes consideran que los contratos que las instituciones bancarias y aseguradoras celebran con sus clientes son de adhesión, a pesar de que a veces estos últimos pueden determinar el contenido de alguna regla contractual, ya que lo relevante es que la mayor parte del clausulado permanece invariable, por exigencia de tales instituciones.

La definición legal derogada, según la cual los contratos de adhesión son aquellos cuyas cláusulas son establecidas unilateralmente por el proponente, sin que el adherente pueda discutir o modificar substancialmente su contenido al momento de contratar, coincide con la definición prevaleciente en la doctrina. Al respecto, un autor venezolano escribió que "el concepto de contrato de adhesión elaborado por la doctrina general del contrato" es "el mismo que maneja esta legislación especial"[161]. De esta definición nos interesa resaltar que un contrato de adhesión puede contener, además de las cláusulas impuestas que lo caracterizan, alguna cláusula negociada.

De modo que discrepamos de la tesis doctrinal según la cual "en el contrato de adhesión no hay… ni siquiera la posibilidad de discutir alguna de las cláusulas"[162]; o de que uno de los elementos definitorios del contrato de adhesión es que no hay "ninguna posibilidad de

---

159 Por ejemplo, Luis Corsi se refiere a los "contratos por adhesión… en los sectores bancario y de seguros" (Corsi: obra citada, p. 27).

160 Por ejemplo, la Sala Constitucional, en su sentencia del 24 de enero de 2002, calificó los contratos de crédito celebrados por los bancos con sus clientes como contratos de adhesión. Dicha sentencia está disponible en:
http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/enero/85-240102-01-1274%20.htm
Similarmente y a título ilustrativo, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en su sentencia del 29 de julio de 2015, calificó las pólizas de seguro como contratos de adhesión. Dicha sentencia de casación está disponible en:
http://historico.tsj.gob.ve/sr/Default3.aspx?url=../decisiones/spa/julio/180182-00912-30715-2015-2013-1668.html&palabras=contrato%20adhesion

161 Melich: obra citada, p. 770.

162 Maduro y Pittier: obra citada, p. 569.

discutirlo ni de modificarlo"[163]. En efecto, pensamos que no es exacto, al menos en Venezuela, que el contrato de adhesión supone que no se modifique nada en el clausulado pre-redactado. Por el contrario, puede haber un contrato de adhesión aunque el texto propuesto por el redactor sufra modificaciones a requerimiento de su contraparte, siempre que se trate de modificaciones no sustanciales. En conclusión, somos del criterio de que el contrato sigue siendo de adhesión, a pesar de los cambios realizados por iniciativa del adherente, siempre que no constituyan cambios importantes con respecto al texto del proponente. En consecuencia, ciertos contratos, como los contratos de préstamo bancario, cuyo articulado puede sufrir variaciones en razón de las circunstancias particulares del crédito, de la garantía y del cliente, son, de todos modos, contratos de adhesión, porque el grueso de sus cláusulas son textos redactados desde antes por el banco, que éste no modifica; y lo mismo pasa con los contratos de seguro, que son contratos de adhesión aunque las partes negocien el contenido del cuadro de la póliza, pues las condiciones generales y particulares siempre son iguales. De manera que hay que matizar la afirmación de un sector de la doctrina, para el cual la oferta para celebrar contratos de adhesión "no admite que se les modifique a través de contraofertas"[164].

Para que haya un contrato de adhesión, hacen falta, primero, una oferta hecha en términos tales que la discusión esté en principio excluida, y, segundo, la correspondiente aceptación o una contra oferta aceptada luego por el oferente primigenio, la cual no puede acarrear una modificación sustancial del texto inicialmente propuesto. Esto fue tratado en un laudo dictado por un tribunal arbitral del que formó parte el autor de este trabajo, en el que se expresa lo siguiente:

> "el artículo 70 de la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios… exige, para que un contrato califique como de adhesión, que sus cláusulas sean "*establecidas unilateralmente por la proveedora o el proveedor de bienes y*

[163] Posada Torres: obra citada, p. 143.
[164] Domínguez Guillén: obra citada, p. 484.

servicios, sin que las personas puedan discutir o modificar substancialmente su contenido al momento de contratar".

Ahora bien, es un asunto de hecho el que una parte reciba de la otra un texto contractual cuyo contenido no se le permite discutir, ni modificar substancialmente, al momento de contratar.

En efecto, es posible, y de hecho ocurre con frecuencia, que una de las partes proponga un contrato y la otra dé su conformidad, sin modificar sus cláusulas sustancialmente. Tan es así, que oferta y aceptación son el mecanismo normal de formación de cualquier contrato. Por ello, no bastan una oferta y aceptación, sin modificación sustancial, para que el contrato correspondiente califique como de adhesión. Hace falta, además, para esa calificación, que la oferta sea hecha en términos tales que toda discusión esté de plano excluida, al punto de que las únicas modificaciones posibles toquen sólo aspectos no sustanciales. Por consiguiente, [EL DEMANDANTE], para acreditar su afirmación de que "*El compromiso de Compra-Venta para la adquisición del local comercial*" califica como "*un* ***CONTRATO DE ADHESIÓN***", debió probar su alegato de que éste "*fue elaborado y redactado, en todo y cada una de sus partes*" por [EL DEMANDADO] y de que "*todas sus cláusulas fueron establecidas unilateralmente*" por [EL DEMANDADO], como "*proveedor de bienes y servicios*", sin que [EL DEMANDANTE] pudiera "*discutir o modificar su contenido al momento de contratar*".

[EL DEMANDANTE], que tenía la carga de probar su alegato anterior, no cumplió con dicha carga, puesto que no promovió ninguna prueba para demostrar ningún elemento fáctico susceptible de hacer que dicho contrato fuese calificado como de adhesión. En efecto, en la oportunidad de promover pruebas, [EL DEMANDANTE] no promovió ninguna"[165].

[165] Laudo dictado por los árbitros José Antonio Elíaz y Carlos Eduardo Acedo Sucre en fecha 9 de septiembre de 2013, con el voto salvado de Mario Bariona, citado en la Memoria Arbitral II, Compendio de Laudos del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje, CEDCA, bajo la coordinación de Hernando Díaz-Candia, Caracas, 2014, pp. 311 a 320.

No se trata, como expresó un destacado comentarista, de un laudo que refleja "una clara tendencia a limitar los que se consideran contratos de adhesión, al menos a efectos de la viabilidad jurídica de arbitraje"[166]. Por el contrario, se trata, simplemente, de aplicar dicha definición legal, que es muy amplia, y que, repetimos, coincide con la aportada por la doctrina[167].

Lo característico de cualquier contrato de adhesión, que define su esencia, es que se trata de un convenio pre-hecho, que una parte ofrece celebrar, el cual es aceptado en bloque o casi en bloque por la otra parte.

Sin embargo, en el año 2003, la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia tuvo la oportunidad de hacer una lista de lo que consideró son las "características esenciales" de los contratos de adhesión, que serían, más bien, las siguientes: "1) la oferta tiene un carácter general y permanente, dirigida a persona indeterminada y siendo mantenida por tiempo ilimitado; 2) la oferta generalmente emana de un contratante dotado de cierto poder económico, bien sea originado por sus propias fuerzas o como consecuencia de la unión con otras empresas análogas; 3) el objeto del contrato es la prestación de un servicio privado, pretendido por un sector privilegiado de la comunidad y que solamente la persona jurídica puede proporcionar; 4) la oferta puede aparecer bajo la forma de un contrato tipo o formato cuyas condiciones generales se presentan en bloque a los futuros adherentes particulares; y 5) el contrato comprende una serie de cláusulas establecidas generalmente en interés del oferente y en pequeña monta a favor del futuro adherente particular"[168]. En el texto anterior, la palabra "generalmente", que es empleada dos veces, y las palabras "puede aparecer", son, todas ellas, expresiones que desmienten que las características anteriores sean "esenciales" al contrato de adhesión. Es más, ninguna de las características anteriores es, realmente, esencial a los contratos de adhesión. Lo que es propio a este tipo de convenio es, repetimos, que existe un texto contractual pre-redactado, al cual, o bien no se le hacen modificaciones, o se le hacen modificaciones no sustanciales. Veamos esas supuestas

166 Prólogo de Hernando Díaz-Candia a la Memoria Arbitral II, obra citada, pp. 10, 11 y 311 a 320.

167 Melich: obra citada, p. 770.

168 Sala de Casación Civil, sentencia del 7 de noviembre de 2003, disponible en: http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/noviembre/rc-00660-071103-01213.htm

"características esenciales" una a una, utilizando la misma numeración:

1) "la oferta tiene un carácter general y permanente, dirigida a persona indeterminada y siendo mantenida por tiempo ilimitado". Si bien el proponente ofrece celebrar el contrato de adhesión, esta oferta no necesariamente está abierta a quienes tengan interés en adherirse, pues puede ser, y, de hecho, sucede con frecuencia que el adherente tiene que cumplir con ciertos requisitos para que su persona y sus circunstancias sean aceptables para el proponente. Por ejemplo, una aseguradora no ofrece asegurar contra incendio cualquier inmueble, ni ofrece asegurar la vida de cualquier individuo, sino que exige la presencia de ciertos parámetros para otorgar la cobertura correspondiente. Además, contrariamente a lo afirmado por la Sala de Casación Civil, cuando el proponente ofrece celebrar el contrato de adhesión, esta oferta no necesariamente tiene un carácter permanente, pues puede estar limitada en el tiempo.

2) "la oferta generalmente emana de un contratante dotado de cierto poder económico, bien sea originado por sus propias fuerzas o como consecuencia de la unión con otras empresas análogas". Si bien dicha oferta puede y suele emanar de un contratante dotado de cierto poder económico, éste no es necesariamente el caso, y, además, el adherente puede tener todavía más fuerza. A título ilustrativo, consideremos el caso de una gran empresa trasnacional que abre una cuenta bancaria en un banco pequeño venezolano, suscribiendo el correspondiente contrato de adhesión; mucho más poder económico tiene el cuentahabiente que la institución bancaria.

3) "el objeto del contrato es la prestación de un servicio privado, pretendido por un sector privilegiado de la comunidad y que solamente la persona jurídica puede proporcionar". El objeto del contrato puede ser, no sólo la prestación de un servicio, sino también el suministro de un bien. No importa quién presta el servicio o suministra el bien, pues lo relevante es la imposición del texto contractual. Adicionalmente, si el objeto del contrato es la prestación de un servicio, este servicio muchas veces no es un servicio privado, ni está destinado a un sector privilegiado. Tampoco es verdad que el servicio tenga que ser uno que sólo el proponente del contrato de

adhesión puede proporcionar. Los contratos de adhesión se dan en todo tipo de circunstancias, no sólo en situaciones monopólicas.

4) "la oferta puede aparecer bajo la forma de un contrato tipo o formato cuyas condiciones generales se presentan en bloque a los futuros adherentes particulares". Si bien es cierto que, en los contratos de adhesión, la oferta del proponente a cada adherente puede aparecer bajo la forma de un contrato tipo o formato cuyas condiciones generales son presentados en bloque por aquél a éste, también sucede que un contrato de adhesión puede ser el resultado de que la persona interesada en recibir un bien o servicio presente una solicitud, considerando sus circunstancias particulares, y la persona interesada en suministrarlo le presente un contrato de adhesión, redactado adaptando su modelo de contrato a las particularidades del caso. Por ejemplo, un cliente de un banco pide un crédito hipotecario, el banco analiza el riesgo crediticio, evalúa el inmueble a ser dado en garantía, aprueba el crédito y le presenta al cliente un contrato que tiene las cláusulas estándar del banco. Se trata de un contrato de adhesión, porque la institución bancaria celebra contratos con las mismas cláusulas con respecto a todos los créditos hipotecarios que otorga, las cuales no están abiertas a discusión. Algo parecido ocurre con el seguro: las normas sobre la póliza prevén que la persona interesada en tomar un seguro le envíe una "solicitud de seguro" a la aseguradora[169].

5) "el contrato comprende una serie de cláusulas establecidas generalmente en interés del oferente y en pequeña monta a favor del futuro adherente particular". El interés del oferente en prestar el servicio o suministrar el bien puede ser un interés tan fuerte como el interés del adherente en recibirlos, y ambos intereses pueden aparecer, con igual grado de respeto, en el articulado del contrato de adhesión. En efecto, asumir, como lo hace la Sala de Casación Civil, que en el texto propuesto en todos los casos, se respetan más unos derechos que otros equivale a considerar que los contratos de adhesión siempre son abusivos, lo que no es verdad, aunque los abusos sean frecuentes.

---

[169] Artículos 11 y 12 de las Normas que Regulan la Relación Contractual en la Actividad Aseguradora, emitidas por la superintendencia correspondiente y publicadas el 24 de agosto de 2016. Anteriormente, la Ley de la Actividad Aseguradora contemplaba lo mismo.

Si las características listadas por nuestro máximo tribunal fueran, realmente, "características esenciales", ellas estarían presentes en todos los contratos de adhesión. Y no es el caso, además de que sería absurdo exigir que estuviesen siempre presentes para poder caracterizar un contrato como de adhesión. No obstante, se trata de una jurisprudencia reiterada, puesto que otras sentencias repiten, mostrando poco discernimiento, el texto totalmente errado antes transcrito, el cual incluso fue retomado por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en el año 2011[170].

Contrariamente a lo afirmado por dichas sentencias, nuestra doctrina ha afirmado, correctamente, que "…la ausencia de negociación debida a que el contenido del contrato es predispuesto por una de las partes (predisponente) y… la otra parte (adherente) se encuentra imposibilitada de discutir o modificar el contenido contractual es el elemento característico del contrato de adhesión"[171].

En la reforma del Código Civil francés relativa al Derecho de las Obligaciones del año 2016, se incorporó una disposición —el artículo 1110— que establece que "…El contrato de adhesión es aquél cuyas condiciones generales, sustraídas a la negociación, son determinadas con antelación por una de las partes".

En nuestro criterio, el término *contrato de adhesión* transmite la idea de que el conjunto de normas impuesto por una parte a la otra tiene carácter convencional, es decir, deviene obligatorio en razón de la voluntad concordante de ambos contratantes. En cambio, posiblemente la expresión *condiciones generales de contratación* da más bien la impresión de que la totalidad o una parte de la regulación que se pretende imponer, no siempre es objeto, realmente, de consentimiento por el adherente, o de que el proveedor de bienes o servicios pretende arrogarse una suerte de poder reglamentario, no previsto en ninguna ley. Sin embargo, la fuerza obligatoria del contrato deriva de la aceptación por el adherente del texto ofrecido en bloque por el proponente.

Dado que las *condiciones generales* "se suelen articular" en *contratos de adhesión*, y dado que "la Ley no habla de condiciones

---

170 Sala Constitucional, sentencia del 25 de julio de 2011, disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/julio/1199-25711-2011-11-0746.HTML

171 Pinto Oliveros: obra citada, p. 254.

generales, sino que utiliza el término contrato de adhesión", la doctrina venezolana señaló, con razón, que, de esta manera, el legislador enfatizó "el hecho de la imposición del contenido", más que el contrato en sí[172]. En efecto, el contrato puede ser rechazado, pero, cuando se le acepta, se le acepta, en principio, completo. Entonces, la terminología empleada por el legislador sirve para destacar el carácter contractual de las obligaciones asumidas por el proponente y el adherente, puesto que las cláusulas ofrecidas en bloque por una de las partes de la relación contractual, y aceptadas por la otra parte, califican como contrato: *contrato de adhesión.* Así que el mero uso de la palabra *contrato*, en la expresión *contrato de adhesión*, deja claro su carácter contractual.

A veces se usa la expresión *condiciones generales de contratación* o la expresión *contrato-tipo* para describir una cierta categoría de *contrato de adhesión*. En este sentido, la doctrina venezolana[173] ha hecho alusión a las cláusulas "que están destinadas a integrar el contrato singular que las partes celebran y se presentan bajo la forma de una lista anexa o incorporada a tal contrato por vía de referencia (las llamadas 'condiciones generales de contratación')"; por oposición a las "cláusulas integradas en un formulario que individualiza el tipo de contrato de que se habla (llamado por ello 'contrato tipo")". El autor señala que "no parece posible negar que las llamadas 'Condiciones Generales de Contratación' y los 'contratos-tipo' configuran casos de contratos de adhesión"[174]. También expresó que "Las Condiciones Generales de Contratación, los Contratos-Tipos…" son una "manifestación de un contrato de adhesión"[175].

El término condiciones generales, para referirse a los contratos de adhesión, puede dar lugar a cierto margen para confusión. De hecho, muchos contratos de adhesión tienen, tanto *condiciones generales*, como *condiciones particulares*; siendo, tanto las unas como las otras, un conjunto de cláusulas que el adherente debe aceptar o

---

172 Corsi: obra citada, p. 27.

173 Melich Orsini, José: 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. 93.

174 Melich: Las Particularidades del Contrato con Consumidores, obra citada, p. 95.

175 Melich: La Naturaleza del Contrato de Adhesión Considerado en las Leyes que Regulan el Derecho de Consumo, obra citada, p. 770.

rechazar, sin discutirlas. En este orden de ideas, en las pólizas de seguro, lo normal es encontrar un documento denominado *condiciones generales* y otro denominado *condiciones particulares*, contentivos ambos de cláusulas estandarizadas, que el tomador del seguro es libre de acoger o no, sin modificarlas; quedando las particularidades de cada caso concreto establecidas en un tercer documento, denominado *cuadro de la póliza*. Entonces, al menos en nuestro país, las condiciones generales de contratación propuestas por una de las partes de una relación contractual y aceptadas por la otra parte son, sin duda, o bien un contrato de adhesión, o bien una parte de un contrato de adhesión.

Se ha afirmado que "el contrato de adhesión es un contrato con condiciones generales"[176], lo que invita a realizar la siguiente precisión: las condiciones generales escritas por el proponente únicamente son obligatorias si han sido aceptadas por el adherente, en cuyo caso existe un contrato de adhesión. En defecto de tal aceptación, la normativa que una de las partes pretenda imponer a la otra carece de efectos jurídicos.

El término contrato tipo y el término contrato predispuesto a veces son utilizados como sinónimo de contrato de adhesión. Pero otras veces se plantea que contrato tipo o predispuesto es el género y el contrato de adhesión es la especie. Desde este punto de vista el contrato de adhesión es un contrato tipo, que es predispuesto por una sola de las partes; por oposición a las otras clases de contrato tipo, a saber: (i) el contrato predispuesto por las dos partes: el *contrato marco*, en el que ambas partes establecen las reglas convencionales que regularán un conjunto de contratos entre ellas, denominados *acuerdos de implementación*; por ejemplo, un contrato de suministro establece la regulación aplicable a los contratos de compraventa individuales resultantes de las órdenes de compra aceptadas; y (ii) el contrato predispuesto por un tercero: (a) articulado impuesto por la administración pública, tal como el texto uniforme exigido por la Superintendencia de la Actividad Aseguradora a las empresas de seguro para todas las pólizas en ciertos ramos, y (b)

[176] Corsi: obra citada, p. 28.

clausulado pre-redactado por organizaciones tales como los colegios profesionales, las federaciones y las asociaciones[177].

2) Noción de cláusula abusiva

A veces sucede que una de las partes propone a la otra celebrar un contrato, y que éste contiene cláusulas abusivas. Parafraseando la definición de *abusar* del Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española[178], podemos afirmar que las cláusulas abusivas son aquellas disposiciones contractuales perjudiciales, excesivas, injustas, impropias o indebidas, impuestas por una parte a la otra. Asimismo, parafraseando la definición de lo que comúnmente se ha llamado *abuso de derecho*, contenida en la segunda parte del artículo 1185 del Código Civil venezolano[179], podemos afirmar que las cláusulas abusivas son aquellas disposiciones contractuales que exceden los límites impuestos, o bien por la buena fe, o bien por el objeto en vista del cual ha de reconocerse efectos jurídicos al contrato de que se trate.

Tal como lo señala nuestra doctrina, las cláusulas abusivas también han sido llamadas "…'vejatorias', 'lesivas', 'desleales', 'leoninas'…"[180]. Las cláusulas abusivas adicionalmente han sido denominadas cláusulas odiosas, arbitrarias o discriminatorias.

La doctrina venezolana define a "las cláusulas 'abusivas'" como "aquellas que vulneran la buena fe y el justo equilibrio de las prestaciones", y son "Violatorias del orden público"; "*Las cláusulas abusivas* son aquellas enteramente desproporcionadas, excesivas y contrarias a la buena fe… La invalidez de las cláusulas abusivas son ejemplos claros en que el orden público se impone cuando se ofende

177 Pinto Oliveros: obra citada, pp. 254 y 255.

178 "Abusar... Usar mal, excesiva, injusta, impropia o indebidamente de alguna cosa".

179 El texto completo del artículo 1185 del Código Civil es el siguiente:
"El que con intención, o por negligencia o por imprudencia, ha causado un daño a otro, está obligado a repararlo.
"Debe igualmente reparación quien haya causado un daño a otro excediendo, en el ejercicio de su derecho, los límites fijados por la buena fe o por el objeto en vista del cual le ha sido conferido ese derecho".

180 Corsi: obra citada, p. 27.

la libertad y se excede los límites de la buena fe"[181]. Las mismas también han sido calificadas por nuestra doctrina como previsiones contractuales que establecen "prestaciones excesivas"[182], "visiblemente onerosas"[183] o que "hacen más onerosa la situación real de uno de los contratantes"[184]. Nuestra doctrina también ha hecho el señalamiento de que las cláusulas abusivas son la consecuencia de "entender el 'contrato por adhesión' a manera de una imposición de la 'ley del más fuerte' y en exclusivo perjuicio para quien, necesitado de un bien económico, no vacila en aceptar las más onerosas condiciones predispuestas por el cocontratante materialmente capacitado para suministrarle ese bien"[185].

La jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo de Justicia ha expresado reiteradamente que "la desigualdad que conlleva su aplicación constituye uno de los elementos definidores de una cláusula abusiva y se manifiesta cuando se establecen condiciones que sólo benefician a una de las partes del contrato"[186]. Nuestro máximo tribunal también ha indicado que, "cuando se establecen condiciones que solo benefician a una de las partes del contrato generándose una desigualdad, se está en presencia de una cláusula abusiva"; y "constituye una cláusula abusiva" el "contemplar una condición injusta"[187]. Finalmente, el Tribunal Supremo de Justicia ha objetado "cláusulas en abuso de la posición jurídica al predisponer el esquema contractual e incorporando condiciones que exclusivamente lo beneficien o que perjudiquen únicamente al contratante que se adhiere"[188].

---

181 Domínguez Guillén: obra citada, pp. 292 y 516.
182 Kummerow: obra citada, p. 176.
183 Kummerow: obra citada, p. 12.
184 Kummerow: obra citada, p. 177.
185 Kummerow: obra citada, p. 167.
186 Sala Político Administrativa, sentencia del 10 de julio de 2012, disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/Julio/00835-11712-2012-2011-1358.html Sala Político Administrativa, sentencia del 20 de septiembre de 2011, disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/septiembre/01165-21911-2011-2010-0674.HTML
187 Sala Político Administrativa, sentencia del 23 de octubre de 2012, disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/octubre/01214-241012-2012-2011-1088.HTML
188 Sala Político Administrativa, sentencia del 20 de octubre de 2010, disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/octubre/01024-211010-2010-2009-0960.HTML

Según la doctrina prácticamente unánime, las cláusulas abusivas se ven con más frecuencia en los contratos de adhesión que en otros esquemas contractuales. De allí se desprende que puede haber cláusulas abusivas en contratos que no sean de adhesión, aunque ello no sea tan frecuente. Esto se explica porque las cláusulas abusivas pueden estar presentes en ciertos contratos cuyo texto no está redactado con antelación, pero cuyo contenido es impuesto por la parte más fuerte de la relación jurídica a su contraparte contractual. Pero, desde otra óptica, una cláusula puede ser abusiva *per se*, en razón de su contenido, aunque no esté en un contrato de adhesión, ni sea el resultado de la imposición de un contratante que tiene una posición de dominio sobre el otro. De manera que son concebibles dos puntos de vista: (i) para que una cláusula sea abusiva, tiene que estar en un contrato de adhesión o haber sido impuesta por la parte más fuerte de la relación jurídica; y (ii) la cláusula es abusiva *per se*, por lo que puede estar en cualquier tipo de relación contractual. Sin embargo, esto último tropieza con el obstáculo de que, dado que las partes negociaron libremente, como iguales, el abuso aparente en una cláusula puede tener su contrapartida en un beneficio otorgado por otra cláusula. Nos explicamos:

Nuestra doctrina ha hecho el señalamiento de que las cláusulas abusivas "suelen ser frecuentes en los 'contratos por adhesión', especialmente en los sectores bancario y de seguros"[189]. La doctrina venezolana también enseña que "en los contratos de adhesión… 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."[190]. Asimismo, la doctrina española, como la de otros países, ha destacado que "El problema de las cláusulas abusivas se plantea en todos los sectores donde existen contratos de adhesión, pero donde se manifiesta especialmente es en los contratos celebrados entre profesionales (o proveedores de bienes o servicios) y consumidores (o usuarios)... este tipo de cláusulas... se

189 Corsi: obra citada, p. 27.
190 Morles: Curso de Derecho Mercantil, Tomo IV, obra citada, p. 2223.

encuentra en los contratos de la vida cotidiana: compras, seguros, créditos, construcción, viajes, etc."[191].

Las cláusulas abusivas han sido calificadas por nuestra doctrina como previsiones contractuales que "implican limitaciones a los derechos patrimoniales del consumidor o cliente", y que han sido "preformuladas o establecidas por el estipulante o predisponente"[192]. Las expresiones anteriores parecen partir de la premisa de que, para que una cláusula sea abusiva, tiene que estar contenida en un contrato de adhesión; pero éste no es necesariamente el caso. En efecto, la cláusula abusiva puede estar y suele estar contenida en un contrato de adhesión; pero también puede estar presente en el contrato que regule cualquier otra relación en la que exista una posición de dominio de una parte sobre la otra, impeditiva de una negociación real. Además, el postulado de que las cláusulas abusivas "implican limitaciones a los derechos patrimoniales" del adherente nos parece que no es lo suficientemente preciso.

En los casos en los que un contrato es negociado con libertad, y, de todas maneras, hay una disposición contractual que es susceptible de ser considerada injusta o desequilibrada, es difícil calificarla como abusiva, pues otra disposición contractual puede reestablecer el equilibrio. Efectivamente, los artículos de un contrato paritario no pueden ser vistos aisladamente, sino en conjunto; por cuanto, en el proceso de negociación, una parte puede aceptarle a la otra una cláusula que para ésta es importante, a cambio de que esta última consienta en incorporar al acuerdo una cláusula que aquélla considera crucial. Pero este *toma y dame* contractual no existe realmente cuando el contrato es de adhesión o cuando una de las partes ejerce una posición de dominio sobre la otra, que impide una discusión real de los textos contractuales.

Asimismo, cuando el contrato se discute y se aprueba con libertad, la parte a quien una cláusula favorece puede razonablemente afirmar que, llegado el momento, su contraparte debe cumplirla, sin miramientos; puesto que el momento de objetarla era la época en

---

191 Blanco Pérez-Rubio, Lourdes: La Nulidad de las Cláusulas de Sumisión Expresa en los Contratos de Adhesión, en Colección Jurisprudencia Práctica, Madrid, 1998, p. 9 (los paréntesis son nuestros).

192 Corsi: obra citada, pp. 31 y 32.

que ambas negociaron el contrato correspondiente, y no se debe hacer caso omiso de lo convenido. En efecto, conforme al artículo 6 del Código Civil, el único límite a la autonomía de la voluntad, del que deriva la fuerza obligatoria del contrato, se encuentra en el orden público y las buenas costumbres, los cuales no pueden ser relajados mediante convenios particulares. Entonces, existiendo una libertad contractual tan amplia, las partes, cuando discuten entre iguales, deben ser previsivas. Pero, de nuevo, la capacidad real de anticiparse a los hechos y regularlos en el contrato no existe realmente cuando el contrato es de adhesión o cuando una de las partes ejerce una posición de dominio sobre la otra, que impide una discusión real de los textos contractuales.

En el mismo orden de ideas, la doctrina francesa ha puesto de manifiesto que, "A pesar de que el terreno de elección de las cláusulas abusivas esté constituido por los contratos de adhesión, es verdad que se puede eventualmente encontrar cláusulas abusivas en contratos que no son de adhesión. Sin embargo, en tal hipótesis, en razón de la libre negociación de las estipulaciones del contrato entre las partes, es muy difícil determinar a partir de cuándo una cláusula deviene abusiva. En efecto, no hay que perder de vista que una determinada estipulación, que podría aparecer como abusiva en un contrato que no es libremente negociado, puede no serlo en un contrato libremente negociado, en razón de que tal ventaja consentida a una de las partes o tal obligación muy severa a cargo de la otra serán compensadas por otras condiciones que han sido libremente debatidas. Es la razón por la cual parece preferible limitar la nulidad o la reducción de las cláusulas abusivas a los solos contratos de adhesión... No es sino en los contratos de adhesión que una cláusula puede ser considerada abstractamente como abusiva, sin que tenga lugar tomar en cuenta la economía del contrato deseada por las partes"[193]. En el mismo orden de ideas, la doctrina francesa ha expresado —no sin cierta alarma— lo indicado a continuación: "Lo jurídico y lo económico están... inextricablemente vinculados... La misma cláusula puede... ser declarada o no abusiva según el contexto en el cual ella se inscriba"[194]. Un tercer autor francés nos suministra el siguiente ejemplo, en cuanto a la

[193] Larroumet, Christian: Droit Civil, Tomo 3, Les Obligations, 1ª parte, París, 1984, pp. 374 y 375.
[194] Terré, Francois; Simler, Philippe, y Lequette, Yves: Droit Civil, Les Obligations, París, 1996, p. 262.

relatividad de las cláusulas abusivas: "Tal cláusula, en general abusiva, puede cesar de serlo si fue aceptada en conocimiento de causa y a cambio de una reducción de precio"[195].

Por consiguiente, opinamos que las cláusulas abusivas sólo son concebibles cuando son impuestas por una parte del contrato a la otra. Tal como lo destaca nuestra doctrina, "El contrato de adhesión tiende al predominio del contratante económicamente más fuerte quien impondrá las cláusulas que les resulten más favorables; el contratante económicamente más débil no tiene otra alternativa que la de contratar o no contratar… La facultad de redactar el contrato representa un ventaja para el oferente, ya que puede elegir las cláusulas a su voluntad"[196].

La definición legal derogada de contrato de adhesión[197], que coincide con la prevaleciente en la doctrina[198], deja claro que un contrato de adhesión puede contener, además de las cláusulas impuestas que lo caracterizan, alguna cláusula negociada. Pues bien, sólo respecto de las cláusulas impuestas se justifica proteger al adherente. Es más, en relación con las cláusulas negociadas, no tiene mayor sentido el adjetivo *abusivas*. Nuestra doctrina enseña que "El postulado de que la justicia se identifica con lo 'acordado' no funciona en verdad cuando una de las partes avasalla a la otra"[199]. Pues bien, este avasallamiento se da cuando las cláusulas impuestas

---

195 Calais-Auloy: obra citada, p. 331.

196 Domínguez Guillén: obra citada, p. 485.

197 El artículo 18 de la Ley de Protección al Consumidor de 1992 establecía el requisito de que "el consumidor" no "pudiera discutir o modificar" el "contenido" de las cláusulas, para que se configurara un "contrato de adhesión", agregando que "La inserción de otras cláusulas en el contrato no altera la naturaleza descrita del contrato de adhesión". Luego, la primera parte del artículo 81 de la de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario de 2004 preveía que "Se entenderá como contrato de adhesión… aquel cuyas cláusulas han sido… establecidas unilateralmente por el proveedor… sin que el consumidor pueda discutir o modificar substancialmente su contenido al momento de contratar". Finalmente, de manera casi idéntica, la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios de 2008, en su artículo 70, definía a los contratos de adhesión como "aquellos cuyas cláusulas han sido… establecidas unilateralmente por la proveedora o el proveedor… sin que las personas puedan discutir o modificar substancialmente su contenido al momento de contratar".

198 Melich: La Naturaleza del Contrato de Adhesión Considerado en las Leyes que Regulan el Derecho de Consumo, obra citada, p. 770.

199 Melich: La Naturaleza del Contrato de Adhesión Considerado en las Leyes que Regulan el Derecho de Consumo, obra citada, p. 764.

son abusivas, lo que no se plantea con respecto a las cláusulas negociadas.

La doctrina argentina hace referencia a que existen dos concepciones de cláusula abusiva, a saber: (i) una "concepción amplia", que considera que la cláusula abusiva es concebible, tanto en los contratos paritarios, como en los contratos de adhesión; y (ii) una "concepción restrictiva", que considera que la cláusula abusiva sólo es concebible en los contratos de adhesión, respecto de lo cual expresa lo que sigue: "para quienes afirman que el ámbito de aplicación lo constituyen sólo los contratos por adhesión, el carácter relevante lo representa el hecho de que la cláusula reprochada no haya sido negociada individualmente. Esto única y necesariamente acontece en los contratos por adhesión, dado que se hallan suprimidas las tratativas y, con ellas, la negociación individual de cada cláusula". Ahora bien, esta "concepción amplia" no es tan amplia, pues el mismo autor señala que, si bien la cláusula abusiva es concebible fuera del ámbito de los contratos de adhesión, siempre se requiere lo siguiente: "un desequilibrio significativo entre los derechos del consumidor y las obligaciones y cargas del profesional… El desequilibrio significativo o manifiesto se explica en los hechos en el abuso del poder de negociación que ostenta el profesional"[200]. De manera que, para que sea abusiva, una cláusula tiene que ser impuesta, en un contrato de adhesión o en cualquier otro contrato en el que una parte tenga una posición de dominio sobre la otra.

Sin embargo, el artículo 3 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo de las Comunidades Europeas del 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, acoge la concepción restrictiva, pues dispone lo copiado a continuación: "1. Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato"; y "2. Se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre

[200] Stiglitz, Rubén S.: Contrato de Consumo y Cláusulas Abusivas, Revista Con-texto, No. 4, 1999, p. 39 y ss., disponible en: http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/contexto/article/view/1712/1539

su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión". Pero, tal como señalamos antes, la misma directiva europea se pronuncia por una concepción amplia del contrato de adhesión, lo cual reduce los efectos de su concepción restrictiva sobre las cláusulas abusivas. En el mismo sentido, la doctrina colombiana expresa que "un rasgo distintivo de las cláusulas abusivas radica en que las mismas no hayan sido negociadas individualmente, como acontece en los contratos de adhesión", utilizando una concepción amplia del mismo: "cuando el adherente no haya podido participar o influir en la definición del contenido del contrato, o que dicha participación no haya sido importante: la participación… en la redacción… puede ser insignificante frente al contenido global… y… las condiciones generales impuestas unilateralmente por el predisponente"[201]. Al respecto, reiteramos nuestra opinión de que, para que sea abusiva, una cláusula tiene que ser impuesta, en un contrato de adhesión o en cualquier otro contrato en el que una parte tenga una posición de dominio sobre la otra. En efecto, el predisponente del contrato de adhesión y la parte fuerte en el contrato no redactado previamente pueden igualmente imponer una cláusula que cree un desequilibrio económico o jurídico a su favor[202].

En la reforma del Código Civil francés relativa al Derecho de las Obligaciones del año 2016, se incorporó una disposición —el artículo 1171— que establece que, "En un contrato de adhesión, toda cláusula que cree un desequilibrio significativo entre los derechos y obligaciones de las partes se reputa no escrita…".

Las disposiciones legales venezolanas derogadas, en materia de contratos de adhesión, ayudan a definir las cláusulas abusivas.

---

[201] Criado-Castilla, Juan Felipe: Cláusulas Abusivas en los Contratos de Consumo, trabajo presentado para optar al título de Magister en Derecho en la Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Maestría en Derecho, Bogotá, 2014, p. 83; disponible en: http://www.bdigital.unal.edu.co/41948/1/6701456.2014.pdf

[202] Sin embargo, muchos consideran que el único equilibrio relevante es el jurídico, no el económico; por ejemplo, Criado-Castilla: obra citada, pp. 88 y ss. Esta tesis es congruente con la posición de que las cláusulas usurarias no califican como abusivas. Desde esta óptica, las cláusulas de los contratos bilaterales que establecen un desigualdad excesiva entre las prestaciones de cada una de las partes no son abusivas, aunque estén prohibidas. Nosotros no compartimos este punto de vista, pues nos parece que las disposiciones contractuales usureras son cláusulas abusivas, e incluimos su estudio en este trabajo.

En efecto, el artículo 6, número 7, de la Ley de Protección al Consumidor publicada el 23 de marzo de 1992 y reformada según publicación del 17 de mayo de 1995, prohibía las cláusulas abusivas[203]; y el artículo 21 de la misma ley contenía una lista de cláusulas prohibidas en los contratos de adhesión[204]. Posteriormente, 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[205], y el artículo 87 de la misma ley contenía una lista de cláusulas prohibidas en los contratos de adhesión[206]; adicionalmente, su

---

203 La Ley de Protección al Consumidor de 1992, reformada en 1995, disponía: "Artículo 6º. Son derechos de los consumidores y usuarios:... "7º. La protección contra... las prácticas o cláusulas abusivas impuestas por proveedores de bienes y servicios...".

204 La Ley de Protección al Consumidor de 1992, reformada en 1995, disponía:
"Artículo 21. No producirán efecto alguno las cláusulas o estipulaciones en los contratos de adhesión que:
1º. Otorguen a una de las partes la facultad de resolver a su solo arbitrio el contrato, salvo cuando ella se conceda al comprador en las modalidades de venta por correo, a domicilio o por muestrario;
2º. Establezcan incrementos de precio por servicio, accesorios, aplazamientos, recargos o indemnizaciones, salvo que dichos incrementos correspondan a prestaciones adicionales que sean susceptibles de ser aceptadas o rechazadas en cada caso y estén expresadas con la debida claridad y separación;
3º. Hagan responsable al consumidor o al usuario por deficiencias, omisiones o errores del proveedor;
4º. Priven al consumidor o al usuario de su derecho a resarcimiento frente a deficiencias que afecten la utilidad o finalidad esencial del producto o servicio; y,
5º. Estén redactados en términos vagos o imprecisos; o no impresos en caracteres legibles, visibles y destacados que faciliten su comprensión...".

205 La Ley de Protección al Consumidor y al Usuario de 2004 disponía: "Artículo 6º. Son derechos de los consumidores y usuarios:... 8º. La protección contra... las prácticas o cláusulas impuestas por proveedores de bienes y servicios que contraríen los derechos del consumidor y el usuario...".

206 La Ley de Protección al Consumidor y al Usuario de 2004 disponía:
"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.
4. Impongan la utilización obligatoria del arbitraje.
5. Permitan al proveedor la variación unilateral del precio o de otras condiciones del contrato.
6. Autoricen al proveedor a rescindir unilateralmente el contrato, salvo cuando se conceda esta facultad al consumidor para el caso de ventas por correo a domicilio o por muestrario.

artículo 15 proscribía las condiciones abusivas e incluía un listado de condiciones abusivas prohibidas[207]. Por último y de forma parecida, la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios, publicada el 31 de julio de 2008, que también fue objeto de reforma y luego fue derogada, objetaba, en su artículo 8, números 8, 9 y 13, las cláusulas perjudiciales, discriminatorias o lesivas y los contratos de adhesión desventajosos o lesivos[208]. y contenía, en su artículo 74, una lista de cláusulas prohibidas en los contratos de adhesión[209]; y, además, en su artículo 15, proscribía las condiciones

7. Fijen el dólar de los Estados Unidos de América o cualquier otra 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. En estos casos se efectuará la conversión de la moneda, extranjera al valor en bolívares de conformidad con el valor de cambio vigente para la fecha de la suscripción del contrato.
8. Cualquier otra cláusula o estipulación que imponga condiciones injustas de contratación o exageradamente gravosas para el consumidor, le causen indefensión o sean contrarias al orden público y la buena fe.
9. 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 el consumidor o usuario tenga establecida su residencia".

207 La Ley de Protección al Consumidor y al Usuario de 2004 disponía:
"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 y, en particular, las siguientes:
1. La aplicación injustificada de condiciones desiguales para proveer bienes o prestar un servicio que ponga a los consumidores y usuarios en situación de desventaja frente a otros.
2. La subordinación o el acondicionamiento 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.
3. La negativa injustificada de satisfacer la demanda de los consumidores y usuarios.
4. La imposición de precios y otras condiciones de comercialización de bienes y servicios sin que medie justificación económica".

208 La Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios de 2008 disponía: "Artículo 8º. Son derechos de las personas en relación a los bienes y servicios declarados o no de primera necesidad: …La protección contra… las prácticas o cláusulas impuestas por proveedoras o proveedores de bienes y servicios que contraríen los derechos de las personas en los términos expresados en este Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley… A no recibir un trato discriminatorio por los proveedoras o proveedores de bienes y servicios, ni ser lesionado en sus derechos… La protección en los contratos de adhesión, que sean desventajosos o lesionen sus derechos…".

209 La Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios de 2008 disponía:
"Artículo 74. Se considerarán nulas las cláusulas o estipulaciones establecidas en el contrato de adhesión, que:

abusivas e incluía un listado de condiciones abusivas prohibidas[210]. Esto fue derogado por la Ley Orgánica de Precios Justos publicada el 23 de enero de 2014. A pesar de que las referidas normas legales, 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…".

[210] La Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios de 2008 disponía:

"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…".

establecen listas de cláusulas abusivas en contratos de adhesión, ya no están vigentes, las mismas sirven de referencia, pues ayudan a entender el problema. Al respecto, la doctrina venezolana afirmó que el artículo 21 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario de 1992, antes citado, contenía "una serie de prohibiciones sobre lo que deben reputarse tratos abusivos, arbitrarios o discriminatorios", las cuales permitían "ampliar ese catálogo de cláusulas negras contenidas en el artículo 21"[211]. Luego, una innovación de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario de 2004 fue incorporar, al listado de cláusulas abusivas que estaba prohibido incluir en los contratos de adhesión, una norma de carácter general, según la cual tampoco estaba permitida ninguna "otra cláusula o estipulación que imponga condiciones injustas de contratación o exageradamente gravosas para el consumidor, le causen indefensión o sean contrarias al orden público y la buena fe" (número 8 del artículo 87). La misma norma general fue repetida, de manera casi idéntica, en la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios de 2008, que añadió, a la lista de cláusulas prohibidas, las "condiciones injustas de contratación o gravosas para las personas, le causen indefensión o sean contrarias al orden público y la buena fe" (número 7 del artículo 74). De modo que el listado de disposiciones contractuales proscritas se abrió considerablemente con la ley de 2004, lo cual fue ratificado en la ley de 2008, pues ambas leyes incluyeron, en su catálogo de prohibiciones, una norma residual. Por lo tanto, a partir del año 2004, las leyes aplicables permitían expresamente considerar abusivas, y, por ende, prohibidas, no sólo las cláusulas incluidas en las listas correspondientes, sino también aquellas disposiciones contractuales que fuesen calificables como abusivas. Además, el número 1 del artículo 15 de la ley de 2004, y, con posterioridad a ello, los números 1 y 2 del artículo 15 de la ley de 2008, proscribían "las condiciones desiguales". Al respecto, esta última ley, en el número 6 del mismo artículo 15 y en su artículo 8, precisaba que estaban vedadas "Las conductas discriminatorios", "un trato discriminatorio". Finalmente, el número 4 del artículo 15 de la ley de 2004, y luego el número 5 del artículo 15 de la ley de 2008, prohibían las "condiciones de comercialización de bienes y servicios sin que medie justificación económica". Entonces, si bien la

[211] Melich: Las Particularidades del Contrato con Consumidores, obra citada, p. 102.

Ley Orgánica de Precios Justos de 2014 abrogó el régimen legal sobre contratos de adhesión y cláusulas abusivas, ocurre lo que sigue:

De todos los artículos antes citados, se desprende, de manera general, que son inaceptables, en los contratos de adhesión, las cláusulas abusivas, entendiendo por tales las establecidas en perjuicio de los adherentes 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. Aunque las leyes que contienen dichos artículos ya no estén vigentes, lo anterior vale.

3) Protección contra las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión[212]

Tal como señalamos antes, las cláusulas abusivas sólo son concebibles cuando son impuestas por una parte del contrato a la otra. En estos casos, y sólo en estos casos, se justifica otorgar una protección contra las cláusulas abusivas, mediante una ley especial, y, en ausencia de ésta, los principios generales reflejados en el Código Civil permiten llegar a similar conclusión. La noción misma

[212] Hasta aquí, muchos de los textos del presente capítulo los tomé de un artículo previo mío. Se trata de varios textos de mi punto 1, sobre la noción de contrato de adhesión, y de varios textos de mi punto 2, sobre la noción de cláusula abusiva; todos los cuales los tomé de mi siguiente trabajo: Acedo Sucre, Carlos Eduardo: Contratos de Adhesión, publicado por la Academia de Ciencias Políticas y Sociales en el libro Bicentenario del Código de Comercio Francés, Caracas, 2008. Ahora bien, en un artículo publicado posteriormente en internet por la Universidad de Los Andes, llamado Los Contratos de Adhesión y las Cláusulas Abusivas en la Legislación Venezolana, atribuido a Bartolomé Gil Osuna, se repiten los mismos textos, sin colocarlos entre comillas, ni reconocerme su autoría. Es evidente que dicho trabajo es posterior a mi artículo citado, pues Bartolomé Gil Osuna, en su cita de pie de página número 12, incluyó la siguiente referencia: "El Tribunal Supremo de Justicia… Su actual Presidenta es la Magistrada Luisa Estella Morales (2009), quien además preside la Sala Constitucional…" (el paréntesis es de él). De manera que mi artículo (publicado en 2008) precede el trabajo de Bartolomé Gil Osuna (publicado en 2009 o después). Éste, sin embargo, no me asignó el carácter de autor de las partes de mi artículo que transcribió en el de él. Hago esta aclaratoria para que no se vaya a pensar que los correspondientes textos del presente capítulo fueron tomados de su trabajo, ya que proceden de mi propio artículo. La referida obra atribuida a Bartolomé Gil Osuna fue publicada por la Universidad de los Andes en: http://www.ula.ve/ciencias-juridicas-politicas/images/NuevaWeb/Prof_Bartolome/bart4.pdf

de cláusula abusiva, y la necesidad de atenuarla o anularla, están indisociablemente ligadas a la existencia de un contrato de adhesión o de una posición de dominio de una parte sobre la otra, que frustran una negociación verdadera. En nuestro criterio, cuando existe un texto contractual redactado con antelación por una de las partes a expensas de la otra, o cuando una parte se encuentra en una posición de dominio frente a la otra, que no tiene poder real para negociar nada o casi nada y se ve forzada a consentir un tratamiento injusto, el legislador debe intervenir, para evitar que se establezcan válidamente situaciones poco equitativas entre los contratantes. En tal sentido, las disposiciones contractuales que dan a una parte una ventaja poco razonable sobre la otra no deben tener cabida en cierto tipo de relaciones, en particular, si obran en perjuicio del débil jurídico, si son incluidas en textos pre-hechos. En estos supuestos, estamos frente a cláusulas abusivas, que ameritan la intervención del legislador.

En efecto, el abuso no deriva sólo del contenido de la cláusula, sino de su imposición. Los problemas relevantes generados por las disposiciones contractuales a primera vista lesivas surgen, fundamentalmente, con respecto a los contratos de adhesión, cuyo ámbito natural son las relaciones entre los proveedores de bienes o servicios y sus consumidores o usuarios; y con respecto a ciertas situaciones equivalentes, por ejemplo, una compañía que controla un producto a nivel mundial le impone ciertas condiciones a los distribuidores que llevan ese producto a las tiendas de su zona, aunque esté abierta a conversar el resto de sus contratos con ellos y a adaptarlos a las situaciones y regiones particulares. Fuera del contexto de una contratación en masa o de una relación de poder, no tiene sentido hablar de cláusulas abusivas, puesto que, fuera de este contexto, los acuerdos entre las partes son contratos entre iguales, que son objeto de negociación. En estos casos, la noción misma de cláusula abusiva no debería tener cabida, ya que, por un lado, cada contratante debe ser previsivo y velar por sus propios intereses, y, por otro lado, hay que mirar el contrato en bloque, y no sólo sus cláusulas particulares, pues una disposición contractual que luce muy favorable para una de las partes puede hallar su contrapeso en una disposición contractual que considerada individualmente le es muy perjudicial.

Ahora bien, el trabajo hecho por el legislador venezolano en esta materia se perdió durante el régimen que ejerce el poder desde el año 1999.

De hecho, en Venezuela, a partir del año 1992, existió una normativa legal en protección de los consumidores de bienes y los usuarios de servicios ofrecidos al público, contra posibles cláusulas abusivas incluidas por los proveedores de tales bienes y servicios en sus contratos de adhesión; pero dicha normativa fue derogada en el año 2014. Efectivamente, la primera vez que en nuestro país se promulgó legislación para regular los contratos de adhesión, así como las cláusulas abusivas incluidas en los mismos, fue en la Ley de Protección al Consumidor del 24 de marzo de 1992, la cual fue reformada según publicación del 17 de mayo de 1995. Ésta fue derogada por la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario publicada el 4 de mayo de 2004, que a su vez fue sustituida por la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios, publicada el 31 de julio de 2008, que también fue objeto de reforma. Pero la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios fue derogada por la Ley de Orgánica de Precios Justos publicada el 23 de enero de 2014, oportunidad en la cual desaparecieron las normas que regulaban los contratos de adhesión y las correspondientes cláusulas abusivas. De manera que en nuestro país ya no existe una regulación legal en protección a los adherentes de estos contratos contra los abusos de los proveedores.

Cuando la Ley Orgánica de Precios Justos publicada el 23 de enero de 2014, que es un decreto-ley, derogó la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios, el legislador, es decir, el gobierno, pues es un decreto-ley, incurrió en una omisión inexcusable, ya que no incluyó en aquél la regulación sobre los contratos de adhesión y las cláusulas abusivas, contenida en ésta. Posiblemente fue un olvido y no un acto deliberado, pero ello no fue rectificado luego, lo que es absolutamente imperdonable. En efecto, la Ley Orgánica de Precios Justos, en su última versión, que es la publicada el 8 de noviembre de 2015 y reimpresa el 12 del mismo mes, no regula los contratos de adhesión ni las correspondientes cláusulas abusivas, pues solamente establece que uno de los "derechos de las personas en relación con los bienes y servicios" es su derecho "A la protección en los contratos de adhesión que sean

desventajosos o lesionen sus derechos e intereses" (artículo 7, número 10), e impone una sanción pecuniaria a quienes violen este derecho (artículo 47, número 7). La misma ley menciona someramente otros asuntos concernientes a la relación entre los proveedores y los consumidores o usuarios, pero sin referirse, para nada, a los contratos de adhesión; se trata de lo siguiente: (i) los "derechos de las personas en relación con los bienes y servicios" incluyen "elegirlos con libertad" (artículo 7, número 2), así como "la protección contra… los métodos comerciales coercitivos" (artículo 7, número 5), y se castiga con multa a quienes empleen "métodos coercitivos" (artículo 47, número 7); (ii) los "derechos de las personas en relación con los bienes y servicios" incluyen obtener "información adecuada, veraz, clara, oportuna y completa" (artículo 7, número 4), y se castiga con multa a quienes violen este derecho (artículo 47, número 2); (iii) los "derechos de las personas en relación con los bienes y servicios" incluyen "la reparación e indemnización por daños y perjuicios" (artículo 7, número 7), y se castiga con multa a quienes no procedan al "resarcimiento del daño sufrido" (artículo 47, número 7); (iv) los "derechos de las personas en relación con los bienes y servicios" incluyen que el suministro sea "de forma continua, regular, eficaz, eficiente e ininterrumpida" (artículo 7, número 13), y se castiga con multa a quienes violen dicho derecho (artículo 47, número 11); (v) se castiga con multa a "los proveedores o proveedoras de los bienes y servicios" que den a sus clientes un "trato discriminatorio" (artículo 47, número 7); y (vi) se castiga con prisión a quienes incurran en usura (artículos 58 y 59).

La circunstancia anterior obliga a analizar el tema de las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión desde la óptica del Código Civil. Efectivamente, la protección contra las cláusulas abusivas puede otorgarse, en ausencia de una ley especial, aplicando los principios del Código Civil.

Es más, la necesidad de salvaguardar a los consumidores y usuarios contra los abusos de los proveedores de bienes y servicios fue consagrada en la Constitución de 1999, que hace referencia a "la protección del público consumidor", a "la defensa del público consumidor" y a "los derechos del público consumidor y usuario"[213].

[213] Artículos 113, 117 y 281 número 6 de la Constitución del año 1999.

En tal sentido, el Tribunal Supremo de Justicia expresó que "La defensa del consumidor y el usuario… tiene rango constitucional"[214], y que "el trato equitativo y digno que propugna el Texto Fundamental se contraviene cuando en los contratos de adhesión no existe el debido equilibrio de prestaciones o cuando el proveedor ejerza sus derechos de manera abusiva en detrimento de los intereses económicos de los consumidores y usuarios"[215]. Los contratos de adhesión suelen presentarse cuando existe una posición de dominio entre el proponente, usualmente un proveedor, y el adherente, usualmente un consumidor o usuario, y el artículo 113 constitucional establece que "es contrario" a "los principios fundamentales de esta Constitución" el "abuso de la posición de dominio", que "el Estado adoptará las medidas que fueren necesarias para evitar los efectos nocivos y restrictivos" del "abuso de la posición de dominio", entre otros, y que se tendrá "como finalidad la protección del público consumidor", entre otros; y la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia dictaminó que "conductas constitucionalmente prohibidas, tales como… las que abusan de la posición de dominio (artículo 113…)…, no pueden ser desconocidas o relegadas, mediante acuerdos de voluntades. De ello suceder, tales convenios no surtirán efectos"[216].

El artículo 113 de la Constitución trata sobre los monopolios y otros elementos contrarios al buen funcionamiento del mercado, por lo que sus referencias al "abuso de la posición de dominio" en realidad aluden a las situaciones en las que se distorsiona la libre competencia. Sin embargo, es evidente que el abuso de la posición de dominio también puede darse en otros campos, particularmente en las relaciones contractuales en las que una de las partes está en una situación de debilidad frente a la otra, como sucede en el caso de los contratos de adhesión, especialmente en los impuestos por proveedores a consumidores o usuarios. En consecuencia, pensamos que dicha disposición constitucional puede servir de base para atacar

---

214 Sala Constitucional, sentencia del 24 de enero de 2002, disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/enero/85-240102-01-1274%20.htm

215 Sala Político Administrativa, sentencia del 18 de febrero de 2015, disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/febrero/174458-00101-19215-2015-2014-0547.HTML

216 Sala Constitucional, sentencia del 24 de enero de 2002, disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/enero/85-240102-01-1274%20.HTM

el "abuso de la posición de dominio" de los proponentes de contratos de adhesión, pues impedir o sancionar las cláusulas abusivas también obra en "protección del público consumidor", que es uno de los fines de este artículo. Esto resulta más claro si la citada disposición constitucional es mirada a la luz del artículo 117 y del número 6 del artículo 281 de la Constitución, los cuales, similarmente, hablan de "la defensa del público consumidor" y de "los derechos del público consumidor y usuario", respectivamente, y están orientados al ámbito de las relaciones entre proveedores y consumidores o usuarios. Entonces, todas las normas constitucionales mencionadas, unas más dirigidas hacia el Derecho de la Competencia (artículo 113) y otras más dirigidas hacia el Derecho del Consumo (artículo 117 y número 6 del artículo 281), pueden ser vistas en conjunto. De hecho, en la sentencia que acabamos de citar, la Sala Constitucional consideró que unos contratos de adhesión tenían cláusulas abusivas, que declaró ineficaces, e hizo referencia al artículo 113 de la Constitución, conjuntamente con otras normas constitucionales, en los siguientes términos: "…de la vigente Constitución, los artículos... 113…, se encuentran ligados a lo social, y sirven de referencia para establecer el concepto del Estado Social de Derecho y sus alcances… / …la Sala considera que conductas constitucionalmente prohibidas, tales como… las que abusan de la posición de dominio (artículo 113…)…, no pueden ser desconocidas o relegadas, mediante acuerdos de voluntades. De ello suceder, tales convenios no surtirán efectos… /…es un Estado que… tiende en toda forma a evitar… los abusos de la posición de dominio… artículo 113 constitucional… / …el Estado y los entes que lo conforman pueden permitir a particulares… la prestación de servicios de naturaleza pública, pero estas concesiones no pueden ejercerse sino adecuándolas al interés público, como lo señala el artículo 113 constitucional… El Estado, y los concesionarios que actúan en su nombre, tienen que adaptarse a las prohibiciones de los artículos 113"[217].

El rango constitucional que se le ha dado a la salvaguarda de los consumidores y usuarios es un fenómeno que no es exclusivo de

[217] Sentencia de la Sala Constitucional fechada 24 de enero de 2002, disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/enero/85-240102-01-1274%20.HTM

Venezuela, al punto de que la doctrina colombiana menciona la "constitucionalización" del "Derecho del Consumidor"[218].

La doctrina venezolana ha señalado que la protección contra las cláusulas abusivas sólo se justifica con respecto al contrato de adhesión, que es predispuesto por una sola de las partes. En efecto, dicha protección no se justifica con respecto al contrato predispuesto por las dos partes, como es el caso del contrato marco, pues los contratantes "disponen de la oportunidad para defender apropiadamente sus intereses en la contratación, o para llegar a un acuerdo que satisfaga los intereses de ambas partes"; y tampoco se justifica con respecto al contrato predispuesto por un tercero, por ejemplo, el articulado impuesto en ciertas circunstancias por la administración pública, puesto que "ninguna de las partes goza de mayor poder contractual… ninguna de las partes se estaría valiendo de su posición de supremacía para imponer las cláusulas o el contenido contractual a su cocontratante"[219]. Sin embargo, si el tercero que predispone el contrato está vinculado al suplidor del bien o servicio correspondiente, pensamos que dicha protección se justifica; a título ilustrativo, si la Asociación Bancaria o la Cámara de Aseguradores redactaran contratos bancarios o pólizas de seguro de uso uniforme, consideramos que los clientes de sus agremiados, es decir, los usuarios de los servicios bancarios y los tomadores, asegurados o beneficiarios de seguros, deberían tener acceso a la misma protección que el adherente a cualquier contrato de adhesión.

4) Diferencia entre la protección contra cláusulas abusivas y el abuso de derecho, la rescisión por lesión y la teoría de la imprevisión

4.1) Protección contra cláusulas abusivas y abuso de derecho

Las cláusulas abusivas nacen abusivas. Son disposiciones contractuales que desde que el proponente del contrato de adhesión

[218] Jaramillo: La Protección del Consumidor y sus Principales Manifestaciones en el Derecho de Seguros Contemporáneo: Examen Descriptivo, en Retos y Oportunidades del Seguro y del Reaseguro en el Nuevo Milenio, obra citada, pp. 110 y ss.; y en Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros N° 15, Bogotá, 2000, pp. 129 y ss.

[219] Pinto Oliveros: obra citada, pp. 254 y 255.

se las presenta al adherente, son lesivas, injustas, inequitativas o vejatorias. No se trata de cláusulas razonables que son invocadas por una de las partes contra la otra de manera abusiva. No estamos ante casos de abuso de derecho propiamente dicho, sino ante casos de disposiciones contractuales que, desde que son convenidas, están viciadas, por ser inaceptablemente desequilibradas. No nos referiremos aquí, pues, a las controversias que puedan surgir luego de la celebración del contrato de adhesión, con motivo de la ejecución de dicho contrato de manera perjudicial para el adherente, incluyendo las posibles disputas por daños. Tampoco pretendemos analizar lo relativo al cumplimiento o incumplimiento de cláusulas lícitas, ni al exceso en que puede incurrir una de las partes en el ejercicio de los derechos que tales cláusulas legítimamente le confieren, si es éste el caso. Intentaremos elucidar, más bien, la nulidad de, o, lo que es lo mismo, la privación de efectos a, las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión.

4.2) **Protección contra cláusulas abusivas y rescisión por lesión y teoría de la imprevisión**

En la teoría clásica de Derecho de las Obligaciones, cuando una de las partes del contrato se ve enfrentada a una cláusula contractual cuyo cumplimiento es, desde la fecha de la contratación, muy difícil u oneroso, o cuyo cumplimiento se convierte, por un cambio de circunstancias, en muy difícil u oneroso, sucede, de todas maneras, que dicha parte contractual debe, en principio, cumplir tal cláusula. Como regla general, se considera que solamente un evento imprevisible e irresistible, es decir, un caso fortuito o evento de fuerza mayor, libera al deudor del contrato, o, visto desde otra óptica, se necesita una causa extraña no imputable al obligado para excusarlo del cumplimiento de su obligación contractual. En efecto, el Código Civil dispone que "El deudor será condenado al pago de los daños y perjuicios, tanto por inejecución de la obligación como por retardo en la ejecución, si no prueba que la inejecución o el retardo provienen de una causa extraña que no le sea imputable, aunque de su parte no haya habido mala fe" (artículo 1271), y que "El deudor no está obligado a pagar daños y perjuicios, cuando, a consecuencia de un caso fortuito o de fuerza mayor, ha dejado de

dar o de hacer aquello a que estaba obligado o ha ejecutado lo que estaba prohibido (artículo 1272). Dicho en otras palabras, si los contratantes no disponen otra cosa, sus contratos se rigen por el régimen supletorio previsto en los dos artículos que acabamos de transcribir.

Sin embargo, la teoría de la imprevisión pregona que, en principio, en los casos en los cuales la mayor dificultad u onerosidad es el producto de un cambio de circunstancias, que no podía preverse razonablemente al momento de contratar, no se aplica lo pactado.

También existe la idea de la rescisión por lesión, que va más allá, pues intenta establecer, como regla general, una solución según la cual se privaría de valor las disposiciones contractuales que, desde su nacimiento, son poco equitativas.

De modo que, a diferencia de la teoría de la imprevisión, que es una tesis que sostiene la posibilidad de impugnar contratos que, en razón de circunstancias ulteriores a su celebración, se tornaron en obviamente inequitativos, la idea de rescisión por lesión apunta a la revisión de contratos que nacen poco equitativos. Similarmente, la noción de cláusula abusiva da a entender que se trata de disposiciones contractuales que, *ab initio*, son excesivamente onerosas, y no como resultado de eventos sobrevenidos. Al respecto, la doctrina patria, en materia de cláusulas abusivas en contratos de adhesión, nos enseña que "Ha existido una tendencia a hacer intervenir en esta materia los principios de la rescisión por lesión, pero semejante tendencia no parece aceptable dentro del régimen que pauta el Código Civil venezolano y parece más bien contradictoria con el principio de que el contrato es ley entre las partes (Art. 1.159)"[220].

Ni la rescisión por lesión, ni la teoría de la imprevisión, se han impuesto en Venezuela, porque nuestro ordenamiento jurídico tiende a privilegiar lo convenido sobre lo no convenido[221]. En efecto, no se debe sostener, de entrada, que un contratante debe ser

[220] Melich Orsini, José: Doctrina General del Contrato, Caracas, 1997, p. 72.

[221] Sin embargo, muchos estudiosos, como los doctores Luis Felipe Urbaneja, Eloy Maduro Luyando, Alfredo Morles Hernández y James Otis Rodner, son o han sido partidarios de la teoría de la imprevisión. Al respecto, véase Rodner, James Otis: El Dinero, Caracas, 2005, pp. 708 y ss.

preferido sobre el otro, si ambos celebraron libremente un acuerdo; así que pensamos que no procede (i) beneficiar a la parte que discutió y celebró un contrato que la perjudica, a expensas de la otra, que estudió mejor la situación y fue más hábil negociando (rescisión por lesión); ni (ii) favorecer a la parte que no consideró el riesgo de que un cambio de circunstancias rompiera el equilibrio contractual sacrificando a su contraparte que fue más precavida (teoría de la imprevisión).

La rescisión por lesión y la teoría de la imprevisión, que van en contra de lo pactado, no deberían tener cabida como norma de alcance general, pues en muchos casos las partes conversan sobre los contratos antes de consentirlos y llegan a acuerdos libremente, y, si no convinieron nada distinto, se deben conformar con el régimen supletorio del Código Civil, conforme al cual la excesiva onerosidad o dificultad no bastan para ser excusado, sino que se requiere una causa extraña no imputable o un caso fortuito o de fuerza mayor, es decir, se necesita un evento irresistible e imprevisible que haga imposible el cumplimiento. No es razonable descartar lo previsto en sus artículos 1271 y 1272, antes citados, para aplicar la rescisión por lesión o la teoría de la imprevisión, en presencia de contratos paritarios, pues esto lleva a privilegiar, *a priori*, a una parte sobre la otra, en todos los casos en los que el texto contractual termine siendo inequitativo, a juicio de un juez o árbitro, quien forzosamente no participó en la negociación.

Privar de efectos el convenio es atrabiliario si éste fue libremente negociado. De hecho, si hubo una negociación libre, la parte perjudicada por la cláusula lesiva no debió consentirla, y la parte potencialmente desfavorecida por un eventual cambio de circunstancias susceptible de romper el equilibrio contractual debió prever esto último en el contrato. Es más, es frecuente, en los contratos, prever su renegociación o su terminación en caso de mayor dificultad u onerosidad con motivo de hechos sobrevenidos. En las situaciones en las que hubo una negociación verdadera, si una de las partes parte resultó perjudicada por una cláusula lesiva que aceptó, o si una de las partes fue desfavorecida por no haber incluido una cláusula de renegociación o terminación por cambios susceptibles de alterar la economía del contrato, no existe ninguna razón poderosa, de valor universal, para preferir a dicha parte sobre

la otra, contradiciendo el acuerdo entre ambas. En este sentido, cuando las partes conversan sobre los contratos antes de pactarlos y llegan a acuerdos libremente, deben pesar más los intereses del acreedor de la obligación de que se trate, interesado en hacer cumplir el contrato, que los intereses del deudor correspondiente, que pretende desconocerlo; y es razonable que sea así, salvo casos excepcionales. En efecto, cuando dos personas naturales o jurídicas, que entienden lo que están haciendo, tratan como iguales, el contratante que se obliga da su palabra de manera voluntaria al prometer la correspondiente prestación, y su contraparte se hace titular de un derecho, teniendo la expectativa legítima de que dicha palabra no se convierta en letra muerta. Alterar lo que las partes acordaron para, como regla general, perjudicar al acreedor en beneficio del deudor, no se justifica.

En principio, pues, la alteración de lo pactado no se debe permitir cuando se trata de cláusulas que, desde su inclusión en los contratos, pueden ser percibidas como poco equitativas (rescisión por lesión), ni cuando se produce una modificación del entorno de las partes, creando una situación contraria a la equidad (teoría de la imprevisión), pues dicha alteración beneficia a una parte a expensas de la otra, destruyendo el contrato. Este principio, sin embargo, no debería tener cabida cuando estamos en presencia de una contratación en masa, ni cuando una de las partes ejerce una posición de dominio sobre la otra, que impide una discusión real de los textos contractuales. Entonces, los problemas generados por las cláusulas abusivas surgen, verdaderamente y de manera relevante, con respecto a convenios en los cuales una parte tiene una posición de dominio sobre la otra y en los contratos de adhesión, en particular los celebrados entre los proveedores de bienes o servicios y los consumidores o usuarios de los mismos. Si este asunto se soluciona adecuadamente, las situaciones que se busca atender mediante los conceptos de rescisión por lesión o imprevisión dejan de tener importancia y urgencia.

En conclusión, dar una buena solución al problema de las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión y en las relaciones en las que exista una posición de dominio, especialmente en el caso que más requiere atención, que es el relativo a las vinculaciones entre proveedores y consumidores y usuarios, debe, en nuestra

opinión, desplazar a un segundo plano la discusión sobre las teorías de la rescisión por lesión y la imprevisión. Es más, dar una buena solución a dicho problema debe, en nuestra opinión, resultar en que ambas teorías, que pretenden erigirse en regla general, sean descartadas definitivamente. En efecto, si una vinculación contractual es libremente negociada, la misma no debería ser desvirtuada por el mero hecho de que una de las partes consintió algo que no le convenía o dejó de protegerse contra los cambios en el entorno, pues sólo una causa extraña que no le sea imputable, tal como un caso fortuito o de fuerza mayor, es susceptible de excusar a dicho contratante, conforme al derecho común.

5) Utilidad social del contrato de adhesión: las cláusulas abusivas como patología

A veces los contratos de adhesión contienen cláusulas abusivas. Se trata de una anomalía, que no debe poner en tela de juicio la utilidad de estos contratos, sino el comportamiento de algunos predisponentes.

Hay que cuidarse de no incurrir en una "satanización" de los contratos de adhesión, la cual es criticada, por ejemplo, por la doctrina colombiana[222]. Muchas veces no hay ninguna posición de dominio, tal como lo señala un autor colombiano[223], para quien los predisponentes no siempre son la parte "poderosa", ni los adherentes la parte "menos influyente"; a lo que otro autor colombiano[224] añade, respecto de los contratos de seguro, que la noción según la cual "hay una parte débil identificada de ordinario con el tomador" puede ser

---

222 Jaramillo: La Protección del Consumidor y sus Principales Manifestaciones en el Derecho de Seguros Contemporáneo: Examen Descriptivo, en Retos y Oportunidades del Seguro y del Reaseguro en el Nuevo Milenio, obra citada, pp. 110 y ss.; y en Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros N° 15, Bogotá, 2000, pp. 129 y ss.

223 Jaramillo: La Protección del Consumidor y sus Principales Manifestaciones en el Derecho de Seguros Contemporáneo: Examen Descriptivo, en Retos y Oportunidades del Seguro y del Reaseguro en el Nuevo Milenio, obra citada, pp. 110 y ss.; y en Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros N° 15, Bogotá, 2000, pp. 129 y ss.

224 Venegas Franco, Alejandro: Evolución y Perspectivas de la Protección del Asegurado, en Retos y Oportunidades del Seguro y del Reaseguro en el Nuevo Milenio, Memorias del Sexto Congreso Ibero-Latinoamericano de Derecho de Seguros, Cartagena de Indias, mayo de 2000, pp. 55 y ss.

"generadora de inequidades". Un autor colombiano[225] destaca que, "aun cuando la locución protección del asegurado tiene como propósito hacer énfasis en uno de los extremos de la relación asegurativa, no debe perderse de vista que, en sana lógica, el otro extremo, vale decir el asegurador, igualmente es pasible de tutela"; y otro autor colombiano[226] resalta que "uno de los mayores desafíos de la actividad aseguradora consiste en el equilibrio del contrato de seguro respecto de las pretensiones de tomadores y en la prevención de los fraudes". Criterios similares son aplicables a los contratos bancarios.

En efecto, frecuentemente los contratos de adhesión no contienen cláusulas abusivas. De hecho, su condicionado normalmente no responde a la intención de una de las partes de beneficiarse indebidamente de la posición de dominio que pueda tener respecto del otro contratante, sino que se debe a las exigencias del mercado, el cual requiere el establecimiento de mecanismos masivos de contratación, mediante la celebración de contratos en serie. Es más, muchas veces tal posición de dominio ni siquiera existe; por ejemplo, los bancos celebran contratos de seguros redactados por las aseguradoras, y las aseguradoras celebran contratos bancarios redactados por los bancos. Normalmente los contratos de adhesión son diseñados por el proponente para la generalidad de sus clientes, algunos de los cuales son entes corporativos con gran fortaleza económica, y todos los cuales tienen, usualmente, la posibilidad de contratar los mismos o similares bienes o servicios con distintos proveedores. En este sentido, nuestra doctrina ha destacado que "no es la disparidad" entre los contratantes lo que constituye la "nota distintiva" de los contratos de adhesión, a pesar de que "la doctrina tradicional así ha querido darlo a entender"[227]. La doctrina peruana, como la de otros países, ha destacado que "los problemas que presentan las cláusulas generales de contratación inciden no solamente en las relaciones de la empresa

[225] Jaramillo: La Protección del Consumidor y sus Principales Manifestaciones en el Derecho de Seguros Contemporáneo: Examen Descriptivo, en Retos y Oportunidades del Seguro y del Reaseguro en el Nuevo Milenio, obra citada, pp. 110 y ss.; y en Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros N° 15, Bogotá, 2000, pp. 129 y ss.

[226] Venegas: obra citada, pp. 55 y ss.

[227] Kummerow: obra citada, p. 176.

con sus clientes, sino también en las relaciones con sus proveedores u otras empresas"[228].

La doctrina venezolana ha destacado que "la estipulación de condiciones generales de contratación" es "un producto de la técnica organizativa moderna", el cual "tiende a eliminar las demoras y los tratos o negociaciones infructuosas en el intercambio de bienes y servicios, a homogeneizar ciertos caracteres del objeto suministrado y a posibilitar precios económicos y firmeza en las condiciones de pago, al establecer los riesgos y responsabilidades asumidas por las partes"[229]. En el mismo sentido, la doctrina peruana nos enseña que los contratos de adhesión, al permitir "la contratación en masa", sirven para "facilitar el comercio de bienes y servicios a gran escala"[230]. En igual orden de ideas, la doctrina española, refiriéndose a los contratos de adhesión, pone énfasis en "su necesidad en la vida económica moderna, en la que no es posible la discusión del contenido de cada contrato con cada cliente, al impedirlo la contratación masiva y las exigencias de uniformidad que se derivan de la planificación empresarial en todos los órdenes"[231].

Asimismo, refiriéndose a los contratos de adhesión, la doctrina venezolana destaca que es "un producto de la técnica organizativa, que tiende a hacer constantes ciertas cláusulas como resultado de experiencias anteriores o de exigencias del buen funcionamiento de una organización. El contrato de adhesión básicamente busca eliminar las dificultades que presentan las negociaciones con los clientes y contribuye, desde el punto de vista económico, a acelerar la conclusión de los contratos y a facilitar y garantizar el intercambio de bienes y servicios que necesita una sociedad desarrollada"[232]. El mismo autor se refiere a la circunstancia de que "la expansión del capitalismo industrial a comienzos del presente siglo lleva a un

---

228 Di Iorio, Alfredo J.: Las Cláusulas Generales de Contratación, en El Código Civil Peruano y el Sistema Jurídico Latinoamericano, Lima, 1986, p. 413.

229 Melich Orsini, José: 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. 170.

230 Cárdenas Quirós, Carlos: Las Condiciones Generales de Contratación y Cláusulas Abusivas, en libro con el mismo título, antes citado, p. 99.

231 Díez-Picazo, Luis, y Gullón, Antonio: Instituciones de Derecho Civil, vol. I/2, Madrid, 1998, p. 63.

232 Melich: Doctrina General del Contrato, obra citada, p. 71.

ámbito cada vez más general y despersonalizado el comercio masivo y crea la necesidad de enfrentar tal reto con la estandarización de reglas uniformes de contratación, que permitan... acelerar los tratos entre los empresarios y sus clientes"[233]. Otro autor venezolano, inspirándose en el francés Berlioz, hizo ver que los contratos de adhesión responden a los "adelantos tecnológicos, la estandarización de la economía y el factor dinámico y acelerado de nuestra sociedad... A las producción en masa corresponden relaciones contractuales en masa... contratos *standard*... técnica indispensable para las relaciones entre las empresas modernas y los consumidores"[234]. Para la doctrina española, el contrato de adhesión, "significa la respuesta que da la producción en masa a la demanda, también en masa, de bienes o servicios... Lo que sucede es que la contratación en masa necesita uniformidad y rapidez, para lo cual el contrato de adhesión proporciona el instrumento adecuado... No hay duda de que esta manera de contratar tiene ventajas, por ser una vía rápida que ahorra discusiones y tiempo"[235]. Además, la doctrina de la Madre Patria destaca, en relación con los contratos de adhesión, que "La utilización de contratos-tipo y la ausencia de negociación son, sin duda, las consecuencias inevitables de la centralización de poderes de decisión en la producción y la distribución de las relaciones contractuales de masa. El número y la repetición de los contratos, la rapidez necesaria de su conclusión y la intervención de dependientes que no tienen ningún poder de decisión impiden, en la distribución moderna de bienes y servicios, cualquier negociación capaz de modificar los modelos previamente redactados por servicios de especialistas"[236].

Esto es tan así que la doctrina de nuestro país, refiriéndose al "contrato por adhesión", sujeta "la propia vida de ciertas instituciones imprescindibles al cuerpo social", a "la adhesión del consumidor y del usuario a las normas unilateralmente elaboradas"[237]. Un autor español ilustra lo antes dicho con el siguiente ejemplo: "Piénsese en

---

233 Melich: Las Particularidades del Contrato con Consumidores, obra citada, pp. 89 y 90.

234 Corsi: obra citada, p. 26.

235 Puig Brutau, José: Compendio de Derecho Civil, Vol. II, Barcelona, 1997, p. 292.

236 La Cruz B., José L.; Sancho R., Francisco de A.; Luna S., Agustín; Delgado E., Jesús; Rivero H., Francisco, y Rams A., Joaquín: Elementos de Derecho Civil II, Derecho de Obligaciones, vol. 1, Barcelona, 1994, p. 358.

237 Kummerow: obra citada, p. 100.

lo que entorpecería las cosas el que cada cliente que contrata con una gran empresa suministradora de electricidad o agua o gas, etc., o que saca un billete para entrar en un espectáculo o para utilizar un medio de transporte (contratando así con la empresa que explota aquél o éste), pudiese entrar en discusión sobre las cláusulas a pactar, o celebrarse el contrato con un contenido o estipulaciones diversas a las de los demás usuarios"[238].

Esto tiene evidentes connotaciones económicas, tal como ha puesto de manifiesto la doctrina venezolana, al referirse a "la estandarización de reglas uniformes de contratación, que permitan... abaratar la producción con el desarrollo de la economía de escalas"[239]; y a la circunstancia de que los contratos de adhesión "responden a una racionalidad comercial: la necesidad de eliminar los altos costes que supondría la negociación individual para los contratos en masa que celebra cierto proveedor"[240]. En el mismo orden de ideas, la doctrina española destaca: "Sólo uniformando el contenido contractual, puede un empresario racionalizar las operaciones comerciales y sólo de este modo pueden reducirse los llamados 'costos de la negociación de los contratos'..."[241]. La doctrina argentina, en el mismo sentido, señala que los contratos de adhesión permiten "significativos ahorros propios de la economía de escala"[242]. Similarmente, la doctrina colombiana ha destacado que "Los contratos de adhesión… cumplen… dos finalidades económicas de suma trascendencia para el desarrollo de la economía: por una parte, viabilizan el intercambio masivo de bienes y/o servicios, haciendo más rápida y expedita la circulación de la riqueza en el tráfico; por otra parte, se erigen como una estrategia de manejo de costos de los empresarios orientada a la eficiencia económica"[243]. Finalmente, la doctrina española aclara que "a través de este abaratamiento de los costos, los productos (y servicios) pueden llegar

238 Albaladejo, Manuel: Derecho Civil II, Derecho de Obligaciones, vol. 1, Barcelona, 1997, p. 428.
239 Melich: Las Particularidades del Contrato con Consumidores, obra citada, p. 90.
240 Hernández G., José Ignacio: Introducción a la Nueva Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, Caracas, 2004, p. 49.
241 Díez-Picazo y Ponce de León, Luis: Las Condiciones Generales de Contratación y Cláusulas Abusivas, en libro con el mismo título, antes citado, p. 29.
242 Alterini, Atilio Aníbal: Las Condiciones Generales de Contratación y Cláusulas Abusivas, en libro con el mismo título, antes citado, p. 72.
243 Posada Torres: obra citada, pp. 142 y 143.

a sus destinatarios en mejores condiciones de costos (o precios) y garantías"[244].

Por ello la doctrina colombiana ha reconocido que "la predisposición de condiciones generales no es por sí misma abusiva"[245], dadas "las enormes ventajas que trae para la economía considerada en su conjunto y para el propio consumidor la simplificación derivada de la producción y el consumo masivo"[246].

Entonces, tal como lo destaca nuestra doctrina, "El contrato de adhesión no nace de la arbitrariedad de una de las partes; por el contrario, es consecuencia de la masificación de la prestación de un servicio, o de la venta de ciertos bienes, inclusive de las necesidades de técnica jurídica. La empresa de electricidad o de teléfono no puede discutir con cada cliente…, tampoco puede hacerlo la empresa de seguros, el fabricante de productos en masa…, ni lo puede hacer el banco… El contrato de adhesión es una realidad impuesta por el orden económico y la celeridad de las negociaciones".[247] En el mismo sentido, "Sería imposible que cada contrato de suministro de servicios (agua, teléfono, etc.), transporte, seguro, banca, suponga una negociación particularizada"[248].

Nuestro máximo juzgado también ha resaltado que el contrato por adhesión "es una "modalidad contractual, producto de la realidad que impone el orden económico y la celeridad de las negociaciones mercantiles", y se presenta en las "contrataciones que se realizan en masa en el marco de determinadas actividades económicas… en las que la eficiencia y, como ya se dijo, la celeridad, son factores fundamentales". En el mismo fallo, el Tribunal Supremo de Justicia expresó que, "además de la eficiencia que persigue incrementar el contrato por adhesión, la existencia de estipulaciones uniformes y generales para todos los cocontratantes asegura la igualdad de trato y condiciones que se otorga a éstos, lo que redunda

---

244 Díez-Picazo: obra citada, p. 29 (los paréntesis son nuestros).

245 Pinzón Sánchez, Jorge: Las Condiciones Generales de Contratación y Cláusulas Abusivas, en libro con el mismo nombre, antes citado, p. 219.

246 Pinzón: obra citada, p. 226.

247 Maduro y Pittier: obra citada, p. 570.

248 Domínguez Guillén: obra citada, p. 485.

en una mejor situación de los consumidores y usuarios de esa actividad de prestación"[249].

Es más, dicha uniformización ha sido y es un fin promovido por el propio legislador venezolano, quien, como regla general, prohibió a los proveedores individualmente considerados, en el año 1992, "establecer diferencia alguna entre los bienes o servicios que ofrezcan al público", así como "discriminar de manera alguna a los adquirentes de bienes o servicios" (artículo 34 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). Similarmente, en el año 2004, la legislación entonces vigente estableció que era un derecho "de los consumidores y usuarios" la "recepción de un trato no discriminatorio" (número 10 del artículo 6 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario publicada el 4 de mayo de 2004). Finalmente y de igual manera, en el año 2008 se estableció, como "derechos de las personas en relación a los bienes y servicios", entre otros, el de "no recibir un trato discriminatorio" (artículo 8 de la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios, publicado el 31 de julio de 2008, que también fue objeto de reforma). Actualmente, la Ley Orgánica de Precios Justos, en su última versión, que es la publicada el 8 de noviembre de 2015 y reimpresa el 12 del mismo mes, castiga con multa a "los proveedores o proveedoras de los bienes y servicios" que den a sus clientes un "trato discriminatorio" (artículo 47, número 7).

En cuanto respecta a los mismos proveedores de bienes o servicios, es de destacar que un sector doctrinal venezolano reconoció

[249] Sala Constitucional, sentencia del 28 de febrero de 2008, disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/febrero/192-280208-04-1134.htm
Sala Constitucional, sentencia del 20 de octubre de 2010, disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/octubre/01024-211010-2010-2009-0960.HTML
Sala Político Administrativa, sentencia del 3 de junio de 2014, disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/junio/165146-00800-4614-2014-2012-0624.HTML
Sala Político Administrativa, sentencia del 20 de septiembre de 2011, disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/septiembre/01165-21911-2011-2010-0674.HTML
Sala Político Administrativa, sentencia del 18 de noviembre de 2003, disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/noviembre/01761-181103-2003-0964.HTM
Sala Político Administrativa, sentencia del 10 de julio de 2012, disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/Julio/00835-11712-2012-2011-1358.html

"la necesidad de 'standartizar' los diferentes contratos que celebren con los interesados"[250]; pero el mismo autor incurrió en lo que consideramos es una exageración, al afirmar que las "condiciones generales de contratación" son impuestas "por grupos económicos" para "unificar las normas" que rigen las relaciones entre sujetos de derecho, "con el único fin de controlar, no ya una rama de la economía, sino también las derivaciones últimas —aún las más insignificantes— de las vinculaciones con los particulares"[251]. Respecto de cualquier elemento de verdad en esta afirmación tan contundente, es importante destacar que la misma fue escrita once años antes de la publicación de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, de fecha 13 de enero de 1992.

En general coincidimos con la doctrina española, que, como la de otros países, destaca que existe, por una parte, "la necesidad de organizar las empresas, racionalizar la producción y abaratar costos y, por otra parte, salvaguardar los principios del libre consentimiento y la protección de la parte más débil en la contratación... en masa"[252], siendo necesario armonizar ambos intereses. La doctrina de dicho país también ha manifestado que "Esta manera de contratar presenta indudables ventajas para la parte que impone su fórmula (simplicidad, rapidez, cautelosa protección de sus intereses), pero también desventajas para la masa anónima, dispersa e indefensa del público, obligada a aceptar las cláusulas que se le imponen"[253]; y ha advertido el peligro que encierra el que los especialistas que redactan contratos-tipo "sustituyen en la práctica a las disposiciones supletorias del Cc. o el Ccom. —formuladas imparcialmente y en busca del equilibrio de intereses— por una reglamentación unilateral y presumiblemente partidista"[254]. Finalmente, la doctrina española advierte que "El peligro de esta fórmulas es evidente"[255]. Por lo tanto, tal como ha expresado otro autor de la Madre Patria, "En el tratamiento que legisladores y jueces dediquen a los contratos de

[250] Kummerow: obra citada, p. 117.
[251] Kummerow: obra citada, p. 87.
[252] Timpanaro Roncero, Salvador: Las Condiciones Generales de Contratación y Cláusulas Abusivas, en libro con el mismo título, antes citado, p. 299.
[253] La Cruz, Sancho, Luna, Delgado, Rivero y Rams: obra citada, p. 358.
[254] La Cruz, Sancho, Luna, Delgado, Rivero y Rams: obra citada, p. 358.
[255] Díez-Picazo y Gullón: obra citada, p. 62.

adhesión se verá si la eficacia sigue siendo compatible con la justicia"[256].

La masificación, como consecuencia de la modernidad, cuya manifestación más obvia, en el mundo jurídico, es el contrato de adhesión, guarda relación con la necesidad de proteger a los consumidores y usuarios contra las prácticas discriminatorias, proscritas por la Constitución (número 1 del artículo 21 de la Constitución de 1999). Desde cierto punto de vista, se busca mantener incólume una cualidad benéfica que –no sin ironía– la doctrina francesa ha reconocido al contrato de adhesión: "Siendo... un contrato de masas, el contrato de adhesión tiene un carácter... sociológicamente reconfortante: ya que tanta gente lo aceptó, yo puedo presumir que las cláusulas no son irracionales"[257].

Los contratos de adhesión son un fenómeno internacional, pues las compañías trasnacionales procuran utilizar textos contractuales lo más uniformes posible, haciendo los ajustes mínimos necesarios en cada lugar para adaptarlos a la legislación local, lo que les permite manejar su contratación de manera económica y eficiente. Esto explica que la doctrina colombiana ha resaltado "la utilización internacional de las condiciones generales de contratación, acorde con el carácter global de las relaciones económicas"[258]. Asimismo, la doctrina peruana ha aludido a la circunstancia de que "las cláusulas generales de contratación acusan un marcado cosmopolitanismo, pues las realidades económicas sobre las que se ocupan tienen fuerza expansiva internacional"[259].

En conclusión, tal como lo afirmó un importante autor patrio, "La doctrina civil venezolana coincide con la idea de que el *contrato de adhesión* no debe ser visto como un fenómeno de patología económica, sino como un producto de la organización empresarial moderna dirigido a lograr la mayor eficiencia y a facilitar y garantizar el intercambio de bienes y servicios que necesita una sociedad desarrollada"[260].

---

256 Puig Brutau: obra citada, p. 293.
257 Carbonnier, Jean: Droit civil 4 - Les obligations, París, 1985, p. 73.
258 Pinzón: obra citada, p. 210.
259 Di Iorio: obra citada, p. 414.
260 Morles: Curso de Derecho Mercantil, Tomo IV, obra citada, p. 2217.

Sin embargo, las cláusulas abusivas deben ser combatidas. Tal como lo ha destacado la doctrina francesa, "el contratante en situación de debilidad..., si es un consumidor, casi siempre ignora las reglas que anulan ciertas cláusulas. Viendo la cláusula impresa, la cree válida. Y, desde el momento en que ella figura sobre un contrato que él firmó, se cree obligado. No es, evidentemente, el otro contratante, quien lo sacará de su error. De allí resulta que, frecuentemente, cláusulas nulas son aplicadas como que si fueran válidas"[261].

Estamos de acuerdo con la doctrina argentina, que expresa que "El contrato por adhesión es el resultado previsible y bien aceptado de la producción masiva o uniforme de bienes y servicios, en tanto requiere de una comercialización sistemática o constante"; lo que "obsta a una contratación individual portadora de tratativas previas"; así que "a la producción en serie corresponde una comercialización y consiguiente contratación masiva o uniforme"; y, en consecuencia, "la lucha contra las cláusulas abusivas no debe ser confundida con la contratación predispuesta, pues las primeras sólo exhiben el aspecto patológico de la segunda"[262].

6) Los contratos de adhesión y las cláusulas abusivas en el sector bancario y asegurador

Los contratos relativos a las cuentas bancarias y a otros servicios financieros ofrecidos por la banca a su clientela en general, así como las pólizas de seguro, son contratos de adhesión. En efecto, los mismos están contenidos en documentos redactados por una de las partes —el banco o institución financiera o la aseguradora—, que la otra parte —el cliente bancario o el tomador del seguro— debe aceptar en su totalidad o casi totalidad, o rechazar. Así que se trata de textos contractuales impuestos por el proveedor al consumidor o usuario del bien o servicio, sin que éste tenga la posibilidad de discutir o modificar su contenido de manera sustancial. Con ello, se logra una uniformización en los

261 Calais-Auloy: obra citada, pp. 318 y 319.
262 Stiglitz: obra citada, p. 34.

contratos de uso corriente en el sector bancario y de seguros, necesaria para su correcto funcionamiento.

En el caso particular del seguro, la uniformización contractual responde no sólo a la necesidad de racionalizar la operación y los costos de las aseguradoras, sino que es una exigencia del tipo de negocio de que se trata. Efectivamente, las empresas de seguros deben asegurar la mayor cantidad posible de aquellos riesgos respecto de los cuales ofrecen cobertura, para que los siniestros sufridos por un grupo de asegurados sean soportados con cargo a las primas cobradas a la totalidad de éstos, pudiendo anticiparse, en gran medida, los resultados, mediante la aplicación de estadísticas. Por eso nuestra doctrina ha destacado que, sin pólizas estandarizadas, "serían imposibles los seguros"[263].

En todas las relaciones entre los proveedores de bienes o servicios y su clientela, la uniformización de los contratos de adhesión puede traspasar las fronteras de los países donde son redactados; y, en cuanto concierne a las pólizas, esta internacionalización es estimulada por el reaseguro, tal como lo ha puesto de relieve la doctrina colombiana[264]. Teniendo el negocio asegurador, en razón del reaseguro, un carácter internacional especialmente marcado, la doctrina costarricense ha puesto de manifiesto, de manera un tanto ingenua y exagerada, que, "En general..., no se da abuso en el clausulado... en la materia de seguros, donde las imposiciones de las respectivas superintendencias y las exigencias de los reaseguradores han determinado una cierta universalidad en los formatos de las pólizas"[265]. Desde otro punto de vista, radicalmente opuesto, cuyo exponente es un autor argentino, "el seguro, o mejor dicho su instrumento, la póliza, es el modelo que generalmente se suministra como ejemplo del negocio que concentra cuantitativamente mayor cantidad de cláusulas abusivas"[266]; surgiendo la siguiente interrogante: "¿cómo es posible que un contrato controlado (¿controlable?) en su contenido por el Estado,

263 Melich: Las Condiciones Generales de Contratación y Cláusulas Abusivas, obra citada, p. 170.
264 Venegas: obra citada, pp. 55 y ss.
265 Pérez Vargas, Víctor: Las Condiciones Generales de Contratación y Cláusulas Abusivas, en libro con el mismo nombre, antes citado, p. 186.
266 Stiglitz, Rubén S.: Cláusulas Abusivas en el Contrato de Seguros, Buenos Aires, 1994, p. 81.

sea el que concentre la mayor cantidad imaginable de cláusulas abusivas?"[267].

Las pólizas son contratos de adhesión, porque son propuestas por la aseguradora al tomador del seguro, quien es libre de aceptar su articulado o de rechazarlo en bloque. Pero su contenido ha sido, en gran medida, impuesto por la ley. En efecto, el artículo 2 de la Ley del Contrato de Seguro publicada el 12 de noviembre de 2001, que estuvo en vigencia hasta su derogación por la versión de la Ley de la Actividad Aseguradora publicada el 30 de diciembre de 2015 (reimpresa el 15 de marzo de 2016), disponía que "Las disposiciones contenidas en el presente Decreto Ley son de carácter imperativo, a no ser que en ellas se disponga expresamente otra cosa"; pero "se entenderán válidas las cláusulas contractuales que sean más beneficiosas para el tomador, el asegurado o el beneficiario". Esto cambió con las Normas que Regulan la Relación Contractual en la Actividad Aseguradora emitidas por la Superintendencia de la Actividad Aseguradora, publicadas el 24 de agosto de 2016, que son inconstitucionales por violatorias de la reserva legal[268], pues su artículo 2 establecen que "Estas Normas se aplicarán en forma supletoria a los contratos". La circunstancia de que gran parte del contenido de las pólizas haya sido impuesto por la Ley del Contrato de Seguro, entre los años 2001 y el 2015, no les quita, en nuestra opinión, el carácter de contrato de adhesión, puesto que, aunque las aseguradoras hayan estado muy limitadas en cuanto al texto contractual, es un hecho que éstas les propone las pólizas a los tomadores de seguros, quienes sólo pueden adherirse o no a lo allí previsto.

Una categoría importantísima de contratos bancarios de adhesión son los contratos de crédito, los cuales califican como tales en la medida en la que el banco o institución financiera de que se trate emplee un texto estándar, que no sea objeto de una negociación pormenorizada, susceptible de ocasionar cambios significativos, lo cual sólo es posible cuando se trata de prestatarios de cierta categoría

---

[267] Stiglitz: Cláusulas Abusivas en el Contrato de Seguros, obra citada, p. 9.

[268] El número 1 del artículo 187 y el número 32 del artículo 156 de la Constitución establecen, respectivamente, que "Corresponde a la Asamblea Nacional:... Legislar en las materias de la competencia nacional...", y que "Es de la competencia del Poder Público Nacional:... La legislación en materia... de seguros..."

o de operaciones de crédito muy especiales. En los contratos de crédito, es frecuente que la banca 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 le dé al dinero prestado un fin distinto del establecido en el contrato. Esta realidad fue reconocida en la Ley de Crédito para el Sector Agrario, publicada el 31 de julio de 2008. En efecto, su artículo 17 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 (es curioso que se trate de un deber, y no de una facultad); y, por otra parte, que, en caso de que de este seguimiento se evidencie que el deudor le ha dado al monto al que se refiere el contrato un uso distinto del previsto en éste, el banco lo declarará de plazo vencido. Dicha ley contempla que esto sea previsto en el contrato de crédito. El artículo 26 de la misma ley ordena que los bancos también incluyan, en sus contratos de crédito, cláusulas que obliguen a los prestatarios a realizar acciones de responsabilidad social, en forma directa e inmediata, en las comunidades donde desarrollen sus actividades. Se trata de un tema totalmente ajeno a la relación económica entre prestatario y prestamista, que no debería ser materia del contrato. Dicha ley establece otras obligaciones en cabeza de los bancos, por ejemplo, se les impone suministrar "servicios no financieros" como parte de los servicios prestados por los bancos al dar financiamientos agrícolas, que "incluyen la formación para el manejo de las áreas administrativas y legales, propias del proyecto a ser financiado, así como la asistencia técnica en materia agraria" (artículo 4); los bancos están obligados a dar "formación y capacitación social y económica" a los beneficiarios de los créditos, así como "acompañamiento integral y obligatorio en las áreas técnicas, administrativas y legales propias del proyecto", incluyendo "asistencia técnica" y otros elementos en asuntos tales como la "preparación del proyecto" (artículo 23); y los bancos pueden cuantificar los servicios no financieros prestados a los prestatarios agrícolas y contabilizar el monto así cuantificado como que si fuera un préstamo a los efectos del porcentaje o *gaveta* agrícola (artículo 10). No se señala si tales servicios no financieros tienen que ser regulados en el contrato de crédito, pero es prudente hacerlo.

En los casos en que un banco o una compañía aseguradora incurren en un abuso, muchas veces éste no se presenta en el ámbito de la redacción del contrato bancario o de la póliza de seguros, redacción que usualmente responde a una realidad económica, de mercado, o a una exigencia legal; sino que el exceso se materializa, más bien, al llegar el momento, para el banco, de atender el reclamo de un cliente o usuario de los servicios bancarios, y, para la aseguradora, de atender el reclamo de un tomador, asegurado o beneficiario de un seguro. Un típico abuso es el retraso en el pago del siniestro, lo que no tiene nada que ver con el texto de la póliza.

CAPÍTULO II

FUERZA OBLIGATORIA E INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO DE ADHESIÓN

1) Fuerza obligatoria del contrato de adhesión

En la medida en que el articulado propuesto por una de las partes sea aceptado, expresa o tácitamente, por la otra parte, el mismo deviene un contrato de adhesión. En efecto, tal como lo ha indicado la doctrina venezolana, las "condiciones generales de contratación... pasan a integrar el contenido de la convención, desde el momento en que la voluntad del adherente da vida a la relación jurídica"[269]. En ese mismo momento se perfecciona el contrato de adhesión. Similarmente, un autor venezolano escribió que "La doctrina general del contrato… ha creado el concepto de 'contrato de adhesión', sin abjurar por ello del principio general que establece el ordinal 1° del artículo 1141 del Código Civil al subordinar la existencia de todo contrato, cualquiera que sea su categoría, a la exigencia del 'consentimiento de las partes'. En el 'contrato de adhesión' no puede faltar, por tanto, tal consenso, sólo que, al tomar en cuenta que a la parte que presta su aquiescencia a los contenidos del mismo se le ha negado toda cooperación en la determinación de esos contenidos, pues se halla ante contenidos ya predispuestos; se ha diferenciado la conducta de tal parte de la que es propia de los llamados 'contratos paritarios'…"[270]. Nuestra doctrina enseña que "quien se adhiere al contrato lo toma o lo deja… es libre de contratar o no; hay una autonomía de la voluntad reducida"[271]. La doctrina española ha destacado, similarmente, que "las condiciones generales obligan en cuanto que sean aceptadas por cada adherente como parte del contenido de cada contrato concreto"[272].

La doctrina de nuestro país ha señalado que "la validez y eficacia de las 'Condiciones Generales de Contratación' en nuestro ordenamiento se apoya... en el principio de la autonomía de la

---

269 Kummerow: obra citada, p. 65.

270 Melich: La Naturaleza del Contrato de Adhesión Considerado en las Leyes que Regulan el Derecho de Consumo, obra citada, p. 764.

271 Maduro y Pittier: obra citada, pp. 569 y 570.

272 La Cruz, Sancho, Luna, Delgado, Rivero y Rams: obra citada, p. 360.

voluntad (art. 1159 CC venezolano)[273] y en el carácter dispositivo o meramente supletorio que tienen la mayor parte de las normas que regulan el contenido de los contratos y la responsabilidad que deriva de ellas"[274]. En el mismo orden de ideas, al tratar el tema de los contratos de adhesión, nuestros autores han hecho referencia a "la libertad de pactos"[275], a la "libertad de contratación"[276].

En efecto, la base legal de los contratos de adhesión se encuentra principalmente en el artículo 1133 del Código Civil[277], según el cual un contrato puede constituir y reglar un vínculo jurídico; en el citado artículo 1159, que reconoce a los contratos, en las relaciones entre cocontratantes, igual fuerza que a la ley; y en el artículo 6 *eiusdem*[278], del cual 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.

Ahora bien, tal como lo señala un autor venezolano, "…la sola invocación de la libertad de contratar no justifica la inclusión de las cláusulas que la doctrina ha ido identificando como 'cláusulas abusivas', en tanto que ellas revelan un *abuso del derecho a la libertad de contratación, derecho que ha sido concedido a los particulares para los fines del propio ordenamiento jurídico y como tal subordinado al principio de la buena fe objetiva* (artículo 1185 Cód. Civil). Este principio exige, a los contratantes, comportarse en concordancia con la lealtad y honestidad"[279].

Nuestra doctrina, refiriéndose al "carácter contractual de la relación" que nace de un contrato de adhesión, expresa: "Supone un

---

273 El artículo 1159 del Código Civil dispone: "Los contratos tienen fuerza de la Ley entre las partes. No pueden revocarse sino por mutuo consentimiento o por las causas autorizadas por la Ley".

274 Melich: Las Condiciones Generales de Contratación y Cláusulas Abusivas, obra citada, p. 171.

275 Morles Hernández, Alfredo: Curso de Derecho Mercantil, Tomo I, Caracas, 2004, p. 192.

276 Kummerow: obra citada, p. 100.

277 El artículo 1133 del Código Civil dispone: "El contrato es una convención entre dos o más personas para constituir, reglar, transmitir, modificar o extinguir entre ellas un vínculo jurídico".

278 El artículo 6 del Código Civil dispone: "No pueden renunciarse ni relajarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden público o las buenas costumbres".

279 Melich: La Naturaleza del Contrato de Adhesión Considerado en las Leyes que Regulan el Derecho de Consumo, obra citada, p. 766.

conjunto de cláusulas integradas en un formulario que individualiza el tipo de contrato de que se habla... o que están destinadas a integrar el contrato singular que las partes celebran y se presentan bajo la forma de una lista anexa o incorporada a tal contrato por vía de referencia... O sea, que aunque se trate de normas dispositivas o de términos normalizados (como los 'Incoterms' elaborados por la Cámara de Comercio Internacional), estos ingredientes son incorporados al contrato singular en razón y en tanto presunto ejercicio de la autonomía de la voluntad"[280].

De modo que, tal como lo afirmó un autor patrio, "La fuerza obligatoria del contrato proviene del acuerdo de voluntades[281]. El corolario de esto es que, "Donde sólo ha habido manifestación de una sola voluntad, debiendo haber dos, no hay contrato"[282].

Basta el consentimiento del proponente y adherente para que nazca el vínculo obligatorio. Nuestra doctrina, como la de otros países, ha puesto de manifiesto que en el contrato de adhesión se da —al igual que en cualquier otro convenio— la "oferta y aceptación. Sin embargo, sería una propuesta revestida de cierto matiz propio verificable a través del hecho de que las condiciones preestablecidas por el oferente no pueden ser modificadas. La persona que formula el esquema de lo que posteriormente será el contrato, se limita a someter a la consideración del interesado un conjunto de reglas, de disposiciones normativas, que se concretarán y producirán todos sus efectos... una vez que la aceptación se produzca"[283]. La misma doctrina ha puesto en evidencia que el contrato de adhesión es sólo "una manera de expresar el consentimiento en la fase preliminar de formación de cualquier tipo contractual"[284].

En relación con este tema, nuestra doctrina ha formulado las siguientes observaciones a la jurisprudencia de nuestro máximo tribunal[285]:

---

280 Melich: Las Particularidades del Contrato con Consumidores, obra citada, p. 93.
281 Morles: Curso de Derecho Mercantil, Tomo IV, obra citada, p. 2219.
282 Morles: Curso de Derecho Mercantil, Tomo IV, obra citada, p. 2219.
283 Kummerow: obra citada, pp. 69 y 70.
284 Kummerow: obra citada, p. 105.
285 Kummerow: obra citada, pp. 184, 185 y 191.

> "Las cuestiones fundamentales que plantean los contratos concluidos mediante la adhesión a cláusulas predispuestas por un contratante y aceptadas incondicionalmente por el otro, se reflejan en la sentencia de 6 de marzo de 1951, dictada por la Corte Federal y de Casación venezolana —en Sala Federal...
>
> "La Corte Federal y de Casación parece entender que el problema de los contratos por adhesión se reduce a una cuestión de oferta y aceptación. 'Las Bases o condiciones —asienta la Corte— constituyen la oferta del contrato, el cual queda perfeccionado cuando un particular presta su consentimiento y cumple las prestaciones que el contrato le impone, condiciones éstas que obligan desde el mismo momento al proponente, sin que importe la calificación del vínculo... '...".

Para enfatizar que lo característico de estos convenios está en la particular forma en la cual se materializa el consentimiento de las partes, el mismo autor empleó el término *contrato por adhesión*[286], pero el término *contrato de adhesión* es más corrientemente utilizado.

La afirmación de que el predisponente ofrece celebrar un contrato y el adherente lo acepta no siempre se conforma con la documentación relativa a la operación. En efecto, a veces el predisponente exige del adherente que sea éste quien le presente una oferta de contratar, mediante la firma de una solicitud prerredactada. Ocurrido esto, el predisponente acepta tal oferta si el adherente tiene ciertas características que el predisponente espera de él. Pero esto es artificial: en la realidad de los hechos, se trata de un contrato de adhesión redactado por una de las partes y consentido por la otra.

En los convenios por adhesión, el consentimiento de las partes, como elemento o requisito del contrato, se materializa cuando se produce el encuentro de voluntades entre la parte redactora del texto contractual y la parte que está de acuerdo con someterse a lo establecido en dicho texto. Si se producen propuestas y contra-propuestas, el contrato nace si las partes coinciden en su deseo de regirse por el documento resultante de los ajustes en el texto inicialmente redactado por una de ellas. Cuando las propuestas,

[286] Kummerow: obra citada.

contrapropuestas y el acuerdo final dan como resultado un texto contractual sustancialmente distinto del inicialmente redactado por una de las partes, el contrato deja de ser por adhesión. Si no hay diferencias sustanciales, cabe la calificación de contrato de adhesión, porque, tal como señalamos antes, consideramos que las modificaciones no significativas con respecto a un convenio prerredactado no alteran su naturaleza de contrato de adhesión.

Según nuestra extinta Corte Suprema de Justicia, "en los contratos de adhesión... la libertad de contratación para el adherente está seriamente limitada, bien por la actividad regulada por el contrato, mediante la intervención del Estado, o por otra circunstancia que de manera importante disminuye a una de las partes la facultad de pactar en pie de igualdad, acorde con las necesidades particulares del adherente en el momento, y que circunscribe su voluntad a la simple aquiescencia con condiciones, formas impresas o tarifas impuestas y a la suscripción real solamente de fechas de inicio y terminación de la relación"[287]. Ahora bien, la sentencia citada y, en general, la jurisprudencia de nuestro país, reconoce la validez de los contratos de adhesión, pues tal limitación a la libertad de pactos no la hace desaparecer, ya que el adherente es libre de adherirse o no, aunque tenga una capacidad de negociación prácticamente inexistente.

En efecto, el artículo 1133 del Código Civil, antes citado, establece que el contrato es una convención entre dos partes para, entre otras cosas, constituir y reglar entre ellas un vínculo jurídico; a lo que el artículo 1137 del mismo código añade que el contrato se puede formar mediante un mecanismo de oferta y aceptación[288].

---

[287] Casación Civil, 5 de mayo de 1998, citada por Pierre Tapia, Oscar R: Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, tomo correspondiente a mayo de 1998, pp. 281 y ss.

[288] El artículo 1137 del Código Civil dispone:
"El contrato se forma tan pronto como el autor de la oferta tiene conocimiento de la aceptación de la otra parte.
"La aceptación debe ser recibida por el autor de la oferta en el plazo fijado por ésta o en el plazo normal exigido por la naturaleza del negocio.
"El autor de la oferta puede tener por válida la aceptación tardía y considerar el contrato como perfecto siempre que él lo haga saber inmediatamente a la otra parte.
"El autor de la oferta puede revocarla mientras la aceptación no haya llegado a su conocimiento. La aceptación puede ser revocada entre tanto que ella no haya llegado a conocimiento del autor de la oferta.

Entonces, si bien el adherente normalmente sólo puede aceptar o rechazar el contrato de adhesión, sin proponer cambios, estando, pues, limitada —desde este punto de vista— su libertad de contratación, ocurre que esto no le impide, de ninguna manera, asentir válidamente al contrato, conforme a los dos artículos mencionados. Por esto, nuestro máximo tribunal ha indicado que, "Cuando la recurrida condiciona la existencia del contrato a la presencia de una (irrestricta) libertad de contratar, infringe el artículo 1133 del Código Civil, porque le niega existencia a lo que ha denominado la doctrina contrato de adhesión, que es aquél en el cual existen condiciones preestablecidas mediante una oferta generalmente pública por una de las partes que, una vez aceptada y puesta en conocimiento al oferente, se perfecciona el contrato. Es decir, el interesado lo toma en esas condiciones o no contrata. Así puede derivarse del preciso texto del artículo 1.137 del Código Civil"[289].

Tal como lo destacó un autor venezolano, igual que lo han resaltado los estudiosos de otras latitudes, sucede que "la desigualdad económica de los sujetos que crean la norma obligatoria no afecta la validez del contrato"[290]. Al respecto, otro autor venezolano citó al francés Josserand, en los siguientes términos: "Ni la igualdad económica, ni la igualdad verbal son condiciones para la validez de los contratos, bastando para dicha validez la igualdad jurídica"[291].

Nuestra doctrina ha reconocido que "La cognoscibilidad, facilidad para percatarse de su contenido y alcance, razonabilidad del medio publicitario empleado para llevarla al conocimiento del aceptante, son indicios suficientes para presumir que la cláusula ha obtenido el consentimiento necesario para formar parte integrante

---

"Si el autor de la oferta se ha obligado a mantenerla durante cierto plazo, o si esta obligación resulta de la naturaleza del negocio, la revocación antes de la expiración del plazo no es obstáculo para la formación del contrato.

"La oferta, la aceptación o la revocación por una cualquiera de las partes, se presumen conocidas desde el instante en que ellas llegan a la dirección del destinatario, a menos que éste pruebe haberse hallado, sin su culpa, en la imposibilidad de conocerla.

"Una aceptación que modifica la oferta, tendrá únicamente el valor de una nueva oferta".

289 Casación Civil, 9 de agosto de 1994, citada por Bustamante, Maruja, y tomada del sistema JurisNet de JurisComp Programación, C.A. (el paréntesis es nuestro).

290 Kummerow: Algunos Problemas Fundamentales del Contrato por Adhesión en el Derecho Privado, obra citada, p. 99.

291 Melich: Doctrina General del Contrato, obra citada, p. 71.

del contrato y para que ella se repute plenamente válida si no viola ninguna disposición legal o principio de orden público"[292]. El autor nos enseña que "la apreciación de si realmente la parte débil de la relación contractual ha adherido o no... supone evidentemente que en el momento de concluir el contrato la parte a quien se le opone... haya conocido o debido conocer" el contrato de que se trate, lo que se puede lograr mediante "avisos o afiches, o también por invocaciones referenciales", siendo necesario, en estos supuestos, que "el carácter usual de la prescripción del caso o la adecuación del medio publicitario utilizado a la naturaleza del tipo de contrato haga presumir el asentimiento"[293]. En el mismo sentido, otro exponente de la doctrina venezolana ha admitido la posibilidad de considerar que el consentimiento del adherente cubre las condiciones generales "protocolizadas en los libros de Registro Público" u objeto de otras formas de publicidad (hipótesis que han sido consideradas como claramente diferenciadas de aquellas situaciones en las cuales el proponente pretende imponer condiciones generales contenidas en "papeles privados" o en documentos ubicados "en archivos de difícil acceso para el cocontratante"), siendo lo relevante que el adherente haya "tenido oportunidad de conocerlas, usando de una normal diligencia"[294].

Similarmente, la doctrina española indica que no se exige "que el adherente adquiera un completo y cabal conocimiento de las condiciones generales", sino que "Para que sean obligatorias es suficiente que el predisponente facilite al adherente la posibilidad de conocerlas, cualquiera que sea la forma en que esta facilitación se produzca. Se entiende que vinculan al adherente si la falta de conocimiento obedece a falta de diligencia por parte de éste"[295].

Finalmente, la doctrina española nos enseña: "Aunque el adherente no manifieste una exquisita y plena voluntad sobre el clausulado, porque se ve sometido al dilema de aceptar todo el contrato o renunciar al bien o al servicio, no puede discutirse que existe voluntad contractual y que reconocer la existencia de un

---

292 Melich: Las Condiciones Generales de Contratación y Cláusulas Abusivas, obra citada, p. 180.
293 Melich: Las Condiciones Generales de Contratación y Cláusulas Abusivas, obra citada, p. 180.
294 Kummerow: obra citada, p. 146.
295 Díez-Picazo y Gullón: obra citada, p. 64.

contrato es la mejor forma de resolver los problemas que se puedan plantear"[296].

Nuestra doctrina, inspirándose en la francesa, señala que, con base en "esta forma de elaboración unilateral del contenido contractual, algunos autores han pretendido excluir estos negocios (por adhesión) de la categoría de contratos y han dicho que ellos serán negocios unilaterales, pues una de las partes al emitir una 'voluntad reglamentaria' impondría su decisión a la otra, la cual desempeñaría un papel pasivo. Esta concepción es, sin embargo, errónea. 'La Ley no exige, en ninguna parte —expresa Josserand— que el acuerdo contractual vaya precedido de una libre discusión, de largo trato; sobre todo ningún texto exige que las dos partes tengan una intervención igual en la génesis del contrato; todo lo que se pide es que ambos interesados consientan, que exista un acuerdo entre ellos, al objeto de hacer nacer las obligaciones'..."[297]. El mismo criterio ha sido expuesto de manera muy detallada y convincente por nuestro autor Gert Kummerow[298].

Por todo esto, la doctrina española define, con razón, como "una tesis ya superada", el punto de vista según el cual los contratos de adhesión eran "un acto unilateral al que se adhería el aceptante. Tal tesis es inconsistente en cuanto que, al unirse oferta y aceptación, hay acuerdo, hay negocio bilateral (bilateral en el sentido de que hay dos partes), que no unilateral, aunque el conjunto de cláusulas que componen la oferta las haya establecido o redactado por sí sola la parte oferente. Un acto que requiere frente a frente dos declaraciones de voluntad, una que contiene una oferta, y otra una aceptación, no puede ser unilateral, ya que la unilateralidad del acto procede de que exista una sola declaración de voluntad de una parte, y no de que, existiendo dos (declaraciones) de dos partes contrapuestas, una (la oferta) se haya formado sin intervención de la otra parte, que se limita a aceptarla"[299]. Asimismo, respecto de quienes han "negado carácter contractual a estos pactos", la doctrina española expresa que "Este punto de vista se rechaza por los más, alegando que la posesión del poder fáctico de fijar las condiciones del contrato y,

296 Díez-Picazo: obra citada, p. 30.
297 Melich: Doctrina General del Contrato, obra citada, p. 71 (el paréntesis es nuestro).
298 Kummerow: obra citada
299 Albaladejo: obra citada, p. 427.

correlativamente, la necesidad de contratar de la contraparte, no excluyen la concurrencia del consentimiento sobre un contenido"[300].

En consecuencia, tal como lo ha puesto de manifiesto un autor francés, "la jurisprudencia y la mayoría de los autores no han sido sensibles a la concepción según la cual los contratos de adhesión no serían contratos"[301].

Entre los que niegan el carácter contractual de los llamados contratos de adhesión, se encuentra un sector de la doctrina mexicana, que los denomina "guiones administrativos"[302]. Según el exponente de esta tesis, el carácter no contractual de dichos "guiones administrativos" es evidenciado por varios elementos, entre los cuales se encuentra que no se les aplican ciertos criterios que, en cambio, rigen para los contratos propiamente dichos. Ello ocurriría, por ejemplo, en relación con el consentimiento y la capacidad de las partes. En efecto, dicho autor señala, "En cuanto a la falta de capacidad de las partes, que en un contrato originaría la nulidad, está descartada en el guión"; y explica que "la capacidad por mayoría de edad del usuario, puede decirse, no es un requisito de validez… Piénsese por ejemplo si lo será esa capacidad para celebrar un guión de transporte; cabría decir que los menores de edad no podrían transportarse si no fuera con sus representantes"[303]. Este comentario es muy interesante y tiene cabida en muchos casos que ordinariamente son analizados desde la óptica de los contratos de adhesión. En efecto, lo mismo puede decirse de un adolescente que va a un cine, o que, teniendo el permiso especial para conducir vehículos que en ciertos países (como Venezuela) es concedido a los jóvenes de 16 años de edad, penetra un estacionamiento. Al hacerlo, adquiere una entrada para el cine o un ticket de estacionamiento, que remiten a ciertas reglas establecidas por la empresa de cine o estacionamiento; reglas que podrían, alternativa o adicionalmente, estar plasmadas en un letrero en el cine o estacionamiento. Igual sucede cuando un menor adquiere un boleto en una estación de metro o de tren. Esto ocurre todos los días en todas las ciudades del mundo. ¿Celebra este menor, a pesar de su incapacidad, un contrato

300 La Cruz, Sancho, Luna, Delgado, Rivero y Rams: obra citada, p. 358.
301 Larroumet: obra citada, p. 239.
302 Gutiérrez y González, Ernesto: Derecho de las Obligaciones, México, 2006, pp. 538 y ss.
303 Gutiérrez y González: obra citada, pp. 550.

con la compañía de transporte, de cine o de estacionamiento? Sin duda, dicho menor consiente regirse por las normas de tal compañía. Asumiendo que dicho consentimiento crea una relación contractual, ocurre que, indudablemente, por ser menor, puede alegar la nulidad del contrato, ya que éste es anulable por falta de capacidad de una de las partes. Pero, ¿acaso éste es un problema que sólo atañe a los contratos de adhesión? La respuesta debe ser un rotundo no. Este menor también puede entrar en una cafetería o en una tienda, que no ofrezcan al público contratos de adhesión, y conversar y acordar con el dependiente correspondiente el alimento que le será servido o el producto que le será vendido, y su precio, habiendo antes recorrido el local y comprobado que éste satisfacía sus expectativas. También puede ser propietario de un equipo de sonido y hacerlo a reparar, previamente conviniendo con el experto el tiempo de entrega, el precio y la garantía. Y puede tomar un taxi y regatear con el taxista antes de que éste lo lleve a su destino. De modo que el problema mencionado no es exclusivo de los contratos de adhesión, y ha de resolverse, tanto respecto de estos contratos, como de todos los demás, aplicando las reglas sobre consentimiento y capacidad comunes a todos los contratos.

Cuando un contrato de adhesión contiene una cláusula abusiva, podría plantearse, respecto de tal cláusula, que quizás la misma no fue realmente consentida por el adherente.

Por ejemplo, la doctrina venezolana, respecto de las "cláusulas de exoneración y limitación de la responsabilidad" contenidas en contratos de adhesión, las cuales ha calificado "como cláusulas abusivas", se ha preguntado: "¿Puede un deudor aceptar cláusulas tan desfavorables como las de no responsabilidad?", dando la siguiente respuesta: "No existe, ...en el caso bajo examen, verdadero acuerdo porque la posible desigualdad de los contratantes en la relación jurídica destruye la libertad contractual..."[304]. Desde este punto de vista, pareciera que pudiera considerarse que las cláusulas abusivas son textos respecto de los cuales es de presumirse que faltó el consentimiento del adherente, pues, si éste hubiera tomado verdaderamente una decisión al respecto, hubiera expresado su rechazo. El mismo autor llega a idéntico resultado en relación con los

[304] Corsi: obra citada, pp. 32 y 33.

casos en los que el adherente dio efectivamente su consentimiento: "Rota la igualdad, no es temerario afirmar que si puede sostenerse que existe el consentimiento del contratante débil, sea sencillamente por la ignorancia de que existe la cláusula"[305]. De modo que, o bien por no haber consentimiento del adherente, quien no habría aceptado el contrato de adhesión que se le propuso, o bien por existir un consentimiento viciado, porque el adherente no supo que tal contrato contenía una cláusula abusiva, se podría llegar a la conclusión de que no se configuró el acuerdo de voluntades necesario para que se forme una relación contractual.

Ahora bien, este tipo de planteamientos hay que analizarlos y aplicarlos con cuidado, porque sirven por igual para negar la validez de las cláusulas abusivas, individualmente consideradas, que para negar la validez de los contratos de adhesión, globalmente considerados. De hecho, el mismo autor venezolano se pregunta lo siguiente[306]: "…'Adherirse' a cláusulas predispuestas no significa que se esté consintiendo *strictu sensu*. El cliente contrata por imperio de la necesidad… más que consentir o aceptar la oferta… El adherente 'acepta' a menudo con los ojos cerrados. Sin comprender el contenido del clausulado del contrato él se somete litúrgicamente, diciendo Amén, sin comprender… La obstaculización del conocimiento efectivo de las cláusulas *en el momento de contratar* no permite una aceptación… ¿Puede afirmarse que bajo estas condiciones el cliente está consintiendo?... ¿Es suficiente la específica suscripción del contrato…?"

Sin embargo, la utilidad y el valor legal de los contratos de adhesión, a estas alturas, ya casi nadie los discute; sino que, en general, se trata más bien de cuestionar la imposición de las cláusulas abusivas allí contenidas, de ser el caso. Si se objetan las cláusulas abusivas negando que exista consentimiento, o si se pone en duda, a estas alturas, el carácter contractual de la contratación de masas, se minan las bases de los contratos de adhesión, como un todo, cualesquiera que ellos sean. A los contratos de adhesión, que son una necesidad económica, no se les debe negar su existencia

[305] Corsi: obra citada, p. 34.

[306] Corsi: El Consentimiento en la Contratación "Standarizada", en separata de la Revista de Derecho 10 del Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2004, p. 40.

jurídica, reconocida en muchas leyes en variadas latitudes. En realidad, las cláusulas abusivas no surten los mismos efectos que las cláusulas que no son abusivas, y tal diferencia no se debe, de ninguna manera, a que en unas u otras, según el caso, exista o falte, *a priori,* el consentimiento del adherente, sino que tal diferencia se debe a la sencilla razón de que en muchos países el legislador consagró disposiciones legales que no permiten estos atropellos.

En la reforma del Código Civil francés relativa al Derecho de las Obligaciones del año 2016, se incorporó una disposición —el artículo 1143— que establece que, cuando una de las partes está en posición de dominio sobre la otra, y la ejerce para obtener un beneficio notoriamente desproporcionado, esto califica como violencia, constituyendo un vicio del consentimiento: "También hay violencia cuando una parte, abusando del estado de dependencia en el que se encuentra su cocontratante, obtiene de éste un compromiso que éste no hubiera suscrito en ausencia de esa presión, y obtiene de ello una ventaja manifiestamente excesiva". Ahora bien, pareciera que en estos casos, conforme a los artículos 1128, 1130 y 1131 del mismo código,[307] todo el contrato es anulable, y no solamente la cláusula abusiva.

En Venezuela se puede llegar a una solución igual a la francesa, ampliando por analogía la definición de violencia de los artículos 1151 y 1152 de nuestro Código Civil, que la conceptúa como un hecho que "haga impresión sobre una persona sensata y que pueda inspirarle justo temor de exponer su persona o sus bienes a un mal notable", o "la persona o los bienes del cónyuge, de un descendiente o de un ascendiente del contratante", u "otras personas… según las circunstancias", a fin de extender lo anterior al abuso de posición de dominio. Esto no es descabellado, pues el texto completo de dicho artículo 1151 es el siguiente: "El consentimiento se reputa arrancado por violencia, cuando ésta es tal que haga impresión sobre una persona sensata y que pueda inspirarle justo temor de exponer su persona o sus bienes a un mal notable. Debe

[307] "Art. 1128. - Sont nécessaires à la validité d'un contrat :…1° Le consentement des parties…"; "Art. 1130.- L'erreur, le dol et la violence vicient le consentement lorsqu'ils sont de telle nature que, sans eux, l'une des parties n'aurait pas contracté ou aurait contracté à des conditions substantiellement différentes…"; "Art. 1131.- Les vices du consentement sont une cause de nullité relative du contrat".

atenderse en esta materia a la edad, sexo y condición de las personas". El uso de las palabras "se reputa", y la utilización de la expresión "debe atenderse… la condición de las personas", dan la impresión de que otros casos, calificables como equivalentes, pueden ser igualmente considerados violencia, en tanto que vicio del consentimiento. Bajo esta óptica, el abuso de posición de dominio podría ser tomado en cuenta en una acción de anulación contractual, pues el mismo es ciertamente algo que nuestro derecho actualmente aborrece; por ejemplo, el artículo 113 constitucional establece que "es contrario" a "los principios fundamentales de esta Constitución" el "abuso de la posición de dominio", que "el Estado adoptará las medidas que fueren necesarias para evitar los efectos nocivos y restrictivos" del "abuso de la posición de dominio", entre otros, y que se tendrá "como finalidad la protección del público consumidor", entre otros[308]; y la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de

[308] El artículo 113 de la Constitución trata sobre los monopolios y otros elementos contrarios al buen funcionamiento del mercado, por lo que sus referencias al "abuso de la posición de dominio" en realidad aluden a las situaciones en las que se distorsiona la libre competencia. Sin embargo, es evidente que el abuso de la posición de dominio también puede darse en otros campos, particularmente en las relaciones contractuales en las que una de las partes está en una situación de debilidad frente a la otra, como sucede en el caso de los contratos de adhesión, especialmente en los impuestos por proveedores a consumidores o usuarios. En consecuencia, pensamos que dicha disposición constitucional puede servir de base para atacar el "abuso de la posición de dominio" de los proponentes de contratos de adhesión, pues impedir o sancionar las cláusulas abusivas también obra en "protección del público consumidor", que es uno de los fines de este artículo. Esto resulta más claro si la citada disposición constitucional es mirada a la luz del artículo 117 y del número 6 del artículo 281 de la Constitución, los cuales, similarmente, hablan de "la defensa del público consumidor" y de "los derechos del público consumidor y usuario", respectivamente, y están orientados al ámbito de las relaciones entre proveedores y consumidores o usuarios. Entonces, todas las normas constitucionales mencionadas, unas más dirigidas hacia el Derecho de la Competencia (artículo 113) y otras más dirigidas hacia el Derecho del Consumo (artículo 117 y número 6 del artículo 281), pueden ser vistas en conjunto. De hecho, en una sentencia dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en la cual ésta consideró que unos contratos de adhesión tenían cláusulas abusivas, que declaró ineficaces, ésta hizo referencia al artículo 113 de la Constitución, conjuntamente con otras normas constitucionales, en los siguientes términos: "…de la vigente Constitución, los artículos... 113…, se encuentran ligados a lo social, y sirven de referencia para establecer el concepto del Estado Social de Derecho y sus alcances… / …la Sala considera que conductas constitucionalmente prohibidas, tales como… las que abusan de la posición de dominio (artículo 113…)…, no pueden ser desconocidas o relegadas, mediante acuerdos de voluntades. De ello suceder, tales convenios no surtirán efectos… /…es un Estado que… tiende en toda forma a evitar… los abusos de la posición de dominio… artículo 113 constitucional… / …el Estado y los entes que lo conforman pueden permitir a particulares… la prestación de servicios de naturaleza pública, pero estas concesiones no pueden ejercerse sino adecuándolas al interés público, como lo señala el artículo 113 constitucional… El Estado, y los concesionarios que actúan en su

Justicia dictaminó que "conductas constitucionalmente prohibidas, tales como… las que abusan de la posición de dominio (artículo 113…)…, no pueden ser desconocidas o relegadas, mediante acuerdos de voluntades. De ello suceder, tales convenios no surtirán efectos"[309]. De manera que no luce desacertado ampliar por analogía la definición de violencia de dichos artículos 1151 y 1152 para extenderla al abuso de posición de dominio. Pero, en estos casos, pareciera, conforme a nuestros artículos 1142, 1146 y 1150, que la anulabilidad afecta todo el contrato, y no solamente las cláusulas abusivas[310].

Hubo un caso insólito en el que nuestro máximo tribunal anuló una cláusula contractual por el solo hecho de estar contenida en un contrato de adhesión, sin darse cuenta de que la consecuencia lógica de su argumentación debería ser anular todo el contrato. Dice el Tribunal Supremo de Justicia: "…del examen de dicho documento, puede concluir la Sala que se trata de un tipo de contratación, que reúne las características de los denominados "contratos de adhesión", pues las cláusulas en él dispuestas son previamente determinadas por uno solo de los contratantes, de modo que el otro contratante se limita a aceptar todo cuanto ha sido establecido por aquélla. Consecuencia de ello, es que en los contratos de adhesión, tal como ocurre en el caso de autos, queda excluida cualquier posibilidad de debate o dialéctica entre las partes… De ello se evidencia, que no fue voluntad de ambas partes contratantes el someterse al domicilio de Curazao en lo relacionado con los efectos del certificado de depósito, toda vez que las cláusulas o particulares allí dispuestos, fueron determinados por uno solo de los contratantes…"[311]. Si a nuestro

---

nombre, tienen que adaptarse a las prohibiciones de los artículos 113…". Nos referimos a la sentencia de la Sala Constitucional fechada 24 de enero de 2002, disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/enero/85-240102-01-1274%20.HTM

309 Sala Constitucional, sentencia del 24 de enero de 2002, disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/enero/85-240102-01-1274%20.HTM

310 "**Artículo 1.142.-** El contrato puede ser anulado:… 2º Por vicios del consentimiento"; "**Artículo 1.146.-** Aquel cuyo consentimiento haya sido dado a consecuencia de un error excusable, o arrancado por violencia o sorprendido por dolo, puede pedir la nulidad del contrato"; "**Artículo 1.150.-** La violencia empleada contra el que ha contraído la obligación es causa de anulabilidad, aun cuando haya sido ejercida por una persona distinta de aquélla en cuyo provecho se ha celebrado la convención".

311 Sala Político Administrativa, sentencia del 25 de enero de 2006, disponible en: http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/enero/00123-250106-2005-5414.htm

máximo tribunal le parecía, en ese caso en particular, que las partes no escogieron como domicilio especial a Curazao, debió decir por qué, sin cuestionar el carácter obligatorio de los contratos de adhesión.

Pero el mismo Tribunal Supremo de Justicia, en muchas otras sentencias, da valor a los contratos de adhesión, por ejemplo, en el fallo en el que expresó lo siguiente "por el solo hecho de que estemos en presencia de un contrato adhesivo, no quiere decir, que el mismo sea nulo, ya que tal afirmación supondría a que todos los contratos adhesivos, por su naturaleza, serían nulos"[312]. Es importante no perder de vista que, en caso de que un contrato de adhesión contenga una cláusula que a un juez no le gusta, dicho juez infringe la ley si desecha la cláusula por estar contenida en un contrato de adhesión. Los contratos de adhesión son mecanismos válidos para contraer obligaciones, sin los cuales no puede existir una economía moderna.

Tal como lo destaca nuestra doctrina, "Los contratos de adhesión son verdaderos contratos pero la diferencia radica en el proceso de formación del contrato"[313].

Ciertos contratos, por ejemplo, determinados contratos bancarios y todos los contratos de seguro, están sujetos una normativa cuyas disposiciones son, casi todas, imperativas. En estos casos, la doctrina venezolana enseña que hay que tomar "en consideración que la presencia de normas imperativas no desnaturaliza el contrato, pues para ser contrato basta con que el acuerdo haya sido concluido con intención de hacer nacer obligaciones esenciales, aunque su regulación escape a la libre iniciativa de las partes… Así el Estado ordena un contenido mínimo en las respectivas relaciones contractuales, en cada una de las cuales destaca el papel del contrato de adhesión, como un contrato tipo, cuyas cláusulas son en gran parte fijadas por el Estado con el fin de garantizar, si no una perfecta igualdad entre las partes contratantes, sí un equilibrio de sus intereses".[314] Sin embargo, lejos de lograrse

---

312 Sala de Casación Civil, sentencia del 17 de septiembre de 2003, disponible en: http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/septiembre/rc-00524-170903-02043.htm

313 Domínguez Guillén: obra citada, p. 485.

314 Madrid Martínez, Claudia: La libertad contractual: su lugar en el Derecho venezolano de nuestro tiempo, en Derecho de las Obligaciones, Homenaje a José Melich Orsini, Caracas, 2012, pp. 105 y ss. Disponible en:

esta meta, se frustra la competencia y a veces se imponen cláusulas irracionales.

2) Interpretación del contrato de adhesión

Cuando una cláusula está bien concebida y es precisa y unívoca, no es necesario interpretarla, esté o no en un contrato de adhesión, puesto que lo procedente es, simplemente, aplicarla; en este caso, parafraseando el artículo 4 del Código Civil, ocurre que, a las palabras utilizadas en la cláusula, se les debe atribuir el sentido que aparece evidente del significado propio de las mismas. Además, hay que tomar en cuenta el principio general del derecho según el cual lo especial deroga lo general, que aparece reflejado en el artículo 14 del mismo código, el cual señala que "Las disposiciones contenidas en los Códigos y leyes nacionales especiales, se aplicarán con preferencia a las de este Código en las materias que constituyan la especialidad"; así que, en relación con los contratos, sean o no de adhesión, sucede que las disposiciones contractuales especiales se aplicarán con preferencia a las disposiciones contractuales generales, en las materias que constituyan la especialidad; de manera que la regla específica prevalece sobre la regla genérica, no sólo con respecto a las normas legales, sino también con respecto a las normas contractuales. Ahora bien, una vez identificada, en el contrato, la cláusula aplicable al caso concreto, ocurre que, si esta cláusula no está correctamente diseñada y es vaga o multívoca, es necesario interpretarla. Pues bien, en esta situación, el método de interpretación variará según que esta cláusula esté o no incluida en un contrato de adhesión.

Lo corriente debería ser que el articulado de los contratos de adhesión estuviese bien redactado, para que sus previsiones fuesen claras y fácilmente comprensibles. Ello redundaría en beneficio de los proponentes, pues cualquier oscuridad, ambigüedad o deficiencia introduce un elemento de incertidumbre sobre un número grande de relaciones contractuales; incertidumbre que éstos tienen interés en evitar. Por lo tanto, los contratos de adhesión no deberían suscitar

---

https://www.uma.edu.ve/admini/ckfinder/userfiles/files/LA%20LIBERTAD%20CONTRACTUAL.pdf

problemas de interpretación, sino, en el peor de los casos, de validez o de ejecución. En efecto, obra en beneficio de los proveedores de bienes y servicios sujetar a reglas de juego claras su relación con su clientela, por lo que es simplista e inverosímil afirmar que éstos proponen deliberadamente cláusulas escritas de manera inadecuada. Sin embargo, el deterioro de la educación primaria y secundaria en Venezuela ha traído como consecuencia un mal dominio del lenguaje por muchos de nuestros bachilleres, que luego estudian Derecho. Entonces, lamentablemente, a veces los contratos de adhesión tienen defectos de redacción. Eso también ocurre en otros países, al punto de que ciertos autores lo atribuyen a una especie de estrategia común de los proveedores de bienes o servicios, cosa que no tiene ningún sentido, pues éstos pueden verse perjudicados si los contratos que redactan no son claros. Por ejemplo, la doctrina española critica que "frecuentemente están redactadas las cláusulas de una manera laberíntica y oscura, apta para su comprensión por especialistas solamente"[315]. La misma doctrina añade: "La Ley exige, en cambio, lo que pude llamarse asequibilidad o facilidad de la comprensión. La protección de los consumidores y de los adherentes requiere que éstos puedan comprender fácilmente las reglas que pueden vincularlos, por lo que no es admisible que tengan una redacción incomprensible para personas del nivel cultural que a los adherentes puede suponerse"[316].

La exigencia de que los contratos de adhesión cumplan con determinados requisitos de forma está relacionada con lo que se ha denominado control de inclusión (por oposición a control de contenido), que a su vez se ha vinculado al tema de la necesidad de que los adherentes manifiesten realmente su consentimiento respecto del articulado.

Entonces, un posible curso de acción, frente a las cláusulas oscuras o ambiguas en los contratos de adhesión, es considerar que la oscuridad o ambigüedad impidieron que se diera el consentimiento del adherente con respecto a la cláusula, es decir, no hubo el acuerdo de voluntades, por lo que la disposición contractual defectuosa no es susceptible de crear una obligación contractual, aunque el resto del

315 Díez-Picazo y Gullón: obra citada, p. 62.
316 Díez-Picazo y Gullón: obra citada, p. 64.

contrato sea válido. Dicho en otras palabras, si la oferta del proponente tiene un elemento de difícil comprensión, la aceptación del adherente no cubre dicho elemento, sino los demás componentes de la oferta.

Esto se puede justificar porque, tal como ha expresado la doctrina argentina, la voluntad común a las partes, esencial a cualquier convención, "está ontológicamente descartada cuando ha versado sobre cláusulas imposibles de conocer, o de descifrar"[317]. Sin duda, lo anterior vale para los textos contractuales incomprensibles. Pero no necesariamente vale respecto de los textos contractuales que pueden ser entendidos con un esfuerzo de interpretación. Frente a las cláusulas oscuras o ambiguas en los contratos de adhesión, hay, pues, otro posible curso de acción, que es tratar de encontrarle sentido al texto de difícil comprensión.

Es común reconocerle, al adherente de contratos de adhesión, una ventaja consistente en que la interpretación de las cláusulas mal concebidas o redactadas es realizada en su beneficio, por no haber sido él quien las elaboró, sino que le fueron impuestas por su contraparte (interpretación *contra proferentem*).

En tal sentido, está generalmente aceptado que se debe interpretar las cláusulas oscuras o ambiguas en perjuicio del proponente del contrato de adhesión. Lo mismo ocurre cuando caben dos interpretaciones, es decir, aunque un contrato, a primera vista, esté bien redactado, puede ser ambivalente, en cuyo caso se debe escoger la interpretación más beneficiosa para el adherente.

Sin embargo, el artículo 103 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario de 1992, reformada en 1995, privaba de efectos jurídicos ciertos contratos de adhesión, íntegramente considerados, a solicitud del consumidor o usuario, en los siguientes términos: "Serán nulos los contratos de adhesión que contravengan lo dispuesto en los artículos 18, 19 y 20 de esta Ley, cuya nulidad en ningún caso podrá ser alegada por el proveedor." Ahora bien, ninguna de estas remisiones tenía mucho sentido. Por ejemplo, el citado artículo 103 remitía al artículo 19, que disponía: "Los contratos de adhesión serán redactados en términos claros e impresos

317 Alterini: obra citada, p. 78.

en caracteres visibles y legibles que faciliten su comprensión por el consumidor". Entonces, del artículo 19 y del artículo 103, se desprendía que eran nulos los contratos de adhesión respecto de los cuales el consumidor o usuario alegase con éxito la falta de claridad en la redacción o la ilegibilidad del articulado. Ahora bien, esto estaba en contradicción con el artículo 21, número 5, de la misma ley, según el cual no surtían efectos las cláusulas redactadas "en términos vagos o imprecisos" o impresas en caracteres difícilmente "legibles, visibles". Además, estaba en contradicción con el principio de que, si la cláusula es oscura, ésta no es nula, ni es nulo el contrato, sino que ésta se interpreta contra su redactor.

Esto fue corregido en el año 2004. En efecto, el artículo 86 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario de 2004 establecía: "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".

Posteriormente, la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios dispuso, en su artículo 70, lo siguiente: "Las cláusulas de los contratos de adhesión serán interpretadas del modo más favorable a la consumidora o consumidor y a la usuaria y usuario".

Al respecto, un importante autor venezolano señaló, con razón, que "La Ley de Protección al Consumidor y al Usuario… ordena que las cláusulas de los contratos de adhesión sean interpretadas… del modo *más favorable al consumidor*, en concordancia con las tendencias que se observan en el derecho comparado. En efecto, las cláusulas redactadas en términos vagos e imprecisos se interpretan contra su redactor…". Y citó normas de Alemania, España y Argentina en el mismo sentido[318].

Pero esta norma fue derogada por la Ley Orgánica de Precios Justos publicada el 23 de enero de 2014.

Similarmente, el Código de Comercio disponía, respecto del seguro de vida, que las cláusulas oscuras o generadoras de dudas se interpretarían a favor del asegurado"[319]. La Superintendencia de

[318] Morles: Curso de Derecho Mercantil, Tomo I, obra citada, pp. 193 y 194.
[319] Artículo 576 del Código de Comercio.

Seguros, hoy Superintendencia de la Actividad Aseguradora, consideró que tal interpretación *contra proferentem* se aplica a todas las pólizas. En efecto, el regulador expresó que la ventaja para el asegurado consagrada en Venezuela a propósito de los seguros de vida tiene rango de principio general aplicable a todas las pólizas[320]. Este principio general fue objeto de confirmación legislativa el 12 de noviembre de 2002, pues la Ley del Contrato de Seguro, en su artículo 4, número 4, establecía lo siguiente: "Cuando una cláusula sea ambigua u oscura se interpretará a favor del tomador, del asegurado o del beneficiario". Pero esta ley fue derogada por la Ley de la Actividad Aseguradora publicada el 15 de diciembre de 2015. Conforme a esta última ley, la Superintendencia de la Actividad Aseguradora publicó, el 24 de agosto de 2016, unas Normas que Regulan la Relación Contractual en la Actividad Aseguradora, las cuales son inconstitucionales, principalmente porque violan la reserva legal[321], por lo que han sido calificadas como "Una burla constitucional más"[322].

Asimismo, la doctrina colombiana[323] se ha referido a la circunstancia de que usualmente se reconoce, al tomador del seguro, la ventaja de que las cláusulas oscuras o ambiguas sean interpretadas en su beneficio, por haber sido impuestas por la aseguradora.

De modo que antes en Venezuela, y actualmente en muchos otros países, la ley reconoce, al adherente de contratos de adhesión, una ventaja consistente en que la interpretación de las cláusulas oscuras o ambiguas es realizada en su beneficio, por no haber sido él quien las elaboró, sino que le fueron impuestas por su contraparte.

---

320 Laudo de fecha 14 de mayo de 1996, dictado por la Superintendencia de Seguros en el caso Carbonorca contra Seguros Orinoco.

321 El número 1 del artículo 187 y el número 32 del artículo 156 de la Constitución establecen, respectivamente, que "Corresponde a la Asamblea Nacional:... Legislar en las materias de la competencia nacional...", y que "Es de la competencia del Poder Público Nacional:... La legislación en materia... de seguros..."

322 Morles Hernández, Alfredo: La reforma del contrato de seguro. Una burla constitucional más, disponible en: http://www.acienpol.org.ve/cmacienpol/Resources/Noticias/06092016193411_La%20reforma%20del%20contrato%20de%20seguro.pdf

323 Jaramillo: La Protección del Consumidor y sus Principales Manifestaciones en el Derecho de Seguros Contemporáneo: Examen Descriptivo, en Retos y Oportunidades del Seguro y del Reaseguro en el Nuevo Milenio, obra citada, pp. 110 y ss.; y en Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros N° 15, Bogotá, 2000, pp. 129 y ss.

Se puede afirmar que las normas anteriores, hoy derogadas, que ordenan interpretar en contra del redactor la cláusula oscura o ambigua incluida en el contrato de adhesión, no hacían más que expresar un principio general del derecho. Desde este punto de vista, la circunstancia de que dichos textos legales hayan desaparecido no implica que haya que interpretar esas cláusulas de una forma distinta.

El artículo 12 del Código de Procedimiento Civil[324] ordena interpretar los contratos tomando en cuenta la intención de las partes. Sin embargo, cuando las cláusulas oscuras o ambiguas están en un contrato de adhesión, sólo una de ellas participa en su redacción, por lo que no existe una intención común a ambos contratantes referida a los textos difíciles de entender. No obstante, existe una intención común referida al negocio jurídico plasmado en el contrato de adhesión propuesto por una parte y aceptado en bloque por la otra, pues tanto el proponente como el adherente desean realizar dicho negocio jurídico. Dicho artículo 12 también contempla que la interpretación de los contratos debe realizarse tomando en consideración las exigencias de la ley, de la verdad y de la buena fe. Es posible sostener que, tratándose de contratos de adhesión, la necesidad de preservar el negocio jurídico, de respetar la verdad y de actuar de buena fe exigen que el proponente sufra los efectos negativos de su propia mala redacción, la cual no tiene por qué dañar al adherente. Desde esta óptica, se puede afirmar que los contratos de adhesión defectuosos deben ser interpretados en contra de su redactor. Sería, en efecto, inaceptable, que el suplidor que ofrece a sus clientes actuales o potenciales celebrar contratos de adhesión, y que se equivoca redactándolos, se beneficie de su mala redacción, interpretando el texto contractual oscuro o ambiguo en detrimento de su contraparte, inocente de todo error. Permitir a los proponentes beneficiarse de su mala redacción está reñido con la máxima según la cual nadie puede invocar su propia torpeza. También está reñido con la regla general de que quien incurre en culpa debe soportar las consecuencias de la misma. Finalmente, está reñido con la tesis de que

[324] La segunda parte del artículo 12 del Código de Procedimiento Civil dispone: "En la interpretación de contratos o actos que presenten oscuridad, ambigüedad o deficiencia, los jueces se atendrán al propósito y a la intención de las partes o de los otorgantes, teniendo en mira las exigencias de la ley, de la verdad y de la buena fe".

quien realiza una actividad para obtener algún tipo de provecho, corre con los riesgos correspondientes. Todo esto lleva a la conclusión de que, si el proponente le impone al adherente un texto que puede ser interpretado de dos maneras, priva la interpretación que perjudique al proponente y favorezca al adherente, aunque ya no haya una norma legal que lo precise en Venezuela. En consecuencia, nuestra doctrina postula, "como principio de interpretación en los contratos de adhesión, la interpretación más favorable al adherente que no redactó el contrato. Lo cual es lógico considerando que resulta difícil considerar la intención de las partes cuando una de ellas no participó en forma alguna en la formación y redacción del contrato"[325].

El artículo 21, número 5, de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario de 1992, reformada en 1995, declaraba: "No producirán efecto alguno las cláusulas o estipulaciones en los contratos de adhesión que:... Estén redactados (sic) en términos vagos o imprecisos." Faltó precisar que el consumidor o usuario era quien podía invocar esta nulidad, pero estaba claro que las cláusulas mal redactadas o ilegibles eran nulas. Sin embargo, el artículo 103 de la misma ley establecía que "Serán nulos los contratos de adhesión que contravengan lo dispuesto en los artículos… 19… de esta Ley, cuya nulidad en ningún caso podrá ser alegada por el proveedor"; y dicho artículo 19 disponía que "Los contratos de adhesión serán redactados en términos claros". Entonces, conforme al texto que acabamos de copiar, el contrato de adhesión completo era nulo, en razón de la mala redacción de una de sus cláusulas. De manera que había una contradicción en dicha ley, pues, según el encabezado y el número 5 del artículo 21, sólo estaba viciada de nulidad la cláusula mal redactada; mientras que, según los artículos 19 y 103, era nulo todo el contrato de adhesión contentivo de dicha cláusula. A nuestro juicio, la única forma en la que se podían armonizar estas disposiciones legales era considerar que el contrato completo era nulo cuando la totalidad de su articulado o al menos sus cláusulas esenciales estaban mal redactadas; y que, por el contrario, si sólo una o más cláusulas no esenciales estaban mal redactadas, el contrato globalmente considerado era válido, quedando sin efectos los textos defectuosos únicamente. Pero esta nulidad total o parcial era

[325] Domínguez Guillén: obra citada, p. 486.

absurda. En efecto, la doctrina venezolana criticó, acertadamente, que "La Ley de Protección al Consumidor y al Usuario declara sin efectos las cláusulas redactadas en términos vagos e imprecisos, en lugar de ordenar que estas cláusulas se interpreten contra su redactor"[326]. La misma crítica cabía, con mayor razón, respecto de las disposiciones de la misma ley que permitían, en contradicción con lo anterior, dejar sin efectos todo el contrato. Ahora bien, la nulidad por mala redacción no fue incluida en la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario del año 2004[327], cuyo citado artículo 86 ordenó interpretar los contratos a favor de los consumidores o usuarios, lo cual fue repetido en el artículo 70 la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios del año 2008[328], que también fue objeto de reforma, derogada por la Ley Orgánica de Precios Justos en el año 2014.

En conclusión, se impone interpretar las cláusulas oscuras y ambiguas en beneficio del adherente del contrato, 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 negligentemente incluye en un contrato de adhesión bancario una cláusula mal redactada, la misma no es nula,

---

326 El Dr. Alfredo Morles Hernández, en la edición anterior del tomo 1 de su curso, formuló, con razón, dicha crítica (Morles: Curso de Derecho Mercantil, Tomo I, Caracas, 1998, p. 183), crítica que devino innecesaria en la nueva edición de dicho tomo, a raíz de un cambio en la ley (Morles: Curso de Derecho Mercantil, Tomo I, Caracas, 2004).

327 En la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario de 2004, el listado de cláusulas nulas no incluía las oscuras, ambiguas o ilegibles (artículo 87); y la norma sobre nulidad de contratos de adhesión no especificaba cuáles contratos de adhesión eran nulos, sino que simplemente decía que "Serán nulos los contratos de adhesión que contravengan lo dispuesto en esta Ley" (artículo 125). La disposición que acabamos de transcribir era tan contundente, que podía quizás sostenerse que los defectos de forma de una cláusula no esencial podían ocasionar la nulidad de todo el contrato. Pero pensamos que esto hubiera sido absurdo. Era más lógico afirmar, bajo las mismas normas derogadas, que las cláusulas oscuras, ambiguas o ilegibles no anulaban todo el contrato correspondiente, sino que, simplemente, debían interpretarse contra su redactor.

328 La Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios de 2008, en su artículo 70, exigía que los contratos de adhesión no tuvieran "ambigüedades que hagan dudar sobre el contenido y alcance"; y, en su artículo 74, número 10, expresaba que "Se considerarán nulas" ciertas "cláusulas o estipulaciones establecidas en el contrato de adhesión", entre las que estaban las siguientes: "cualquier otra cláusula que contravenga las disposiciones del presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley". Nuevamente, nos parece que hubiera sido excesivo sostener que la falta de claridad de una cláusula no esencial puede ocasionar la nulidad de todo el contrato, siendo preferible afirmar que esta cláusula simplemente debía ser interpretada contra su redactor.

sino que se debe interpretar en provecho del cliente bancario; y lo mismo sucede con las cláusulas defectuosas de las pólizas, que deben ser interpretadas a favor del tomador, asegurado o beneficiario, sancionando así al asegurador descuidado.

El principio general, según el cual los contratos de adhesión deben ser interpretados a favor del adherente, estaba expresado, a propósito de los seguros de vida, en el artículo 581 de nuestro Código de Comercio, que disponía que, si el articulado de una póliza era oscuro o se prestaba a dudas, el mismo se interpretaría a favor del asegurado, es decir, en perjuicio de quien lo redactó[329]. No obstante la circunstancia de que dicha norma estaba referida a las pólizas de vida, la Superintendencia de Seguros consideró que se trataba de un principio general, aplicable a todos los contratos de seguros, lo cual fue muy razonable[330]. En el mismo sentido, a partir del 12 de noviembre de 2002, la Ley del Contrato de Seguro, en su artículo 4, número 1, disponía esto: "Cuando sea necesario interpretar el contrato de seguro se utilizarán los principios siguientes: ... Cuando una cláusula sea ambigua u oscura se interpretará a favor del tomador, del asegurado o del beneficiario...". Ahora bien, las disposiciones sobre el contrato de seguros del Código de Comercio fueron abrogadas por la Ley del Contrato de Seguro el día 12 de noviembre de 2001, que a su vez fue derogada por la Ley de la Actividad Aseguradora el día 30 de diciembre de 2015 (reimpresa el 15 de marzo de 2016). Posteriormente y de manera similar, las Normas que Regulan la Relación Contractual en la Actividad Aseguradora emitidas por la Superintendencia de la Actividad Aseguradora, publicadas el 24 de agosto de 2016, establecen, en el número 4 de su artículo 4, que "Cuando una cláusula sea ambigua u oscura se interpretará a favor del tomador, asegurado, contratante, beneficiario y usuario o afiliado"; pero esas normas no son una ley,

[329] El artículo 576 del Código de Comercio dispone:
"La póliza del seguro de vida debe ser necesariamente nominativa, no pudiendo serlo ni a la orden, ni al portador; además de las enunciaciones expresadas en el artículo 550, debe indicar la edad, profesión y estado de la salud de la persona que es asegurada.
"Toda oscuridad o duda a que dé lugar la póliza se interpretará a favor del asegurado".

[330] Laudo de fecha 14 de mayo de 1996, dictado por la Superintendencia de Seguros en el caso Carbonorca contra Seguros Orinoco.

sino una mera providencia administrativa, que es inconstitucional, porque dicha Superintendencia violó la reserva legal[331].

Un sector de la doctrina[332] afirma, respecto del contrato de seguro, que "la ley ordena que se interprete contra el asegurador"; pero que "Esta prescripción legislativa no debería ser objeto de una interpretación literal, sino de una interpretación teleológica: el legislador, evidentemente, al establecer esta norma estaba pensando en proteger al asegurado que es parte en un contrato de adhesión, no al asegurado que está en condiciones de estipular términos, condiciones y modalidades distintas y, en efecto, las pacta. En este último caso, la interpretación del contrato ha de retomar el cauce que corresponde a la situación en que existe igualdad de los contratantes. No hay débil a quien proteger". El planteamiento anterior, desde el punto de vista teórico, es inobjetable, pero su aplicación práctica, en Venezuela, resulta difícil, pues antes la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros y la Ley del Contrato de Seguro, y ahora la Ley de la Actividad Aseguradora, establecen que las pólizas de seguros requieren aprobación previa de la Superintendencia, lo que presupone que el texto correspondiente sea sometido por la aseguradora a su regulador; o sea que la posibilidad, para el tomador de seguros, de negociar las cláusulas de la póliza, que luego habrán de ser interpretadas, es materialmente inexistente. Desde nuestro punto de vista, mientras se requiera que las pólizas sean objeto de aprobación previa por la autoridad, el tomador del seguro, particularmente si es tanto o más poderoso económicamente que la aseguradora, puede imponer temas económicos, pero no puede alterar el articulado del contrato, el cual debería ser interpretado a su favor.

En la reforma del Código Civil francés relativa al Derecho de las Obligaciones del año 2016, se incorporó una disposición —el artículo 1190— que establece que, "En caso de duda, el contrato paritario se interpreta contra el acreedor y a favor del deudor, y el contrato de adhesión contra aquél que lo propuso". La regla de que

---

331 El número 1 del artículo 187 y el número 32 del artículo 156 de la Constitución establecen, respectivamente, que "Corresponde a la Asamblea Nacional:... Legislar en las materias de la competencia nacional...", y que "Es de la competencia del Poder Público Nacional:... La legislación en materia... de seguros..."

332 Morles: Curso de Derecho Mercantil, Tomo IV, obra citada, p. 2354.

los contratos de adhesión deben ser interpretados a favor del adherente es muy razonable, no así la regla de que los contratos paritarios deben ser interpretados a favor del deudor. En efecto, la mayoría de los contratos son bilaterales, pues cada parte asume una obligación frente a la otra. De manera que las dos partes de un contrato bilateral son deudoras recíprocas. Entonces, en un contrato bilateral, ¿quién es el deudor a favor del cual se interpreta el contrato? Si la respuesta a la pregunta anterior fuera que, si una de las partes ya pagó, el deudor a favor del cual se interpreta el contrato es la parte que todavía no ha pagado, ocurriría lo siguiente: (i) se colocaría a la parte que pagó en desventaja respecto de la parte que todavía no ha pagado; (ii) el contrato sería interpretado de manera distinta en diferentes momentos, pues la interpretación cambiaría según que (a) ninguna de las partes haya pagado, (b) una sola de las partes pagó o (c) ambas partes pagaron; y, (iii) si las partes A y B celebran un contrato, y las partes B y C celebran un contrato idéntico, ambos contratos, a pesar de ser iguales, pueden ser interpretados distinto, en caso de que (a) el primer contrato haya sido cumplido sólo por la parte A (por ejemplo, es un contrato de arrendamiento y A es el arrendador), y (b) el segundo contrato haya sido cumplido sólo por la parte C (en nuestro ejemplo del contrato de arrendamiento, C es el arrendatario). En consecuencia, nos parece absurda la regla de que los contratos paritarios deben ser interpretados a favor del deudor.

CAPÍTULO III

CONTROL DEL ESTADO SOBRE LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN

1) Tipos de control del Estado sobre los contratos de adhesión

Los contratos de adhesión pueden ser objeto de control *a priori*, mediante la exigencia de una autorización emitida por una autoridad del Estado antes de que el proveedor ofrezca sus bienes o servicios a los consumidores o usuarios. En este caso, dicha aprobación previa puede ser concebida de dos maneras: autorización expresa o autorización tácita. Esta última se produce cuando la normativa relevante dispone que, si el solicitante de la aprobación estatal no obtiene respuesta dentro de un plazo determinado, hay silencio positivo.

Otra forma de control previo es incluir disposiciones imperativas o irrenunciables en la normativa que rige a ciertos contratos, que suelen ser de adhesión, por ejemplo, los contratos bancarios o las pólizas de seguros. De hecho, nuestra doctrina destaca que "la imperatividad de ciertas normas que fijan de manera anticipada el contenido mínimo de ciertos contratos en los cuales el Estado tiene especial interés, debido a la presencia de un débil jurídico al cual debe proteger, y el control de las cláusulas que, en principio, las partes pueden fijar libremente, son instrumentos que permiten al Estado corregir anticipadamente conductas que puedan exacerbar el desequilibrio contractual existente entre partes con desigual poder de negociación"[333]. Sin embargo, insistimos en que, lejos de lograrse esta meta, se frustra la competencia y a veces se imponen cláusulas irracionales.

Un control alternativo o adicional a dicho control previo, es el control posterior de los contratos de adhesión. En efecto, los contratos de adhesión pueden ser objeto de un control *a posteriori*, mediante el otorgamiento, a alguna autoridad del Estado, de la facultad de estudiar contratos de adhesión ya celebrados, pudiendo

[333] Madrid Martínez: obra citada, pp. 105 y ss.

ordenar modificaciones o privar de efectos todas o algunas de sus cláusulas.

La autoridad del Estado que ejerce control sobre contratos de adhesión puede ser un ente del Poder Ejecutivo, en cuyo caso es un control administrativo, o un tribunal, en cuyo caso es un control judicial.

Los contratos de adhesión deben cumplir con requisitos de forma, que atañen a su asequibilidad, su redacción y su legibilidad; y requisitos de fondo, que atañen a su contenido. En consecuencia, independientemente de que el control sea *a priori* o *a posteriori*, administrativo o judicial, el control del Estado puede versar sobre el cumplimiento de los requisitos de forma de los contratos de adhesión o sobre el cumplimiento de los requisitos de fondo de los contratos de adhesión. Entonces, existen dos tipos de control sobre los contratos de adhesión, dependiendo de qué es objeto de examen por la autoridad, a saber: si lo que se estudia son los requisitos de forma, el análisis correspondiente ha sido denominado control de inclusión; o, si lo que se estudia son los requisitos de fondo, el análisis correspondiente ha sido denominado control de contenido.

Independientemente de que el control sea previo o *a posteriori*, administrativo o judicial, el control de contenido versa, fundamentalmente, sobre si el contrato de adhesión tiene o no cláusulas abusivas. Si una cláusula no se encuentra en un contrato de adhesión, ni es impuesta de cualquier otra manera, es difícil sostener que dicha cláusula es abusiva, pues las partes la negociaron libremente, como iguales, y el abuso aparente puede tener su contrapartida en un beneficio otorgado por otra cláusula. Por ende, las cláusulas abusivas se encuentran en los contratos de adhesión, y en ciertos contratos cuyo texto no está redactado con antelación, pero cuyo contenido es impuesto por la parte más fuerte de la relación jurídica a su contraparte contractual. Como los contratos de adhesión son celebrados en masa, es respecto de éstos que más se justifica que el Estado proteja al débil jurídico: el adherente. En efecto, por una parte, las cláusulas abusivas se ven con más frecuencia en los contratos de adhesión que en otros esquemas contractuales; y, por otra parte, el Estado debe intervenir para proteger al adherente de abusos del proponente.

Nuestra doctrina enseña que, "en el contrato de adhesión, la libertad contractual del adherente queda reducida a la libertad de contratar o no contratar o, lo que es lo mismo, le queda la única opción de 'tomar o dejar' el contrato predispuesto y propuesto por el predisponente; mientras que, este último puede establecer un contenido contractual que se ajusta a sus necesidades, e incluso —aprovechándose de su posición de supremacía de poder contractual— podría imponer cláusulas inicuas o abusivas a su contraparte. De allí que los distintos ordenamientos jurídicos hayan establecidos mecanismos dirigidos a contrastar ese riesgo; especialmente, a través del control previo de las cláusulas contractuales y de las condiciones generales de contratación, y de la nulidad de las cláusulas abusivas en los contratos con el consumidor"[334]. La declaración de nulidad de las cláusulas abusivas en los contratos es un control posterior.

La doctrina española se refiere al control posterior judicial de los contratos de adhesión en los siguientes términos: "En primer lugar, deben cumplir unos requisitos de índole formal... (concreción, claridad y sencillez en la redacción), que aseguran el control sobre el consentimiento. Son aquellos que ha de satisfacer quien se propone utilizar condiciones generales en el desarrollo de su actividad negocial (predisponente), a fin de asegurarse que las mismas lleguen a formar parte del contenido contractual. En segundo lugar, debe verificarse si las cláusulas, una vez que han sido aceptadas, se oponen a los principios de buena fe y del justo equilibrio de las contraprestaciones… En consecuencia, el juez deberá, en primer lugar, examinar si las estipulaciones fueron realmente aceptadas por el adherente o si, por el contrario, debido a su oscuridad o a la no satisfacción de ciertos requisitos de forma, deben entenderse excluidas del consentimiento contractual (control de inclusión), tras lo cual comprobará si las cláusulas se ajustan a los requisitos intrínsecos de licitud (control de contenido)"[335]. Sin embargo, cuando un juez examina un contrato de adhesión, no es indispensable que analice los requisitos de forma de primero y los requisitos de fondo de segundo. De hecho, el mismo autor español expresa: "Lo que sucede, en ocasiones, es que la decisión sobre si

334 Pinto Oliveros: obra citada, p. 254.
335 Blanco Pérez-Rubio: obra citada, pp. 12 y 13.

una cláusula reúne o no los requisitos de inclusión legalmente establecidos puede plantear dificultades y, sin embargo, las cláusulas evidencian su carácter abusivo por ser contrarias a la buena fe y alterar el justo equilibrio de las prestaciones. Se ha señalado que en estos casos nada impide al juez dejar sin resolver la cuestión de la inclusión y acudir al control de contenido"[336].

En Venezuela hubo, durante muchos años, un control administrativo posterior sobre la generalidad de los contratos de adhesión, que podía ser, tanto de inclusión, como de contenido:

Como su nombre lo indica, la Ley de Protección al Consumidor de 1992 tenía por objeto proteger a los consumidores en sus relaciones con los proveedores de bienes o servicios (artículo 1)[337]. A tal efecto, fue creado el Instituto para la Protección y Defensa del Consumidor (IDEC), que fue facultado para, entre otros asuntos, controlar los contratos de adhesión entre proveedores de bienes o servicios y consumidores o usuarios de los mismos. El nombre de dicho instituto fue cambiado a Instituto para la Defensa y Educación del Consumidor y del Usuario (INDECU) en una reforma legal de 1995. El INDECU, a partir de dicha reforma, podía, de oficio o a solicitud del interesado, examinar los contratos de adhesión que perjudicasen o pudieran perjudicar en sus derechos a los consumidores, y solicitar modificaciones a los mismos ante la autoridad competente (artículo 86, número 20)[338]. Esta norma era un

[336] Blanco Pérez-Rubio: obra citada, p. 13.

[337] 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 disponía: "Artículo 1º. Esta Ley tiene por objeto la defensa, protección y salvaguarda de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios, su organización, educación, información y orientación; así como establecer los ilícitos y los procedimientos para la aplicación de las sanciones". Similarmente, la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario publicada el 4 de mayo de 2004 dispone: "La presente Ley tiene por objeto la defensa, protección y salvaguarda de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios, su organización, educación, información y orientación, así como establecer los ilícitos administrativos y penales y los procedimientos para el resarcimiento de los daños sufridos por causa de los proveedores de bienes y servicios y para la aplicación de las sanciones a quienes violenten los derechos de los consumidores y usuarios".

[338] La Ley de Protección al Consumidor y al Usuario disponía: "Artículo 86. Es de la competencia del Instituto para la Defensa y Educación del Consumidor y del Usuario (INDECU):... 20. Examinar de oficio o a solicitud del interesado, las cláusulas de cualquier contrato de adhesión y cuya regulación no esté atribuida a otra ley, que puedan perjudicar los derechos del consumidor y del usuario consagrados en esta Ley y solicitar las modificaciones correspondientes ante la autoridad competente...".

poco absurda, puesto que no decía quién era la autoridad competente para esto. La Ley de Protección al Consumidor y al Usuario de 2004 fue mucho más allá, pues autorizó al INDECU para anular contratos de adhesión, lo que a nuestro juicio debería ser una facultad reservada al poder judicial (artículo 125)[339]. Por último, la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios de 2008 cambió el nombre del INDECU por Instituto para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios (INDEPABIS), respecto del cual precisó que era la "autoridad competente" para los asuntos relativos a dicha ley, junto con el ministro con competencia en materia de industrias ligeras y comercio, al cual INDEPABIS estaba adscrito[340]. Pues bien, conforme a dicha ley, el INDEPABIS tenía, entre otras, la siguiente atribución: "Artículo 70… 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." Dicha ley agregaba lo que sigue: "Artículo 74… 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". La Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios no se limitó a establecer dicha nulidad, sino que además previó una multa o la clausura temporal del proveedor y una pena privativa de libertad. En efecto, su artículo 133 estableció las "Sanciones por Incumplimiento a las Obligaciones Inherentes a los Contratos de Adhesión" indicadas seguidamente: "Quien esté incurso en los supuestos previstos en el Título II, Capítulo VIII en sus artículos 70, 71, 72, 73 y 74 serán (sic) sancionados con multa de cien Unidades Tributarias (100 UT) a cinco mil Unidades Tributarias (5.000 UT), o clausura temporal por noventa (90) días[341]. Los artículos 70, 71, 72, 73

[339] La Ley de Protección al Consumidor y al Usuario dispone: "Artículo 125. Serán nulos los contratos de adhesión que contravengan lo dispuesto en esta Ley, cuya nulidad será declarada, por el Instituto Autónomo para la Defensa y Educación del Consumidor y del Usuario (INDECU), mediante decisión motivada. En ningún caso la nulidad podrá ser alegada por el proveedor".

[340] Título IV de la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios.

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

y 74, citados en el artículo copiado precedentemente, prohibían las cláusulas de los contratos de adhesión que pusieran en desventaja o vulnerasen los derechos de los adherentes, los contratos de adhesión que fueran oscuros o inasequibles, la modificación o terminación unilaterales de los contratos de adhesión, el impedimento a que los adherentes se retractaran, la exoneración de responsabilidad del proponente o la inversión de la carga de la prueba a su favor, la renuncia de los adherentes a sus derechos, la imposición del arbitraje o de un domicilio procesal inapropiado, la fijación de precios en moneda extranjera cuando fuera contraria al orden público, y, de manera general, el establecimiento de condiciones injustas de contratación o gravosas, que causaran indefensión o que contrariaran el orden público o la buena fe. Dicho artículo 74 además decía, en su número 10, que era nula la cláusula de cualquier contrato de adhesión que contrariara las disposiciones de la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios, entre las cuales se encontraba su artículo 16, que prohibía discriminar, condicionar la obtención de un bien o servicio a la obtención de otros, negarse injustificadamente a satisfacer la demanda, realizar imposiciones carentes de justificación económica, cobrar recargos o comisiones indebidas, alterar las características de los bienes o servicios prometidos y restringir la oferta, circulación o distribución de productos de primera necesidad. Entonces, respecto de todos los casos anteriores, la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios permitía al extinto INDEPABIS declarar la nulidad de la cláusula objetable, castigar con multa a su redactor y clausurar temporalmente su establecimiento. Las dos últimas eran sanciones totalmente desproporcionadas. Ahora bien, dicha ley fue derogada y el INDEPABIS fue sustituido por la Superintendencia Nacional para la Defensa de los Derechos Socio Económicos, SUNDDE, que no tiene facultades para anular total o parcialmente contratos de adhesión, ni imponer sanciones con respecto a los mismos, salvo que la Ley Orgánica de Precios Justos, en su última versión, que es la publicada el 8 de noviembre de 2015 y reimpresa el 12 del mismo mes, dispone lo siguiente: (i) uno de los "derechos de las personas en relación con los bienes y servicios" es su derecho "A la protección en los contratos de adhesión que sean desventajosos o lesionen sus derechos e intereses" (artículo 7, número 10), y se impone

una sanción pecuniaria a quienes violen este derecho (artículo 47, número 7); (ii) los "derechos de las personas en relación con los bienes y servicios" incluyen "elegirlos con libertad" (artículo 7, número 2), así como "la protección contra… los métodos comerciales coercitivos" (artículo 7, número 5), y se castiga con multa a quienes empleen "métodos coercitivos" (artículo 47, número 7); (iii) los "derechos de las personas en relación con los bienes y servicios" incluyen obtener "información adecuada, veraz, clara, oportuna y completa" (artículo 7, número 4), y se castiga con multa a quienes violen este derecho (artículo 47, número 2); (iv) los "derechos de las personas en relación con los bienes y servicios" incluyen "la reparación e indemnización por daños y perjuicios" (artículo 7, número 7), y se castiga con multa a quienes no procedan al "resarcimiento del daño sufrido" (artículo 47, número 7); (v) los "derechos de las personas en relación con los bienes y servicios" incluyen que el suministro sea "de forma continua, regular, eficaz, eficiente e ininterrumpida" (artículo 7, número 13), y se castiga con multa a quienes violen dicho derecho (artículo 47, número 11); (vi) se castiga con multa a "los proveedores o proveedoras de los bienes y servicios" que den a sus clientes un "trato discriminatorio" (artículo 47, número 7); y (vii) se castiga con prisión a quienes incurran en usura (artículos 58 y 59). Salvo lo planteado en el número i anterior, no se trata, propiamente de un control sobre los contratos de adhesión y las correspondientes cláusulas abusivas, sino de una regulación relativa a la manera como los proveedores pueden interactuar con los consumidores y usuarios, para evitar abusos. Sin embargo, la regulación relativa a la manera como los proveedores pueden interactuar con los consumidores y usuarios, para evitar abusos, incide sobre los correspondientes contratos de adhesión desestimulando las cláusulas abusivas.

Durante los años que hubo en Venezuela un control administrativo posterior sobre la generalidad de los contratos de adhesión, existieron normas relativas a las cláusulas abusivas. En efecto, la Ley de Protección al Consumidor de 1992 disponía lo siguiente: "Artículo 6º. Son derechos de los consumidores y usuarios:... "7º. La protección contra... las... cláusulas abusivas impuestas por proveedores de bienes y servicios..."; y "Artículo 8º. Los derechos de los consumidores y usuarios consagrados en esta

Ley son irrenunciables. Se consideran nulas las estipulaciones que establezcan la renuncia a tales derechos o el compromiso de no ejercerlos en instancias administrativas o jurisdiccionales". Similarmente, la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario de 2004 disponía: "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"; y "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 disponía: "Artículo 16. 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…"; y "Artículo 2º. 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. Esta regulación desapareció con la Ley Orgánica de Precios Justos de 2014.

En cuanto a las pólizas, como contratos de adhesión que son, el artículo 9 de la Ley del Contrato de Seguro establecía lo siguiente: "Los contratos de seguros no podrán contener cláusulas abusivas o tener carácter lesivo para los tomadores, los asegurados o los beneficiarios". Pero este artículo ya no existe, pues la Ley de la Actividad Aseguradora publicada el 30 de diciembre de 2015 (reimpresa el 15 de marzo de 2016) derogó la Ley del Contrato de Seguro. Sin embargo, el número 7 del artículo 128 de la Ley de la Actividad Aseguradora actualmente establece lo siguiente: "Son derechos de los tomadores, asegurados, beneficiarios…, los siguientes: … Protección contra… las… cláusulas abusivas impuestas por los sujetos regulados". Por su parte, las Normas que Regulan la Relación Contractual en la Actividad Aseguradora emitidas por la

Superintendencia de la Actividad Aseguradora, publicadas el 24 de agosto de 2016, establecen, en su artículo 5, lo que sigue: "Serán nulas las cláusulas abusivas o lesivas de los derechos de los tomadores, asegurados, contratantes, beneficiarios y usuarios o afiliados". Pero esas normas no son una ley, sino una mera providencia administrativa, que es inconstitucional, porque dicha Superintendencia violó la reserva legal[342]. La doctrina enseñaba, respecto del artículo 9 de la Ley del Contrato de Seguro, que "El contrato de seguro no puede contener cláusulas abusivas o tener carácter lesivo para los tomadores, asegurados o beneficiarios (art. 9°)", y que, "En caso de existir, estas cláusulas son nulas, según el epígrafe del artículo 9"[343]. A nuestro juicio, esto sigue teniendo vigencia, en virtud del número 7 del artículo 129 de la Ley de la Actividad Aseguradora.

2) La aprobación previa de la autoridad competente

Los contratos bancarios y las pólizas de seguro son un ejemplo típico de contrato de adhesión. Algunos contratos bancarios y todas las pólizas de seguro son aprobados con anterioridad por el regulador del sector bancario y asegurador, según el caso. Esta autorización previa, que suele demorarse mucho, desestimula la competencia, le quita flexibilidad al mercado, y, en la práctica, no impide la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos bancarios y las pólizas de seguro.

El artículo 18 de la Ley de Protección al Consumidor de 1992, reformada en 1995, calificaba, como contrato de adhesión, no solamente "aquel cuyas cláusulas hayan sido… establecidas unilateralmente por el proveedor de bienes o servicios sin que el consumidor pudiera discutir o modificar su contenido", sino también a "aquel cuyas cláusulas hayan sido aprobadas por la autoridad competente". De manera casi idéntica, el artículo 81 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario de 2004 se refería,

---

342 El número 1 del artículo 187 y el número 32 del artículo 156 de la Constitución establecen, respectivamente, que "Corresponde a la Asamblea Nacional:... Legislar en las materias de la competencia nacional...", y que "Es de la competencia del Poder Público Nacional:... La legislación en materia... de seguros..."

343 Morles: Curso de Derecho Mercantil, Tomo IV, obra citada, p. 2354.

como contrato de adhesión, no sólo a "aquel cuyas cláusulas han sido… establecidas unilateralmente por el proveedor de bienes o servicios, sin que el consumidor pueda discutir o modificar substancialmente su contenido al momento de contratar", sino, además, a "aquel cuyas cláusulas han sido aprobadas por la autoridad competente." Muy similarmente, la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios de 2008, que también fue objeto de reforma, definía, en su artículo 69, a los contratos de adhesión, incluyendo, aparte de a "aquellos cuyas cláusulas han sido… 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", a "aquellos cuyas cláusulas han sido aprobadas por la autoridad competente por la materia". Las tres leyes mencionadas fueron derogadas sucesivamente, la última de ellas por la Ley Orgánica de Precios Justos de 2014.

El elemento que caracteriza a los contratos de adhesión es que son acuerdos que tienen un articulado pre-establecido, que se usa, con el mínimo de variaciones posible, para todos los casos similares y clientes de la misma clase. En algunos sectores de la actividad económica, dicho articulado no puede ser objeto de una oferta al público, por el proveedor del bien o servicio de que se trate, sin haber sido aprobado previamente por su órgano regulatorio. Pero luego de su aprobación, dicho articulado tiene que ser propuesto por una de las partes de la relación contractual y tiene que ser aceptado en bloque por la otra parte, sin modificaciones sustanciales. Estos contratos tipo existen, o bien porque una autoridad aprueba un texto contractual estándar que le es sometido por un interesado, que luego lo comercializa, o bien porque, sin que sea necesaria o procedente tal aprobación, una compañía 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 es que sus cláusulas hayan sido establecidas unilateralmente por el proveedor, y el segundo criterio definidor es que sus cláusulas hayan sido aprobadas por la autoridad competente. Ambos criterios definidores estaban plasmados en la legislación derogada, pero la sobreviven, pues se trata de conceptos de valor universal.

En nuestra opinión, el segundo criterio definidor no puede ser visto de manera aislada a la hora de identificar un contrato de adhesión. En efecto, ciertos contratos que requieren de autorización oficial no califican, de todas maneras, como contratos de adhesión, puesto que son objeto de negociación y no son acuerdos utilizados reiteradamente. En tal sentido, los siguientes textos contractuales no entran en la definición de contrato de adhesión, porque no se trata de textos estandarizados impuestos en masa: (i) aquellos contratos para la constitución de hipotecas mobiliarias o prendas sin desplazamiento que sean negociados por prestamistas distintos de los banco y los correspondientes prestatarios y que luego sean presentados por dichos prestamistas a la autoridad competente 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 celebrados conforme a la Ley de Beneficios y Facilidades de Pago para las Deudas Agrícolas de Rubros Estratégicos para la Seguridad y Soberanía Alimentaria publicada el 31 de julio de 2008, que (a) ordenó que los bancos reestructurasen los créditos vencidos al 31 de mayo de 2008, así como los créditos cuyo deudor demostrase que enfrentó contingencias o eventualidades ajenas a su voluntad que provocaron la pérdida de la capacidad de pago, y (b) previó que dicha reestructuración fuese autorizada por el Comité de Seguimiento de Cartera Agrícola. Estas autorizaciones oficiales no convierten a los contratos correspondientes en contratos de adhesión, ya que la constitución de cada hipoteca mobiliaria o prenda sin desplazamiento de posesión, o la reestructuración de cada crédito bancario agrícola, se produce dentro del contexto de una negociación que da lugar a un contrato redactado especialmente para la ocasión, tomando en consideración las características del bien objeto de la garantía y la situación del agricultor objeto de la restructuración, según las circunstancias del caso. Sin embargo, si el banco utilizara el mismo modelo de contrato para todas sus hipotecas mobiliarias o prendas sin desplazamiento de posesión, o para todas sus reestructuraciones de créditos agrícolas, entonces sí podríamos decir que nos encontramos frente a contratos de adhesión.

Actualmente, con la desaparición del INDEPABIS, el Poder Ejecutivo ya no ejerce control sobre los contratos de adhesión; pero la situación es distinta en los negocios bancario y asegurador, pues

(i) algunos contratos de adhesión empleados en la actividad bancaria están sujetos a un control *a priori* del Poder Ejecutivo, a través de la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario; y (ii) la generalidad de los contratos de adhesión empleados en la actividad aseguradora están sujetos a un control *a priori* del Poder Ejecutivo, a través de la Superintendencia de la Actividad Aseguradora. Entonces, atendiendo al segundo criterio definidor mencionado, dos tipos de contrato bancario y la generalidad de las pólizas de seguro son contratos de adhesión, cuyo articulado ha de ser autorizado previamente por la autoridad correspondiente. Ciertos contratos bancarios y todos los contratos de seguro, que se encuentran sometidos a dicho control previo, están sujetos la normativa a que aludiremos en las páginas siguientes, cuyas disposiciones son, casi todas, imperativas. Respecto de muchas de estas disposiciones, cabe la siguiente afirmación de nuestra doctrina: existe "una combinación nefasta del orden público y las normas imperativas", que se manifiesta en que "algunas leyes, la mayoría sobre protección de débiles jurídicos, que se autocalifican como imperativas", limitan "considerablemente el juego de la autonomía de la voluntad"[344].

2.1) **La aprobación previa del regulador bancario con respecto a ciertos contratos ofrecidos por la banca**

En nuestra opinión, no existe un requisito general de aprobación previa de los contratos bancarios por parte de la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario, anteriormente denominada Superintendencia de Bancos y otras Instituciones Financieras, y también conocida como Sudeban, por lo siguiente:

Tal autorización *a priori* es exigida sólo respecto de dos clases de contratos bancarios, a saber:

En primer lugar, los modelos de los siguientes contratos requieren la aprobación previa de dicha Superintendencia: fideicomiso, mandato, comisión y otros encargos de confianza. Tal exigencia no se encontraba presente en la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras publicada el 19 de noviembre de 1993; sino que fue establecida la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras

[344] Madrid Martínez: obra citada, pp. 105 y ss.

publicada el 13 de noviembre de 2001. En la ley de 2001, el requisito de aprobación previa de los fideicomisos, mandatos, comisiones y otros encargos de confianza estaba supeditado a que mediante ellos se estableciera la emisión de títulos o certificados de participación u otra figura equivalente[345].

Dicha ley fue derogada por la Ley de Instituciones del Sector Bancario publicada el 28 de diciembre de 2010, que fue reformada en materias que no afectan el tema que nos ocupa. En la nueva ley, se mantuvo el requisito de aprobación previa con respecto a los modelos de contratos mencionados, pero sin requerir que se tratara de contratos suscritos para emitir títulos o certificados de participación u otra figura equivalente[346].

La legislación precedente fue igualmente derogada, pero lo anterior no sufrió ningún cambio en la nueva ley. En efecto, la Ley de Instituciones del Sector Bancario publicada el 8 de diciembre de 2014, actualmente vigente, establece, en su artículo 72, número 6, lo siguiente: "Las instituciones autorizadas para actuar como fiduciarios están obligadas, además de las contempladas (sic) en la Ley de Fideicomisos, a… Presentar para su aprobación ante la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario los modelos de contratos de fideicomiso, mandato, comisión u otros encargos de confianza y posteriormente inscribirlos en el Registro Mercantil correspondiente".

---

345 El artículo 56 de la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras publicada el 13 de noviembre de 2001, intitulado "Aprobación de los Contratos", disponía: "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… 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".

346 La Ley de Instituciones del Sector Bancario publicada el 28 de diciembre de 2010 y su reforma, en su artículo 74, número 7, disponían: "Las instituciones autorizadas para actuar como fiduciarios están obligadas, además de las contempladas (sic) en la Ley de Fideicomisos, a… Presentar para su aprobación ante la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario los modelos de contratos de fideicomiso, mandato, comisión u otros encargos de confianza y posteriormente inscribirlos en el Registro Mercantil correspondiente".

Conforme al texto anterior, los referidos modelos de contratos requieren de aprobación previa, aunque no establezcan la emisión de títulos o certificados de participación u otra figura equivalente. Esto nos parece excesivo, pues no creemos que se justifique que los fideicomisos, mandatos, comisiones u otros encargos de confianza sean objeto de autorización alguna en situaciones en las cuales no esté prevista la emisión de participaciones. Es más, la emisión de participaciones sobre los correspondientes fondos fiduciarios está prohibida, pues la Ley de Instituciones del Sector Bancario de 2014 establece, en su artículo 75, número 3, lo siguiente: "Las instituciones autorizadas para actuar como fiduciarias no podrán realizar las siguientes operaciones con los fondos recibidos en fideicomiso o mediante otros encargos de confianza:… Emitir títulos, certificados o participaciones con cargo a un fondo fiduciario".

La Ley de Fideicomisos, publicada el 17 de agosto de 1956 y todavía vigente, prevé, en su artículo 12, que sólo las instituciones bancarias y aseguradoras que cuenten con un permiso gubernamental pueden ser fiduciarios. La primera parte del artículo 71 de la Ley de Instituciones del Sector Bancario, actualmente vigente, dispone que "La Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario autorizará a los bancos universales para desempeñarse como fiduciarios, mandatarios, comisionistas o realizar otros encargos de confianza". Según la segunda parte del mismo artículo 71, los bancos de desarrollo y microfinancieros también podrán ser autorizados para esto.

En segundo lugar, se requiere la aprobación previa de la Superintendencia de Bancos en un 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 Sudeban para su autorización *a priori*. En efecto, el artículo 1 de dicha ley tiene la siguiente definición: "Contrato de afiliación de tarjetas de crédito, débito, prepagadas y demás tarjetas de financiamiento o pago electrónico: contrato tipo elaborado por los bancos e instituciones financieras, autorizado por la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras (SUDEBAN), mediante el cual se regulan las condiciones generales de la utilización de las provisiones de

fondos por parte del o la tarjetahabiente, además de los créditos en moneda nacional, también los créditos que se originen por consumo en el exterior en moneda extranjera y que luego son transformados en moneda nacional, para ser utilizados a través de la tarjeta de crédito, por parte del o la tarjetahabiente".

Es, por decir lo mínimo, un grave defecto de técnica legislativa, el establecer algo tan importante como un requisito de aprobación previa, con respecto a unos contratos, en la definición legal de los mismos, en lugar de establecerlo en una norma creada a tal efecto.

Consideramos que no existe un requisito de aprobación previa respecto de la generalidad de los contratos bancarios, sino tan sólo en relación con los contratos bancarios antes mencionados, a saber: los fideicomisos, mandatos, comisiones y otros encargos de confianza, y las afiliaciones de tarjetas de crédito, débito, prepagadas y demás tarjetas de financiamiento o pago electrónico.

En efecto, la legislación bancaria nunca ha establecido de manera coherente una obligación legal, que pueda ser válidamente exigida a los bancos e instituciones financieras, de someter la generalidad de sus modelos de contratos a la aprobación previa de Sudeban. De hecho, sólo existen o han existido normas ambiguas e insuficientes, que a nuestro juicio no son apropiadas para concluir en que dicha autorización previa es requerida, a saber:

En primer lugar, el artículo 56 de la vieja Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras, publicada el 13 de noviembre de 2001, luego de exigir que éstos sometieran a Sudeban ciertos modelos de contratos de fideicomiso, mandato, comisión y otros encargos de confianza, preveía lo siguiente: "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". El texto legal anterior podía tener dos lecturas: la primera lectura era que el legislador quiso precisar que las condiciones generales de los contratos de fideicomiso, mandato, comisión y otros encargos de confianza, una vez que tuvieran la luz verde de Sudeban, no podían ser modificadas, sin un nuevo visto bueno de ésta; y la segunda lectura era que el legislador quiso exigir que las condiciones generales relativas a cualquier contrato (sea o no de fideicomiso, mandato, comisión u otro encargo

de confianza), una vez que tuvieran la luz verde de Sudeban, no fueran modificadas, sin un nuevo visto bueno de ésta. Pero la primera lectura parecía más razonable que la segunda, puesto que no había ninguna norma, en dicha ley, que exigiera que los modelos de contratos bancarios en general o los modelos de algún contrato bancario en particular fueran aprobados por Sudeban, salvo respecto de los fideicomisos, mandatos, comisiones u otros encargos de confianza. En cualquier caso, esa exigencia legal de aprobación previa, referida a "las condiciones generales, aprobadas por la Superintendencia", ya no existe.

En segundo lugar, en el tiempo presente, la Ley de Instituciones del Sector Bancario del 8 de diciembre de 2014, en su artículo 172, número 13, dispone: "Son atribuciones de la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario, además de las ya establecidas en la presente Ley, las siguientes:… Establecer las normas generales que regulen los contratos e instrumentos de las operaciones de intermediación y servicios conexos permitidas a las instituciones del sector bancario; y **aprobar las cláusulas generales de contratación que le sean sometidas por las instituciones sujetas a su competencia, en la forma contemplada en los artículos pertinentes del Código Civil**" (el resaltado es nuestro). Pero ningún artículo de dicha ley ni de ningún otro texto legal obliga a los entes del sector bancario a someter al regulador correspondiente los contratos de adhesión que deseen utilizar en las relaciones con su clientela. Además, no hay ni una sola disposición en el Código Civil que prevea que las cláusulas de estos contratos sean presentadas a ningún órgano gubernamental. En consecuencia, la norma anterior sólo es aplicable (i) para el caso, por lo demás improbable, de que algún banco o institución financiera quiera, sin estar obligado a ello, presentarle a la Superintendencia correspondiente sus modelos de contratos; y (ii) para el caso de los fideicomisos, mandatos, comisiones y otros encargos de confianza, y las afiliaciones de tarjetas de crédito, débito, prepagadas y demás tarjetas de financiamiento o pago electrónico, cuyos modelos de contratos han de tener el beneplácito de Sudeban.

En consecuencia, la generalidad de los contratos bancarios no requiere ninguna validación oficial. La regla, que tiene algunas

excepciones, es, efectivamente, que no se requiere de ninguna aprobación previa, por lo que no se necesita el visto bueno de la Superintendencia correspondiente con respecto a los modelos de contratos utilizados por los entes del sector bancario.

En los seguros sucede lo contrario: siempre se exige la autorización *a priori* del regulador:

2.2) La aprobación previa del regulador de seguros con respecto a la generalidad de los contratos ofrecidos por las aseguradoras y las empresas asimilables a éstas

El requisito general de aprobación previa de las pólizas estaba previsto en el artículo 66 de la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros publicada el 22 de mayo de 1975 y reimpresa el 8 de agosto de 1975, que fue objeto de una reforma legal según publicación del 23 de diciembre de 1994 y reimpresión del 8 de marzo de 1995[347]; así como en el artículo 67 de la misma ley[348].

Esta ley fue derogada por la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros publicada el 12 de noviembre de 2001 y reimpresa el 28 del mismo mes. El número 6 del artículo 10 de dicha ley establecía que la Superintendencia de Seguros, hoy Superintendencia de la Actividad Aseguradora, debía aprobar previamente las pólizas y otros documentos empleados por las aseguradoras[349], lo cual fue

[347] El artículo 66 de la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros de 1994 disponía: "Las pólizas, anexos, recibos, solicitudes y demás documentos complementarios relacionados con aquellos y las tarifas y arancel de comisiones que usen las empresas de seguros en sus operaciones, deberán ser previamente aprobados por la Superintendencia de Seguros…"

[348] El artículo 67 de la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros de 1994 disponía: "Las empresas de seguros no podrán modificar en forma alguna el contenido de las pólizas y documentos que les hayan sido aprobados, sin la previa autorización de la Superintendencia de Seguros… Cuando la naturaleza del riesgo por asegurar obligue a establecer condiciones especiales no comprendidas en las pólizas, anexos o cláusulas que les hayan sido aprobados, las empresas de seguros deberán solicitar la previa autorización de la Superintendencia de Seguros…"

[349] El número 6 del artículo 10 del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros de 2001 disponía: "Son facultades y funciones de la Superintendencia de Seguros:... Aprobar los modelos de pólizas, recibos, solicitudes de seguro, finiquitos o recibos de indemnización, notificaciones de siniestros, anexos y demás documentos utilizados en ocasión de los contratos de seguros o las tarifas que usen las empresas de seguros en sus operaciones con el público, así como establecer aquellas que tienen carácter general y uniforme".

repetido en la primera parte del artículo 79 del mismo decreto-ley[350]. No obstante, su artículo 81 preveía la posibilidad de exoneración de la aprobación previa[351]. De hecho, dicha Superintendencia emitió la Resolución N° 000778 de fecha 4 de julio de 2002, mediante la cual estableció una exoneración general del requerimiento de autorización *a priori* de las pólizas y otros instrumentos. Por razones ajenas lo anterior, el día 8 de mayo de 2002 el autor de este trabajo y otros abogados de Mendoza, Palacios, Acedo, Borjas, Páez Pumar & Cía., en nombre de las principales aseguradoras y de la Cámara de Aseguradores, introdujimos un recurso de nulidad contra dicho decreto-ley ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, solicitándole la suspensión de los efectos de dicho decreto-ley mientras tramitaba este recurso[352]. Hubo otros recursos de nulidad contra este decreto-ley, que se acumularon en el mismo expediente; y, con motivo de uno de ellos, intentado el 16 de mayo de 2002 por C.A. Seguros Guayana, la referida Sala acordó la suspensión de efectos, mediante decisión de fecha 13 de agosto de 2002, que fue objeto de una aclaratoria el día 2 de octubre de 2002.

De modo que comenzó a aplicarse otra vez la vieja ley de 1975, reformada en 1994, por lo que devino de nuevo necesaria la aprobación previa oficial para los contratos de seguro, quedando sin base legal la excepción establecida en la citada Resolución N° 000778

---

350 El artículo 79 del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros de 2001 expresaba lo siguiente: "Los modelos de pólizas, recibos, solicitudes de seguro, finiquitos o recibos de indemnización, notificaciones de siniestros, anexos y demás documentos utilizados en ocasión de los contratos de seguros o las tarifas que las empresas de seguros utilicen en sus relaciones con el público deberán ser aprobados previamente por la Superintendencia de Seguros…"

351 El artículo 81 del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros de 2001 disponía: "La Superintendencia de Seguros podrá permitir mediante normas de carácter general el uso de pólizas, tarifas y demás documentos indicados en los artículos precedentes, sin la aprobación previa de la Superintendencia de Seguros, cuando las condiciones jurídicas y económicas lo justifiquen. Sin embargo, los mismos deberán ser presentados a la Superintendencia de Seguros con por lo menos cinco (5) días hábiles de anticipación a la fecha en la que pretendan ponerse en uso, con todos aquellos soportes y anexos que se exijan en la providencia que se dicte…"

352 Las violaciones constitucionales, en cuanto concierne al Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, están explicadas en un artículo con el mismo título, escrito por el autor del presente trabajo, publicado en El Derecho Público a Comienzos del Siglo XXI, Estudios en Homenaje al Profesor Allan R. Brewer Carías, tomo II, Madrid, 2003, pp. 2119 y ss.

de fecha 4 de julio de 2002, cuyo sustento estaba en el decreto-ley de 2001, suspendido en 2002.

Tanto la vieja ley de 1994, como el decreto-ley de 2001, fueron derogados por la Ley de la Actividad Aseguradora publicada el 29 de julio de 2010 y reimpresa el 5 de agosto de 2010. En ésta también se exigía la autorización *a priori* de la Superintendencia de Seguros, que pasó a llamarse Superintendencia de la Actividad Aseguradora, en relación con las pólizas y los documentos relacionados, en el número 9 de su artículo 7[353], en su artículo 41[354] y en el número 5 de su artículo 152[355]. Sin embargo, no se estableció la posibilidad de la Superintendencia estableciera una exoneración respecto de dicho requisito de aprobación previa.

El 30 de diciembre de 2015 fue publicada una nueva Ley de la Actividad Aseguradora, reimpresa el 15 de marzo de 2016, en la que lo anterior quedó intacto, salvo que aumentó la multa en caso de infracción. En efecto, en primer lugar, el artículo 8, número 9, de dicha ley dispone que "Son atribuciones del o la Superintendente de la Actividad Aseguradora:… Autorizar previamente… los modelos de pólizas, contratos, condiciones generales y particulares, cuadros póliza o cuadros recibo, solicitudes, finiquitos o documentos de

353 La Ley de la Actividad Aseguradora publicada el 29 de julio de 2010 y reimpresa el 5 de agosto de 2010 establecía: "Artículo 7. Son atribuciones del o de la Superintendente de la Actividad Aseguradora:… 9. Autorizar previamente… los modelos de pólizas, contratos, condiciones generales y particulares, cuadros póliza o cuadros recibo, solicitudes, finiquitos o documentos de indemnización, notificaciones…, anexos y cualquier otro documento utilizado con ocasión de la actividad aseguradora, y… las tarifas que utilicen los sujetos regulados, así como establecer mediante acto administrativo general los modelos y tarifas que deben mantener carácter general y uniforme, cuando el interés general o el interés social así lo requiera, dentro del marco del procedimiento administrativo correspondiente".

354 La Ley de la Actividad Aseguradora publicada el 29 de julio de 2010 y reimpresa el 5 de agosto de 2010 establecía: "Artículo 41. Los modelos de pólizas, cuadros recibos o cuadros pólizas, solicitudes de seguro, finiquitos o recibos de indemnización, notificaciones de siniestros, anexos y demás documentos utilizados con ocasión de los contratos de seguros y las tarifas que las empresas de seguros utilicen en sus relaciones con el público, deben ser aprobados previamente por la Superintendencia de la Actividad Aseguradora, quien decidirá en un lapso no mayor de cuarenta y cinco días hábiles…"

355 La Ley de la Actividad Aseguradora publicada el 29 de julio de 2010 y reimpresa el 5 de agosto de 2010 establecía: "Artículo 152. Serán sancionadas con multa las empresas de seguros, las de reaseguros o las de medicina prepagada que incurran en los siguientes supuestos:… 5. De tres mil Unidades Tributarias (3.000 U.T.) a seis mil Unidades Tributarias (6.000 U.T.), cuando utilicen pólizas, documentos, tarifas… sin la aprobación previa de la Superintendencia de la Actividad Aseguradora".

indemnización, notificaciones…, anexos y cualquier otro documento utilizado con ocasión de la actividad aseguradora, y… las tarifas que utilicen los sujetos regulados, así como establecer mediante acto administrativo general los modelos y tarifas que deben mantener carácter general y uniforme, cuando el interés general o el interés social así lo requiera, dentro del marco del procedimiento administrativo correspondiente." En segundo lugar, el artículo 42 de dicha ley establece que "Los modelos de pólizas, cuadros recibos o cuadros pólizas, solicitudes de seguro, finiquitos o recibos de indemnización, notificaciones de siniestros, anexos y demás documentos utilizados con ocasión de los contratos de seguros y las tarifas que las empresas de seguros utilicen en sus relaciones con el público, deben ser aprobados previamente por la Superintendencia de la Actividad Aseguradora, quien decidirá en un lapso no mayor de cuarenta y cinco días hábiles…". En tercer y último lugar, el artículo 154, número 5, de dicha ley prescribe que "Serán sancionados con multa los sujetos regulados con personalidad jurídica, según corresponda, que incurran en los siguientes supuestos:… De tres mil Unidades Tributarias (3.000 U.T.) a treinta y seis mil Unidades Tributarias (36.000 U.T.), cuando utilicen pólizas, documentos, tarifas… sin la aprobación previa de la Superintendencia de la Actividad Aseguradora".

Exigir una aprobación previa oficial respecto de las pólizas carece de sentido, pues se trata de un formalismo exagerado, que limita sin necesidad la libertad de las compañías y pone trabas indebidas al normal desenvolvimiento de la actividad aseguradora.

Y exigir una aprobación previa oficial respecto de documentos distintos de las pólizas, utilizados por las aseguradoras en su relación con sus clientes, es todavía más irracional. En tal sentido, es absurdo que se pretenda que las notificaciones sean elaboradas con base en un formato aprobado previamente por Superintendencia de la Actividad Aseguradora, puesto que, evidentemente, cada notificación tendrá un contenido distinto, dependiendo de lo que se quiera informar. En el mismo orden de ideas, los siniestros tienen elementos fácticos y soluciones que varían según las circunstancias, por lo que no se puede, en la práctica, utilizar finiquitos, recibos y otros documentos relativos a las indemnizaciones que estén estandarizados. El legislador olvidó que cada caso es diferente y que

no se pueden forzar los hechos para que todos calcen en un mismo patrón. Menos todavía se puede forzar la utilización de un mismo patrón si el emisor del documento es el tomador, asegurado o beneficiario.

Hay que tomar en cuenta, además, la difícil situación en que se coloca al tomador, asegurado o beneficiario, urgido de reportar un siniestro, quien ahora tiene que reportarlo según un formato aceptable para Superintendencia de la Actividad Aseguradora, puesto a la orden por la aseguradora.

Existe el agravante de que la Superintendencia de la Actividad Aseguradora es muy lenta otorgando autorizaciones y suele no respetar los plazos en los que supone otorgarlas.

Adicionalmente, bajo la Ley de la Actividad Aseguradora, la Superintendencia puede anular la autorización que ya otorgó con relación a pólizas de seguro, los documentos contractuales relacionados, solicitudes de seguro, documentos de indemnización y finiquitos, recibos relativos al pago de siniestros, notificaciones, etc. Esto no existía en la Ley de 1994.

En efecto, el citado artículo 8, número 9, de la Ley de la Actividad Aseguradora, también establece lo siguiente: "Son atribuciones del o la Superintendente de la Actividad Aseguradora:… **suspender preventivamente, reconocer y declarar la nulidad absoluta o dejar sin efecto el acto administrativo de autorización**, para el uso de los modelos de pólizas, contratos, condiciones generales y particulares, cuadros póliza o cuadros recibo, solicitudes, finiquitos o documentos de indemnización, notificaciones, publicidad, anexos y cualquier otro documento utilizado con ocasión de la actividad aseguradora, y de las tarifas que utilicen los sujetos regulados…" (los resaltados son nuestros).

Esto es ilógico, ya que toda esa documentación debió ser estudiada por Superintendencia de la Actividad Aseguradora antes de autorizarla, y, en el caso de las pólizas de seguro y los documentos contractuales relacionados, el tomador, asegurado o beneficiario ya ha obtenido derechos de ellos. Piénsese en el caso de una aseguradora que hizo un estudio de mercado, diseñó un producto de seguros para satisfacer una necesidad de una categoría

de consumidores o usuarios a fin de obtener una ganancia lícita, recibió todas las autorizaciones pertinentes de la Superintendencia, invirtió en publicidad y papelería, entrenó a su personal, adaptó sus sistemas y emitió centenares o miles de pólizas, a la que luego se le dice que tiene que dar marcha atrás, lo que perjudica no sólo a dicha aseguradora, sino a los referidos consumidores o usuarios.

Esto además es absolutamente contrario a la seguridad jurídica, ya que los sujetos regulados por la Ley de la Actividad Aseguradora no sabrán a qué atenerse.

Finalmente, la falta de aprobación de cualquiera de estos documentos los priva de efectos en cuanto perjudiquen al tomador, asegurado o beneficiario, cuyos derechos y deberes se regirán por otros documentos, a pesar de que (i) estos últimos documentos pueden ser peores para el tomador, asegurado o beneficiario, y (ii) respecto de estos últimos documentos el tomador no dio su consentimiento.

En efecto, el artículo 42 de la Ley de la Actividad Aseguradora también establece lo siguiente: "…Las pólizas, cuadros recibos o cuadros pólizas, solicitudes de seguro, finiquitos o recibos de indemnización, notificaciones de siniestros, anexos y demás documentos o tarifas que no hayan sido aprobadas previamente por la Superintendencia de la Actividad Aseguradora o la modificación de aquellos que hayan sido aprobados, **serán nulos en lo que perjudiquen al tomador, al asegurado o al beneficiario, en cuyo caso, se aplicarán las condiciones aprobadas o aquellas que reposen en los archivos de la Superintendencia de la Actividad Aseguradora que se ajusten a la tarifa aplicada por la empresa de seguros**, sin menoscabo de las sanciones administrativas previstas en la presente Ley" (los resaltados son nuestros).

La norma no es clara, ya que omite precisar qué sucede si la falta de aprobación de cualquiera de estos documentos es sobrevenida, porque la Superintendencia de la Actividad Aseguradora revocó su autorización.

Además, la privación de efectos respecto de una póliza de seguro, en cuanto perjudique al tomador, asegurado o beneficiario, resulta en que una parte de la póliza es nula y los vacíos deben ser

llenados por las cláusulas de una póliza similar, ya autorizada por Superintendencia y no revocada. Esto puede crear una situación muy confusa para dicho consumidor o usuario, que lo perjudica.

A pesar de que la nulidad es en cuanto perjudique al tomador, asegurado o beneficiario, este formalismo excesivo obra en detrimento de éstos, quienes, aparte de que no sabrán a qué atenerse, enfrentarán la paradoja de que sus derechos y deberes se regirán por documentos que pueden ser peores para ellos y respecto de los cuales el tomador no dio su consentimiento.

A esto se añade que la norma no distingue entre los efectos pasados y los efectos futuros de los contratos cuya autorización es revocada.

La circunstancia de que se requiera la aprobación de los modelos de contrato de seguro por la Superintendencia, y de que estos contratos sean propuesto por las aseguradoras a los tomadores de seguros, quienes deben aceptar en bloque las correspondientes condiciones generales y particulares, pudiendo tan sólo negociar el cuadro de la póliza, hace que las pólizas sean contratos de adhesión. El que el contrato de seguros esté constituido por condiciones generales, condiciones particulares y cuadro de la póliza, y eventualmente los anexos, no desvirtúa su condición de contrato de adhesión, aunque el cuadro de la póliza y alguna disposición especial se apliquen a un solo tomador de seguros. Por lo tanto, refiriéndose a "los contratos de adhesión", nuestro máximo tribunal ha señalado que "El contrato de seguros es uno de los clásicos ejemplos"[356].

Un sector de la doctrina[357] afirma que "El contrato de seguro se presume contrato de adhesión"; y que el carácter de contrato de adhesión que tiene el contrato de seguros es una "regla general", la cual admite excepciones: "No lo es en circunstancias francamente excepcionales, cuyo ejemplo más conspicuo es el de los tomadores de seguros de *grandes riesgos* —como los seguros aeronáuticos— que como integrantes de grupos de empresas de gran poder económico que pagan primas enormes son capaces de rechazar, negociar o

[356] Casación Civil, 5 de mayo de 1998, citada por Pierre Tapia, Oscar R: Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, tomo correspondiente a mayo de 1998, pp. 281 y ss.

[357] Morles: Curso de Derecho Mercantil, Tomo IV, obra citada, p. 2354.

imponer condiciones, términos y modalidades de los contratos". El planteamiento anterior, desde el punto de vista teórico, es inobjetable, pero su aplicación práctica, en Venezuela, resulta difícil, pues las sucesivas Leyes de Empresas de Seguros y Reaseguros, y Leyes de la Actividad Aseguradora, han todas establecido que las pólizas requieren aprobación previa de la Superintendencia, luego de lo cual son propuestas por las aseguradoras y aceptadas por los tomadores de seguros. Desde nuestro punto de vista, esto hace que sean contratos de adhesión, siendo cuesta arriba sostener, en Venezuela, que son contratos paritarios, aunque el tomador del seguro sea tanto o más poderoso económicamente que la aseguradora.

Respecto del control *a priori* sobre las pólizas, la doctrina venezolana ha destacado que ésta es una de las escasas situaciones en las que el legislador ha reconocido la existencia de condiciones generales de contratación, las cuales únicamente han sido objeto de algunas pocas leyes especiales[358]. También enseña nuestra doctrina que la ley "prevé en cierta forma el aludido mecanismo contractual al estipular que las compañías aseguradoras no podrán utilizar en sus negociaciones sino 'pólizas' cuyos modelos hayan sido previamente aprobados"[359].

Según la Corte Suprema de Justicia, "la actividad de seguros es una actividad mediatizada por el Estado, en razón de su alto interés social y económico, por lo cual las pólizas de seguros están normalizadas para todo tipo de eventos, variando sólo en modalidades o facilidades, mas no en lo esencial, y constituyendo la póliza el aspecto sacramental de estos contratos"[360].

La doctrina venezolana, con respecto al control previo del órgano de supervisión, enseña que la "resolución aprobatoria... debe limitarse a establecer si las cláusulas de las pólizas o contratos están concebidas en términos que puedan constituir un perjuicio para los asegurados o una ilegalidad o la infracción de algún principio de orden público"[361].

---

358 Melich: Las Condiciones Generales de Contratación y Cláusulas Abusivas, obra citada, p. 172.

359 Melich: Las Condiciones Generales de Contratación y Cláusulas Abusivas, obra citada, p. 172.

360 Casación Civil, 5 de mayo de 1998, citada por Pierre Tapia, Oscar R: Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, tomo correspondiente a mayo de 1998, pp. 281 y ss.

361 Melich: Las Condiciones Generales de Contratación y Cláusulas Abusivas, obra citada, p. 172.

El control *a priori* de la Superintendencia de la Actividad Aseguradora contrasta con la flexibilidad que existe en otros países, reseñada por la doctrina colombiana[362], la cual se refiere a los sistemas de "control material de pólizas y tarifas" como "esquemas superados", pues "la tendencia en la última década fue la de diseñar un mercado presidido por la libertad de competencia" y "la autonomía de gestión del empresario", mediante el "desmonte de tales esquemas de autorización previa". Lamentablemente, la mentalidad imperante en Venezuela, reflejada en nuestra legislación, está bastante lejos del tipo de enfoque al que apunta la doctrina colombiana,[363] en cuanto a la necesidad de respetar la "libertad de contratación", e, incluso, prepararse para la eventual negociación de pólizas de seguros por redes electrónicas.

En Venezuela, se debió acoger el ejemplo de legislaciones más modernas, que no imponen el requisito de que la Administración se pronuncie expresa y previamente sobre las pólizas y tarifas. En efecto, en muchos países, algún plazo antes de la aplicación de una póliza o tarifa, la misma debe ser presentada por la empresa de seguros interesada ante el órgano competente, quien puede objetarla; pero, vencido dicho plazo sin objeción, la póliza o tarifa puede ser aplicada. Este sistema de control previo generalmente se denomina "silencio positivo" o "autorización tácita" (por oposición a la exigencia de una autorización expresa, en cuyo defecto el interesado puede considerar denegada su solicitud —"silencio negativo" o "denegación tácita"—, a fin de interponer los recursos del caso).

No habiéndose establecido un sistema de aprobaciones tácitas o de silencio positivo para los contratos de seguro, primas y comisiones, la Superintendencia de la Actividad Aseguradora puede paralizar a una compañía aseguradora mediante el mecanismo de guardar silencio cada vez que ésta pida se le autorice una póliza o tarifa. Esto puede arruinar a cualquier asegurador, sobre todo en épocas de inflación, y es una fuente posible de corrupción. Es conveniente, pues, establecer, mediante una reforma legal o una

362 Venegas: obra citada, pp. 55 y ss.
363 Venegas: obra citada, pp. 55 y ss.

nueva ley, un sistema como el propuesto, tal como existe en muchas legislaciones modernas[364].

La doctrina de nuestro país ha afirmado lo siguiente, en cuanto a las cláusulas abusivas: "Cuando se trate de cláusulas o condiciones aprobadas por la autoridad competente, lo normal sería excluir en principio tal especie de abuso"[365]. Sin embargo, éste no es necesariamente el caso; de hecho, muchas pólizas aprobadas por la Superintendencia de la Actividad Aseguradora tienen cláusulas abusivas.

También es censurable que la Superintendencia pretenda hacer uso de su control *a priori* sobre las pólizas y los anexos de éstas para imponer una uniformidad no deseable en los contratos de seguro.

Son las partes las que deben establecer el contenido de sus obligaciones contractuales, lo cual, en el caso que nos ocupa, se materializa en las pólizas y sus anexos, que son documentos redactados por las aseguradoras y aprobados por la autoridad competente, respecto de los cuales los tomadores de seguros han de dar su consentimiento. No corresponde a la autoridad imponer el texto contractual, sino tan sólo autorizarlo previamente.

La atribución de la Superintendencia, respecto de los contratos de seguro, no debe incluir redactar modelos únicos de pólizas y anexos, que han de ser empleados por todas las aseguradoras en sus relaciones con todo el universo de tomadores de seguros, asegurados o beneficiarios. Sólo debería incluir aprobar los modelos de pólizas y anexos, los cuales han de ser redactados por cada aseguradora para ser sometidos a sus propios clientes. Y esta aprobación debería ser tácita, mediante un sistema de silencio positivo.

El que la Superintendencia redacte modelos únicos de contratos de seguro, a ser empleados por todas las aseguradoras en sus relaciones con todo el universo de tomadores de seguros, asegurados o beneficiarios, desvirtúa el carácter contractual de las pólizas y equivale a legislar en relación con el contrato de seguro, lo cual sería

---

[364] Acedo Mendoza, Manuel, y Acedo Sucre, Carlos Eduardo: Temas sobre Derecho de Seguros, Caracas, 1999, p. 126; y Acedo Sucre, Carlos Eduardo: Algunos Comentarios al Anteproyecto de Ley de Empresas de Seguros Propuesto por la Organización Orinoco, en Revista Internacional de Seguros, No. 159, noviembre-diciembre 1991, pp. 26 y ss.

[365] Melich: Doctrina General del Contrato, obra citada, p. 541.

inconstitucional. En efecto, el tema del seguro es materia de reserva legal, pues el número 1 del artículo 187 y el número 32 del artículo 156 de la Constitución establecen, respectivamente, que "Corresponde a la Asamblea Nacional:... Legislar en las materias de la competencia nacional...", y que "Es de la competencia del Poder Público Nacional:... La legislación en materia... de seguros...".

Nos parecería igualmente censurable que la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario pretendiera hacer uso de su control *a priori* sobre los contratos relativos a fideicomisos, mandatos, comisiones y otros encargos de confianza, y a afiliaciones de tarjetas de crédito, débito, prepagadas y demás tarjetas de financiamiento o pago electrónico, para imponer una uniformidad idénticamente indeseable en estos contratos.

En efecto, las superintendencias de los sectores bancario y asegurador no tienen por qué ordenar que todas las relaciones bancarias y asegurativas del mismo tipo se rijan por un mismo patrón, sino que deben limitarse a revisar los textos contractuales que le sometan los bancos y aseguradoras, cada uno de los cuales puede regular de manera diversa sus relaciones con sus clientes. Imponer ciertas cláusulas para ciertos contratos bancarios o de seguro, a todos los bancos o empresas de seguros por igual, equivale a eliminar, al menos en parte, la competencia entre bancos o la libre competencia entre aseguradoras. La única manera como dichas superintendencias pueden razonablemente actuar, en relación con las disposiciones contractuales susceptibles de ser convenidas entre los bancos o las aseguradoras y sus clientes, es la siguiente: cuando un banco o aseguradora someta un modelo de texto contractual, la superintendencia de que se trate puede objetarlo, porque el mismo no se ajusta a la ley o contiene cláusulas abusivas, sin pretender establecer un texto único para ciertos contratos bancarios o de seguros.

3) Límites a la autoridad del Estado sobre los contratos de adhesión

A ningún órgano del Poder Ejecutivo se le debería dar la facultad de anular contratos de adhesión. Lo más que se debe hacer

es conferirle la atribución de objetar los formatos utilizados por los proveedores de bienes y servicios para contratar con los consumidores o usuarios de los mismos, los cuales pueden ser ofertas de contratos notariadas, registradas, publicadas en la prensa o divulgadas de cualquier otra manera; en cuyo caso los proveedores afectados deberían preparar nuevos formatos, que serían en lo sucesivo los que tendrían que utilizar para regular sus relaciones contractuales de adhesión con los consumidores o usuarios. En nuestra opinión, ningún órgano del Poder Ejecutivo debería inmiscuirse en una vinculación contractual entre un proveedor y un consumidor o usuario en particular, a fin de anular una o más cláusulas contractuales acordadas por ambos, pues la función de administrar justicia, que incluye declarar la nulidad total o parcial de los contratos, debe corresponder al Poder Judicial, y dicha función debe ser ejercida de manera tal que se les garantice a los litigantes el derecho a la defensa y al debido proceso, ante su juez natural. En efecto, el artículo 253 de la Constitución dispone que la potestad de administrar justicia se corresponde a los órganos del Poder Judicial, a quienes toca conocer de las causas y asuntos de su competencia mediante los procedimientos que determinen las leyes, y ejecutar o hacer ejecutar sus sentencias; los artículos 136, 137 y 139 de la Constitución establecen el principio de separación de poderes, correspondiendo al Poder Judicial la administración de justicia; y el artículo 49 de la Constitución consagra el derecho de defensa y al debido proceso, y establece que toda persona tiene derecho a ser juzgada por sus jueces naturales.

El que una autoridad esté facultada para anular una o más cláusulas de un contrato de adhesión, o todo el convenio, puede ser muy grave. Para, por ejemplo, cualquier banco, sería dramático que le anularan total o parcialmente sus contratos bancarios de adhesión, pues podría afectar toda su operación a futuro y podría invalidar total o parcialmente los instrumentos en que constan sus relaciones con los depositantes, los créditos otorgados y las garantías recibidas. Asimismo, el que un ente como la Superintendencia Nacional para la Defensa de los Derechos Socioeconómicos (SUNDEE) pretendiera anular todo o parte de determinados tipos de pólizas de seguro sería muy dañino, porque privaría a los tomadores de seguros, asegurados o beneficiarios, de cobertura; y sería bastante absurdo,

pues los modelos de contratos de seguro son aprobados por la Superintendencia de la Actividad Aseguradora. Felizmente, la SUNDEE no tiene facultades para anular total ni parcialmente los contratos de adhesión. Si a algún órgano del Poder Ejecutivo se le fuera a dar la facultad de anular contratos de adhesión, se debería considerar que la autoridad gubernamental apropiada para cuestionar los contratos relativos a la actividad bancaria o aseguradora es la superintendencia del sector correspondiente, lo que posiblemente sería menos riesgoso para la banca y los aseguradores, así como su clientela, pues se trata de reguladores que cuentan con profesionales en sus respectivas áreas.

Un sector doctrinal venezolano planteó la posibilidad de que lo relativo a los contratos de adhesión y las cláusulas abusivas fuera objeto de una ley especial, y sugirió que se considerara requerir una aprobación previa respecto de los contratos de adhesión, la cual sería impartida por una autoridad judicial[366].

Sin embargo, nos parece sumamente inconveniente requerir autorización judicial previa para la generalidad de los contratos de adhesión; y un requisito de autorización administrativa previa nos parece igualmente inconveniente. En efecto, en primer lugar, es difícil, por no decir imposible, que ningún órgano, administrativo o judicial pueda establecer un control efectivo y bien llevado sobre todos los contratos de adhesión o sobre la mayoría de éstos, ya que el órgano de que se trate no va a poder manejar un volumen de trabajo de tal envergadura y no va a contar con personal especializado en todas las áreas de la actividad económica, a lo que se añade el costo enorme de una estructura con una función de este tipo; en segundo lugar, tal control *a priori* constituiría una intromisión absurda del Estado en la actividad privada, lo que en la mayor parte de los casos no se justifica, porque el propio mercado tiende a subsanar las situaciones de abuso, ya que el proveedor de bienes o servicios que en forma sistemática pretenda imponer contratos obviamente inequitativos puede verse desplazado por sus competidores; en tercer lugar, tal control *a priori* crea un ambiente propicio para la corrupción en el ente autorizatorio, quien puede

366 Melich: Las Condiciones Generales de Contratación y Cláusulas Abusivas, obra citada, pp. 178, 179 y 180.

detener una actividad económica absteniéndose de aprobar los contratos correspondientes; y, en cuarto lugar, el control *a posteriori*, administrativo o judicial, de cláusulas abusivas, puede servir de elemento disuasivo contra tales cláusulas, así como la consecuente imposición de las sanciones a que haya lugar, sin necesidad de establecer un sistema de autorizaciones previas.

El control de un ente gubernamental, como el difunto IDEC, INDECU o INDEPABIS, no debería existir respecto de los contratos de adhesión utilizados en ciertas actividades que ya están controladas por otros órganos estatales, especializados en el área respectiva, tal como ocurre con el negocio bancario y asegurador, supervisados por las superintendencias correspondientes, teniendo la Superintendencia de la Actividad Aseguradora, en particular, la función de revisar los proyectos de pólizas[367]. En áreas distintas de las anteriores, el ideal sería que dicho control se ejerciera en sede judicial, bajo la forma de un control *a posteriori*[368].

Si un contrato de adhesión es nulo, los tribunales ordinarios pueden anularlo, o, si el vicio sólo concierne una cláusula, pueden privarla de efectos. Pero los jueces ciertamente no pueden modificar lo convenido, ni tampoco pretender alterar un modelo de contrato antes de que éste sea celebrado.

Ahora bien, en Venezuela se ha planteado la posibilidad de que un ente del Poder Ejecutivo declare nulos contratos de adhesión o cláusulas abusivas en éstos, o de que ordene modificar los contratos o cláusulas. Y ha surgido la duda sobre si este ente está facultado solamente para ordenar modificar el modelo de contrato antes de su celebración, o si además puede ordenar modificar contratos ya celebrados.

Estos temas fueron regulados, de manera un tanto confusa, en las leyes para la protección y defensa de los consumidores y usuarios y del acceso a los bienes y servicios, que estuvieron vigentes entre 1992 y 2004, que establecieron, sucesivamente, las atribuciones del Instituto

---

[367] Acedo Sucre, Carlos Eduardo: "Algunas Consideraciones en cuanto a los Contratos de Adhesión y la Responsabilidad Civil del Fabricante en la Ley de Protección al Consumidor", en Revista de la Fundación Procuraduría General de la República, Nº 8, Caracas, 1993.

[368] Melich: Las Condiciones Generales de Contratación y Cláusulas Abusivas, obra citada, pp. 178, 179 y 180.

para la Protección y Defensa del Consumidor (IDEC), Instituto para la Defensa y Educación del Consumidor y del Usuario (INDECU) e Instituto para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios (INDEPABIS), quienes tenían la facultad de sustanciar y decidir los procedimientos para determinar la comisión de hechos violatorios de la respectiva ley, aplicando las sanciones del caso, bien sea de oficio o por denuncia o solicitud de la parte afectada.

En nuestro criterio, la nulidad de los contratos o las cláusulas sólo podía ser declarada por el Poder Judicial; y no por un ente gubernamental.

En consecuencia, en nuestra opinión, lo único que podían hacer el IDEC, INDECU o INDEPABIS era (i) ordenar al proponente (a) modificar su contrato de adhesión para evitar que continuara siendo celebrado y (b) poner en funcionamiento los mecanismos contractuales disponibles para modificar los contratos de adhesión ya consentidos, y (ii) imponer al proponente las sanciones a que hubiera lugar conforme a dicha legislación. Además, consideramos que el IDEC, INDECU e INDEPABIS no debían invadir la esfera de atribuciones de otros reguladores, es decir, inmiscuirse en actividades sujetas a la vigilancia de otro ente público, tales como las superintendencias bancaria y de seguros, a quienes corresponde aprobar algunos contratos bancarios y la generalidad de las pólizas, conforme a las respectivas leyes especiales, que prevalecían, en los ámbitos respectivos, sobre las leyes para la protección y defensa de los consumidores y usuarios y del acceso a los bienes y servicios, que estuvieron vigentes entre 1992 y 2004.

Esto estaba bastante claro en la Ley de Protección al Consumidor de 1992, que daba al IDEC la facultad de ordenar, a los proveedores de bienes o servicios, modificar los contratos de adhesión que utilizaban en sus negocios (artículo 14). Dicho ente podía ejercer esta facultad de oficio o a solicitud de la parte interesada (artículo 14). La referida ley no daba al IDEC la atribución de declarar nulas las cláusulas o contratos violatorios de la misma, lo cual, lógicamente, correspondía a los tribunales ordinarios. Hubo un llamado de atención sobre la circunstancia de que el control del IDEC no debería existir respecto de ciertas actividades que ya estaban controladas por otros órganos estatales, especializados en el

área respectiva[369]. Entonces, cuando se modificó en 1995 la ley mencionada y se cambió el nombre del IDEC por INDECU, 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). Todo lo anterior era razonable. Sin embargo, a partir de 1995, se permitió al INDECU y luego al INDEPABIS declarar nulos contratos o cláusulas, y quizás también modificarlos.

En efecto, con la reforma legal de 1995, se facultó al INDECU para "Examinar de oficio o a solicitud del interesado, las cláusulas de cualquier contrato de adhesión y cuya regulación no esté atribuida a otra ley, que puedan perjudicar los derechos del consumidor y del usuario consagrados en esta Ley y solicitar las modificaciones correspondientes ante la autoridad competente..." (artículo 86, número 20). Pero, ¿cuál era esa autoridad competente? Esta ley no nombraba a ninguna autoridad administrativa o judicial que tuviera competencia para ordenar a solicitud del INDECU cambios en los contratos de adhesión. Luego, la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario de 2004, en su artículo 125, atribuyó al INDECU la facultad de declarar nulos los contratos de adhesión que infringieran dicha ley; no previó ordenar su modificación, para efectos futuros, sino privarlos de efectos. Finalmente, la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios de 2008 dispuso que el INDEPABIS, como autoridad competente, tenía la atribución de anular cláusulas abusivas (artículo 70).

Lo anterior ya no está vigente, pero pensamos que ningún ente del Poder Ejecutivo debe estar facultado para declarar la nulidad de ningún contrato ni cláusula, y que tales entes sólo pueden impartir la orden de que se modifiquen los modelos de contratos o las cláusulas problemáticas en las actividades por ellos regulados, o la orden de que se pongan en funcionamiento los mecanismos contractuales apropiados para modificarlos, e imponer sanciones en caso de violación de ley. Los tribunales, por su parte, pueden dilucidar conflictos entre particulares, teniendo facultades para

[369] Acedo Sucre, Carlos Eduardo: "Algunas Consideraciones en cuanto a los Contratos de Adhesión y la Responsabilidad Civil del Fabricante en la Ley de Protección al Consumidor", en Revista de la Fundación Procuraduría General de la República, Nº 8, Caracas, 1993.

declarar nulas ciertas cláusulas o contratos sometidos a su consideración; no debiendo imponer a un proveedor modificaciones en la regulación contractual que éste se propone presentar a la generalidad de sus clientes, y menos todavía modificaciones en la regulación contractual ya pactada con éstos. Pensamos, por ende, que eran inconstitucionales los artículos de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario de 2004 y luego de la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios de 2008, que autorizaban al INDECU y posteriormente al INDEPABIS, para anular contratos de adhesión.

Al respecto, bajo la vigencia de las leyes derogadas, la doctrina venezolana dejó sentado que no se debe "extender el tratamiento de 'cláusulas abusivas' aun a contratos 'aprobados por las autoridades competentes'... Admitir que el INDECU pueda reexaminar o imprimirle modificaciones a 'las cláusulas de cualquier contrato de adhesión que perjudiquen o puedan perjudicar los derechos del consumidor' una vez declarada por otro organismo público competente su conformidad con el orden público..., para interferir así en la situación jurídica creada con el manifiesto consentimiento de ambas partes, nos parece que infringe... el orden constitucional… la citada Ley de Protección al Consumidor no prevé más que un procedimiento administrativo…, sin consideración de que se trataría... de una controversia entre particulares, en la que están implicados los derechos constitucionales a la libertad de contratación y de disposición del patrimonio de los particulares... nos parece que son exclusivamente los jueces de la ordinaria jurisdicción civil y comercial los que deberían reputarse jueces naturales para conocer de esta contención entre los contratantes conforme a las leyes y procedimientos pertinentes"[370].

En el mismo orden de ideas, con referencia a un sector económico sujeto a una ley especial y a un regulador en particular, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia emitió una decisión que estableció: "el contrato objeto de análisis se caracteriza por ser un contrato de adhesión, en virtud de la imposibilidad que tiene el asegurado de realizar modificación alguna a las condiciones de la póliza, limitándose su manifestación

[370] Melich: Doctrina General del Contrato, obra citada, pp. 544 y 545.

de voluntad a suscribirla o no. Pero adicionalmente… se observa que dichos contratos se encuentran sometidos a la regulación de la Ley del Contrato de Seguro y la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, así como a un riguroso control, con base en esa normativa, por parte de otro órgano administrativo, como lo es la Superintendencia de Seguros… Todo lo anterior lleva a concluir entonces, que el Instituto para la Defensa y Educación del Consumidor y del Usuario (INDECU), carecía de competencia para examinar la aplicabilidad de una cláusula contractual de una póliza de seguros… No obstante, ello no impide la actuación de dicho ente administrativo en su labor de fiscalización y defensa de los derechos del usuario en materia de seguros, que no implique el examen y declaratoria de aplicabilidad o no de una cláusula contractual, ni la determinación de infracción alguna a la Ley del Contrato de Seguro o de la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros". En la misma sentencia, la Sala Político Administrativa declaró que lo siguiente está vedado a la Administración: "la determinación de la existencia de un incumplimiento de contrato, circunstancia esta última que…, corresponde en definitiva a los tribunales de la República"[371].

En conclusión, aunque muchos proponentes establecen relaciones contractuales equitativas con los adherentes, a veces sucede lo contrario. En estos casos, es importante que el Estado intervenga de manera racional, particularmente para proteger a los consumidores o usuarios contra posibles imprecisiones o abusos. Esta protección se puede realizar de varias maneras, principalmente, ordenando que los contratos de adhesión sean claros y equilibrados, sancionando las cláusulas abusivas con nulidad y previendo que cierto tipo de contratos de adhesión sean revisados por una autoridad capacitada para esto. El reto que tenemos ahora en Venezuela, con la desaparición de la regulación legal sobre contratos de adhesión y cláusulas abusivas, es encontrar, en el Código Civil, mecanismos de protección para los adherentes. Además, hay que dar su justo alcance a los cuerpos normativos especiales que contienen disposiciones protectoras aplicables con respecto a las actividades económicas allí reguladas.

---

[371] Sala Político Administrativa, sentencia del 21 de diciembre de 2005, disponible en: http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/diciembre/06589-211205-2003-1463.htm

CAPÍTULO IV

REQUISITOS DE LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN

Es importante que los contratos de adhesión no sean abusivos, o, lo que es lo mismo, que sean razonables y equilibrados. Esta razonabilidad y equilibrio no sólo obran en beneficio de los adherentes, sino también de los proponentes, es decir, la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos de adhesión, lejos de favorecer al proponente en perjuicio del adherente, obra en detrimento de ambos contratantes. Esto es porque la inclusión de cláusulas abusivas puede dar lugar a cuestionamientos en cuanto a la validez del contrato de adhesión o de las correspondientes disposiciones contractuales, y a dudas en la ejecución de los acuerdos; todo lo cual crea incertidumbre en la relación entre las partes. Además, la inclusión de cláusulas abusivas puede deteriorar la imagen del proponente ante adherentes actuales o potenciales. Estos problemas de incertidumbre y de imagen son contrarios a los intereses de cualquier proponente, quien necesita tener estabilidad en su actividad empresarial, así como un buen nombre. Los mismos se agravan si los contratos de adhesión son, como ocurre a veces, oscuros o ambiguos, pues, en estos casos, está generalmente aceptado que el articulado contractual se interpreta a favor del adherente, puesto que los defectos de redacción son enteramente imputables al proponente.

De modo que la mejor atención legal que los abogados de los proponentes pueden prestar a sus clientes consiste, en primer lugar, en conocer el régimen legal sobre contratos de adhesión, y, en segundo lugar, en diseñar contratos de adhesión claros, razonables y equilibrados. Quienes redactan acuerdos inequitativos o confusos, en vez de ayudar a sus clientes, les están suministrando una asistencia jurídica defectuosa. También es importante que los abogados de los adherentes conozcan dicho régimen legal, para que puedan defenderlos eficazmente.

1) Requisitos de forma de los contratos de adhesión

El cumplimiento de los requisitos de forma de los contratos de adhesión tiene que ver con lo que se ha llamado el control de inclusión, por oposición al control de contenido.

1.1) Necesidad de las cláusulas sean claras y precisas

Tal como señalamos antes, existe un principio general según el cual los contratos de adhesión deben ser interpretados a favor del adherente. La otra cara de la moneda es que el proponente tiene la carga de redactar bien sus contratos, para que el adherente acepte el articulado ofrecido con conocimiento de causa.

De hecho, el artículo 21, número 5, de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario de 1992, reformada en 1995, prohibía "las cláusulas o estipulaciones en los contratos de adhesión" que estuviesen redactadas "en términos vagos o imprecisos", y su artículo 19 ordenaba que contratos de adhesión estuvieran "redactados en términos claros". Posterior y similarmente, la primera parte del artículo 82 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario de 2004 establecía que todo contrato de adhesión "Deberá estar redactado en términos claros y comprensibles para el consumidor". Finalmente, de manera parecida, la primera parte del artículo 70 la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios de 2008, que también fue objeto de reforma, disponía que todo contrato de adhesión deberá estar "redactado de manera clara, específica…, sin ambigüedades que hagan dudar sobre el contenido y alcance del mismo." Esta normativa fue abrogada por la Ley de Orgánica de Precios Justos de 2014.

Pero, dado que existe un principio general según el cual los contratos de adhesión deben ser interpretados a favor del adherente, es evidente que, aunque las disposiciones anteriores ya no estén vigentes, el proponente tiene interés en redactar bien sus contratos de adhesión.

Es importante que los contratos de adhesión estén redactados con sencillez. Ahora bien, el contrato de adhesión puede ser largo o

difícil de entender, no en razón de estar mal redactado, sino en razón de que regula una relación económica compleja. Sólo la mala redacción justifica, o bien una objeción por parte de los reguladores, si se trata de una actividad económica regulada, como la banca o el seguro, o bien, eventualmente, una decisión de nulidad por parte de nuestros jueces, sobre la base de que la cláusula propuesta es totalmente incomprensible, por lo que no pudo realmente ser aceptada. Si el contrato de adhesión está bien redactado y no tiene cláusulas abusivas, no creemos, en efecto, que pueda considerarse que la mera dificultad de entenderlo cabalmente, debido a las características del negocio o actividad, deba afectar su eficacia. Esto ocurre en el sector bancario y de seguros, y en otras áreas de la actividad económica con un grado relevante de complejidad.

Al respecto, la doctrina española ha destacado, con razón, lo siguiente: "dada la complejidad de las relaciones económicas, éstas inciden también en los contratos en masa... El conocimiento del mercado y de las necesidades reales y económicas de los consumidores debe evitar una interpretación inadecuada del término sencillez"[372]. Dicho en otras palabras, el contrato debe ser redactado de la manera más clara posible, tomando en cuenta la relación de que se trate, y no debe ignorarse la realidad, que es que hay relaciones simples y relaciones complejas, y, naturalmente, un contrato que regule una relación compleja será más difícil de entender que uno que regule una relación simple.

En el mismo orden de ideas, consideramos que ciertos contratos que regulan una realidad que es, por su naturaleza, complicada, como los contratos bancarios o las pólizas de seguro, requieren aplicar con mucha prudencia y buen juicio el principio según el cual los contratos de adhesión deben ser redactados de manera fácilmente comprensible. En efecto, el negocio bancario y más todavía el negocio de seguros, por no citar sino dos ejemplos, son sumamente difíciles de entender.

El negocio de seguros es, además, de índole internacional, existiendo cláusulas más o menos estandarizadas en muchos países del mundo, las cuales son relevantes a los efectos de las relaciones

372 Timpanaro: obra citada, p. 311.

existentes entre los aseguradores locales y los reaseguradores usualmente extranjeros. Esta circunstancia acarrea que muchas disposiciones de las pólizas requieren de cierto estudio para su cabal comprensión. Ello ha traído como consecuencia, por una parte, el control previo de las pólizas por parte de la Superintendencia de la Actividad Aseguradora, quien debería garantizar ciertos parámetros mínimos de claridad y precisión, y, por otra parte, la regulación legal de la asesoría prestada por los agentes, corredores y sociedades de corretaje de seguros a los tomadores de seguros que lo deseen, sin cargo adicional para éstos, pues la comisión correspondiente es pagada por los aseguradores. Si bien ciertas cláusulas de contratos de seguros presentan una dificultad de interpretación que es la consecuencia de la complejidad y el carácter global del seguro como actividad económica, otras cláusulas están mal redactadas y resultan de traducciones defectuosas, lo cual debió ser impedido por dicha Superintendencia y debería dar lugar a una interpretación a favor del tomador, asegurado y beneficiario. En efecto, hay situaciones en las cuales la compañía aseguradora escribe cláusulas que ni siquiera un estudio cuidadoso hace comprensibles, pero hay otras en las que la dificultad de entender los artículos de las pólizas no obedece a ninguna extralimitación de la aseguradora, como proponente, ni debe ser considerada como un detonante para una interpretación contra ésta, pues tal dificultad es la consecuencia necesaria de las características propias del negocio de seguros.

La doctrina colombiana[373] también reconoce que la póliza es "un contrato signado por su complejidad y por su acentuado tecnicismo". Por ello no debe exagerarse el alcance de la carga que tienen los aseguradores de redactar las pólizas de manera sencilla. Los asegurados tienen la posibilidad de informarse sobre el alcance de las pólizas que contratan, por complicadas que sean. En efecto, a pesar de que, conforme a lo explicado por la doctrina colombiana[374], la asistencia a los tomadores de seguros puede perder importancia en los campos en los que los productores sean desplazados en razón

[373] Jaramillo: La Protección del Consumidor y sus Principales Manifestaciones en el Derecho de Seguros Contemporáneo: Examen Descriptivo, en Retos y Oportunidades del Seguro y del Reaseguro en el Nuevo Milenio, obra citada, pp. 110 y ss.; y en Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros N° 15, Bogotá, 2000, pp. 129 y ss.

[374] Venegas: obra citada, pp. 55 y ss.

de nuevas formas de distribución, es el caso que la complejidad de este negocio está vinculada con la necesidad de que los clientes de las aseguradoras hagan un esfuerzo por entender lo que se les propone, así como la posibilidad, para dichos clientes, de obtener la asesoría de los productores, cuya comisión es pagada por las propias aseguradoras.

1.2) **Necesidad de que el contrato sea legible y esté asequible**

Toda relación contractual presupone que exista el consentimiento de las partes. En este orden de ideas, el artículo 19 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario de 1992, reformada en 1995, les imponía, a los proponentes, la carga, no sólo de redactar los contratos de adhesión con claridad, para que pudieran ser entendidos por los adherentes, sino también la carga siguiente: "Los contratos de adhesión serán… impresos en caracteres visibles y legibles que faciliten su comprensión por el consumidor". De manera que se proscribía la llamada *letra chiquita* (un texto no puede estar impreso en caracteres tan pequeños que es prácticamente ilegible)[375] y la mala práctica de pretender imponer un contrato difícil o imposible de encontrar, pues, en ambas situaciones, se puede afirmar que no hubo adhesión. Similarmente, pero con mayores exigencias, el artículo 82 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario de 2004 establecía que "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", que el contrato de adhesión "no podrá contener remisiones a textos o documentos que, no siendo de conocimiento público, no se faciliten al consumidor previa o

[375] El artículo 21 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario de 1992, reformada en 1995, también señalaba que "No producirán efecto alguno las cláusulas o estipulaciones en los contratos de adhesión... 5º... no impresos (sic) en caracteres destacados". A primera vista, esto último era un contrasentido. En efecto, el verbo destacar sólo puede referirse a la acción de resaltar algunas reglas contractuales en relación con las demás. Entonces, dicha norma legal parecía decir que **todas** las cláusulas en este tipo de contratos debían ser impresas en caracteres **destacados**. Ahora bien, es imposible, desde el punto de vista lógico, resaltar la totalidad de las normas pactadas en un convenio. En nuestro criterio, lo que el número 5 del artículo 21 quiso decir de nuevo, en su referencia a la necesidad de imprimir en caracteres destacados, es que es nulo lo que comúnmente se denomina la *letra chiquita* de los contratos de adhesión.

simultáneamente a la celebración del contrato de adhesión"; y que "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." Finalmente y de manera parecida, el artículo 70 de la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios de 2008, que también fue objeto de reforma, disponía que "Todo contrato de adhesión deberá estar al alcance de las personas, de forma escrita en idioma oficial… en formato que permita fácil lectura"; y 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". De modo que las tres leyes derogadas exigían que los contratos de adhesión fueran legibles y estuvieran asequibles, y las dos últimas requerían que su texto fuera entregado con antelación, lo cual es una exageración, porque le quita flexibilidad e inmediatez a la contratación.

Respecto de la exigencia formulada por el citado artículo 19, nuestra doctrina señaló que se persigue que "el consentimiento" se manifieste "de manera consciente", promoviéndose que el adherente acceda al texto de la cláusula, comprendiendo "el lenguaje jurídico y económico"[376]. Lo mismo se aplica actualmente, aunque dicho artículo y los también citados artículos 82 y 70 ya no estén vigentes, pues la necesidad tener textos legibles y asequibles está estrechamente vinculada a la adhesión al contrato. En consecuencia, aunque dichos artículos 19, 82 y 70 hayan sido derogados, los proponentes deben cumplir esos requerimientos de legibilidad y asequibilidad, pues, de lo contrario, los adherentes pueden sostener, con razón, que no dieron su consentimiento.

Respecto del mismo artículo 19, la doctrina venezolana también enseñaba lo siguiente, que vale igualmente respecto de los citados artículos 82 y 70, así como también respecto de los requerimientos de legibilidad y asequibilidad como presupuesto para que los adherentes puedan realmente dar su consentimiento: "En la práctica comercial existen condiciones generales de contratación que se exhiben al público mediante anuncios, carteles o afiches; y a veces,

[376] Corsi: Contribución al Estudio de las Cláusulas de Exoneración y Limitación de la Responsabilidad Contractual, obra citada, p. 31.

aun el comportamiento de las partes en una previa relación contractual puede acreditar que el consumidor adherente ha tenido plena consciencia de la cláusula o cláusulas del caso en el momento de la contratación. Lo que en nuestra ley parece bastar es que en el documento del reenvío o referencia se haya redactado (lo cual implica que la cláusula conste de un escrito) la cláusula 'en términos claros e impresos en caracteres visibles y legibles', de modo que tal forma de publicidad no permita dudar de que el consumidor tuvo la oportunidad de informarse plenamente de la existencia de tal cláusula antes de prestar su consentimiento. Si existiera un déficit de información, por no haberse aludido a la cláusula en el documento contractual o por ser la cláusula de referencia poco legible, ambigua o imprecisa, dicha cláusula sí caería ciertamente en el supuesto del artículo 19"[377]. De nuevo, a pesar de que dichos artículos 19, 82 y 70 fueron derogados, sigue vigente lo anterior, sin lo cual se pone en duda que haya consentimiento respecto del contrato de adhesión.

En caso de que un contrato de adhesión no esté asequible o no sea legible, esto no puede ser invocado por el proponente, sino por su contraparte, pues no nos parece que sea acertado privar del amparo contractual a las personas que el legislador busca proteger. Si la ilegibilidad está referida sólo a algunas cláusulas, o si la inasequibilidad está referida sólo a los anexos del contrato, y si tales cláusulas o anexos son desfavorables para el adherente, pensamos que éste podría hacer valer la nulidad de los mismos, preservando el resto del contrato.

En el mismo orden de ideas, la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario, en las Normas Relativas a la Protección de los Usuarios y Usuarias de los Servicios Financieros, contenidas en una resolución publicada en la Gaceta Oficial N° 20.809 de fecha 14 de diciembre de 2015, exige tener copias de los modelos de los contratos bancarios de adhesión en sus oficinas a la disposición de su clientela y exponerlos al público en sus oficinas o difundirlos por medios electrónicos (artículo 21).

La anterior es una exigencia razonable, que vale también para cualquier contrato de adhesión, a fin de que el proponente lo dé a

[377] Melich: Las Particularidades del Contrato con Consumidores, obra citada, p. 99.

conocer a los potenciales adherentes, para que éstos puedan dar su consentimiento con conocimiento de causa.

1.3) **Requisitos para la remisión a otros textos**

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia manifestó en el año 2007 que, "Tratándose de un contrato de adhesión", se impone lo que sigue: "el texto a suscribirse debe bastarse a sí mismo", o sea, el texto del contrato de adhesión no debe remitir a otros instrumentos: "sin remisión a documentos registrados"[378]. Según la Sala, 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. Dicho artículo, al cual ya hicimos referencia antes, expresaba que "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"; que "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**"; que "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"; y que "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).

Posteriormente fueron dictadas la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios y su sucesora la Ley Orgánica de Precios Justos, las cuales tampoco exigieron que el texto

[378] Sala Constitucional, sentencia del 10 de julio de 2007, disponible en: http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/julio/1419-100707-04-0204.htm

del contrato a ser suscrito por el adherente se baste a sí mismo, ni prohibieron que incluyan una remisión a otros documentos.

De modo que, contrariamente a lo señalado por nuestro máximo tribunal en la sentencia antes citada, no 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 vieja Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, allí comentada, 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 del contrato[379].

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia expresó, en la misma sentencia, que "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". Esto último es razonable. En nuestra opinión, si se el contrato de adhesión incluye una remisión a un documento registrado, se necesita que el mismo sea puesto a la orden por el proponente, por si acaso su contraparte contractual lo quiere consultar en el momento de adherirse al contrato o antes, ya que el contenido de todos los documentos registrados no es verdaderamente de conocimiento público, aunque tengan efectos *erga omnes* en relación con las operaciones correspondientes.

En consecuencia, el texto suscrito por el adherente puede remitir a otros documentos, registrados o no, siempre y cuando se faciliten al consumidor previa o simultáneamente a la celebración

[379] La Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios, luego igualmente derogada, fue más allá, puesto que disponía 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 implicaba entregar anticipadamente una copia de toda la documentación a la que remite dicho contrato. Esto era absurdo, pues le pretendía quitar inmediatez y flexibilidad al proceso de contratación en masa. Dicha disposición, mientras estuvo vigente, fue letra muerta.

del contrato de adhesión. La manera más obvia de facilitar al adherente el documento respecto del cual existe la remisión es entregándoselo en su mano o poniéndolo a su disposición, aunque éste no quiera consultarlo. 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". 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.

La Superintendencia de Bancos y otras Instituciones Financieras, en las Normas Relativas a la Protección de los Usuarios de los Servicios Financieros, contenidas en una resolución publicada en la Gaceta Oficial N° 37-517 de fecha 30 de agosto de 2002, ordenó a los bancos inscribir sus modelos de contratos de adhesión en un registro público (argumento *a contrario* resultante del artículo 11, número 2). Pero la exigencia de registrar los contratos bancarios de adhesión fue derogada. En efecto, la regulación actualmente vigente es la contenida en una resolución de la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario publicada en la Gaceta Oficial N° 20.809 de fecha 14 de diciembre de 2015, que establece las Normas Relativas a la Protección de los Usuarios y Usuarias de los Servicios Financieros, las cuales no incluyen dicho requisito. Esto último es razonable, pues el registro es costoso y no es indispensable para que el proponente dé a conocer dichos modelos a los potenciales adherentes, a fin de que éstos puedan dar su consentimiento con conocimiento de causa.

Las mismas Normas Relativas a la Protección de los Usuarios y Usuarias de los Servicios Financieros del 14 de diciembre de 2015, exigen, como sus predecesoras, tener copias de los modelos de los contratos bancarios de adhesión en sus oficinas a la disposición de su clientela y exponerlos al público en sus oficinas o difundirlos por medios electrónicos (artículo 21). En nuestro criterio, lo mismo vale 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.

Pensamos que, incluso fuera del ámbito bancario, es prudente que el proponente ponga los documentos a los que remiten los textos a los cuales se someten los adherentes a la disposición de sus clientes en sus oficinas y los exponga físicamente allí mismo o los publique por medios electrónicos.

De modo que es aconsejable, respecto de los modelos de contratos de adhesión en todas las actividades económicas, tenerlos a la disposición de los clientes y exponerlos en las instalaciones del proponente o divulgarlos por internet; incluyendo los documentos a los que remiten los textos a los cuales se someten los adherentes.

1.4) **Obligación de imprimir ciertas cláusulas de ciertos contratos en caracteres destacados**

El artículo 20 de la Ley de Protección al Consumidor de 1992, reformada en 1995, ordenaba imprimir en "caracteres destacados", es decir, es decir, subrayar o colocar en mayúsculas, negritas, cursivas o letra más grande, "las cláusulas que en los contratos de adhesión" implican "limitaciones en los derechos patrimoniales del consumidor"[380]. De manera casi idéntica, la parte final del artículo 82 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario de 2004, que también fue objeto de reforma y luego fue derogada, disponía: "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". En consecuencia, por ejemplo, en los contratos bancarios y las pólizas de seguro, tenían que resaltarse las cláusulas que implicaran limitaciones en los derechos patrimoniales del cliente bancario o del tomador, asegurado o beneficiario del seguro. Sin embargo, ésta era una noción sumamente difícil de precisar. En efecto, los textos contractuales que se debían destacar no estaban definidos de manera clara en las referidas leyes, ya que era casi

[380] El texto completo de dicho artículo 20 era el siguiente: "Las cláusulas que en los contratos de adhesión implicaren limitaciones a los derechos patrimoniales del consumidor, deberán ser impresas en caracteres destacados, que faciliten su inmediata y fácil comprensión". De acuerdo con esta norma, en los contratos de adhesión se debía destacar ciertas cláusulas; y, de lo contrario, todo el contrato era nulo, conforme al artículo 103 de la misma ley. Esto último era absurdo, pues lo lógico hubiera sido privar de efectos las cláusulas ofensivas, sin quitarle al consumidor los beneficios del resto del contrato.

imposible diferenciar unas cláusulas de otras sobre la base de que sólo algunas de ellas constituían una limitación a un derecho patrimonial del consumidor o usuario. Nos explicamos:

En primer lugar, el objeto de cualquier contrato es normar obligaciones de contenido económico en cabeza de una de las partes o de ambas; y, obviamente, la contrapartida de éstas son derechos patrimoniales en cabeza de la otra parte. Por ejemplo, si un contratante tiene la obligación de pagar un dinero, el otro contratante tiene el derecho a recibirlo. De modo que las disposiciones contractuales forzosamente fijan el contenido, vigencia, términos, condiciones y modalidades de obligaciones de contenido económico y de los correspectivos derechos patrimoniales. ¿Cómo identificar, entonces, cuáles eran, a los efectos de dichas leyes, las cláusulas que limitaban los derechos patrimoniales del consumidor o usuario? ¿Lo eran, acaso, todas las disposiciones contractuales que, de alguna manera, restringían las obligaciones del proveedor de bienes o servicios? En caso afirmativo, ¿cómo se podía saber cuándo se limitaba la obligación de un proveedor y cuándo ésta simplemente se definía, sin limitarla? ¿Se estaban restringiendo derechos del consumidor o usuario cada vez que se fijaba el contenido, vigencia, términos, condiciones y modalidades de una obligación del proveedor? ¿Era a esto a lo que apuntaban las mencionadas leyes? En segundo lugar, al crearse una obligación en cabeza del consumidor o usuario, ¿acaso se estaban limitando sus derechos y –por ende– se requería que se destacase la cláusula correspondiente? En efecto, antes señalamos que las disposiciones contractuales que restringen las obligaciones del proveedor de bienes o servicios, son cláusulas que limitan los derechos patrimoniales del consumidor o usuario de los mismos; pues bien, ¿debía considerarse que también se limitaban los derechos patrimoniales del consumidor o usuario cuando a este último se le imponían obligaciones? Contraer obligaciones contractuales implica comprometerse a hacer, dar o no hacer algo; pero ¿supone igualmente una renuncia, siquiera parcial, a derechos patrimoniales del obligado? Pareciera que sí, al menos si la obligación contractual del consumidor o usuario afecta su situación patrimonial preexistente, lo que es obvio en las obligaciones de dar. Ahora bien, ¿es a esto a lo que apuntaban las mencionadas leyes? En tercer lugar, se puede afirmar que se limitan

los derechos del consumidor o usuario cuando se le imponen obligaciones cuyo cumplimiento condiciona el ejercicio de tales derechos. Pero es regla general que el incumplimiento de una parte permite a la otra abstenerse de cumplir (artículo 1168 del Código Civil)[381]; entonces, ¿se podía también afirmar, como regla general, que imponer una obligación al consumidor o usuario equivalía a limitar sus derechos patrimoniales?

Como las cláusulas que había que escribir en caracteres destacados en los contratos de adhesión eran las que consagraban limitaciones a derechos patrimoniales de los consumidores o usuarios, esta exigencia legal no se aplicaba a aquellas cláusulas que se limitaban a reflejar, en los contratos de adhesión, el contenido de disposiciones de orden público de las leyes mencionadas, por cuanto, *a priori*, tales disposiciones estaban diseñadas para la protección de los consumidores o usuarios y se aplicaban siempre. Por el contrario, si una cláusula dejaba sin efectos una disposición legal supletoria protectora del consumidor o usuario, dicha cláusula tenía que ser resaltada (pero esto es difícil de concebir, pues la generalidad de las disposiciones de las leyes mencionadas eran de orden público). La doctrina venezolana enseñaba que, "si se tratase de una cláusula que implique limitaciones a los derechos del consumidor (y tales derechos no pueden ser otros que los no garantizados ya por normas imperativas de la ley), el artículo 20 (de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario de 1992, reformada en 1995, y, luego el artículo 82 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario de 2004) exige... que ella haya sido 'impresa en caracteres destacados que faciliten su inmediata y fácil comprensión'. Esta exigencia de inmediatez en la comprensión pudiera implicar que la cláusula aparezca de un documento entregado, o al menos exhibido al consumidor, simultáneamente a la celebración del contrato"[382] (el segundo paréntesis es nuestro). Ahora bien, no sólo la cláusula a ser resaltada, sino todo el contrato, si se trata de un contrato escrito, debe aparecer en un documento entregado, o al menos exhibido, al consumidor o usuario, antes de o simultáneamente a la celebración del

[381] El artículo 1168 del Código Civil dispone: "En los contratos bilaterales, cada contratante puede negarse a ejecutar su obligación si el otro no ejecuta la suya, a menos que se hayan fijado fechas diferentes para la ejecución de las dos obligaciones".

[382] Melich: Las Particularidades del Contrato con Consumidores, obra citada, p. 99.

contrato; pues, de lo contrario, no hay adhesión, por faltar el consentimiento. La ambigüedad de los citados artículos 20 y 82 parece haber llevado a un sector de nuestra doctrina a considerar que el campo de aplicación de dicha disposición legal era el de las cláusulas limitativas de la responsabilidad del proponente del contrato de adhesión[383]. Dado que las cláusulas que se debían destacar no estaban definidas de manera clara en las referidas leyes, era prudente resaltar, cuanto menos, aquellas disposiciones contractuales más importantes y que fuesen en beneficio de la parte que propusiera el contrato de adhesión.

Ahora bien, la obligación de destacar ciertas cláusulas por adhesión desapareció cuando la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios derogó la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, quizás por inadvertencia de sus redactores. De manera que la ley ya no exige que ciertas cláusulas estén escritas en caracteres destacados, para llamar la atención del adherente sobre el texto de las mismas. Es afortunado que los citados artículos 20 y 82 hayan desaparecido, porque no eran nada claros 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, y las autoridades deben hacer el seguimiento correspondiente, cosa que no hicieron realmente.

No obstante la desaparición de la obligación de destacar ciertas cláusulas por adhesión, se puede interpretar que esta obligación subsiste en cuanto concierne al seguro, pues la misma fue consagrada, aunque con mayor claridad, en el Reglamento General de la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros publicado el 27 de abril de 1999, estando en vigencia la Ley de Protección al Consumidor. En efecto, el artículo 68 de dicho reglamento establece

---

383 Esto fue aclarado por el doctor Morles, quien señaló, bajo la vigencia de la ley publicada el 4 de mayo de 2004, que "una cláusula exoneratoria de responsabilidad por culpa grave o por dolo es violatoria de principios de orden público" y que "El mismo carácter debe atribuirse a una cláusula limitativa de responsabilidad en desacato del artículo 87 de la Ley de Protección al Consumidor, lo cual puede considerarse violatorio de los principios constitucionales en que se fundamenta la protección al consumidor" (Morles: Curso de Derecho Mercantil, Tomo I, obra citada, p. 193). Dicho artículo 87 prohibía, de manera expresa, las exoneraciones o limitaciones de responsabilidad, sin restringir el alcance de dicha prohibición a los casos de culpa grave o dolo.

que "los modelos de pólizas que sean presentados a la aprobación previa de la Superintendencia de Seguros" deberán cumplir, entre otros, el siguiente requisito: "Los amparos básicos y las exclusiones deben figurar en caracteres destacados". En nuestra opinión, este requisito sigue vigente, pues las sucesivas versiones de la Ley de la Actividad Aseguradora no han sido objeto de otro reglamento general y no contradicen el citado artículo 68. Siendo necesario resaltar las referidas cláusulas antes de presentárselas para aprobación a la Superintendencia, es evidente que las pólizas emitidas luego, con base en tal aprobación, deben también resaltarlas. Sin embargo, la Superintendencia no siempre exige a las aseguradoras escribir en negritas, mayúsculas o subrayado tales disposiciones contractuales; es decir, muchas veces el regulador obvia que han de destacarse las cláusulas de las pólizas que describan los amparos básicos y las exclusiones.

La Ley de Protección al Consumidor y al Usuario de 1992, reformada en 1995 y derogada en 2004, establecía, en su artículo 19, que "Los contratos de adhesión serán redactados en términos claros e impresos en caracteres visibles y legibles que faciliten su comprensión por el consumidor"; y, en su artículo 20, que "Las cláusulas que en los contratos de adhesión implicaren limitaciones a los derechos patrimoniales del consumidor, debían ser impresas en caracteres destacados...". Al respecto, un sector doctrinal venezolano expresó lo siguiente: "Si la cláusula infringe los artículos 19 y 20 de la LPCU no podría reputarse que ella forme parte del contrato, porque faltaría respecto de ella la certeza de que el consumidor ha prestado su consentimiento"[384]. A pesar de que estos dos artículos fueron derogados, la anterior cita doctrinal sigue teniendo vigencia con respecto a las cláusulas que no estén redactadas en términos claros o que no estén impresas en caracteres visibles y legibles, siempre y cuando estas carencias sean de tal magnitud que sea imposible su lectura o comprensión por el adherente. Lo que ciertamente ya no tiene cabida es poner en duda el consentimiento respecto de una cláusula que limite los derechos patrimoniales del consumidor o usuario y que no esté impresa en caracteres destacados.

[384] Melich: Las Particularidades del Contrato con Consumidores, obra citada, p. 99.

2) Requisitos de fondo de los contratos de adhesión

El cumplimiento de los requisitos de fondo de los contratos de adhesión tiene que ver con lo que se ha llamado el control de contenido, por oposición al control de inclusión. Se necesita que estos contratos no contengan cláusulas abusivas.

2.1) Prohibición de cláusulas abusivas

Tal como señalamos antes, el régimen sobre contratos de adhesión y cláusulas abusivas fue establecido, sucesivamente, en la Ley de Protección al Consumidor publicada el 23 de marzo de 1992 y reformada según publicación del 17 de mayo de 1995; en la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario publicada el 4 de mayo de 2004; y en la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios, publicada el 31 de julio de 2008, que también fue objeto de reforma y luego fue derogada por la Ley Orgánica de Precios Justos, publicada el 23 de enero de 2014. Actualmente, la Ley Orgánica de Precios Justos, en su última versión, que es la publicada el 8 de noviembre de 2015 y reimpresa el 12 del mismo mes, no regula los contratos de adhesión ni las correspondientes cláusulas abusivas, pues solamente establece que uno de los "derechos de las personas en relación con los bienes y servicios" es su derecho "A la protección en los contratos de adhesión que sean desventajosos o lesionen sus derechos e intereses" (artículo 7, número 10), e impone una sanción pecuniaria a quienes violen este derecho (artículo 47, número 7). De la legislación derogada, se desprende que son inaceptables, en los contratos de adhesión, las cláusulas abusivas, entendiendo por tales las establecidas en perjuicio de los adherentes sin ninguna justificación económica, las que establecieran imposiciones injustas o gravosas, las que discriminasen a algunos consumidores o usuarios respecto de otros creando desigualdades entre ellos, las que generasen indefensión, las que fuesen contrarias al orden público y las que estuvieran reñidas con la buena fe.

Sin embargo, la derogatoria de dicho régimen legal no significa que los adherentes se hayan quedado indefensos ante los contratos de adhesión con cláusulas abusivas.

La doctrina francesa puso de manifiesto que, "Incluso antes de que la expresión 'cláusula abusiva' fuera inventada, el legislador y la jurisprudencia consideraron que la protección de uno de los contratantes contra el otro justificaba la nulidad de ciertas cláusulas. Poco importa que estas cláusulas hayan o no sido aceptadas. Ellas son nulas de todas maneras, porque benefician de manera intolerable a un contratante con respecto al otro"[385].

En nuestro país, la protección de los consumidores de bienes y los usuarios de servicios, y de otras personas que aceptan contratos inequitativos como resultado de un abuso de posición de dominio realizado por su contraparte contractual, puede otorgarse mediante la aplicación de (i) los principios generales en materia de buena fe[386] y equidad[387] reflejados en el Código Civil, y (ii) la exigencia del mismo código de que en los contratos se respete el orden público[388].

---

385 Calais-Auloy, Jean: Droit de la Consommation, París, 1980, p. 316.

386 El Código Civil venezolano consagra el principio de buena fe. En efecto, los artículos 1146 y 1154 del Código Civil exigen que quienes proyectan celebrar un contrato actúen sin dolo, es decir, sin mala fe. Adicionalmente, los artículos 1160 y 1270 del Código Civil establecen que el contrato debe cumplirse de buena fe y que los contratantes deben comportarse como un buen padre de familia, lo que excluye la mala fe; y el artículo 1274 *eiusdem* dispone que el dolo acarrea la reparación de los daños imprevistos al momento de contratar, que normalmente no son indemnizables. Además, la segunda parte del artículo 1185 del Código Civil expresa que es contrario a derecho ejercer un derecho –que puede ser un derecho contractual– excediendo los límites impuestos por la buena fe. Finalmente, el artículo 12 del Código de Procedimiento Civil ordena interpretar los contratos conforme a los postulados de la buena fe. El requisito de buena fe es tan importante, que desborda el ámbito contractual, para derramarse en el campo extracontractual, pues el encabezado del artículo 1185 del mismo código señala que quien intencionalmente, es decir, de mala fe, cause daños, debe repararlos. La culpa es, como regla general, el fundamento de la responsabilidad civil contractual y extracontractual, y es el caso que la mala fe califica como culpa. De manera que mantener ciertos parámetros mínimos de buena fe es una exigencia que rige toda la vida de las obligaciones, nacidas o no de un contrato; es decir, la buena fe es un elemento cuya presencia es indispensable desde que el contrato comienza a formarse hasta que desaparece del mundo jurídico, y cuya existencia también es requerida en el ámbito extracontractual.

387 Por una parte, en relación con la integración de los convenios, el legislador exige que se cumplan las consecuencias que se derivan de los contratos según la equidad (artículo 1160 del Código Civil); todo el sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual, está basado en la idea de preservar el equilibrio patrimonial de las partes, lo cual es una exigencia de la equidad (artículo 1167, artículos 1185 y siguientes, y artículos 1264 y siguientes *eiusdem*), e idéntico postulado informa la consagración legal del enriquecimiento sin causa como fuente de obligaciones (artículo 1184 del mismo código).

388 Del artículo 6 del Código Civil 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".

En efecto, las cláusulas contrarias a la equidad de un contrato de adhesión permiten cuestionar la buena fe del predisponente, y pueden ser consideradas contrarias al orden público, conforme al derecho común. En tal sentido, varios autores venezolanos han puesto de manifiesto que, en los contratos de adhesión, la referencia que, del concepto de buena fe, "hace el Derecho lo convierte en norma jurídico positiva, capaz de tener plena validez dentro de su función productora de relaciones y situaciones jurídicas" (año 1981)[389]; que "las cláusulas abusivas, realmente abusivas, están reñidas con los parámetros mínimos de equidad y la absoluta buena fe que es necesario exigir de los contratantes para la preservación del orden público" (año 2005)[390]; y que entre las cláusulas "Violatorias del orden público… cabe ubicar las cláusulas 'abusivas'", o sea, "aquellas que vulneran la buena fe y el justo equilibrio de las prestaciones" (año 2017)[391]. Nótese que la primera cita (año 1981) es anterior a la regulación legal de los contratos de adhesión[392] y las correspondientes cláusulas abusivas, que la segunda cita (año 2005) es contemporánea con esta regulación legal y que la tercera cita (año 2017) es posterior a su derogatoria. Es más, el Código Civil debe ser interpretado conforme a la Constitución de 1999, que reivindica "la protección del público consumidor", "la defensa del público consumidor" y "los derechos del público consumidor y usuario"[393]; por lo que el Tribunal Supremo de Justicia expresó que "La defensa

389 Kummerow: obra citada, p. 162.

390 Acedo Sucre, Carlos Eduardo: Cláusulas Abusivas, publicado por la Academia de Ciencias Políticas y Sociales en el libro El Código Civil Venezolano en los Inicios del Siglo XXI, Caracas, 2005, páginas 257 y siguientes.

391 Domínguez Guillén: obra citada, p. 292.

392 Los contratos de adhesión y las cláusulas abusivas incluidas en los mismos solamente estuvieron regulados entre 1992 y 2004, y su regulación estaba restringida al campo de las relaciones contractuales entre los proveedores de bienes o servicios y los consumidores o usuarios de los mismos, así: (i) la Ley de Protección al Consumidor publicada el 24 de marzo de 1992 reguló por primera vez los contratos de adhesión y las correspondientes cláusulas abusivas, aunque su alcance estaba limitado al ámbito del Derecho del Consumo; (ii) esta ley fue sustituida por la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario publicada el 4 de mayo de 2004, cuya regulación tiene el mismo ámbito restringido, es decir, no abarca ningún contrato propuesto a un adherente que no califique como consumidor de un bien o usuario de un servicio ofrecidos al público; y (iii) esta última ley fue desplazada por la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios publicada el 31 de julio de 2008, que, aunque también está referida a los derechos del consumidor y usuario, evita utilizar ambos términos, y que fue derogada por la Ley de Orgánica de Precios Justos publicada el 23 de enero de 2014.

393 Artículos 113, 117 y 281 número 6 de la Constitución del año 1999.

del consumidor y el usuario… tiene rango constitucional"[394], y que "el trato equitativo y digno que propugna el Texto Fundamental se contraviene cuando en los contratos de adhesión no existe el debido equilibrio de prestaciones o cuando el proveedor ejerza sus derechos de manera abusiva en detrimento de los intereses económicos de los consumidores y usuarios"[395]. Los contratos de adhesión, que son donde normalmente se incluyen cláusulas abusivas, suelen presentarse cuando existe una posición de dominio entre el proponente, usualmente un proveedor, y el adherente, usualmente un consumidor o usuario, y el artículo 113 constitucional establece que "es contrario" a "los principios fundamentales de esta Constitución" el "abuso de la posición de dominio", que "el Estado adoptará las medidas que fueren necesarias para evitar los efectos nocivos y restrictivos" del "abuso de la posición de dominio", entre otros, y que se tendrá "como finalidad la protección del público consumidor", entre otros[396]; y, al respecto, la Sala Constitucional

[394] Sala Constitucional, sentencia del 24 de enero de 2002, disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/enero/85-240102-01-1274%20.htm

[395] Sala Político Administrativa, sentencia del 18 de febrero de 2015, disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/febrero/174458-00101-19215-2015-2014-0547.HTML

[396] El artículo 113 de la Constitución trata sobre los monopolios y otros elementos contrarios al buen funcionamiento del mercado, por lo que sus referencias al "abuso de la posición de dominio" en realidad aluden a las situaciones en las que se distorsiona la libre competencia. Sin embargo, es evidente que el abuso de la posición de dominio también puede darse en otros campos, particularmente en las relaciones contractuales en las que una de las partes está en una situación de debilidad frente a la otra, como sucede en el caso de los contratos de adhesión, especialmente en los impuestos por proveedores a consumidores o usuarios. En consecuencia, pensamos que dicha disposición constitucional puede servir de base para atacar el "abuso de la posición de dominio" de los proponentes de contratos de adhesión, pues impedir o sancionar las cláusulas abusivas también obra en "protección del público consumidor", que es uno de los fines de este artículo. Esto resulta más claro si la citada disposición constitucional es mirada a la luz del artículo 117 y del número 6 del artículo 281 de la Constitución, los cuales, similarmente, hablan de "la defensa del público consumidor" y de "los derechos del público consumidor y usuario", respectivamente, y están orientados al ámbito de las relaciones entre proveedores y consumidores o usuarios. Entonces, todas las normas constitucionales mencionadas, unas más dirigidas hacia el Derecho de la Competencia (artículo 113) y otras más dirigidas hacia el Derecho del Consumo (artículo 117 y número 6 del artículo 281), pueden ser vistas en conjunto. De hecho, en una sentencia dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en la cual ésta consideró que unos contratos de adhesión tenían cláusulas abusivas, que declaró ineficaces, ésta hizo referencia al artículo 113 de la Constitución, conjuntamente con otras normas constitucionales, en los siguientes términos: "…de la vigente Constitución, los artículos... 113…, se encuentran ligados a lo social, y sirven de referencia para establecer el concepto del Estado Social de Derecho y sus alcances… / …la Sala considera que conductas constitucionalmente prohibidas, tales

dictaminó que "conductas constitucionalmente prohibidas, tales como… las que abusan de la posición de dominio (artículo 113…)…, no pueden ser desconocidas o relegadas, mediante acuerdos de voluntades. De ello suceder, tales convenios no surtirán efectos"[397].

Antes de las leyes en materia de protección y defensa del consumidor y del acceso a los bienes y servicios que estuvieron vigentes entre 1992 y 2004, antes de la Constitución de 1999 y antes de la jurisprudencia de nuestro máximo tribunal sobre esta materia a la luz de las nuevas normas constitucionales, cabía hacer el siguiente planteamiento:

El Código Civil venezolano contiene reglas generales que permiten a una de las partes, en determinados supuestos, atacar ciertas disposiciones contractuales o el contrato en sí, dependiendo de las circunstancias. Son situaciones en las que, según un sector de nuestra doctrina, "la relación jurídica creadora de deberes y facultades es susceptible de ser atacada por vía de nulidad, inexistencia o invalidez", pero no por el mero hecho de tratarse de convenios en serie, propuestos por los proveedores de bienes o servicios a los consumidores o usuarios de los mismos, sino en virtud de "la presencia de anomalías que pueden también ser constatadas... en los contratos formados luego de una libre discusión sobre su contenido"[398]. No deben olvidar los jueces —apunta el mismo autor— que arrogarse la facultad de rectificar, en los contratos de adhesión, "una desigualdad económica que debe ser corregida", sin que haya una norma que lo autorice, sería una solución "errónea", pues "equivaldría a conferir al organismo jurisdiccional una función que el ordenamiento normativo atribuye a

como… las que abusan de la posición de dominio (artículo 113…)…, no pueden ser desconocidas o relegadas, mediante acuerdos de voluntades. De ello suceder, tales convenios no surtirán efectos… /…es un Estado que… tiende en toda forma a evitar… los abusos de la posición de dominio… artículo 113 constitucional… / …el Estado y los entes que lo conforman pueden permitir a particulares… la prestación de servicios de naturaleza pública, pero estas concesiones no pueden ejercerse sino adecuándolas al interés público, como lo señala el artículo 113 constitucional… El Estado, y los concesionarios que actúan en su nombre, tienen que adaptarse a las prohibiciones de los artículos 113…". Nos referimos a la sentencia de la Sala Constitucional fechada 24 de enero de 2002, disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/enero/85-240102-01-1274%20.HTM

397 Sala Constitucional, sentencia del 24 de enero de 2002, disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/enero/85-240102-01-1274%20.HTM

398 Kummerow: obra citada, p. 116.

un organismo diferente", es decir, al poder legislativo[399]. Este planteamiento fue hecho en 1981, y el mismo, en nuestro criterio, ya no tiene cabida.

En efecto, un principio del Código Civil venezolano es la búsqueda de la equidad, del cual se desprende la necesidad de mantener el equilibrio del contrato, que depende de las realidades de cada caso. Hay que tomar en cuenta, además, que la necesaria buena fe contractual, que es uno de los postulados de nuestro Código Civil, depende de las circunstancias de hecho y de la intención del contratante cuestionado, no siendo lo mismo una relación paritaria que una relación regulada en un contrato de adhesión o en un instrumento que haya sido producto de un abuso de posición de dominio. Finalmente, hay que considerar que otro principio de dicho código es el necesario respeto al orden público, cuyo alcance también varía. Es más, no es lo mismo la situación antes de que existieran los artículos 113, 117 y 281 número 6 de la Constitución del año 1999, y la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia al respecto, que la situación que existe actualmente.

2.2) **Necesidad de que la cláusula esté incluida en el contrato de adhesión, y no en un documento separado, susceptible de ser rechazado, para que califique como abusiva**

Tal como señalamos antes, consideramos que, en principio, se necesita que la cláusula esté incluida en un contrato impuesto por una parte a la otra, para que califique como abusiva. Ello ocurre cuando uno de los contratantes abusa de su posición de dominio o cuando propone un contrato de adhesión, particularmente si quien se adhiere es una persona que lo hace para acceder a un bien o servicio. En estos casos, pensamos que, si la cláusula está en un documento separado, susceptible de ser rechazado, la misma no debería calificar como abusiva.

El listado de cláusulas abusivas prohibidas de la Ley de Protección al Consumidor de 1992 reformada en 1995, luego de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario de 2004 y posteriormente de

[399] Kummerow: obra citada, p. 184.

la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios de 2008, que también fue objeto de reforma y luego derogada, es una lista que contenía, únicamente, cláusulas no esenciales, es decir, se trataba de un catálogo de disposiciones contractuales prescindibles, pues, sin ellas, se podía, de todas maneras, realizar la operación prevista en el contrato de suministro de bienes o servicios correspondiente.

Este tipo de cláusulas no esenciales, prescindibles, no tienen que ser colocado por el proponente en el contrato de adhesión, sino que las mismas pueden estar contenidas en un texto aparte, que su contraparte, al adherirse a dicho contrato, esté en capacidad de aceptar o rechazar. En este caso, no cabe, en principio, hablar de abuso, pues no hay presión ni coacción. En efecto, la calificación de un acuerdo relativo a un contrato de adhesión como cláusula abusiva requiere, en circunstancias normales, que dicho acuerdo se encuentre en el mismo documento que el contrato de adhesión, formando parte de éste; pues, si un pacto está vertido en un documento separado, susceptible de ser suscrito o no al celebrar el contrato de adhesión, este pacto no es impuesto por el proponente al adherente, sino sólo sugerido, por lo que no da lugar a la protección contra cláusulas abusivas que se derivaba de dichas leyes especiales y que ahora hay que buscar en la normativa del Código Civil, vista a la luz de la Constitución. Nos explicamos:

La lista contemplada en la legislación derogada incluía, como clausulas proscritas en los contratos de adhesión, las que preveían el sometimiento a arbitraje, así como, en ciertas circunstancias, las que establecían un domicilio especial o escogían una jurisdicción extranjera. Ahora bien, una manera de evitar la imposición abusiva de un acuerdo arbitral o de un acuerdo de someterse a los tribunales de una determinada circunscripción o jurisdicción, es que estos acuerdos y el correspondiente contrato de adhesión estén contenidos en documentos separados, de manera que el adherente pueda celebrar el contrato de adhesión y abstenerse de suscribir esos acuerdos. Esto último es congruente con lo establecido en el artículo 6 de la Ley de Arbitraje Comercial del 7 de abril de 1998, que dispone lo siguiente: "El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito en cualquier documento o conjunto de documentos que dejen constancia de la voluntad de las partes de someterse a arbitraje… En

los contratos de adhesión y en los contratos normalizados, la manifestación de voluntad de someter el contrato a arbitraje deberá hacerse en forma expresa e independiente". Dicho en otras palabras, debe existir un documento adicional al contrato de adhesión que permita al adherente aceptar o no someterse a arbitraje, o algún otro mecanismo para que quien se adhiere al contrato pueda decidir si suscribe o no la correspondiente cláusula arbitral. Si el acuerdo de arbitraje estuviera atado al contrato de adhesión, el mismo sería ilegal, por violación del artículo que acabamos de transcribir. La exigencia legal de que el proponente le dé al adherente la oportunidad de consentir o no a la cláusula arbitral, al celebrar el contrato de adhesión, es compatible con las leyes en materia de protección al consumidor, que estuvieron vigentes entre 1992 y 2014. En efecto, en dichas leyes, la protección a los consumidores y usuarios incluía una prohibición de cláusulas arbitrales en contratos de adhesión, mas no en textos separados. Si bien dichas disposiciones legales fueron derogadas, es importante destacar lo siguiente, pues dio lugar a un desarrollo jurisprudencial muy relevante hoy: la ley que estuvo vigente entre el 4 de mayo de 2004 y el 23 de enero de 2014 fue la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario publicada el 4 de mayo de 2004, cuyo artículo 87, número 4, establecía: "Se considerarán nulas de pleno derecho las cláusulas o estipulaciones establecidas en el contrato de adhesión que:… Impongan la utilización obligatoria del arbitraje".

Respecto del artículo 6 de la Ley de Arbitraje Comercial del 7 de abril de 1998, hoy vigente, y el número 4 del artículo 87 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario del 4 de mayo de 2004, hoy derogado, ambos antes citados, tuvimos la ocasión de escribir lo siguiente, en un trabajo publicado en el año 2005: "Opinamos que no existe contradicción entre los dos textos legales que acabamos de transcribir. En efecto, el número 4 del artículo 87 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario expresa que son nulas las cláusulas arbitrales contenidas en los contratos de adhesión; pero no es esto lo planteado, sino la inclusión de este tipo de acuerdo en un documento aparte, para darle la oportunidad al adherente de expresarse separada y específicamente sobre el arbitramento propuesto, conforme a la segunda parte del artículo 6 de la Ley de Arbitraje Comercial. En consecuencia, pensamos que… es posible

suscribir acuerdos de arbitramento al celebrar contratos de adhesión, siempre que la voluntad del adherente conste en un instrumento independiente"[400].

El criterio anterior coincide con lo decidido posteriormente por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en una sentencia del año 2008: "Así la interpretación del artículo 87, ordinal 4°, de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario debe realizarse de manera concatenada con la Ley especial en materia de arbitraje, como lo es la Ley de Arbitraje Comercial… Artículo 6… condiciona la procedencia de acuerdos arbitrales en contratos por adhesión al supuesto de que tales acuerdos estén contenidos en cláusulas accesorias o independientes, con la finalidad de que ambas partes expresen, de manera indubitada, su libre voluntad de sometimiento a arbitramento en caso de conflicto… Por tanto, el acuerdo de arbitraje que se estipule en contratos por adhesión deberá constar en un documento diferente del que recoge las demás estipulaciones contractuales, de manera que ambas partes suscriban el acuerdo arbitral con pleno conocimiento de causa y pleno consentimiento… ese documento independiente no es un nuevo contrato, sino que es una cláusula accesoria al contrato por adhesión en cuestión, que el suscriptor podría elegir no aceptar"[401].

En consecuencia, en las relaciones contractuales por adhesión, no está planteado que los proponentes impongan abusivamente acuerdos de arbitraje válidos, pues éstos no pueden formar parte del documento contentivo del contrato de adhesión, siendo necesario que las cláusulas arbitrales se encuentren en un texto separado, susceptible de ser consentido o no, en cada caso particular, por los adherentes. Entonces, aunque la normativa sobre protección al consumidor y usuario ya no esté en vigor, sigue vigente la Ley de Arbitraje Comercial, cuyo artículo 6, a la luz de la sentencia precedente, deja claro que los acuerdos arbitrales suscritos al momento de adherirse a un contrato de adhesión no son, de por sí, abusivos; debiendo existir un instrumento aparte para este tipo de

---

[400] Acedo Sucre, Carlos Eduardo: Cláusulas Abusivas, publicado por la Academia de Ciencias Políticas y Sociales en el libro El Código Civil Venezolano en los Inicios del Siglo XXI, Caracas, 2005, p. 321.

[401] Sala Constitucional, sentencia del 28 de febrero de 2008, disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/febrero/192-280208-04-1134.htm

acuerdo, a fin de darle la oportunidad al adherente de expresarse específicamente sobre el arbitraje sugerido, independientemente del resto del contrato. De modo que lo relevante es que la cláusula arbitral no sea impuesta por el proponente del contrato de adhesión. En conclusión, las cláusulas arbitrales separadas, que pueden ser o no aceptadas al consentir un contrato de adhesión, no son, de entrada, abusivas.

El mismo argumento cabe con respecto las cláusulas que prevén un domicilio especial con respecto a un contrato de adhesión, que deben constar en un instrumento independiente, es decir, es posible pactar someterse a los tribunales de cualquier circunscripción, o inclusive a juzgados extranjeros, siempre que este pacto y el contrato de adhesión estén contenidos en documentos distintos, de modo que el adherente pueda celebrar el contrato de adhesión sin suscribir los textos adicionales, dejando el tema de la competencia por el territorio y la jurisdicción aplicable a las normas correspondientes del Código de Procedimiento Civil y la Ley de Derecho Internacional Privado, respectivamente.

De hecho, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en una sentencia del año 2003, expresó[402]:

> "Al respecto, estima la Sala, que el legislador patrio admite la regla de la derogatoria de la jurisdicción por la vía convencional, esto es, cuando las partes de común y previo acuerdo deciden, luego de un proceso de discusión y fijación de los términos que regirán la relación contractual, dicha derogación.
>
> En el caso bajo estudio, la referida cláusula se encuentra contenida en un contrato de apertura de cuenta bancaria, que reúne las características de un típico contrato de adhesión, en donde queda excluida cualquier posibilidad de debate o dialéctica entre las partes. En efecto, en el contrato de adhesión, tal como lo ha puesto de relieve la doctrina y la jurisprudencia, las cláusulas son previamente determinadas por uno solo de los

[402] Sala Político Administrativa, sentencia del 18 de noviembre de 2003, disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/noviembre/01761-181103-2003-0964.HTM

contratantes, de modo que el otro contratante se limita a aceptar cuanto ha sido determinado por el primero.

Ahora bien, considerando que la consecuencia de una cláusula contractual de elección y derogatoria de la jurisdicción, por un lado establece la competencia de los tribunales de un Estado pero, por otro, impide que los órganos jurisdiccionales de otro Estado soberano sean activados en la resolución de controversias para las que resulte también competente, la interpretación de la fórmula legal que lo permite, debe hacerse en el estricto sentido de sus palabras.

Esto es, si bien es permisible la derogatoria de la jurisdicción venezolana por vía contractual, no puede aceptarse en cambio, en criterio de la Sala, que en los contratos de adhesión, en donde no participan ambas partes en la redacción de las cláusulas, se disponga acerca de la jurisdicción. Ello se ve reforzado con los ideales de acceso a la justicia plasmados en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, a los que se refiere, entre otros, el artículo 26 de ese Texto Fundamental.

Dentro de tales lineamientos se inscribe la norma contenida en el artículo 6 de la Ley de Arbitraje Comercial, publicada en la Gaceta Oficial de Venezuela Nº 36.430 del 07-04-98) la cual establece:

> *"Artículo 6. El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito en cualquier documento o conjunto de documentos que dejen constancia de la voluntad de las partes de someterse a arbitraje. La referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula arbitral, constituirá un* ***acuerdo*** *de arbitraje siempre que dicho contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato.*
>
> ***En los contratos de adhesión y en los contratos normalizados, la manifestación de voluntad de someter el contrato a arbitraje deberá hacerse en forma expresa e independiente****".*

> Esta norma consagra la necesidad de hacer constar por escrito el acuerdo de las partes de someterse a arbitraje, con la especial e insoslayable indicación de que en los contratos de adhesión la cláusula de arbitraje sea producto de la voluntad de los contratantes "***en forma expresa e independiente***".
>
> Para esta Sala, dentro de un sistema armonizado y coherente con las bases constitucionales vigentes, concretamente, con el principio de acceso a la justicia, aun cuando el legislador internacional privatista no hace mención especial a la derogación convencional de la jurisdicción en los contratos de adhesión, ésta sólo es permisible mediante un acuerdo de voluntades que podrá expresarse en forma independiente al conjunto de las normas pre-redactadas, pero que evidencie ser el producto de la voluntad de todos los contratantes y no tan sólo de uno de ellos (Ver sentencia de esta Sala N° 1.252 de fecha 30 de mayo de 2000)".

Lo dicho en las dos sentencias citadas de nuestro máximo tribunal, en relación con los acuerdos de arbitraje y de escogencia de jurisdicción, vale para cualquier otra disposición contractual que a primera vista luzca excesiva o arbitraria, en caso de que esté referida a un contrato por adhesión. En consecuencia, en las relaciones contractuales adhesivas, los proponentes no pueden imponer textos susceptibles de ser considerados lesivos, pues éstos no pueden formar parte de las condiciones generales de contratación, siendo necesario que las estipulaciones que se aparten de lo normal se encuentren en un instrumento separado, susceptible de ser consentido o no, en cada caso particular, por los adherentes. Entonces, las cláusulas presentes en el listado derogado, que sigue teniendo valor referencial, no califican, de entrada, como abusivas, pues este adjetivo calificativo no les puede ser endosado *a priori*, salvo cuando forman parte del documento contentivo del articulado del contrato de adhesión. Si dichas cláusulas pueden ser consentidas o rechazadas separadamente, sólo habría abuso si, por ejemplo, fueran diseñadas de una forma tal que se hiciera difícil la obtención de justicia a la contraparte del redactor.

En conclusión, en principio, las cláusulas susceptibles de ser consideradas abusivas, dando lugar a la protección correspondiente,

son las que están en el contrato de adhesión, y no las contenidas en un texto independiente, que pueden ser o no aceptadas cuando el adherente da su consentimiento.

Existe la tesis de que, si bien "La doctrina mayoritaria…, así como la legislación y la jurisprudencia sobre el tema, enfatizan que el acuerdo arbitral en situaciones de contratos de adhesión debe constar por separado" —lo cual se puede extender "a otras cláusulas que podrían ser abusivas si estuvieran en el contrato de adhesión, pero dejarían de serlo al constar en documento separado"—, es "utópico" exigir que la voluntad del adherente sea expresada "independientemente del contrato de adhesión como tal, de manera que el contratante pueda decidir si conviene o no en un acuerdo arbitral, independientemente del contrato". En efecto, "el oferente propondrá ambos contratos a la otra parte, y si ésta no acepta los dos, no habrá contratación, de manera que la opción de rechazar el acuerdo arbitral pero firmar el contrato de adhesión puede no existir"; es más, el "acuerdo separado… podría también a su vez ser de adhesión porque esta preconcebido y pre-redactado", y es impuesto "por el proponente"[403]. Son muy interesantes y válidas las anteriores reflexiones. Ahora bien, consideramos que hay que partir de la premisa, salvo que se demuestre lo contrario, de que el proponente le da al adherente la posibilidad de celebrar el contrato de adhesión rechazando el documento independiente. Si éste no es el caso con algunos proponentes, creemos que no se debe penalizar a los demás, e incluso a los adherentes, desterrando, del ámbito de los contratos de adhesión, todos los acuerdos arbitrales, todas las cláusulas de domicilio especial y cualquier otra disposición contractual delicada que pueda ser útil siempre y cuando sea suscrita con entera libertad. El tipo de abuso antes descrito no es común, puesto que el citado artículo 6 de la Ley de Arbitraje Comercial existe desde el año 1998 y no parecen haberse presentado problemas significativos desde entonces. En cualquier caso, este tipo de abuso podría ser evitado o al menos sancionado si hubiera una autoridad especial en materia de

[403] Correos electrónicos que me dirigió el destacado abogado Pedro Rengel Núñez el 22 de noviembre de 2016, dentro del grupo ArbitrajeVenezuela@yahoogroups.com, con motivo de que les presenté mi artículo sobre El Arbitraje respecto de los Contratos de Adhesión, que fue mi ponencia en la III Jornada sobre Arbitraje del 11 de noviembre de 2016, organizada por la Academia de Ciencias Políticas y Sociales y la Asociación Venezolana de Arbitraje.

protección al consumidor y al usuario de bienes y servicios, la cual no existe desde la desaparición del IDEC, el INDECU y el INDEPABIS, ya que la SUNDDE es, más bien, un organismo de control de precios y de regulación del mercado.

2.3) **Prohibición de cláusulas insólitas o sorpresivas**

Cuando no existe una relación de necesidad o conveniencia entre la finalidad del contrato de adhesión y una disposición contractual incluida por el proponente en perjuicio del adherente, estamos en presencia de un tipo de cláusula abusiva, usualmente llamado cláusula insólita o sorpresiva. Esta clase de disposición contractual se reconoce porque favorece al redactor a expensas de su contraparte, sin que la naturaleza de la operación que éstos buscan realizar lo justifique de ninguna manera.

La doctrina argentina enseña, respecto de "Las cláusulas sorpresivas", que "Se trata de cláusulas imprevisibles e inhabituales en los usos del tráfico. Son calificadas de insólitas, pues colocan al consumidor en una situación más desventajosa, y que razonablemente no podía imaginar, prever, ni contar con su existencia"[404]. La doctrina española ha puesto de manifiesto que una "aplicación" de la regla según la cual los adherentes han de tener la posibilidad de conocer y comprender los contratos de adhesión, consiste en lo siguiente: "se encuentra generalmente admitida la proscripción de las llamadas cláusulas insólitas o sorpresivas, entendiendo por tales las que, de acuerdo con las circunstancias y con la naturaleza del contrato, el adherente no hubiera podido razonablemente esperar o contar con su existencia"[405]. En efecto, si el adherente no se espera una cláusula que lo perjudica, por no ser normal en el tipo de contrato que está celebrando con el predisponente, consideramos que se justifica su proscripción.

Por ejemplo, consideramos insólita la cláusula de un contrato bancario que establece lo siguiente: "EL CUENTACORRENTISTA autoriza expresa, permanente e irrevocablemente a EL BANCO para que suministre a terceros con quienes EL CUENTACORRENTISTA

404 Stiglitz: Contrato de Consumo y Cláusulas Abusivas, obra citada, p. 45.
405 Díez-Picazo y Gullón: obra citada, p. 64.

haya contraído o pretenda contraer algún tipo de obligación pecuniaria, la cual vaya a ser pagada mediante un cheque o cualquier otro medio, información relativa al estado de la cuenta corriente, así como de los medios de pago relacionados con la misma. Dicha autorización comprende igualmente a las agremiaciones o entidades que representen, defiendan o, aglutinen los intereses de tales terceros…"[406]. Nos parece que la cláusula anterior no se la espera quien desea abrir una o más cuentas en dicho banco, cuya información confidencial —según esa cláusula— podría ser compartida por éste con cualquier persona natural o jurídica, o con el correspondiente gremio, bastando para ello que esa persona o gremio acrediten que el cuentahabiente tiene o va a tener en el futuro una obligación pecuniaria para con esa persona, susceptible de ser pagada contra tales cuentas bancarias. Suministrar información bancaria de los clientes sólo se justifica en las dos circunstancias siguientes: (i) el cuentacorrentista le da una autorización expresa al banco, referida a un caso en particular; o (ii) la persona que recibe la información es beneficiaria de un cheque o transferencia y solamente obtiene los datos relativos a si quien hizo el cheque o la transferencia es o no el titular de la cuenta correspondiente, a si el cheque o transferencia fueron hechos o no correctamente y a si están disponibles o no los fondos para honrar el cheque o transferencia. Es evidente que, para lo indicado en los números i y ii precedentes, no se necesita incluir una cláusula en el contrato bancario. Dado que la cláusula antes transcrita va mucho más allá de lo indicado en los números i y ii precedentes, nos parece que la misma es sorpresiva y cuestionable.

Adicionalmente, pensamos que sería insólita o sorpresiva, y, por ende, abusiva e inaceptable, una cláusula que beneficie al predisponente en perjuicio del adherente, cuyo título o encabezado no refleje bien su contenido, lo que igualmente se presta para que pase desapercibida.

Estas cláusulas insólitas o sorpresivas son criticables, pues pueden pasar inadvertidas, sobre todo en los casos en los que el contrato de adhesión es largo o difícil de entender. Estas cláusulas

[406] Se trata de la cláusula 30 del contrato de cuenta corriente bancaria del Banco Caja Social, de Colombia, disponible en: https://www.bancocajasocial.com/sites/default/files/prod_n_serv/file/contrato_de_cuenta_corriente_1.pdf

insólitas siempre son inaceptables, quizás más que las demás cláusulas abusivas, pues denotan una intención de sorprender la buena fe del adherente.

2.4) **Nulidad de la cláusula abusiva, y no del contrato**

En términos generales, cualquiera de las partes de un contrato puede acudir a los tribunales ordinarios, a fin de hacer valer la nulidad del mismo o de algunas de sus cláusulas, según el derecho común. Las disposiciones legales en materia de nulidad están contenidas en los artículos 1346 y siguientes del Código Civil. De modo que el adherente al convenio de adhesión puede accionar, ante los mismos tribunales ordinarios, para obtener una declaratoria de nulidad.

En términos generales, en aquellas situaciones en las que pueda afirmarse que el contrato, globalmente considerado, o una o más cláusulas esenciales del mismo, son contrarios a derecho, es forzoso concluir en que el convenio como tal es nulo; y, en cambio, el contrato es válido cuando una o más de sus disposiciones, que no son esenciales, contravienen el ordenamiento jurídico, debiendo en estos casos privarse de efectos dichas cláusulas, únicamente.

Ahora bien, en nuestro criterio, las cláusulas abusivas son, en principio, nulas. El contrato de adhesión que las contiene, en cambio, conserva, como regla general, su vigencia. Tal como lo ha destacado la doctrina venezolana, "Las consecuencias de la declaración de carácter abusivo de las cláusulas implican por lo general la nulidad parcial de lo regulado por aquellas y la subsistencia del contrato en todo lo restante"[407]. Asimismo, según la doctrina argentina, "los lineamientos universales sobre la materia" son que "se opta por la invalidez parcial del contrato"[408].

Al respecto, es útil citar un planteamiento doctrinario hecho durante la vigencia de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario de 2004, que fue derogada en el 2008. En efecto, esta ley tenía una lista de cláusulas prohibidas en su artículo 87, y luego, en

[407] Domínguez Guillén: obra citada, p. 566.
[408] Stiglitz: Cláusulas Abusivas en el Contrato de Seguros, obra citada, p. 78.

su artículo 125, sancionaba con nulidad los contratos de adhesión contrarios a la misma. Esta aparente dicotomía fue aclarada por la doctrina, que precisó que "Las cláusulas abusivas son nulas (art. 87), no así el contrato. La nulidad del contrato establecida en el artículo 125 configura una contradicción con otras normas que se ha de resolver mediante la aplicación de dos principios: a. *utile per inutile non vitiatur* (lo útil no es afectado por lo inútil); b. entre dos soluciones, una contraria y otra favorable a la preservación del contrato, se debe preferir esta última"[409]. Cabe agregar que el citado artículo 87 señalaba que las cláusulas allí listadas eran nulas; y, en razón de su especialidad, éste debía prevalecer sobre el citado artículo 125, que sancionaba de nulidad todo el contrato.

En Venezuela, no existe una disposición que sancione de nulidad las cláusulas abusivas. Las leyes de protección o defensa del consumidor o usuario y del acceso a bienes y servicios, que estuvieron en vigor entre 1992 y 2014, declaraban nulas las cláusulas abusivas contenidas en los contratos de adhesión regidos por ellas, que eran la mayoría de los contratos de adhesión. Como estas leyes fueron derogadas, procede aplicar las disposiciones sobre buena fe, equidad y orden público de nuestro Código Civil, a la luz de la Constitución, las cuales, a nuestro juicio, deben llevar a la misma conclusión, de que las cláusulas abusivas son nulas.

Interesa resaltar que, en principio, lo nulo son las cláusulas, no los contratos. Efectivamente, en nuestro criterio, sólo si la cláusula abusiva regulara un elemento esencial del contrato de adhesión, éste, completo, sería nulo. Entonces, según que se trate o no de una cláusula prescindible, tiene lugar la nulidad de la misma o de todo el contrato. Y es el caso que las cláusulas abusivas prohibidas de la lista de las leyes de protección o defensa del consumidor o usuario y del acceso a bienes y servicios, que estuvieron en vigor entre 1992 y 2014, son, todas ellas, no cláusulas esenciales, prescindibles, por lo que sólo éstas eran inválidas.

Ahora bien, existe la tesis de que, si una disposición contractual versa sobre un asunto fundamental al contrato (por ejemplo, en el contrato de compraventa, la cláusula relativa al bien vendido o la

[409] Morles: Curso de Derecho Mercantil, Tomo IV, obra citada, p. 2220.

cláusula relativa al precio), dicha disposición contractual, que es esencial o imprescindible, no es calificable como abusiva, a los efectos de la protección legal de los consumidores y usuarios. La consecuencia práctica de lo anterior es que, desde esta óptica, cuando un contrato de adhesión tiene una cláusula abusiva, siempre sucede que la cláusula es lo que puede ser impugnado, y jamás el contrato. Sin embargo, para efectos de nuestra exposición, consideraremos abusivas las cláusulas que establecen prestaciones notoriamente desproporcionadas en los contratos bilaterales, lo que nos parece más congruente con el tratamiento que el legislador le ha dado a este tema en Venezuela. Partiendo de esta premisa, se puede afirmar que, tanto una cláusula que regula un elemento prescindible del contrato, como una cláusula que regula un elemento esencial del contrato, son calificables como abusivas; y, en el primer caso, la cláusula es nula, mientras que, en el segundo caso, el contrato es nulo.

La Ley de Protección al Consumidor y al Usuario de 2004, que estuvo vigente hasta el 2008, señalaba, en su artículo 125, que los contratos de adhesión podían ser declarados nulos por transgresiones a la misma, a solicitud del consumidor o usuario. Ahora bien, la nulidad del contrato prevista en el citado artículo 125 sólo debía proceder si una cláusula esencial o fundamental del mismo, es contraria a disposiciones de orden público. Además, el citado artículo 125 era cuestionable, pues daba a un ente del Poder Ejecutivo, que se llamaba Instituto Autónomo para la Defensa y Educación del Consumidor y del Usuario, INDECU, facultades para anular contratos; facultades éstas que deberían corresponder, más bien, a los jueces. Entre el año 2008 y el 2014 estuvo vigente la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios de 2008. La segunda parte de su artículo 70 establecía, de manera general, que, "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". De modo que lo que se prevé es anular las cláusulas cuestionables, y no el contrato entero. Del título IV de dicha ley se desprendía que la autoridad competente un ente del Poder Ejecutivo, que se llamaba

Instituto para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios, INDEPABIS; de nuevo, debió ser, más bien, un juez. Afortunadamente, los artículos citados fueron derogados.

En cuanto respecta a las pólizas, la doctrina venezolana ha puesto de manifiesto que "El contrato de seguro es nulo cada vez que existe un vicio en sus elementos esenciales de tal magnitud que afecta la existencia misma del negocio. Es anulable cuando el vicio puede ser convalidado por las partes y esa homologación tiene por efectos la subsistencia válida del contrato, el cual, una vez saneado, se reputa que siempre fue correcto, incluso desde antes de la convalidación"[410]. La doctrina venezolana cita, aunque con reservas, la jurisprudencia del máximo tribunal colombiano, según la cual los jueces deben "buscar la protección del asegurado" o beneficiario contra cláusulas abusivas, a través del "principio de nulidad de las convenciones contrarias al orden público y las buenas costumbres, las normas jurídicas sobre causa de las obligaciones, la teoría de los vicios del consentimiento, ampliamente aplicada, la teoría del abuso de derecho, etc."[411].

410 Mármol: obra citada, p. 358.
411 Kummerow: obra citada, pp. 179 y 180.

CAPÍTULO V

CAUSALES DE IMPUGNACIÓN DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS

1) Argumentos a disposición de los adherentes a cláusulas abusivas: generalidades

Nuestros autores enseñan, a propósito de los contratos de adhesión, que "la doctrina y la jurisprudencia establecen la nulidad de las llamadas 'cláusulas abusivas'"[412]. Seguidamente trataremos de explicar cuáles son, en nuestra opinión, los criterios que los adherentes pueden esgrimir, para hacer valer dicha nulidad.

Al respecto, la doctrina francesa ha puesto de manifiesto que "Los contratos prerredactados son indispensables en un sistema de producción y de distribución en masa... pero son peligrosos para los consumidores. Estos últimos se adhieren globalmente al contrato, sin conocer todas las cláusulas. Se confían. Pero esta confianza puede ser decepcionada... Contra estos peligros, dos teorías pueden ser puestas en funcionamiento. Una se inspira del principio de la autonomía de la voluntad: un contratante no se obliga sino cuando tiene conocimiento de causa. La otra teoría deja de lado el principio de la autonomía de la voluntad y pone el acento sobre el equilibrio que debe reinar en los contratos"[413].

La aplicación de las causales que tienen que ver con el equilibrio que debe reinar en los contratos es apropiada para anular, o bien todo el contrato de adhesión, si existe un desnivel marcado entre las prestaciones recíprocas principales de un convenio bilateral; o bien una parte de éste, si sólo son cuestionables una o más cláusulas del mismo, consideradas aisladamente. En cambio, el examen de los elementos relacionados con el principio de la autonomía de la voluntad no se presta, usualmente, sino para impugnar globalmente el contrato, ya que es difícil sostener, por ejemplo, que hubo vicios del consentimiento respecto de una porción del convenio únicamente, salvo en los casos siguientes: (i) que se alegue que, respecto de una

412 Maduro y Pittier: obra citada, p. 571.
413 Calais-Auloy: obra citada, p. 297.

cláusula en particular, un contratante engañó a su contraparte contractual, en cuyo caso podría existir dolo, y la misma sería por ende anulable; o (ii) que se alegue que, en razón de las circunstancias del caso concreto, ciertas cláusulas no podían razonablemente ser conocidas por el adherente y, por ende, no fueron aceptadas por éste, como ocurriría si una disposición pretendidamente contractual está escrita en un documento imposible de consultar o se trata de una cláusula insólita o sorpresiva.

Dicho esto, procederemos al estudio de los argumentos a disposición de los adherentes a cláusulas abusivas, en el derecho común, refiriéndonos, de manera especial, a ciertas causales que tienen que ver con el equilibrio que debe reinar en los contratos, lo cual está relacionado con el postulado de buena fe contractual y la necesidad de que se respete del orden público.

2) Contravención del orden público

Del artículo 6 del Código Civil 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".

Nuestra doctrina enseña que "El orden público… puede estar presente en instituciones de Derecho Civil patrimonial como acontece por ejemplo en materia de… rechazo a la cláusula abusiva o leonina"[414].

La doctrina venezolana ha señalado que puede servir de argumento contra ciertas cláusulas incluidas en contratos de adhesión, que pudieran considerarse abusivas, la "necesidad de que dichas cláusulas no contradigan... el respeto a los límites impuestos por el orden público"[415]. La misma doctrina enseña que "Las Condiciones Generales de Contratación, los Contratos-Tipos y, en general, cualquier otra manifestación de un contrato de adhesión, para dejarlo 'sin efecto' en su totalidad o en aquellas de sus cláusulas que deban considerarse 'abusivas' siempre exigirán aplicar las reglas

414 Domínguez Guillén: obra citada, p. 513.
415 Melich: Las Condiciones Generales de Contratación y Cláusulas Abusivas, obra citada, p. 175.

de la interpretación e integración del contrato, lo que obligará a tomar en cuenta el carácter imperativo o dispositivo de las normas que integran el contrato del caso"[416].

El mismo autor señala como "contrarias al orden público las cláusulas mediante las cuales se ha pretendido excluir o limitar la responsabilidad civil en caso de daños a la integridad física o moral del acreedor"[417], que es un tema que será tratado más adelante.

Asimismo, la doctrina venezolana estima apropiado considerar contrarias al orden público las cláusulas que alarguen los lapsos de prescripción establecidos en la ley[418]; así como las cláusulas que, "por el contrario, los acorten a tal extremo que hagan prácticamente inexigible el cumplimiento de la obligación"[419], cuya nulidad también es un tema tratado más adelante.

Respecto de las pólizas, la misma doctrina estima apropiado "considerar contraria al orden público la cláusula que, en un contrato de seguros, so pena de caducidad, obliga al asegurado a dejar en manos del asegurador todo lo relativo a la dirección del proceso penal, por considerar que ella expone a riesgo la libertad individual del asegurado"[420]. Coincidimos con esta apreciación.

Cabe preguntarse si nuestro ordenamiento jurídico permite afirmar, como regla general, que se configura una violación del orden público y de las buenas costumbres, cuando una de las partes impone, valiéndose de su posición dominante o de la inexperiencia de la otra parte, cláusulas que sean total y obviamente contrarias a la equidad y, por ende, violatorias de lo que razonablemente debe esperarse de un contratante de buena fe. Esto lo trataremos a continuación.

---

416 Melich: La Naturaleza del Contrato de Adhesión Considerado en las Leyes que Regulan el Derecho de Consumo, obra citada, p. 770.

417 Melich: Las Condiciones Generales de Contratación y Cláusulas Abusivas, obra citada, p. 176.

418 Melich: Doctrina General del Contrato, obra citada, p. 521; y Las Condiciones Generales de Contratación y Cláusulas Abusivas, obra citada, p. 176.

419 Melich: Las Condiciones Generales de Contratación y Cláusulas Abusivas, obra citada, p. 176.

420 Melich: Las Condiciones Generales de Contratación y Cláusulas Abusivas, obra citada, p. 176.

3) Violación del requisito de buena fe y de los postulados de la equidad

El Código Civil venezolano consagra el principio de buena fe:

En efecto, los artículos 1146[421] y 1154[422] del Código Civil exigen que quienes proyectan celebrar un contrato actúen sin dolo, es decir, sin mala fe. Adicionalmente, los artículos 1160[423] y 1270[424] del Código Civil establecen que el contrato debe cumplirse de buena fe y que los contratantes deben comportarse como un buen padre de familia, lo que excluye la mala fe; y el artículo 1274 *eiusdem*[425] dispone que el dolo acarrea la reparación de los daños imprevistos al momento de contratar, que normalmente no son indemnizables. Además, la segunda parte del artículo 1185 del Código Civil[426] expresa que es contrario a derecho ejercer un derecho —que puede ser un derecho contractual— excediendo los límites impuestos por la buena fe. Finalmente, el artículo 12 del Código de Procedimiento Civil[427] ordena interpretar los contratos conforme a los postulados de la buena fe.

---

421 El artículo 1146 del Código Civil dispone: "Aquel cuyo consentimiento haya sido dado a consecuencia de un error excusable, o arrancado por violencia o sorprendido por dolo, puede pedir la nulidad del contrato".

422 El artículo 1154 del Código Civil dispone: "El dolo es causa de anulabilidad del contrato, cuando las maquinaciones practicadas por uno de los contratantes o por un tercero, con su conocimiento, han sido tales que sin ellas el otro no hubiera contratado".

423 El artículo 1160 del Código Civil dispone: "Los contratos deben ejecutarse de buena fe y obligan no solamente a cumplir lo expresado en ellos, sino a todas las consecuencias que se derivan de los mismos contratos, según la equidad, el uso o la Ley".

424 El artículo 1270 del Código Civil dispone: "La diligencia que debe ponerse en el cumplimiento de la obligación, sea que ésta tenga por objeto la utilidad de una de las partes o la de ambas, será siempre la de un buen padre de familia, salvo el caso de depósito…".

425 El artículo 1274 del Código Civil dispone: "El deudor no queda obligado sino por los daños y perjuicios previstos o que han sido previstos o que han podido preverse al tiempo de la celebración del contrato, cuando la falta de cumplimiento de la obligación no proviene de su dolo".

426 La segunda parte del artículo 1185 del Código Civil dispone: "Debe… reparación quien haya causado un daño a otro excediendo, en el ejercicio de su derecho, los límites fijados por la buena fe o por el objeto en vista del cual le ha sido conferido ese derecho".

427 La segunda parte del artículo 12 del Código de Procedimiento Civil dispone: "En la interpretación de contratos o actos que presenten oscuridad, ambigüedad o deficiencia, los jueces se atendrán al propósito y a la intención de las partes o de los otorgantes, teniendo en mira las exigencias de la ley, de la verdad y de la buena fe".

El requisito de buena fe es tan importante, que desborda el ámbito contractual, para derramarse en el campo extracontractual, pues el encabezado del artículo 1185 del mismo código[428] señala que quien intencionalmente, es decir, de mala fe, cause daños, debe repararlos.

La culpa es, como regla general, el fundamento de la responsabilidad civil contractual y extracontractual, y es el caso que la mala fe es equiparable al dolo, por lo que califica como culpa (en el sentido amplio de la palabra: intención, imprudencia o negligencia, conforme a la definición del artículo 1185 del Código Civil).

Así que el principio de la buena fe recibe consagración expresa en muchas disposiciones legales de carácter general, relativas a obligaciones contractuales y extracontractuales; y, en cuanto concierne a las primeras, sucede lo siguiente: (i) en la etapa de formación del contrato, los citados artículos 1146 y 1154 del Código Civil exigen que quienes proyectan celebrarlo actúen sin dolo, es decir, de buena fe; (ii) posteriormente, en la interpretación de los convenios, el referido artículo 12 del Código de Procedimiento Civil ordena escudriñar su significado tomando en cuenta la buena fe; y, (iii) por último, en la ejecución de los acuerdos, los mencionados artículos 1160, 1270 y 1274 del Código Civil establecen que éstos deben cumplirse de buena fe, que el contratante debe comportarse como un buen padre de familia y que el dolo acarrea la reparación de los daños imprevistos al momento de contratar. De manera que mantener ciertos parámetros mínimos de buena fe es una exigencia que rige toda la vida de las obligaciones, nacidas o no de un contrato; es decir, la buena fe es un elemento cuya presencia es indispensable desde que el contrato comienza a formarse hasta que desaparece del mundo jurídico, y cuya existencia también es requerida en el ámbito extracontractual.

La doctrina venezolana expuso, en relación con los contratos por adhesión, que la referencia que, del concepto de buena fe, "hace el Derecho lo convierte (al concepto de buena fe) en norma jurídico positiva, capaz de tener plena validez dentro de su función

[428] El encabezado del artículo 1185 del Código Civil expresa: "El que con intención, o por negligencia o por imprudencia, ha causado un daño a otro, está obligado a repararlo".

productora de relaciones y situaciones jurídicas"[429]. Uno de nuestros autores reconoce que se puede atacar una cláusula abusiva incluida en un contrato de adhesión, en virtud de la "necesidad de que dichas cláusulas no contradigan ciertos principios como el de la buena fe en la ejecución de los contratos"[430]. La doctrina venezolana también enseña, respecto de los contratos de adhesión, que está "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"[431]. Otro autor venezolano escribió que las "cláusulas abusivas… revelan un *abuso del derecho a la libertad de contratación, derecho que ha sido concedido a los particulares para los fines del propio ordenamiento jurídico y como tal subordinado al principio de la buena fe objetiva* (artículo 1185 Cód. Civil). Este principio exige, a los contratantes, comportarse en concordancia con la lealtad y honestidad"[432].

Según la doctrina colombiana, "En los contratos de adhesión, el principio de la buena fe impone al predisponente obrar con corrección, lealtad y honestidad… en el momento de elaborar y diseñar el contenido predispuesto… Por otro lado, la buena fe exige a la parte fuerte respetar la confianza que el adherente ha depositado legítimamente en ella respecto al contenido justo o equilibrado del contrato que le será impuesto; de manera que, en los eventos en que el predisponente inserta cláusulas abusivas…, estaría defraudando la confianza que la parte débil ha depositado en él"[433]. La doctrina colombiana también nos enseña que "la buena fe es un principio general del derecho que no es susceptible de ser dispuesto por las partes y que tiene, además, raigambre constitucional, de tal manera que se puede considerar como un límite claro a la facultad que tiene quien redacta un contrato de imponerle ciertas cláusulas a la

[429] Kummerow: Algunos Problemas Fundamentales del Contrato por Adhesión en el Derecho Privado, obra citada, p. 162 (el paréntesis es nuestro).
[430] Melich: Las Condiciones Generales de Contratación y Cláusulas Abusivas, obra citada, p. 175.
[431] Morles: Curso de Derecho Mercantil, obra citada, p. 2223.
[432] Melich: La Naturaleza del Contrato de Adhesión Considerado en las Leyes que Regulan el Derecho de Consumo, obra citada, p. 766.
[433] Posada Torres: obra citada, pp. 154.

contraparte, aunque sea como producto de un acuerdo de voluntades"[434].

El tema de la buena fe guarda relación con la exigencia de que exista equidad en las vinculaciones entre particulares y la necesidad de que se respete siempre el orden público, lo cual también es relevante para analizar los contratos de adhesión y los nexos contractuales en los que una parte tiene una posición de dominio sobre la otra:

Por una parte, en relación con la integración de los convenios, el legislador exige que se cumplan las consecuencias que se derivan de los contratos según la equidad (artículo 1160 del Código Civil); todo el sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual, está basado en la idea de preservar el equilibrio patrimonial de las partes, lo cual es una exigencia de la equidad (artículo 1167, artículos 1185 y siguientes, y artículos 1264 y siguientes *eiusdem*), e idéntico postulado informa la consagración legal del enriquecimiento sin causa como fuente de obligaciones (artículo 1184 del mismo código)[435].

Por otra parte, del artículo 6 del Código Civil[436] se desprende que los contratos no pueden violar el orden público, y se puede sostener que las cláusulas abusivas, en los contratos de adhesión, son contrarias al orden público, y, por ende, su inclusión puede resultar en que el contrato o la cláusula sean nulos.

Un contrato de adhesión inequitativo permite cuestionar la buena fe del predisponente; y la exigencia de buena fe puede calificarse como un principio general del derecho, relevante para la preservación del orden público.

---

434 Echeverri Salazar, Verónica María: El control a las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión con consumidores, en Opinión Jurídica, Vol. 10, N° 20, Julio-Diciembre de 2011, Medellín, p. 139, disponible en: http://www.scielo.org.co/pdf/ojum/v10n20/v10n20a08.pdf

435 El artículo 1184 del Código Civil dispone: "Aquél que se enriquece sin causa en perjuicio de otra persona, está obligado a indemnizarla, dentro del límite de su propio enriquecimiento, de todo lo que aquélla se haya empobrecido".

436 El artículo 6 del Código Civil dispone: "No pueden renunciarse ni relajarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden público o las buenas costumbres".

Los artículos del Código Civil antes citados, que reflejan el principio de que la buena fe y la equidad son el norte de toda relación contractual, no prevén que el contrato sea total o parcialmente nulo si el proponente incluye y el adherente acepta una cláusula contraria a la buena fe y la equidad. Sin embargo, nos parece razonable sostener que, en el ámbito de los contratos de adhesión, no tienen cabida las cláusulas contrarias a la buena fe y la equidad, que deben ser calificadas como contrarias al orden público. En estos casos procede entonces aplicar el citado artículo 6, el cual, al decir que "No pueden renunciarse ni relajarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden público o las buenas costumbres", deja claro que lo que está en juego es la validez de lo convenido. Por ende, si la cláusula abusiva por adhesión es esencial, es razonable considerar que el contrato es nulo; en cambio, si esta cláusula es prescindible, lo razonable es considerar que la misma es nula y que el contrato de adhesión subsiste.

Nuestra doctrina enseña que "La invalidez de las cláusulas abusivas son ejemplos claros en que el orden público se impone cuando se ofende la libertad y se excede los límites de la buena fe".[437] Tal como lo pone de manifiesto la doctrina venezolana, "en la actualidad, el orden público está llamado a desempeñar una nueva función, en el marco de una política social que ha desechado el individualismo para avocarse a la protección de los débiles jurídicos, categoría especialmente dirigida a designar a los trabajadores, los inquilinos y los consumidores y usuarios, entre otros"[438].

La doctrina española, refiriéndose a los contratos de adhesión, hizo alusión a "los principios de buena fe y del justo equilibrio de las contraprestaciones"[439]. Esto coincide con la Directiva 93/13/CEE del Consejo de las Comunidades Europeas del 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, la cual señala que "corresponde a los Estados miembros velar por que no se incluyan cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores" (encabezado de la directiva) y que las cláusulas de los contratos de adhesión "se considerarán abusivas si, pese a las

437 Domínguez Guillén: obra citada, pp. 292 y 516.
438 Madrid Martínez: obra citada, pp. 105 y ss.
439 Blanco Pérez-Rubio: obra citada, pp. 12 y 13.

exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato" (artículo 3 de la directiva).

La doctrina colombiana nos enseña que, "En los contratos de adhesión, el principio de la buena fe" es contrario a "la inclusión de cláusulas que le brinden beneficios jurídicos y/o económicos a costa de la satisfacción de los intereses de la parte débil"[440]. Según la doctrina colombiana, "Las cláusulas abusivas son aquellas que atentan contra los principios de la buena fe y del justo equilibrio de las prestaciones", y, "Si… se encuentra una cláusula en que aparezca que se atenta contra la buena fe y el justo equilibrio de las prestaciones, el juez podrá declarar… la nulidad"[441]. La doctrina colombiana también nos enseña que, para que una cláusula califique como abusiva, se necesita lo siguiente: "**1. Que la cláusula sea predispuesta**", es decir, que sea "impuesta por el predisponente al adherente, sin posibilidad alguna de discutirla ni modificarla… **2. Que la cláusula genere un desequilibrio**… del contrato… **3. Que el desequilibrio sea injustificado**", es decir, que no exista "ninguna razón legítima que le permita al predisponente justificar la inclusión de alguna o algunas cláusulas que implican una alteración del equilibrio… del contrato… **4. Que la cláusula sea contraria al principio de la buena fe**… Así las cosas, en los eventos en que el predisponente incluye cláusulas abusivas en el contenido del contrato, alterando con ello su equilibrio jurídico, se asume que no está contribuyendo a la satisfacción de los intereses individuales del adherente, toda vez que, de manera general, las cláusulas abusivas están orientadas a desconocer derechos del adherente o a trabar su ejercicio, para obtener beneficios que privilegian la satisfacción de los intereses individuales del predisponente por encima de los del adherente; de esta forma, la inobservancia del deber de cooperación por parte del predisponente conlleva la violación del principio de la buena fe"; además, "el principio de la buena fe contractual impone al predisponente honrar la confianza que el adherente ha depositado en él, con respecto a la elaboración de un contenido contractual justo, que no le impida ejercer sus derechos, que no le imponga de

[440] Posada Torres: obra citada, pp. 154.
[441] Echeverri Salazar: obra citada, pp. 142 y 143.

manera desmedida obligaciones que lo mantengan en una posición de inferioridad y que le permita satisfacer eficientemente sus intereses individuales. Entonces… las cláusulas abusivas insertadas en los contenidos contractuales predispuestos contrarían el principio de la buena fe, ya sea porque van en contra del deber de cooperación o porque defraudan la confianza depositada por el adherente en un contrato justo"[442].

Nuestro máximo tribunal señaló que es necesario respetar "los postulados de buena fe y equidad que deben informar las relaciones contractuales"[443]; y que la "buena fe... impone una conducta proba, correcta..."[444], y el que se trate de un contrato de "adhesión impone un proceder mucho más ceñido a la buena fe… que cualquier otra situación contractual" en "la parte generalmente más fuerte en la relación"[445]. En consecuencia, nuestra jurisprudencia reconoce que el postulado de buena fe permite objetar las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión; por ejemplo, un fallo de nuestro máximo tribunal cuestiona a quien, aprovechando que en estos "contratos… no existe negociación…, diseña una serie de cláusulas que reportan ventajas indiscriminadas a favor de uno solo de los contratantes en menoscabo del otro… No es cierto… que por el hecho de que una persona sea capaz, ello implica que funcione a plenitud y validez el principio de la autonomía de la voluntad en los contratos que contengan cláusulas abusivas que no puedan ser negociadas por los contratantes, sino sólo impuestas… De todo ello se desprende la clara evidencia de una desnaturalización de la relación contractual debido a la desviación e irrespeto del principio de la buena fe contractual"[446].

---

442 Posada Torres: obra citada, pp. 157 y ss.

443 Casación Civil, 11 de abril de 1996, citada por Pierre Tapia, Oscar R: Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, tomo correspondiente a abril de 1996, pp. 161 y ss.

444 Casación Civil, sentencia del 5 de mayo de 1998, citada por Pierre Tapia, Oscar R: Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, tomo correspondiente a mayo de 1998, pp. 281 y ss.

445 Casación Civil, sentencia del 5 de mayo de 1998, citada por Pierre Tapia, Oscar R: Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, tomo correspondiente a mayo de 1998, pp. 281 y ss.

446 Sentencia de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, fechada 24 de marzo de 2015, disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/sr/Default3.aspx?url=../decisiones/spa/marzo/175768-00292-25315-2015-2009-1056.html&palabras=contrato%20adhesion

Entonces, ocurre que (i) incorporar cláusulas abusivas a los contratos de adhesión, aprovechándose de que los adherentes no los leen o no los entienden, y de que necesitan los productos o servicios suministrados por el redactor, es actuar de mala fe, y puede acarrear la nulidad del contrato o de la cláusula por vicios del consentimiento, conforme a dichos artículos 1146 y 1154 del Código Civil; (ii) las cláusulas deben ser interpretadas, en la medida de lo posible, de manera que no se produzca ningún abuso, de acuerdo con el citado artículo 12 del Código de Procedimiento Civil; (iii) el predisponente de buena fe no habría incluido en el contrato de adhesión cláusulas abusivas, las cuales son impugnables, en virtud del principio de buena fe reflejado en los mencionados artículos 1146, 1154, 1160, 1270 1274, 1185 del Código Civil y el referido artículo 12 del Código de Procedimiento Civil, del postulado de la equidad en las vinculaciones entre particulares que se desprende de los artículos 1160, 1167, 1184, 1185 y siguientes, y 1264 y siguientes del Código Civil, antes nombrados, y de la necesidad de que se respete siempre el orden público por mandato del citado artículo 6 del Código Civil; y, (iv) en caso de que una cláusula sea abusiva, pretender aplicarla calificaría como mala fe y no podría ser tolerado, de conformidad con dichos artículos 1160, 1270 y 1185 del Código Civil.

Se puede sostener que la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos de adhesión puede generar cualquiera de las dos situaciones siguientes, dependiendo de las circunstancias: (i) el adherente incurrió en error, inducido por el dolo del proponente, lo que resulta en lo siguiente: (a) si el dolo del predisponente versa sobre una cláusula no esencial del contrato, el mismo acarrea un vicio del consentimiento, pero éste sólo priva de efectos la cláusula, a solicitud del adherente inducido a error (nulidad relativa parcial), o, (b) si versa sobre una cláusula esencial del contrato, da lugar a un vicio del consentimiento, que priva de efectos todo el contrato, por iniciativa del adherente (nulidad relativa total); o (ii) el adherente no puede ser perjudicado por la cláusula abusiva, puesto que, (a) si la cláusula abusiva no es esencial al contrato aquélla es nula y no puede ser convalidada (nulidad absoluta parcial), o, (b) si la cláusula abusiva esencial al contrato, éste, completo es absolutamente nulo (nulidad absoluta total). Entonces, aunque el contrato sea válido, la cláusula abusiva está afectada de nulidad. En efecto, la cláusula

abusiva es contraria a los parámetros de buena fe y equidad, por lo que violenta el orden público, así que la cláusula abusiva en principio es nula; alternativamente, si la cláusula abusiva es esencial al contrato, este último es nulo.

La imposición, por el proponente de un convenio por adhesión, o la imposición, en contratos que no sean predispuestos, por el contratante que ostenta una posición de ventaja, de cláusulas evidentemente contrarias a la equidad, está reñida con el comportamiento que racionalmente debe esperarse de una persona razonable actuando de buena fe, es decir, de un buen padre de familia. Esto se pone aún más de manifiesto, si se toma en cuenta que la equidad —igual que la buena fe— es un valor reconocido por el derecho. Todas estas disposiciones legales nos llevan a plantear que las cláusulas abusivas, realmente abusivas, están reñidas con los parámetros mínimos de equidad y la absoluta buena fe que es necesario exigir de los contratantes para la preservación del orden público y las buenas costumbres. No nos referimos aquí a los escenarios en los cuales una de las partes pueda sentirse que un contrato bilateral beneficia más a su contraparte que a ella, sino a las dos situaciones siguientes: (i) los casos de contratos bilaterales en que existe verdaderamente un desbalance muy evidente entre las recíprocas prestaciones, conocido por uno de los contratantes, quien se valió de la impericia del otro o de su preponderancia sobre este último para obtener ventajas excesivas en perjuicio de éste; y (i) los casos en los que una cláusula aislada, que no es esencial, sino prescindible, le da a una parte un beneficio que no es razonable, a expensas de la otra, más inexperta o en situación de desventaja. Ambas situaciones pueden darse en los contratos de adhesión y en las circunstancias en las que existe una posición de dominio. En ambas situaciones, se puede cuestionar la buena fe del contratante favorecido por la cláusula.

Una cosa es la ejecución de los convenios y otra es su celebración, siendo el caso que, salvo en los contratos de ejecución instantánea, primero tiene lugar la celebración y luego la ejecución. Entonces, la imposición de una cláusula abusiva —lo que forzosamente ocurre al momento de celebrar un contrato— no contraría, propiamente, el requisito de buena fe consagrado en el artículo 1160 del Código Civil, que se refiere a la ejecución del

convenio, sino que contraría, más bien, el requisito de buena fe que rige toda la vida del contrato, que aparece reflejado en este artículo y otras normas del mismo código. La imposición de una cláusula abusiva da lugar a la aplicación del artículo 6 *eiusdem*, en el cual consideramos razonable afirmar que se encuentra implícito el principio de buena fe consagrado en muchas disposiciones de dicho código, incluyendo el citado artículo 1160. Por esto creemos apropiado sostener que la falta de buena fe de uno de los contratantes, manifestada mediante la imposición de cláusulas abusivas, aprovechándose de una posición de mayor fuerza o de mayor conocimiento del negocio, en evidente detrimento de la otra parte, puede dar lugar a la aplicación de la norma legal según la cual son nulas las disposiciones contractuales o los contratos contrarios al orden público y las buenas costumbres, consagrada en el artículo 6 del Código Civil.

Por último, en cuanto concierne a la ejecución de los contratos, estimamos que, cuando una de las partes se ajusta, en un todo, a lo válidamente convenido, es difícil argumentar que, por el solo hecho de invocar una cláusula contractual, ella ha violado la exigencia de buena fe contenida en el citado artículo 1160. Esto es en el entendido de que, tal como ya señalamos, consideramos que la validez de la cláusula en cuestión presupone que la misma no sea abusiva. Así que no vemos mayor utilidad en alegar una violación de la exigencia de buena fe establecida en el artículo 1160 del Código Civil, salvo que haya habido mala fe en la *ejecución* —y no en la *celebración*— del contrato correspondiente, teniendo quien la invoca la carga de demostrar dicha mala fe (sin basarse en la sola circunstancia de que la otra parte invocó una norma contractual en su contra).

Similarmente, estimamos que invocar, por sí solo, el postulado de la buena fe en la interpretación de los contratos (artículo 12 del Código de Procedimiento Civil), no es el medio apropiado para enfrentarse a cláusulas bien redactadas y válidamente acordadas. En el régimen de derecho común, dicho postulado es relevante en caso de disposiciones contractuales válidas que generen dudas de interpretación o de aplicación, cuyo significado debe ser determinado según lo que imponga la buena fe; mientras que, en el régimen de los contratos de adhesión, sucede que los adherentes pueden exigir que se interpreten a su favor las cláusulas o convenios de difícil

comprensión, tal como señalamos anteriormente. En relación con las cláusulas abusivas bien redactadas, insistimos en que su validez puede enervarse invocando una violación del requisito de que los contratos deben ajustarse en un todo a las buenas costumbres y a las exigencias del orden público, conforme al artículo 6 del Código Civil, que implícitamente prohíbe estipulaciones contractuales impuestas de mala fe.

En conclusión, consideramos que alegar una violación del requisito legal de buena fe en la ejecución de los contratos no es, en principio, el medio apropiado para enervar una cláusula abusiva, pues parece más lógico argumentar que la cláusula está viciada *ab initio*, precisamente por ser abusiva. Alegar una violación de este requisito es, más bien, el medio apropiado para cuestionar la manera como el contratante de mala fe ejecuta el contrato, aunque las cláusulas invocadas por éste no sean abusivas. En este orden de ideas, respecto de un seguro de vida, nuestra Corte Suprema de Justicia decidió que invocar una "cláusula de rescisión anticipada... que permitía su aplicación sólo por la empresa aseguradora," ante un "atentado criminal contra el asegurado", contraría "la nota de buena fe que caracteriza al contrato de seguros"[447]. Hubiera sido interesante que se planteara una discusión en torno a la validez o no de dicha "cláusula de rescisión anticipada... que permitía su aplicación sólo por la empresa aseguradora".

La Ley de Protección al Consumidor y al Usuario que estuvo vigente entre 1992 y 2004 establecía lo siguiente: "No producirán efecto alguno las cláusulas o estipulaciones en los contratos de adhesión que:... Priven al consumidor o al usuario de su derecho a resarcimiento frente a deficiencias que afecten la utilidad o finalidad esencial del producto o servicio". Al respecto, existe la siguiente cita doctrinal: "La referencia a la 'utilidad o finalidad esencial del producto o servicio' hace pensar... que hay 'un mínimo contractual' al que el predisponente está necesariamente obligado. Cuando un cliente tiene fe en el producto o el servicio de un fabricante o de un profesional queda excluido que éstos puedan argumentar no haber actuado de mala fe cuando le suministran un producto o un servicio deficiente. Esto es una simple derivación del principio general que

[447] Casación Civil, sentencia del 5 de mayo de 1998, antes citada.

impone que los contratos sean ejecutados de buena fe (artículo 1160 CC)"[448]. Si bien dicha norma desapareció, el principio de buena fe del artículo 1160 del Código Civil queda incólume, a partir del cual se puede sostener la idea de que hay un "mínimo contractual" que debe ser respetado.

4) Rigor en el análisis de los vicios del consentimiento

La doctrina venezolana ha señalado que pueden atacarse las cláusulas abusivas incluidas en los contratos de adhesión, cuestionando, cuando ello se justifique, "la certeza de la aceptación de la cláusula por parte del cocontratante contra quien se pretende hacer valer"[449]. Esto es verdad, pero sólo soluciona algunos casos. No ofrece una respuesta global, como la que se podría encontrar en los postulados de buena fe y equidad, y la exigencia legal de respeto al orden público, conforme al Código Civil, de acuerdo con lo comentado anteriormente.

En relación con la posibilidad de objetar la validez de una cláusula abusiva con el argumento de que el adherente no la consintió, nuestra doctrina ha destacado, con razón, lo siguiente: "La utilización de criterios de esta especie requiere, sin embargo, de una gran ponderación para no infringir por estas vías el principio de la autonomía de la voluntad, por lo cual habrá que tomar muy en cuenta las verdaderas circunstancias de hecho que rodean la concreta relación contractual y que imponen admitir la concurrencia del consentimiento de la parte que ahora pretende escapar a la aplicación de la cláusula, cuando tal aceptación resulte inequívocamente de las circunstancias mismas de la relación contractual o de los precedentes comportamientos de las mismas partes o de tratarse de las cláusulas de utilización general o frecuente en el comercio"[450]. Al respecto, nuestra doctrina también ha resaltado, correctamente, lo señalado a continuación: "...en la práctica, quien se viese en la necesidad de aceptar las condiciones generales de contratación del económicamente fuerte, en conjunto,

---

448 Melich: Las Particularidades del Contrato con Consumidores, obra citada, p. 101.
449 Melich: Las Condiciones Generales de Contratación y Cláusulas Abusivas, obra citada, p. 175.
450 Melich: Doctrina General del Contrato, obra citada, p. 530.

experimentaría una gran dificultad para demostrar la violencia o el dolo a fin de obtener que una sentencia lo libertara de la obligación contraída"[451].

5) Severidad en la apreciación de la culpa

Está generalmente aceptado que las disposiciones contractuales no pueden amparar actuaciones realizadas con culpa grave o con mala intención.

Pues bien, la doctrina venezolana ha señalado que pueden enervarse ciertas cláusulas abusivas incluidas en contratos de adhesión, mediante el expediente de "reforzar la protección de los consumidores frente a las faltas en que incurran los productores, las cuales, en razón de provenir de presuntos expertos, se prestan a que se... califiquen como 'faltas graves'..."[452]. Desde esta óptica, si el proveedor de bienes o servicios incurre en culpa, ésta debe ser calificada como grave, dado que el proveedor es el experto en la producción, importación o distribución de los bienes o servicios que suministra; y, en este caso, es decir, si la culpa del proveedor califica, en efecto, como grave, el consumidor o usuario se hace acreedor de una protección mayor que la que normalmente tiene la contraparte contractual de un contrato paritario. Pero tenemos reservas con respecto a este punto de vista, pues determinar si hubo o no culpa, y si la misma es leve o grave, es un asunto que hay que dilucidar caso por caso, dependiendo de las circunstancias, sin generalizar.

6) Irrevocabilidad de los contratos

Sería abusiva la cláusula según la cual el proponente se reservara el derecho de modificar unilateralmente los contratos de adhesión, sin ni siquiera prever un mecanismo de difusión y aceptación tácita por los adherentes. Esta cláusula sería nula, ya que los contratos no pueden revocarse sino por mutuo consentimiento, y, para modificar un vínculo jurídico preexistente, se requiere la

---

451 Kummerow: obra citada, p. 72.

452 Melich: Las Condiciones Generales de Contratación y Cláusulas Abusivas, obra citada, p. 176.

celebración de un contrato en tal sentido entre las partes (artículos 1133 y 1159 del Código Civil). Esto es congruente con el principio general del derecho según el cual uno de los contratantes no puede sujetar el cumplimiento de sus obligaciones a su sola voluntad, principio que aparece reflejado en la disposición según la cual son nulas las obligaciones contraídas bajo condición potestativa (artículo 1199[453] y artículo 1202[454] del Código Civil).

[453] El artículo 1199 del Código Civil dispone:
"La condición es causal, cuando depende enteramente de un acontecimiento fortuito, que no está en la potestad del acreedor ni del deudor.
"Es potestativa, aquélla cuyo cumplimiento depende de la voluntad de una de las partes, y mixta cuando depende a un mismo tiempo de la voluntad de las partes contratantes y de la voluntad de un tercero, o del acaso."

[454] El artículo 1202 del Código Civil dispone: "La obligación contraída bajo una condición que la hace depender de la sola voluntad de aquél que se ha obligado, es nula."

SEGUNDA PARTE

CONTRATOS DE ADHESIÓN Y CLÁUSULAS ABUSIVAS EN PARTICULAR

En la primera parte de este trabajo explicamos que los contratos son convenciones entre dos o más personas naturales o jurídicas, usualmente para constituir y reglar entre ellas un vínculo jurídico, siendo uno de sus elementos esenciales el consentimiento de éstas. Los artículos 1133 y 1141 del Código Civil, que contemplan lo anterior, rigen también con respecto a los casos, muy frecuentes, en los que una de las partes ofrece a la otra celebrar un contrato previamente redactado, el cual no es objeto de negociación o discusión, sino sólo de aceptación. Esto es común en las situaciones en las que una persona jurídica, que provee al público determinados bienes o servicios, exige, de quienes estén interesados en adquirirlos, que se adapten a un conjunto de normas diseñadas para regir las relaciones entre éstos y aquélla. Ese conjunto de normas está vertido en un acuerdo, regido por los dos artículos citados, el cual es generalmente denominado contrato de adhesión. Ese conjunto de normas tiene, entonces, carácter convencional, porque la voluntad concordante de ambos contratantes las hace obligatorias. En este sentido, la mayoría de los contratos de adhesión consiste en un articulado con fuerza contractual impuesto por el proveedor y admitido por el consumidor o usuario, quien no tiene la posibilidad de modificar su contenido de manera sustancial. La contratación en masa es importante para el correcto funcionamiento de la economía, y, con los contratos de adhesión, se logra uniformar y racionalizar las reglas de juego que rigen las relaciones entre cualquier compañía y sus clientes, lo cual resulta en eficiencia y ahorro. Sin embargo, como el proponente redacta el contrato y el adherente tiene que asentir para poder adquirir de aquél el bien o servicio de que se trate, muchas veces el texto contractual así impuesto contiene cláusulas abusivas, particularmente si a éste se le dificulta obtener el mismo bien o servicio de un tercero. Dado que los contratos de adhesión pueden contener cláusulas abusivas, suele haber algún control del Estado sobre ciertos contratos de adhesión. Los contratos de adhesión pueden ser objeto de control *a priori*, mediante la exigencia de una autorización emitida por una autoridad del Estado,

con respecto al modelo de contrato, antes de que el proveedor ofrezca los correspondientes bienes o servicios a los consumidores o usuarios. En este caso, dicha aprobación previa puede ser concebida de dos maneras: autorización expresa, o autorización tácita. Esta última se produce cuando la normativa relevante dispone que, si el solicitante de la aprobación estatal no obtiene respuesta dentro de un plazo determinado, hay silencio positivo. Esto último es lo más recomendable. En los casos de contratos de adhesión sujetos a control administrativo previo, bien sea expreso o tácito, debería bastar la aprobación explícita o implícita, según el caso, del regulador con respecto al documento contentivo del articulado del contrato de adhesión. No debería ser necesaria tal autorización previa en relación con el acuerdo de arbitraje separado, pues no se trata de una cláusula arbitral impuesta como parte del articulado al que hay que consentir para acceder al bien o servicio contratado, sino de un complemento contractual con respecto al cual el adherente puede abstenerse de asentir. Un control, alternativo o adicional a dicho control previo, es el control posterior de los contratos de adhesión. En efecto, los contratos de adhesión pueden ser objeto de un control *a posteriori*, mediante el otorgamiento, a alguna autoridad del Estado, de la facultad de estudiar contratos de adhesión ya celebrados, pudiendo ordenar modificaciones o privar de efectos todas o algunas de sus cláusulas. La autoridad del Estado que ejerce control sobre contratos de adhesión puede ser un ente del Poder Ejecutivo, en cuyo caso es un control administrativo, o un tribunal, en cuyo caso es un control judicial.

En ésta, la segunda parte del presente trabajo, nos referiremos a ciertas cláusulas que el legislador o la doctrina han considerado abusivas, cuando están referidas a contratos de adhesión. El distinguido profesor, autor y académico venezolano, el doctor José Melich Orsini, refiriéndose a la ley de 1992, nos enseña que los contratos de adhesión pueden tener por objeto, *en primer lugar*, 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; *en segundo lugar*, la regulación de la responsabilidad contractual u otros efectos del incumplimiento; y, *en tercer lugar*, algún otro aspecto vinculado a la actuación del derecho de crédito surgido

del contrato[455]. El mismo doctor Melich indica, 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'..."[456]. En ésta, la segunda parte del presente libro, trataremos de agrupar ciertas cláusulas sospechosas dentro de las tres categorías anteriores, atendiendo al planteamiento doctrinario que acabamos de reseñar.

Pero primero nos referiremos a dos disposiciones contractuales frecuentes, que posiblemente constituyen las cláusulas abusivas más obvias, como lo son la que establece, en un contrato bilateral, prestaciones notoriamente desproporcionadas, y la que establece el derecho de una de las partes a modificar el contrato sin la aceptación, ni siquiera tácita, del otro contratante; también nos referiremos a las disposiciones contractuales que prevén incrementos automáticos de precio o precios en moneda extranjera, las cuales, en tiempos de inflación, revisten particular importancia.

La doctrina venezolana nos enseña que las cláusulas que establecen, en los contratos bilaterales, prestaciones notoriamente desproporcionadas, son disposiciones contractuales que afectan el equilibrio económico del contrato, o sea, el equilibrio entre las prestaciones; mientras que las demás cláusulas calificables como abusivas, a las que nos referimos en los párrafos anteriores, son, más bien, disposiciones contractuales que afectan el equilibrio normativo, es decir, el equilibrio entre derechos y obligaciones[457]. Muchos consideran que sólo estás últimas cláusulas son merecedoras del calificativo de abusivas.

Sin embargo, antes de entrar en materia, consideramos oportuno señalar que, en algunos casos, la ley indicaba que una cláusula era nula, o que era nulo el contrato que la contenía, porque el legislador consideró que se trataba de disposiciones contractuales abusivas. Pero, en muchos otros casos, era necesario analizar la

---

455 Melich: Doctrina General del Contrato, obra citada, pp. 520 y 521; y Las Condiciones Generales de Contratación y Cláusulas Abusivas, obra citada, p. 169.

456 Melich: Las Condiciones Generales de Contratación y Cláusulas Abusivas, obra citada, p. 180.

457 Pinto Oliveros, Sheraldine: La Protección del Consumidor en Derecho Venezolano, publicado en Revista de Direito Do Consumidor, año 21, vol. 81, enero-marzo 2012, Brasil, 2012, p. 212.

cláusula y el contrato correspondiente, para determinar si había abuso y la consecuencia jurídica del mismo, no existiendo ningún texto legal que estableciera soluciones claras y precisas al respecto. En relación con este tema, el prenombrado profesor, autor y académico nos enseñaba: "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"[458]. Estas enseñanzas son relevantes para entender el problema que se plantea, aunque las normas legales a las que se refería el doctor Melich hayan desaparecido.

A partir del 24 de marzo de 1992, del 4 de mayo de 2004 y del 31 de julio de 2008, la Ley de Protección al Consumidor, la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario y la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios, respectivamente, hasta la derogación de esta última por la Ley de Orgánica de Precios Justos el 23 de enero de 2014, regularon los contratos de adhesión y las correspondientes cláusulas abusivas. Las tres leyes sucesivas derogadas incluían un listado de cláusulas que son abusivas si se encuentran en un contrato de adhesión, y que, por ende, son, de entrada, nulas (cláusulas negras). Ahora bien, otra manera de regular esto es establecer una lista de cláusulas susceptibles de ser consideradas abusivas cuando se encuentran en un contrato de adhesión, respecto de las cuales se presuma su carácter abusivo, salvo prueba en contrario; es decir, si el predisponente no desvirtúa la presunción de abuso con respecto a una cláusula del listado legal, ésta es nula (cláusulas grises). Este planteamiento es compatible con la apreciación del doctor Melich, según la cual ciertas disposiciones contractuales son "Cláusulas sospechosas de ser abusivas" o "cláusulas que se prestan a abuso por parte del predisponente de 'condiciones generales de contratación'"[459], y "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"[460]. Por lo tanto, nos parece que, cuando se legisle

458 Melich: Las Particularidades del Contrato con Consumidores, obra citada, p. 104.
459 Melich: Las Condiciones Generales de Contratación y Cláusulas Abusivas, obra citada, p. 180.
460 Melich: Las Particularidades del Contrato con Consumidores, obra citada, p. 104.

nuevamente sobre esta materia, es preferible que la ley establezca un listado de cláusulas grises, que un listado de cláusulas negras. En efecto, los contratos relativos a los diversos negocios jurídicos son distintos, y cierto tipo de cláusula puede ser abusiva en una relación contractual por adhesión y razonable en otra, por lo que es necesaria una valoración de posibles abusos caso por caso.

También nos parece preferible una lista enunciativa o abierta, que una lista taxativa o cerrada. La ley de 1992 contenía una lista cerrada, mientras que las leyes de 2004 y 2008 contenían una lista abierta.

CAPÍTULO I

CONTRATOS DE ADHESIÓN QUE ESTABLECEN PRESTACIONES GROSERAMENTE DESPROPORCIONADAS

El artículo 1 del Decreto sobre Represión de la Usura del 9 de abril de 1946 castigaba con multa y prisión a "Cualquiera que intencionalmente se valga de las necesidades apremiantes de otro para obtener para sí o para un tercero una prestación, cesión, garantía o algo análogo que implique una ventaja o beneficio que tomando en cuenta las circunstancias concomitantes, resultare notoriamente desproporcionada a la contraprestación o entrega que por su parte verificare". La norma citada fue derogada tácitamente por la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario[461]. De hecho, primero el artículo 108 de la ley publicada el 24 de marzo de 1992 y reformada el 17 de mayo de 1995, y luego el artículo 126 de la ley publicada el 4 de mayo de 2004, castigaron con multa y prisión a "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 o beneficio notoriamente desproporcionado a la contraprestación que por su parte realiza". La misma tipificación fue incluida en el artículo 143 de la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios, publicada el 31 de julio de 2008, que también fue objeto de reforma y luego derogada, y en el artículo 58 de la Ley Orgánica de Precios Justos, cuya versión actualmente vigente es la publicada el 8 de noviembre de 2015 y reimpresa el 12 del mismo mes. En las dos últimas leyes, los únicos cambios, respecto de las dos

[461] Borjas, Leopoldo: Régimen Legal sobre los Intereses, en Ensayos y otros Estudios Jurídicos, t. 2, Caracas, 1981, p. 557 y ss. Es interesante destacar que el Decreto Legislativo 247 del 9 de abril de 1946, sobre represión de la usura, estableció intereses máximos del 12% anual. La Ley de Protección al Consumidor del 5 de agosto de 1984, por su parte, señalaba que el Ejecutivo Nacional podía fijar los intereses máximos cobrables. Al respecto, la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, el 19 de febrero de 1981, declaró que dicho Decreto Legislativo de 1947 fue parcial y tácitamente derogado por la Ley de Protección al Consumidor de 1984, por cuanto de dicha ley se desprende que ya no se aplica la tasa máxima del 12% anual, prevista en el referido decreto, sino la que fije en cada momento el Ejecutivo Nacional. Como esto último el Ejecutivo Nacional no lo había hecho todavía, la citada sentencia señaló que, tan pronto éste fijara dicha tasa máxima, se castigaría a los infractores con la sanción prevista en el mencionado decreto (prisión de hasta dos años o multa hasta de Bs. 10.000,oo). Dicha decisión probablemente se inspiró de un escrito presentado en tal sentido por el doctor Leopoldo Borjas, ante la Corte Suprema de Justicia.

leyes anteriores, fueron que desapareció la palabra "beneficio", la cual era redundante, pues basta decir "ventaja"; y que ya no hay multa, sino sólo prisión. Actualmente, el delito de usura genérica, así tipificado, es penado, por la última ley mencionada, con prisión de entre cinco y ocho años.

De modo que los textos legales sucesivos mencionados prohíben que una parte de un contrato exija a la otra una prestación que sea notoriamente desproporcionada respecto de la prestación que se compromete a cumplirle. La regla en comentario sólo puede aplicarse en caso de una desproporción importante y manifiesta entre las prestaciones pactadas en un contrato bilateral, es decir, se requiere un enriquecimiento notable de una de las partes, en perjuicio de la otra; y que el mismo resulte evidente, desde el momento mismo de la contratación, de la sola comparación del valor relativo de las obligaciones asumidas por ambos contratantes.

La doctrina venezolana nos enseña que "el equilibrio de las prestaciones adquiere importancia respecto a la (prohibición de) usura, que requiere una comparación entre las prestaciones de las partes"[462].

La doctrina de nuestro país menciona dos posibles puntos de vista en relación con el citado artículo 1 del Decreto sobre Represión de la Usura de 1946, que pueden igualmente ser esgrimidos con respecto a los artículos que le sucedieron, hasta llegar al vigente artículo 58 de la Ley Orgánica de Precios Justos. Según el primer punto de vista, debe aplicarse la pena allí establecida, sin considerar nulo el contrato que acuerda a una de las partes beneficios evidentemente desproporcionados en perjuicio de la otra; y, según el segundo punto de vista, tales contratos necesariamente son nulos, por ser de objeto ilícito[463]. Esto último parece lo correcto. En efecto, tal solución es congruente con las disposiciones del Código Civil según las cuales es una condición para la existencia del contrato el que se haya pactado un objeto que pueda ser materia de éste (artículo 1141, número 2, del Código Civil)[464], debiendo tal objeto ser

---

462 Pinto Oliveros: La Protección del Consumidor en Derecho Venezolano, obra citada, p. 213.

463 Maduro Luyando, Eloy: Curso de Obligaciones, Derecho Civil III, Caracas, 1967, pp. 503 y ss.

464 El artículo 1141 del Código Civil dispone:
"Las condiciones requeridas para la existencia del contrato son:

lícito (artículo 1155 del Código Civil)[465]. Nuestra doctrina también ha expresado, en relación con casos como éste, que, "cuando no se prevea en la norma la posibilidad de imponer a la contraparte una modificación del contrato lesivo para restablecer el roto equilibrio contractual, la solución sólo podría ser una acción de nulidad, bien por ilicitud del objeto, por deficiencia parcial de la causa... o por una supuesta violencia de los acontecimientos"[466]. En nuestro criterio, procede la nulidad de la cláusula o del contrato ilegal, según que se trate o no de una cláusula esencial. Esto es congruente con el principio según el cual las disposiciones de las leyes sucesivas precedentes son de orden público y por ende inderogables mediante contrato, o sea que la voluntad contractual contraria a los correspondientes textos legales no surte efectos jurídicos. Lo anterior está establecido actualmente en el artículo 4 de la Ley Orgánica de Precios Justos publicada el 8 de noviembre de 2015 y reimpresa el 12 del mismo mes.

Entendemos que, estando de por medio penas privativas de la libertad, son muy raras las aplicaciones de la normativa antes transcrita. Si la sanción fuese únicamente de carácter civil (la nulidad de la convención o de la disposición contractual ofensiva, la obligación de renegociarla o la modificación administrativa o judicial de lo acordado), entonces aquellas personas naturales o jurídicas que son víctimas de contratos muy evidentemente contrarios a la equidad gozarían, en la práctica, de mayor protección, pues la doctrina y jurisprudencia civil, mercantil y administrativa venezolanas podrían haber desarrollado los conceptos de ventaja o beneficio notoriamente desproporcionado, en defensa de la parte de quien se exige tal prestación exorbitante.

José Melich Orsini escribió que las cláusulas de contratos de adhesión que establezcan una desproporción importante y manifiesta entre las prestaciones pactadas no son, estrictamente hablando, cláusulas abusivas. En efecto, el doctor Melich, comentando el

---

1.- Consentimiento de las partes;
2.- Objeto que pueda ser materia de contrato; y
3.- Causa lícita".

[465] El artículo 1155 del Código Civil dispone: "El objeto del contrato debe ser posible, lícito, determinado o determinable".

[466] Melich: Doctrina General del Contrato, obra citada, p. 165.

artículo 18 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, que definía a los contratos de adhesión, destacó que un "elemento que caracteriza al 'contrato de adhesión' es la negación de toda oportunidad de negociación por parte del cocontratante que acepta las cláusulas (o cláusula) predispuestas. Nuestra LPCU dice: 'sin que el consumidor, pudiera discutir o modificar su contenido'... La exclusión de la negociabilidad individual de la cláusula nos conduce a excluir para la calificación de un contrato como 'contrato de adhesión' aquellas cláusulas que son esenciales para la tipificación misma del contrato, tales como las que definen el objeto del mismo, el precio, la relación de éste con la calidad de la prestación comprometida. El artículo 4.2 de la Directiva 93/13 de la CEE dispone al efecto que 'la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por la otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible'. Se aprueba fácilmente esta exclusión cuando se reflexiona en que las principales prestaciones de un contrato de las que se ocupan sus cláusulas principales o esenciales están determinadas por la libre competencia en el mercado que nuestra propia Constitución garantiza, cuando programa en su artículo 95 promover 'la diversificación de la producción' y en sus artículos 96 y 98 reglamenta 'la libertad económica' y estimula 'la iniciativa privada'...[467]. El ámbito natural de las cláusulas abusivas son por tanto las cláusulas accesorias o secundarias, por ser precisamente aquellas en que puede darse la circunstancia de que a una de las partes de la relación contractual le haya sido dada la posibilidad de imponerla y a su contraparte negada la posibilidad de negociar. El aparte de nuestro artículo 18

[467] La materia regulada por los artículos 95, 96 y 98 de la Constitución de 1961 es ahora objeto del artículo 112 de la Constitución de 2000, del siguiente tenor: "Artículo 112.- Todas las personas pueden dedicarse libremente a la actividad económica de su preferencia, sin más limitaciones que las previstas en esta Constitución y las que establezcan las leyes, por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del ambiente u otras de interés social. El Estado promoverá la iniciativa privada, garantizando la creación y justa distribución de la riqueza, así como la producción de bienes y servicios que satisfagan las necesidades de la población, la libertad de trabajo, empresa, comercio, industria, sin perjuicio de su facultad para dictar medidas para planificar, racionalizar y regular la economía e impulsar el desarrollo integral del país".

LPCU...[468] aclara a este respecto que la inserción en un determinado contrato de otras cláusulas que efectivamente hayan sido negociadas, no excluye la posibilidad de que nos hallemos ante un contrato de adhesión"[469]. De manera que dicho autor considera que las cláusulas que establecen prestaciones desproporcionas, incluyendo las cláusulas usurarias, no califican como cláusulas abusivas. Como consecuencia de lo anterior, el doctor Melich no estudia, dentro del tema relativo a las cláusulas abusivas, la normativa en materia de prestaciones desproporcionadas, relativa al delito de usura, sino que trata esta materia en su análisis de la lesión, en el capítulo relativo a los vicios del consentimiento[470]. Nosotros, por el contrario, consideramos que las cláusulas que establecen prestaciones desproporcionas, incluyendo las cláusulas usurarias, califican como cláusulas abusivas, en razón de lo cual incluimos el presente capítulo en este libro.

[468] Ahora artículo 81 de la nueva Ley de Protección al Consumidor y al Usuario.
[469] Melich: Las Particularidades del Contrato con Consumidores, obra citada, pp. 96 y 97.
[470] Melich: Doctrina General del Contrato, obra citada, p. 164.

CAPÍTULO II

CONTRATOS DE ADHESIÓN QUE PREVÉN MODIFICACIONES UNILATERALES DEL PRECIO O DE CUALQUIER OTRO ELEMENTO DEL CONTRATO

1) Contratos de adhesión que permiten al proponente modificar unilateralmente su clausulado

Aquí nos referiremos a ciertas cláusulas, que a veces aparecen en los contratos de adhesión, mediante las cuales el proponente se reserva el derecho de modificar por sí solo el contrato que lo une al adherente. Pues bien, en nuestra opinión, tales cláusulas no tienen ningún valor. En efecto, 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 deseada por el proponente sea válida, tiene que ser aceptada por el adherente. Sin embargo, existe la opinión contraria, según la cual "ocurre en la práctica… que, en el texto del contrato, se prevé la facultad de una de las partes de alterar sus términos… La actuación llevada a cabo no será unilateral, desde que se basa en disposiciones contractuales"[471]. Discrepamos de esto, pues, en nuestra opinión, para que la modificación de un contrato de adhesión deseada por el proponente sea válida, tiene que ser aceptada por el adherente; y 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

[471] Hernández G.: obra citada, p. 50.

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.

Por lo tanto, en los contratos de adhesión a tiempo indeterminado, consideramos lícito establecer un mecanismo como el indicado, que dé al proponente el derecho a terminar el contrato, luego de que haya vencido un lapso convencional (el cual haría las veces de un preaviso), respecto de aquellos adherentes que, durante dicho lapso, rechacen las modificaciones propuestas; en el entendido de que la inercia de los adherentes vale aceptación. En los contratos a plazo, renovables o no, también consideramos lícito establecer un mecanismo como el que acabamos de describir, aunque en muchos casos quizás sea más fácil esperar el vencimiento del período de duración y, simplemente, proponer un contrato modificado a quienes deseen continuar la relación. Por último, en aquellos contratos a plazo que sean renovables de manera automática, consideramos que también sería lícito establecer un mecanismo que permita al proponente poner fin a la relación contractual al vencimiento del término de duración, respecto de aquellos adherentes que hayan rechazado los cambios propuestos, no obstante el deseo de éstos de renovar el contrato; igualmente en el entendido de que el silencio de los adherentes vale aceptación.

En el mismo sentido, es frecuente establecer, en relación con ciertos contratos de adhesión, algún tipo de publicidad, tal como

divulgar el texto correspondiente mediante la prensa, inscribir su articulado en un registro, poner su clausulado a la disposición de quien lo quiera consultar en los libros de autenticación de alguna notaría; y que, en caso de que el predisponente quiera realizar modificaciones contractuales, las mismas serán objeto del mismo tipo de publicidad, para que los adherentes tengan acceso a los cambios, y, si no son de su agrado, puedan 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 de su contraparte, 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, a fin de 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 cualquier actividad económica.

En conclusión y de manera general, es importante reconocerles el valor que tienen a las cláusulas de modificación de los contratos de adhesión, pues usualmente responden a la necesidad de actualizar los contratos, y algunas veces se trata de ajustes favorables al adherente, de nuevos productos o de mejoras de los productos existentes. La clave para el proponente poder modificar un contrato de adhesión se encuentra en que le permita al adherente familiarizarse con el cambio y aceptarlo o retirarse de la relación contractual. La efectividad de estas cláusulas viene dada por la circunstancia de que establecen un silencio positivo. Por el contrario, si el cambio se hace depender de un sistema de aceptación expresa, habrá clientes 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, ya que, en todos estos casos, el resultado es privar al usuario de los bienes o servicios de que se trate.

Sin embargo, durante una época y en el ámbito de las relaciones entre los proveedores de bienes o servicios y los consumidores y usuarios de los mismos, el legislador descartó 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 y el artículo 72 de la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios de 2008, luego de señalar que "Queda prohibida la modificación unilateral", previeron, para "el caso de contratos de adhesión con vigencia temporal de mediano o largo plazo", que el proveedor informara al consumidor o usuario, "con una antelación mínima de un mes, las modificaciones en las condiciones y términos de suministro del servicio", dándole al consumidor o usuario la opción entre "continuar con el mismo proveedor o rescindir el contrato", y especificando que, "De no aceptarse las nuevas condiciones y términos", entonces "se entenderá que el contrato queda rescindido". El silencio negativo o rechazo tácito consagrado en dichas disposiciones legales establecía 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 justificaba tal variación, ya que, dado el carácter masivo de la contratación por adhesión, al no permitirse establecer la aceptación implícita de quien se adhirió, cuyo deseo de rescindir el contrato era presumido por el legislador, resultaba muy difícil, en la práctica, modificar las cláusulas de manera consensual, manteniendo incólume la clientela. El redactor de las normas sucesivas mencionadas parece no haber tenido en cuenta los intereses de los consumidores y usuarios que deseaba proteger, pues los privó del amparo contractual en caso de que no contestasen, lo que es 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. Si bien las normas que transcribimos anteriormente conceden a los proponentes de contratos de adhesión un mecanismo para no tener vigentes, al mismo tiempo, varios contratos de adhesión, con diferentes fechas y cláusulas, para un mismo asunto, sucede que dichas normas

olvidaron el interés de los consumidores y usuarios, al penalizar su silencio con su exclusión de la esfera contractual, en lugar de premiarlos con su inclusión bajo las nuevas reglas convencionales aplicables.

De manera que estas leyes sucesivas establecieron un sistema de silencio negativo sumamente perjudicial para aquellos consumidores o usuarios que no respondieran puntualmente la propuesta de modificación contractual hecha por el proveedor, ya que los dejaba automática y fatalmente sin protección contractual. Ambas leyes no se contentaron con descartar el silencio positivo, que permite actualizar los contratos, sino que llevaron este tema a unos niveles de absurdo difíciles de concebir. En efecto, los artículos citados exigían que el proveedor que quisiera introducir cambios les suministrara, a los consumidores o usuarios, "información perfectamente verificable sobre las condiciones que, para un servicio de similares características, ofrezcan por lo menos tres competidores existentes en el mercado"; agregando que, en caso "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". En esa época, la autoridad competente en temas de protección al consumidor y usuario era el INDECU, en el caso de la primera ley mencionada, y el INDEPABIS, en el caso de la segunda. Ahora bien, respecto del primer artículo mencionado, nuestra doctrina señaló lo siguiente, que también valía para el segundo: "la determinación de la 'posición monopólica' del proveedor corresponderá efectuarla a… la Superintendencia Pro-Competencia"[472], hoy Superintendencia Antimonopolio. Esto creaba una suerte de pesadilla burocrática, para el proponente que quisiera actualizar o mejorar sus contratos de adhesión.

El artículo 83 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario de 2004 y el artículo 72 de la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios de 2008, antes citados, requerían, en los casos de contratos de adhesión referidos a las condiciones de empleo del consumidor o usuario, "como es el caso de las cuentas de nómina de empresa que manejan con carácter de

[472] Hernández G.: obra citada, p. 50 y 51 (el paréntesis es nuestro).

exclusividad los bancos, todo cambio en las condiciones de los contratos de adhesión, deberán ser negociadas con el colectivo afectado".

Al respecto, la doctrina expresaba que "Esta exigencia desvirtúa la racionalidad comercial de los contratos de adhesión, e impone un límite desproporcional a la libertad de contratos. Si las instituciones financieras —y otros proveedores similares, como las empresas de seguro— pudiesen negociar con sus usuarios los términos de todos los contratos celebrados, ciertamente no habría necesidad de acudir a la figura de los contratos de adhesión. Los altos costes de esas negociaciones colectivas son, precisamente, la causa que justifica esa especial figura contractual, que ha quedado notablemente afectada en relación con el artículo comentado"[473].

En conclusión, las disposiciones sucesivas que acabamos de citar no sólo prohibían modificar unilateralmente los contratos de adhesión, lo que era razonable, sino que, apartándose de toda lógica jurídica y sentido práctico, proscribían los mecanismos para obtener la aprobación implícita de los adherentes respecto de las alteraciones que se les propusieran, ya que establecían un sistema de silencio negativo; con el agravante de que colocaban, en cabeza del proponente necesitado de ajustes contractuales, unas cargas prácticamente imposibles de satisfacer. Por todo esto, tenía sentido restringir al mínimo el alcance de ambas disposiciones legales, mientras estuvieron vigentes.

Con la desaparición de 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. Cuando se establecen estos mecanismos, no estamos en una situación en la cual el proponente revoca un contrato de adhesión o impone unilateralmente una modificación del mismo, en cuyo caso habría una ilegalidad. En efecto, si bien los contratos tienen fuerza de ley y no pueden revocarse sino por mutuo consentimiento (artículo 1159 del Código Civil), es viable modificar un vínculo jurídico preexistente, mediante un acuerdo entre las partes (artículo 1133 del Código Civil). Entonces, el contrato de

473 Hernández G.: obra citada, pp. 52 y 53.

adhesión puede establecer procedimientos para que el proponente plantee cambios y el adherente los conozca y los rechace expresamente o los consienta implícitamente. En estos casos, se parte de la premisa, que es correcta, de que, para que la modificación deseada por el proponente sea válida, tiene que ser aceptada por el adherente (artículo 1137 y numeral 1° del artículo 1141 del Código Civil), lo que cual es compatible con un sistema de silencio positivo o aceptación tácita. Establecer esto contractualmente es procedente, ya que las partes de un contrato pueden válidamente obligarse conforme a lo que ellas mismas convengan, siempre que no contravengan el orden público o las buenas costumbres (argumento *a contrario* resultante artículo 6° del Código Civil).

Sin embargo, la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario, Sudeban, en el artículo 24 de sus Normas Relativas a la Protección de los Usuarios de los Servicios Financieros, publicadas el 14 de diciembre de 2015, pretendió establecer lo mismo que el artículo 83 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario de 2004 y el artículo 72 de la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios de 2008, antes citados. Este silencio negativo o rechazo tácito, que se trató de reestablecer, no tiene ningún valor, pues, en primer lugar, estos últimos artículos ya habían sido derogados cuando dicha superintendencia emitió las normas mencionadas; en segundo lugar, el nuevo artículo 24 contradice los principios establecidos en el artículo 6°, el artículo 1133, el artículo 1137 y el numeral 1° del artículo 1141 del Código Civil, antes mencionados, los cuales, a diferencia de dichas normas, tienen rango legal; y, en tercer lugar, el que Sudeban regule de esta forma los contratos de adhesión del sector bancario contraría la reserva legal prevista en la Constitución.

En efecto, el número 1 del artículo 187 y el número 32 del artículo 156 de la Constitución establecen, respectivamente, que "Corresponde a la Asamblea Nacional:... Legislar en las materias de la competencia nacional...", y que "Es de la competencia del Poder Público Nacional:... La legislación en materia... civil, mercantil…, de bancos...". Si bien la Ley de Instituciones del Sector Bancario del 8 de diciembre de 2014, en su artículo 172, número 13, dispone que, entre las "atribuciones de la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario", se encuentra la de "Establecer las normas generales

que regulen los contratos e instrumentos de las operaciones de intermediación y servicios conexos permitidas a las instituciones del sector bancario", esta facultad no es ilimitada. La misma no puede ser entendida como una autorización para mantener vivas normas legales derogadas (los citados artículo 83 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario de 2004 y 72 de la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios de 2008, antes citados), ni para contradecir principios reflejados en normas legales vigentes (los citados artículos 6°, 1133, 1137 y 1141 numeral 1° del Código Civil). Lo único que la Superintendencia puede hacer, con base en dicha atribución, es dictar normas que reglamenten los contratos del sector bancario, de manera en un todo compatible con las disposiciones legales vigentes en materia de contratos en general y de contratos bancarios en particular, sin afectar su espíritu, propósito ni razón (principio reflejado en el número 10 del artículo 236 de la Constitución). Y, ciertamente, éste no es el caso del silencio negativo o rechazo tácito.

Sudeban, en el artículo 20, letra a, de las mismas normas, estableció que "las Instituciones Bancarias en las relaciones contractuales con sus clientes, deberán cumplir" ciertos "parámetros", tales como que "no incluirán en los contratos cláusulas que puedan vulnerar los derechos de éstos. A los efectos de estas normas, se considerarán… cláusulas excesivas y en consecuencia, no deberán estar contempladas en los contratos… Las que facultan a las Instituciones Bancarias a modificar unilateralmente el contenido de los contratos suscritos, sin la previa notificación de las partes interesadas". De modo que, por argumento en contrario, dicho artículo 20, letra a, permite incluir, en los contratos bancarios, cláusulas que facultan a los bancos para modificar unilateralmente el contenido de los contratos suscritos, siempre y cuando se haya notificado previamente a las partes interesadas. Esta posibilidad, de notificar la modificación unilateral de las cláusulas, está reñida con el citado artículo 24, que exige la aceptación de cada cliente, en defecto de la cual el contrato queda rescindido respecto de éste. De manera que una de las normas de esa superintendencia permite al banco modificar unilateralmente el contrato con una simple notificación y la otra requiere su consentimiento, equiparando su silencio a un rechazo, lo cual, por decir lo menos, es totalmente contradictorio.

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. No obstante las referidas normas, que repetimos, son contradictorias e ilegales, estimamos que es 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. Es importante abrirse a nuevos servicios bancarios y a mejoras de los servicios bancarios existentes.

En la hipótesis de que, no obstante el rango sub-legal, la inconstitucionalidad, lo absurdo y lo incongruente de las Normas Relativas a la Protección de los Usuarios de los Servicios Financieros, se fuera a aplicar su citado artículo 24, habría que concluir en que el silencio negativo allí establecido sólo afecta las situaciones que éste contempla expresamente, y que, sólo en ellas, se requiere la aceptación expresa del adherente, para que se modifique válidamente el contrato bancario de adhesión. Entonces, este artículo, que establece un sistema de rechazo tácito, únicamente puede ser aplicado en los casos previstos en su propio supuesto de hecho y para los fines previstos en dichas normas. Desde esta óptica, si una modificación contractual obrara en provecho de los clientes o usuarios bancarios, no se les podría privar de la protección del contrato, con base sobre dicha disposición normativa. Además, ésta sólo podría ser aplicada, como su texto lo indica, cuando, en perjuicio de los adherentes, el proponente plantee modificar el contrato de adhesión en cuanto concierne, específicamente, a "condiciones de tarifas, comisiones, tasas, calidad del servicio". En efecto, se pretendió consagrar un sistema de rechazo tácito con relación a "las condiciones de tarifas, comisiones, tasas, calidad del servicio", así que no nos parece que dicho sistema deba extenderse a otros elementos. Pensamos que dicho artículo, de tener alguna cabida, no regiría sino cuando se tratara de cambiar lo anterior, pues, en primer lugar, es una norma prohibitiva, que proscribe los

mecanismos contractuales para obtener la aprobación implícita del adherente respecto de las alteraciones que se le propongan, y que, por ende, no puede ser objeto de interpretación extensiva ni puede ser ampliado por analogía; y, en segundo lugar, es una norma incoherente y perjudicial, ya que, en las circunstancias en las que la misma se podría emplear, sucede que, por un lado, resulta imposible, en la práctica, modificar las cláusulas de manera consensual, manteniendo incólume la clientela; y, por otro lado, el regulador priva a los consumidores y usuarios, que supuestamente desea proteger, del amparo contractual cuando no contestan, lo que suele ocurrir. Entonces, si 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 tarifas, comisiones, tasas, calidad del servicio" ya acordadas por las partes; por ende, en estas situaciones, se puede, sin duda, modificar la relación contractual poniendo en ejecución los mecanismos de aceptación tácita o silencio positivo previstos contractualmente.

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 referido sistema de silencio negativo, en el que, si el consumidor o usuario no responde, se entiende que rechazó la modificación propuesta por el proveedor de bienes o 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. Por lo tanto, las Normas Relativas a la Protección de los Usuarios de los Servicios Financieros también están en conflicto con la Ley de Tarjetas de Crédito, Débito, Prepagadas y demás Tarjetas de Financiamiento o Pago Electrónico, de mayor jerarquía.

La necesidad de actualizar los contratos de adhesión normalmente no se plantea en el área del seguro, ya que las pólizas usualmente tienen una duración de un año, vencido el cual la aseguradora puede someter a la consideración del tomador del seguro un articulado distinto, debidamente aprobado por la Superintendencia de Seguros.

2) Contratos de adhesión que establecen incrementos unilaterales de precio

Ya tuvimos la ocasión de señalar que las Leyes de Protección al Consumidor y al Usuario y luego la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios, todas derogadas, prohibían las cláusulas abusivas y contenían una lista de éstas. Además, dichas leyes prohibían cobrar un precio superior al exhibido o anunciado, y la vigente Ley Orgánica de Precios Justos establece un control de precios muy severo. Respecto de dicha lista, la doctrina venezolana, en materia de contratos de adhesión, refiriéndose a la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario entonces en vigor, afirmó que "nuestra LPCU contiene una serie de prohibiciones sobre lo que deben reputarse tratos abusivos, arbitrarios o discriminatorios que permiten ampliar ese catálogo de cláusulas negras…, p. ej... Los proveedores no podrán cobrar un precio superior al exhibido o al que figure en lista, circulares, publicidad, oferta, presupuestos o en otros documentos vigentes"[474]. De manera que se puede considerar que son abusivas las cláusulas que establezcan incrementos de precio, en la medida en que dichas cláusulas hagan que éste exceda el precio máximo de venta aplicable. Esas cláusulas, en la misma medida, son contrarias al orden público, y, por ende, nulas. Por lo tanto, se puede sostener que esas cláusulas sólo son efectivas hasta que el aumento de precio alcance el máximo legal. De modo que no son abusivas las cláusulas incluidas en contratos de adhesión que establezcan procedimientos para incrementos automáticos en el precio de un producto o servicio, siempre y cuando se establezcan parámetros o procedimientos para los incrementos, que sean aceptados por las partes, y que el precio

[474] Melich: Las Particularidades del Contrato con Consumidores, obra citada, pp. 102 y 103.

correspondiente no esté regulado o tales incrementos no sobrepasen el límite superior permitido.

Una manera de establecer contractualmente incrementos automáticos de precio, es tomar como parámetro de referencia una moneda extranjera, aunque se haya establecido que el precio ha de ser pagado en Venezuela, en bolívares. En efecto, la tasa de cambio entre el bolívar y la moneda extranjera de que se trate, incluso la tasa oficial, varía con el tiempo; por lo que fijar un precio en bolívares, ajustable considerando las variaciones en la tasa de cambio con respecto a una divisa, puede equipararse al establecimiento de un mecanismo para ajustar el precio de manera automática. Ahora bien, la Ley del Régimen Cambiario, que está en vigor desde el 30 de diciembre de 2015, en su artículo 22, titulado "Uso de tipo de cambio no oficial para establecer precios", establece penas de multa y prisión para "Quienes promocionen, comercialicen o determinen los precios de bienes y servicios utilizando como referencia un tipo de cambio distinto a los permitidos por la normativa cambiaria o al fijado para la operación cambiaria correspondiente por la administración cambiaria". De manera que en este momento es legalmente posible fijar un precio en bolívares, ajustable considerando las variaciones en la tasa de cambio con respecto a una divisa, siempre y cuando se utilice una tasa de cambio oficial.

Similarmente, es posible fijar un precio en divisas, en aquellos casos particulares en los que esto no está prohibido. En efecto, la Ley del Banco Central de Venezuela, igualmente publicada el 30 de diciembre de 2015, dispone, en su artículo 128, que "Los pagos estipulados en monedas extranjeras se cancelan, salvo convención especial, con la entrega de lo equivalente en moneda de curso legal, al tipo de cambio corriente en el lugar de la fecha de pago". Este artículo establece una regla general según la cual las partes pueden acordar pagar o recibir divisas, respecto de la cual las excepciones tienen que ser objeto de interpretación restrictiva, o sea, las excepciones no pueden ampliarse para ser aplicadas a casos distintos de los expresamente previstos en la norma que las establezca. La misma norma dice se aplica el "tipo de cambio corriente en el lugar de la fecha de pago", obviamente queriendo decir el *tipo de cambio corriente en el lugar y la fecha de pago*. En nuestra opinión, las tasas oficiales, que son artificialmente bajas, no son el *tipo de cambio*

corriente en el lugar y la fecha de pago. Asimismo, en nuestra opinión, actualmente no está prohibido, salvo lo dispuesto en el citado artículo 22 de la Ley del Régimen Cambiario, tomar como referencia tasas no oficiales. Lo que está prohibido es su divulgación, pues el artículo 24 de la misma ley, titulado "Difusión de información falsa sobre el tipo de cambio", castiga con prisión la divulgación, mediante "comunicación de cualquier tipo", de cierta información, definida así: "Se entenderá que una información referida al tipo de cambio aplicable a las divisas... es falsa o fraudulenta cuando contraríe o distorsione los valores aplicables al tipo de cambio fijado por el Ejecutivo Nacional y el Banco Central". De modo que tomar en cuenta, en una operación, un tipo de cambio no oficial, sin darle publicidad, no está prohibido actualmente. Es más, la misma ley, en su artículo 11, titulado "Mercado alternativo de divisas", establece lo siguiente:

> "Sin perjuicio del acceso a los mecanismos administrados por las autoridades competentes del régimen de administración de divisas a los que se refiere el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, las personas naturales y jurídicas demandantes de divisas, podrán adquirirlas a través de transacciones en moneda extranjera ofertadas por:
>
> 1. Personas naturales y jurídicas del sector privado,
> 2. Petróleos de Venezuela S.A.,
> 3. Banco Central de Venezuela, y,
> 4. Bancos del Estado.
>
> Dichas transacciones se realizarán en los términos dispuestos en los convenios cambiarios que se dicten al efecto entre el Banco Central de Venezuela y el Ejecutivo Nacional, así como, conforme a las regulaciones que en su desarrollo establezcan los términos, requisitos y condiciones, que rigen la participación en dicho mercado, y la normativa prudencial que dicten las Superintendencias competentes en materia bancaria y de valores a tales fines…".

Las normas de la vieja Ley contra los Ilícitos Cambiarios, que imponían que la venta y compra de divisas debía centralizarse en el

Banco Central de Venezuela (es decir, que debían realizarse con los operadores cambiarios a través de los cuales el Banco Central de Venezuela vendía y compraba divisas) ya no están vigentes[475]. En la normativa cambiaria actual, no hay prohibición de realizar operaciones de cambio no reguladas. Y existen disposiciones constitucionales que exigen que haya una prohibición legal expresa para limitar las actividades privadas de personas naturales y jurídicas, y no permiten imponer sanciones sin una ley que las prevea. En efecto, nuestra Constitución reconoce la libertad económica[476] y el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad[477], por lo que se exige una prohibición legal expresa para limitar las actividades privadas de personas naturales y jurídicas; y, además, consagra el principio de la legalidad[478], de donde resulta que no se permite imponer sanciones sin una ley que las prevea. En todos los casos en que no haya una prohibición legal expresa ni exista una ley que establezca sanciones para conductas determinadas, rige la libertad de contratación, cuyos únicos límites de tipo general son el orden público y las buenas costumbres[479], y la

[475] La vigente Ley del Régimen Cambiario derogó la Ley del Régimen Cambiario y sus Ilícitos, que a su vez derogó la anterior Ley contra los Ilícitos Cambiarios, que era muy restrictiva. La vieja Ley contra los Ilícitos Cambiarios establecía, en efecto, sanciones para aquellas personas que, en una o más operaciones realizadas en el mismo año, sin intervención del Banco Central de Venezuela, compraran, vendieran, ofrecieran o transfirieran divisas: (i) para las operaciones de más de US$ 10.000, la sanción era una multa; y (ii) para las operaciones de más de US$ 20.000, la sanción era prisión.

[476] Artículo 112 de la Constitución Nacional: "Todas las personas pueden dedicarse libremente a la actividad económica de su preferencia, sin más limitaciones que las previstas en esta Constitución y las que establezcan las leyes, por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del ambiente u otras de interés social. El Estado promoverá la iniciativa privada, garantizando la creación y justa distribución de la riqueza, así como la producción de bienes y servicios que satisfagan las necesidades de la población, la libertad de trabajo, empresa, comercio, industria, sin perjuicio de su facultad para dictar medidas para planificar, racionalizar y regular la economía e impulsar el desarrollo integral del país".

[477] Artículo 112 de la Constitución Nacional: "Toda persona tiene derecho al libre desenvolvimiento de su personalidad, sin más limitaciones que las que derivan del derecho de las demás y del orden público y social".

[478] Artículo 49(6) de la Constitución Nacional: "Ninguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no fueren previstos como delitos, faltas o infracciones en leyes preexistentes".

[479] Artículo 6 del Código Civil: "No pueden renunciarse ni relajarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden público o las buenas costumbres".

buena fe[480]. En el mismo sentido, existe libertad de contratación en materia cambiaria, que sólo puede ser limitada mediante disposición expresa. En consecuencia, la normativa cambiaria sólo se puede aplicar a los casos regulados específicamente en dicha normativa, y no a casos similares; porque esta normativa es de naturaleza restrictiva, establece excepciones a otras normas, impone penas y sólo rige mientras esté en vigencia un sistema de control de cambios. En conclusión, es legal y constitucionalmente posible fijar un precio en divisas, en aquellos casos particulares en los que esto no está prohibido; y también se puede acordar, conforme al citado artículo 128 de la Ley del Banco Central de Venezuela, que el pago se haga entregando su equivalente en moneda de curso legal, al tipo de cambio de mercado, haciendo caso omiso de las tasas oficiales, ya que éstas son artificialmente bajas y no se corresponden con el *tipo de cambio corriente en el lugar y la fecha de pago*.

No obstante, dada la carencia de estado de derecho en la Venezuela actual y los problemas de corrupción, politización e ignorancia en nuestro poder judicial, es peligroso fijar precios en divisas o tomar como referencia una tasa de cambio, incluso oficial, en la fijación de precios de bienes o servicios ofrecidos mediante contratos de adhesión. Es más prudente establecer mecanismos de ajuste de precio en bolívares, sin referencia a ninguna divisa ni a ningún tipo de cambio, en el entendido de que no se pueden exceder los precios regulados. En tal sentido, son válidas las cláusulas de ajuste, en virtud de, por ejemplo, la inflación, del precio de los bienes o servicios ofrecidos en contratos de adhesión. Estas cláusulas son sumamente importantes, en épocas de inestabilidad monetaria, respecto de aquellos contratos de suministro de bienes o servicios que sean de tracto sucesivo. En efecto, en un contrato de venta al detal y de ejecución instantánea, se aplicarían las normas ordinarias sobre precios y marcaje de bienes contenidas en la mencionada ley; similarmente, en aquellos contratos de servicios según los cuales se deba ejecutar inmediatamente una prestación única, no se plantea a los proveedores la necesidad de incluir una previsión contractual de ajuste de precio; pero, si se trata de un contrato cuya vocación es

[480] Artículo 1160 del Código Civil: "Los contratos deben ejecutarse de buena fe y obligan no solamente a cumplir lo expresado en ellos, sino a todas las consecuencias que se derivan de los mismos contratos, según la equidad, el uso o la Ley".

perdurar en el tiempo, es lógico que quien debe entregar un bien o prestar un servicio quiera protegerse de la pérdida del valor adquisitivo de la moneda, pues de lo contrario podría no estar en condiciones de hacer frente a sus costos y gastos.

Por consiguiente, establecer contractualmente mecanismos objetivos de incremento de precio, como por ejemplo la indexación en razón de la inflación, es válido. Lo que no es válido es que una de las partes unilateralmente aumente el precio que debe pagar la otra, sin referencia a ningún mecanismo contractual objetivo. Esto es así en virtud de los principios generales en materia de contratos establecidos en nuestro Código Civil, pues no le es dado a uno de los contratantes modificar por sí solo los elementos del contrato, incluyendo el precio. En el mismo sentido, las leyes derogadas en materia de protección y defensa de los consumidores u usuarios, y acceso a los bienes y servicios, precisaban que el proponente tenía prohibido incluir en el contrato cláusulas que le permitieran subir inconsultamente el precio pagadero por el adherente. Estas leyes, al regular los contratos de adhesión, no prohibían las cláusulas que previeran ajustes periódicos y automáticos del importe a pagar por un producto o servicio tomando en cuenta elementos ajenos a la voluntad de las partes, como la inflación. En efecto, la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario de 2004 establecía, en su artículo 87, número 5, que "Se considerarán nulas de pleno derecho las cláusulas o estipulaciones establecidas en el contrato de adhesión que:… Permitan al proveedor la variación unilateral del precio o de otras condiciones del contrato." Y, de manera casi idéntica, la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios disponía, en su artículo 74, número 5, que "Se considerarán nulas las cláusulas o estipulaciones establecidas en el contrato de adhesión, que:… Permitan a la proveedora o el proveedor la variación unilateral del precio o de otras condiciones del contrato." Estas normas prohibían, pues, que se modificase unilateralmente el precio que hay que pagar por un bien o servicio. No existía, y tampoco existe ahora, ninguna prohibición, ni respecto de los contratos de adhesión, ni respecto de los contratos paritarios, en relación con las cláusulas que prevean el incremento automático de los precios, tomando en cuenta, por ejemplo, la inflación. En consecuencia, son válidas las cláusulas de ajuste del precio de los bienes o servicios, en

virtud de la pérdida del valor adquisitivo de la moneda nacional, tomando en cuenta parámetros de referencia tales como los índices de precios al consumidor publicados por el Banco Central de Venezuela. Sólo está proscrito lo anterior, si se utiliza como mecanismo para burlar el control de precios.

En conclusión, está permitida la variación convencional del precio tomando en cuenta la inflación. Las partes también pueden utilizar otros criterios, como las unidades tributarias, que de hecho fueron consideradas por el legislador para actualizar la cuantía de las multas.

CAPÍTULO III

CONTRATOS DE ADHESIÓN MODIFICATORIOS DE LA EXTENSIÓN DE LAS OBLIGACIONES QUE CORRESPONDERÍAN A LAS PARTES SEGÚN DISPOSICIONES LEGALES SUPLETORIAS

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, reglas que no admiten estipulación en contrario, o sea, disposiciones legales de orden público, que no pueden ser derogadas por las partes en un contrato, pues buscan proteger a una de las partes contra las imposiciones de la otra; y (ii) normas dispositivas, o sea, reglas que pueden ser dejadas sin efecto por los contratantes, es decir, disposiciones legales supletorias de la voluntad de las partes.

Las normas imperativas sólo admiten estipulación en contrario para establecer una protección mayor. Para referirse a esto, se ha hablado de normas "semi-imperativas", como una suerte de categoría intermedia. Pero a nosotros nos parece que las llamadas normas "semi-imperativas" son, en realidad, normas imperativas, y que el establecimiento, por las partes, de cláusulas contractuales más protectoras, si fuere el caso, no es una derogación convencional de una regla imperativa, sino un acuerdo que va más allá del mínimo legal requerido. De modo que nosotros opinamos que las normas son, o bien imperativas, o bien 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 las leyes.

Para determinar que una disposición legal es imperativa, hay que analizar si ésta debe o no considerarse de orden público o inderogable, tomando en cuenta su texto y contenido. En el régimen de nuestros Códigos Civil y de Comercio, la circunstancia de que legislador no haya especificado que una norma es supletoria, señalando, por ejemplo, que la misma se aplica salvo disposición en contrario, no le quita el carácter de regla dispositiva. Si de la redacción o del contexto de un artículo no queda claro se trata de una norma imperativa, debe considerarse que es una regla supletoria. Creemos que el éxito a través de los siglos del Códigos Civil y de Comercio de Napoleón Bonaparte, y de muchos códigos inspirados en ellos, incluyendo los venezolanos, se encuentra,

principalmente, en que la mayoría de sus artículos sobre contratos son dispositivos, lo que da a las partes libertad para desarrollar sus negocios según los tiempos y el entorno.

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. Muchas veces ésta es, justamente, la razón por la que los contratantes los celebran por escrito: 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.

Creemos que una regla es imperativa o dispositiva 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, aceptada por el adherente. En cuanto a las disposiciones supletorias, pensamos que las mismas también lo son o no lo son en razón de su 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.

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[481]. El mismo

[481] Melich: Doctrina General del Contrato, obra citada; y Las Condiciones Generales de Contratación y Cláusulas Abusivas, obra citada, p. 169.

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'..."[482]. 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"[483].

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

[482] Melich: Las Condiciones Generales de Contratación y Cláusulas Abusivas, obra citada, p. 180.
[483] Melich: Las Particularidades del Contrato con Consumidores, obra citada, p. 104.

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.

Pero es posible que se arraigue la idea de que, en todos los casos en los que un contrato de adhesión se aparte de las disposiciones supletorias relativas a la relación contractual correspondiente, el proponente incurre en un abuso, que amerita proteger al adherente. De hecho, ciertos artículos de la legislación derogada eran susceptibles de ser interpretados de la manera indicada. El doctor Alfredo Morles Hernández escribió lo siguiente, cuando estaba en vigor la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario:

> "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"[484].

[484] Morles: Curso de Derecho Mercantil, Tomo IV, obra citada, p. 2223.

Esas tendencias recientes del derecho civil fueron reseñadas por la doctrina colombiana, al señalar que una "alternativa para proteger al adherente-consumidor es replantear el papel que se le otorga al derecho supletivo…, el cual en caso de los contratos de adhesión se puede volver derecho imperativo. Es decir, como el legislador cuando reguló las normas supletivas no estaba de parte de ninguno de los contratantes, se asume que la forma en que estableció las contraprestaciones recíprocas es la más justa; entonces, cuando en un contrato de adhesión se establezca una solución diferente a la establecida en ellas, que atente contra el justo equilibrio de las prestaciones en contra del adherente, se entendería que la misma no es tolerada por el ordenamiento por ser contraria justamente al principio de la buena fe (entendida como la expectativa razonable de cada una de las partes), de tal manera que… esta estipulación entraría con un manto de sospecha de ser abusiva y la persona que redactó el contrato tendría entonces la carga argumentativa de demostrar lo contrario. Dado lo anterior, se podría entender que el derecho supletivo se convierte entonces en otro límite a la autonomía de la voluntad privada en los contratos de adhesión"[485].

No estamos de acuerdo con esas tendencias recientes en el derecho civil, según las cuales habría que atribuirles siempre, a las reglas generales y particulares de los contratos contenidas en los códigos civiles y de comercio, un carácter imperativo; y, si una cláusula de un contrato de adhesión contraría estas reglas, la misma debe ser considerada abusiva o al menos se le presume abusiva, aunque se trate de normas supletorias. Además, creemos que, cuando un artículo de estos códigos es imperativo, hay que aplicarlo siempre. Entonces, también hay que aplicarlo cuando el predisponente le paga al adherente una cantidad de dinero a cambio de que acepte una cláusula que lo priva de la protección acordada por dicho artículo. En efecto, por tratarse de una disposición imperativa, el artículo de que se trate es de orden público, o sea, la protección otorgada por el mismo es irrenunciable.

Posteriormente, el mismo doctor Morles, bajo la vigencia de la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios manifestó su preocupación de que su artículo 74, número 2,

[485] Echeverri Salazar: obra citada, p. 139 y 140.

fuera interpretado en el sentido de 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… 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"[486]. Estamos de acuerdo. Sin embargo, el doctor Morles también escribió que "Una corriente doctrinal…, a la cual me he adherido, estima que *toda la regulación legal del contrato tiene carácter imperativo para quienes participan en un contrato de adhesión, en el sentido de que su derogatoria sólo es posible cuando la parte afectada reciba una contraprestación por su renuncia*[487]. La misma idea es expresada por la doctrina española al afirmar que las normas contractuales dispositivas o supletivas tienen *un cierto carácter imperativo*. De acuerdo con esta posición, la modificación de las reglas contractuales, supletivas tienen que reflejar la justicia contractual. Ningún participante puede, renunciar a un derecho que le acuerda la ley sin una contrapartida que preserve el equilibrio, contractual"[488].

Ahora bien, según José Melich Orsini, hay que "tomar en cuenta el carácter imperativo o dispositivo de las normas", y "No es, pues, cierto que la Ley sobre la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios haya atribuido un 'cierto carácter imperativo

---

[486] 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.

[487] La cita de pie de página del texto transcrito expresa: "Alfredo Morles Hernandez, Curso de Derecho Mercantil. Tomo IV Los contratos mercantiles. Derecho concursal, cuarta edición; Universidad Católica Andrés Bello, Caracas 2008, p. 2221 a 2222."

[488] Morles Hernández, Alfredo: El nuevo modelo económico del socialismo del siglo XXI y su reflejo en el contrato de adhesión, Revista de Derecho Público número 111, julio-septiembre 2008, p. 230 (el resaltado es del doctor Morles).

a todas las normas dispositivas del Código Civil o del Código de Comercio'…"[489]. Coincidimos con lo anterior.

No creemos que se deba 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 pondría en peligro, sin justificación jurídica alguna, operaciones y actividades totalmente lícitas, que los contratos de adhesión hacen posibles. Pensamos que las normas dispositivas, de por sí, no confieren ningún derecho a nadie, susceptible de generar una protección legal. 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 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 debe ser proscrita. Si ello ocurriera, las reglas dispositivas de los códigos se convertirían en normas imperativas cuando se trata de contratos de adhesión, lo cual no nos parece razonable. 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 supletorias 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. En consecuencia, no creemos que se deba impedir a las partes apartarse, en los contrato de adhesión, de las normas dispositivas.

Ahora bien, si una norma contractual pretendiera, por ejemplo, establecer un régimen más beneficioso para el proveedor de un bien, que las garantías legales a las que normalmente estaría obligado (en materia de saneamiento por evicción o por vicios ocultos), se estaría modificando la extensión de las obligaciones que corresponderían a

[489] Melich: La Naturaleza del Contrato de Adhesión Considerado en las Leyes que Regulan el Derecho de Consumo, obra citada, pp. 770 y 771.

las partes según disposiciones legales supletorias, mediante una cláusula que podría considerarse abusiva, por estar contenida en un contrato de adhesión. Pero también existen casos en los que se modifica la extensión de las obligaciones que corresponderían a las partes según disposiciones legales supletorias mediante cláusulas contractuales no abusivas.

CAPÍTULO IV

CONTRATOS DE ADHESIÓN CONTENTIVOS DE UNA CLÁUSULA DE EXONERACIÓN TOTAL O PARCIAL DE RESPONSABILIDAD, O DE CUALQUIER OTRA CLÁUSULA CUYO OBJETO SEA LA REGULACIÓN DE LOS EFECTOS DEL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES

1) Cláusulas que regulan la responsabilidad civil

Los casos en los que el proponente ofrece celebrar un contrato de adhesión, contentivo de una cláusula que regula un efecto del incumplimiento de una obligación contraída por él o por el adherente, incluyen el caso de la cláusula que regula la responsabilidad derivada de dicho contrato, para excluir o limitar la responsabilidad del predisponente, o agravar la de su contraparte. Nos referiremos primero a la hipótesis de agravación de la responsabilidad y luego a la de exclusión o limitación de ésta.

1.1) Agravación de la responsabilidad civil

La doctrina venezolana considera como "Cláusulas sospechosas de ser abusivas" aquellas que agravan la responsabilidad contractual del adherente del contrato de adhesión[490]. En el mismo sentido, nuestra doctrina califica como sospechosas las cláusulas que "agravan la responsabilidad de la contraparte del proponente"[491].

Se puede asimilar a la situación anterior la existencia de una cláusula penal, impuesta por el proponente, que establezca la obligación, en cabeza del adherente, de pagar una suma determinada en caso de que éste incumpla sus obligaciones contractuales, siempre que dicha cláusula establezca una pena calculada de manera tal que la misma exceda los daños sufridos por el proponente con motivo del incumplimiento del adherente.

Ahora bien, es difícil encontrar estas situaciones en la práctica.

---

490 Melich: Las Condiciones Generales de Contratación y Cláusulas Abusivas, obra citada, p. 180.
491 Domínguez Guillén: obra citada, pp. 292 y 293.

1.2) **Exclusión o limitación de la responsabilidad civil**

En principio, si una persona natural o jurídica comete un hecho ilícito o incumple una obligación personal, nacida, por ejemplo, de un contrato, la misma persona incurre en responsabilidad civil, es decir, queda obligada a reparar los daños que ha causado. Pero a veces no hay responsabilidad civil en situaciones en las que, normalmente, ella hubiera estado presente. En efecto, puede ser que las partes hayan convenido eliminar tal obligación de reparación. El término *exoneración de responsabilidad* frecuentemente se utiliza para referirse a estos casos. Ahora bien, la misma expresión también es empleada en situaciones en que no se llega a configurar realmente un hecho ilícito o el incumplimiento de una obligación, por lo cual no hay responsabilidad. No nos referiremos aquí a estas situaciones, en las que no hay obligación de reparación, por estar ausente una o más de las condiciones de la misma: falta el hecho generador de responsabilidad (no hubo culpa, ni tampoco se dio el supuesto de hecho de una responsabilidad objetiva); falta el daño o perjuicio (no hubo ninguna lesión al patrimonio material o moral del reclamante); o falta la relación de causalidad entre éstos (el daño se debe a una causa extraña no imputable al sujeto a quien se pretende imputar responsabilidad, es decir, a un caso fortuito o de fuerza mayor, o a un hecho de la víctima o de un tercero). Tampoco nos referiremos aquí a lo que se ha llamado asunción de riesgos, que se ha asimilado a un convenio tácito entre la víctima y el autor del daño tendiente a excluir la responsabilidad de éste; por ejemplo, la persona que quiere boxear asume conscientemente el riesgo de que otro boxeador lo lastime. Aquí trataremos tan sólo los denominados convenios o cláusulas de exoneración de responsabilidad.

1.2.1) **Validez de los convenios o cláusulas de exoneración de responsabilidad**

El autor potencial de un daño se puede poner de acuerdo con la o las víctimas potenciales, para determinar, por adelantado, cómo serán sus relaciones en caso de que el perjuicio se materialice. Uno de estos posibles acuerdos, entre responsables y víctimas potenciales, es el convenio de exoneración de responsabilidad. En dicho convenio,

la eventual parte lesionada acepta por adelantado renunciar a la reparación o renunciar a parte de la reparación. El referido convenio puede tener los fines siguientes: eliminar el derecho a una indemnización (convenio exoneratorio de responsabilidad, en sentido estricto) o limitar el monto de la reparación (convenio limitativo de responsabilidad); o sea que puede conducir a una exoneración total o parcial de responsabilidad, según el caso. Cuando este tipo de acuerdos están contenidos en un contrato, usualmente se les denomina cláusulas de exoneración de responsabilidad.

En términos generales, respecto de la cláusula de exoneración de responsabilidad, se podrían plantear dos puntos de vista contrarios: en primer lugar, se podría argumentar que, si las partes pueden contraer libremente obligaciones, es lógico que puedan también regular sus efectos y —en consecuencia— eliminar la responsabilidad; y, en segundo lugar, se podría argumentar que, si se elimina la responsabilidad, pierde toda efectividad real el contrato, que supone ser ley entre las partes.

En ciertas situaciones, la ley admite la posibilidad de pactar cláusulas de exoneración de responsabilidad; por ejemplo, se permite al vendedor acordar con el comprador que no responderá en caso de que un tercero reivindique la propiedad del bien vendido, conforme a los artículos 1504 y 1505 del Código Civil[492].

Es más, cuando no hay dolo, ni culpa grave, muchas veces tiene sentido que se excluya la reparación. Por ejemplo, una parte puede obligarse a una prestación, exonerándose de responsabilidad, porque ello le permite ofrecer precios más bajos, tratándose de riesgos que puede perfectamente asumir su cocontratante, quien, en todo caso, puede tomar un seguro directo. Este tipo de acuerdos permite estructurar coberturas de seguros en las cuales los daños de cada contratante serán cubiertos por su propio asegurador directo, sin tener que tomar un seguro de responsabilidad civil, que a veces es más costoso que el seguro directo.

---

[492] El artículo 1504 del Código Civil dispone: "Aunque en el contrato de venta no se haya estipulado el saneamiento, el vendedor responderá al comprador de la evicción que le prive del todo o parte de la cosa vendida, y de las cargas con que se pretenda gravarla, que no hayan sido declaradas en el contrato". Y el artículo 1505 del mismo código dispone: "Los contratantes pueden, por convenios particulares, aumentar o disminuir el efecto de esta obligación legal, y convenir también en que el vendedor quede libre de ella".

De manera general, el artículo 1160 del Código Civil establece que "Los contratos deben ejecutarse de buena fe", y el artículo 1270 del mismo código exige, en principio, para el cumplimiento de las obligaciones, la diligencia que tendría un buen padre de familia.[493] Cuando una persona actúa de mala fe o en forma tal que ni siquiera el peor de los padres de familia hubiera procedido así, estamos en presencia de dolo o culpa grave. El artículo 1274 del Código Civil establece que, en caso de dolo, el deudor responde hasta por los daños y perjuicios que no fueron previstos ni podían preverse al momento de la celebración del contrato[494]. Existe la tesis de que la misma severidad debe aplicarse en caso de culpa grave. En el mismo orden de ideas, está generalmente aceptado que los acuerdos limitativos o exoneratorios de responsabilidad no surten efecto en caso de dolo o culpa grave. Entonces, aunque no exista disposición legal que lo diga, en Venezuela son válidas, en principio, las cláusulas que exoneran total o parcialmente de responsabilidad contractual al obligado incumplido, salvo en caso de mala intención o imprudencia o negligencia graves.

Al respecto, la doctrina venezolana es unánime: José Melich Orsini, comentando el artículo 1275 del Código Civil[495] y refiriéndose a la posibilidad de "pactar válidamente cláusulas de no responsabilidad en caso de incumplimiento doloso de la obligación contractual", afirma lo siguiente: esto "no ha sido admitido por la jurisprudencia, por considerar que ello equivaldría a permitir que el deudor pudiera sustraerse voluntariamente al cumplimiento de la obligación"[496]. Según el mismo autor, "La doctrina y jurisprudencia se inclinan por la

---

493 El artículo 1270 del Código Civil dispone:
"La diligencia que debe ponerse en el cumplimiento de la obligación, sea que ésta tenga por objeto la utilidad de una de las partes o la de ambas, será siempre la de un buen padre de familia, salvo el caso de depósito.
"Por lo demás, esta regla debe aplicarse con mayor o menor rigor, según las disposiciones contenidas, para ciertos casos, en el presente Código".

494 El artículo 1274 del Código Civil dispone: "El deudor no queda obligado sino por los daños y perjuicios previstos o que han sido previstos o que han podido preverse al tiempo de la celebración del contrato, cuando la falta de cumplimiento de la obligación no proviene de su dolo".

495 El artículo 1275 del Código Civil dispone: "Aunque la falta de cumplimiento de la obligación resulte de dolo del deudor, los daños y perjuicios relativos a la pérdida sufrida por el acreedor y a la utilidad de que se le haya privado, no deben extenderse sino a los que son consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento de la obligación".

496 Melich Orsini, José: Estudios de Derecho Civil, tomo 2, Caracas, 1975, p. 219.

validez de las cláusulas contractuales limitativas y aun exoneratorias de responsabilidad, con la única salvedad del dolo y la culpa grave asimilable al dolo, salvedad ésta, por lo demás, que es mera consecuencia de la regla lógica de que no se concebiría la obligación en sí misma si el contrato autorizara ya al deudor para incumplirlo intencionalmente"[497]. Dicho autor también ha afirmado que "la doctrina nacional, por considerar que la responsabilidad contractual no es de orden público, se pronuncia de manera concordante en favor de la validez de estas cláusulas exonerativas o limitativas de la responsabilidad por culpa, con la única reserva de los supuestos del dolo o de la culpa grave"[498]. Eloy Maduro Luyando expone que "En la responsabilidad contractual se admiten regulaciones voluntarias anticipadas de la responsabilidad civil, pudiendo las partes exonerar o limitar su obligación de reparación en caso de culpa leve o levísima".[499] Oscar Palacios Herrera expresa que "la doctrina se pronuncia radicalmente en contra de cualquier cláusula que libere de responsabilidad por el propio dolo. La cláusula que libere de responsabilidad por el propio dolo no puede ser reconocida, por cuanto es inmoral que una parte se ponga a cubierto de su hecho voluntario"[500]. El mismo autor se refiere a "la unanimidad en contra de las cláusulas que liberan de responsabilidad por incumplimiento doloso"[501]. También señala que, "Aunque en una cláusula del contrato se diga que una parte no se hace responsable del daño que sufra la otra parte, si el daño proviene del dolo o de la culpa grave, aquélla está obligada a reparar"[502]. En el mismo sentido, afirma Aníbal Dominici que "El dolo no puede renunciarse en los contratos porque sería inmoral y contrario a las leyes, que declaran nulas las convenciones nacidas de causa ilícita o que tienen por objeto materia torpe, opuesta a derecho o a las buenas costumbres"[503]. Por su parte, expresa Gert Kummerow que "La exclusión o limitación preventiva de la responsabilidad es nula en la hipótesis de dolo o culpa grave del deudor... Las mismas opiniones restan eficacia a las cláusulas de

497 Melich: Estudios de Derecho Civil, obra citada, p. 264.
498 Melich: Doctrina General del Contrato, obra citada, p. 561.
499 Maduro: obra citada, p. 625.
500 Palacios Herrera, Oscar: Apuntes de Obligaciones, Maracaibo, 1982, p. 280.
501 Palacios: obra citada, p. 280.
502 Palacios: obra citada, p. 42.
503 Dominici, Aníbal: Comentarios al Código Civil Venezolano, tomo 2, Caracas, 1962, p. 761.

exoneración o limitación de la responsabilidad, en todos los casos en que el deudor se sitúa en la vertiente opuesta a la del deber creado por la relación jurídica contractual intencionalmente. De otro modo, el contratante a cuyo favor funcione el pacto tendría la facultad de optar entre la ejecución y la inejecución de la prestación, convirtiéndola en una obligación bajo condición meramente potestativa, nula conforme al art. 1.202 CC. venezolano[504] (CC. Francés, art. 1.174)"[505]. Dicho autor también escribe que "podría aceptarse perfectamente una exoneración de la responsabilidad en casos de culpa leve o levísima —no en los de dolo o culpa grave—"[506]. En el mismo sentido, expresa Benito Sansó que: "La doctrina y la jurisprudencia están de acuerdo en negar la validez de las cláusulas exonerativas de responsabilidad cuando el incumplimiento se debe a dolo o a culpa grave"[507]. Alfredo Morles Hernández señala: "la doctrina acepta limitaciones a la responsabilidad civil... una cláusula exoneratoria de responsabilidad por culpa grave o por dolo es violatoria de principios de orden público"[508]. Nosotros mismos también hemos tenido la ocasión de indicar que "las cláusulas de exoneración de responsabilidad..., como regla general, se deben tener por válidas"[509], pero "no se aplican en caso de culpa grave o intencional del responsable"[510], estando "universalmente aceptado que las cláusulas de exoneración de responsabilidad no surten efecto en caso de culpa grave o dolo"[511]; es decir, "en ausencia de falta grave o intencional, no viola el orden público una convención de exoneración de responsabilidad"[512], pues "las convenciones limitativas o excluyentes de responsabilidad, por

---

504 El artículo 1202 del Código Civil dispone: "La obligación contraída bajo una condición que la hace depender de la sola voluntad de aquél que se ha obligado, es nula."

505 Kummerow: Esquema del Daño Contractual Resarcible según el Sistema Normativo Venezolano, Caracas, 1964, pp. 104 y 106.

506 Kummerow: Algunos Problemas Fundamentales del Contrato por Adhesión en el Derecho Privado, obra citada, p. 178.

507 Sansó, Benito: El Problema del Cúmulo de la Responsabilidad Contractual y Extracontractual, en Estudios Jurídicos, Caracas, 1984, p. 30.

508 Morles: Curso de Derecho Mercantil, Tomo I, obra citada, p. 193.

509 Acedo Sucre, Carlos Eduardo: La Función de la Culpa en la Responsabilidad Civil por Hecho Ilícito en el Derecho Venezolano, Comparado con los Derechos Francés e Italiano, Caracas, 1993, p. 409.

510 Acedo Sucre, C.E.: La Función de la Culpa en la Responsabilidad Civil por Hecho Ilícito, obra citada, p. 409.

511 Acedo Mendoza, M., y Acedo Sucre, C. E.: Temas sobre Derecho de Seguros, obra citada, p. 260.

512 Acedo Sucre, C.E.: La Función de la Culpa en la Responsabilidad Civil por Hecho Ilícito, obra citada, p. 407.

razones de orden público, no operan en caso de dolo o culpa grave"[513]; lo cual "se aplica a la generalidad de las cláusulas de irresponsabilidad o de limitación de la responsabilidad, así como a todas aquellas que persigan efectos similares"[514].

La culpa grave y el dolo son nociones abstractas, que muchas veces resultan difíciles de asir. En términos generales, para evaluar el comportamiento de una persona natural o jurídica, a fin de determinar si incurrió en una falta, se ha de comparar su conducta con la de un "buen padre de familia" (artículo 1270 del Código Civil). Dicha comparación se denomina *apreciación en abstracto*.

Está generalmente aceptado que el dolo incluye la mala fe, la infracción deliberada de normas contractuales o legales, la intención de dañar a otro, o, por lo menos, la consciencia y voluntad de violar el derecho ajeno. Implica, entonces, un juicio de valor negativo referido a la motivación de la persona a quien se imputa una conducta dañosa. Respecto de estas "faltas intencionales", también se ha dicho que "la determinación de que un daño fue causado deliberadamente supone —evidentemente— el examen de los móviles del autor. Pero ello no basta. No incurre en culpa, por ejemplo, el comerciante que trata, lealmente, de vender lo más posible, atrayendo a la clientela de sus competidores. La culpa intencional presupone un elemento adicional: un comportamiento que se condena en relación con el hombre ideal (el buen padre de familia no hubiera causado voluntariamente un daño en las mismas circunstancias). Aquí se aplica la apreciación in abstracto"[515]. El dolo es, por lo tanto, muy difícil de probar, pues la determinación del mismo requiere establecer la motivación o los móviles del autor, además de una comparación desfavorable entre su comportamiento y el de una persona razonable actuando de buena fe (otros autores han sostenido que, para determinar si hubo o no dolo, se requiere comparar el comportamiento cuestionado con la conducta normal

[513] Acedo Sucre, C.E.: El Seguro de Responsabilidad Civil, en 200 Años del Colegio de Abogados, Colegio de Abogados del Distrito Federal, Libro Homenaje, tomo 1, Caracas, 1989, p. 172.

[514] Acedo Sucre, C.E.: Panorama sobre la Responsabilidad Contractual, en Revista de Derecho Mercantil Nº 20-21 (1996), Caracas, 1999, p. 35.

[515] Acedo Sucre, C.E.: La Función de la Culpa en la Responsabilidad Civil por Hecho Ilícito, obra citada, p. 53.

del sujeto de que se trate —*apreciación en concreto*—; pero, cualquiera que sea el punto de vista que se acoja, es de aceptación unánime que el dolo supone establecer cuál fue la motivación, cuáles fueron los móviles, de la persona natural o jurídica cuya conducta ha sido cuestionada).

Está unánimemente reconocido que el dolo es tan reprochable, que quien incurre en él no merece ninguna protección que haya sido establecida contractualmente. Sobre el particular, en Venezuela, como en otras latitudes, se ha planteado que "Sería, efectivamente, escandaloso, que el responsable no soportara el peso de un perjuicio causado deliberadamente"[516].

Ahora bien, existe la preocupación de que un comportamiento efectuado de mala fe se confunda con un comportamiento efectuado con imprudencia o negligencia graves. Por eso, las faltas que presenten gravedad son castigadas igual que el dolo. La doctrina francesa ha destacado que tal equiparación "impide que el malvado se haga el imbécil"[517]. De modo que la culpa grave tiene como consecuencia que las exoneraciones parciales o totales de responsabilidad no surten efectos legales, igual que ocurre en caso de dolo.

Para determinar si un comportamiento culpable reviste tal gravedad, que el mismo ha de ser asimilado a una conducta dolosa, se requiere aplicar, nuevamente, un criterio de apreciación en abstracto. Ahora bien, el parámetro aplicable es particularmente exigente para el demandante, ya que está generalmente aceptado que se ha de establecer una comparación entre la actuación del demandado y la que se esperaría del peor de los padres de familia. Es decir, el criterio referencial que rige en estas situaciones es la acción u omisión de la que sólo es capaz la persona natural o jurídica menos prudente y menos diligente que se pueda concebir. Dado que sólo habría culpa grave si la conducta de un sujeto resultase condenable al compararla con la del individuo o ente corporativo más descuidado y más desconsiderado imaginable, resulta que el

---

516 Acedo Sucre, C.E.: La Función de la Culpa en la Responsabilidad Civil por Hecho Ilícito, obra citada, p. 401.

517 Mazeaud, Henri, Léon y Jean, y Chabas, Francois: Lécons de droit civil, t. 2, vol. 1, Obligations, Théorie générale, Paris, 1985, p. 756.

comportamiento contrario al que se puede exigir de un buen padre de familia no califica como culpa grave, sino como culpa leve (hay culpa leve cuando un sujeto no se comporta tan bien como un buen padre de familia, pero no llega a comportarse tan mal como el peor de los padres de familia).

Existen ciertas dudas en cuanto respecta a la aplicación, en la práctica, del referido principio de aceptación general, según el cual la culpa grave y el dolo privan de efectos las cláusulas total o parcialmente exoneratorias de responsabilidad. Estas dudas se presentan porque frecuentemente una de las partes, o ambas, se sirven de dependientes o auxiliares para cumplir el contrato. Al respecto, es evidente que la culpa grave o el dolo del dependiente o auxiliar del que se valga una de las partes compromete la responsabilidad de ésta por incumplimiento de contrato, si es el caso. Se ha planteado, además, que, habiendo dicha parte incurrido en responsabilidad con motivo de la culpa grave o dolo de su dependiente o auxiliar, dicha responsabilidad no puede ser evitada invocando las limitaciones pactadas en el contrato. De modo que se ha argumentado que la culpa grave o dolo del dependiente o auxiliar compromete la responsabilidad de la parte que se ha valido de él para cumplir el contrato, privando de efectos cualquier exclusión total o parcial de responsabilidad. Sin embargo, éste es un tema sujeto a discusión. En efecto, en Venezuela se ha señalado que "nuestros tribunales y nuestra doctrina suelen acoger los criterios corrientes en la jurisprudencia francesa o italiana al respecto de la invalidez de las cláusulas de exoneración o aun de limitación de la responsabilidad en casos de dolo o culpa grave, sin que hasta ahora se hayan pronunciado sobre si esta invalidez se da también en caso de dolo o culpa grave de los dependientes o auxiliares de los que se sirva el deudor para cumplir con su obligación"[518].

En nuestro criterio, las cláusulas exoneratorias de responsabilidad dejan de tener vigencia no sólo en caso de daños causados con culpa grave o dolo, sino también cuando el hecho imputado al demandado, independientemente del contrato, califica como un hecho ilícito (a menos que se pueda inferir del contrato que las partes han convenido

[518] Melich: Las Condiciones Generales de Contratación y Cláusulas Abusivas, obra citada, p. 175.

excluir o limitar también su responsabilidad extracontractual)[519]. En efecto, nuestros tribunales permiten a la víctima optar por hacer valer una responsabilidad extracontractual, sin las limitaciones propias del contrato, en los casos en que la violación de éste constituye un hecho ilícito, indemnizable conforme a los artículos 1185 y siguientes del Código Civil. Efectivamente, en Venezuela, lo mismo que en muchos otros países, como por ejemplo Italia, parece haber triunfado el punto de vista según el cual la responsabilidad contractual no excluye la responsabilidad por hecho ilícito, al punto de que la Corte Suprema de Justicia venezolana declaró que puede haber "coexistencia del incumplimiento contractual con el hecho ilícito de uno de los contratantes", y que no es conforme a derecho el hacer "de la existencia de un contrato, un arma que excluye toda posibilidad de coexistencia de un hecho ilícito"[520]; existiendo abundante jurisprudencia de nuestro máximo tribunal que consagra la opción de la víctima entre la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual, si el hecho dañoso atribuible a un sujeto constituye, independientemente de la existencia de un convenio, un hecho ilícito[521].

Por otra parte e independientemente de lo anterior, las cláusulas de exoneración de responsabilidad son de interpretación restrictiva; es decir, se aplican única y exclusivamente a los casos previstos expresamente en las mismas, sin que quepa ampliarlas ni extenderlas por ningún medio interpretativo.

De modo que prevalece la tesis según la cual son válidas, con las limitaciones a que hemos hecho referencia, las cláusulas que eliminan o limitan la responsabilidad civil.

---

519 Acedo Sucre, C.E.: La Función de la Culpa en la Responsabilidad Civil por Hecho Ilícito, obra citada, pp. 407 y ss.

520 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 29-9-81, Gaceta Forense, 1981, p. 1158.

521 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencias del 22-11-79, Gaceta Forense, 1979, p. 1099; 17-6-69, G.F., 1969, p. 662; 15-11-72, G.F., 1972, p. 415; 15-2-73, G.F., 1973, p. 599; 9-4-81, G.F., 1981, p. 819; 21-4-83, G.F., 1983, p. 909; 11-10-83, G.F., 1983, p. 923; 11-10-84, G.F., 1984, p. 774; 24-4-85, G.F., 1985, p. 772; etc.

1.2.2) **Convenios o cláusulas de inversión de la carga de la prueba**

Los problemas de responsabilidad civil usualmente se estudian analizando si la persona natural o jurídica, cuya obligación de reparación se ha hecho valer, incurrió en culpa, en cuyo caso su actuación defectuosa justifica que se le obligue a indemnizar los perjuicios que causó; o, en ausencia de tal culpa, analizando si dicha persona debe, de todas maneras, reparar el daño, porque, al beneficiarse de la actividad que realiza o que hace realizar, se considera que le corresponde asumir los riesgos correspondientes. Así, si se determina que estos riesgos corresponde asumirlos a la víctima del daño, en ausencia de culpa no hay responsabilidad, debiendo ésta soportar la pérdida correspondiente; pero, si se asignan tales riesgos a la persona vinculada a la generación del perjuicio, entonces esta última sería civilmente responsable, aunque no haya cometido ninguna falta. Habida cuenta de lo anterior, los temas de responsabilidad civil pueden ser enfocados (y de hecho con la mayor frecuencia son enfocados por la doctrina y la jurisprudencia) de la manera siguiente: se dice que se atribuye la carga probatoria a la parte demandante o a la parte demandada, dependiendo de a cuál de las dos partes se le van a asignar, en definitiva, dichos riesgos. Por ejemplo, si se decide que toca al demandante asumir la carga probatoria de los elementos constitutivos de la responsabilidad del demandado, entonces los riesgos de daños son soportados principalmente por aquél. A esto se añade que, en la responsabilidad contractual, el demandante tiene la carga de probar la obligación nacida del contrato, mientras que el demandado tiene la carga de probar que cumplió dicha obligación.

Desde esta óptica, la tesis según la cual son válidas, con las limitaciones a que hemos hecho referencia, las cláusulas que eliminan o limitan la responsabilidad civil, es una tesis que podría aplicarse, igualmente, a las cláusulas que asignan a la víctima del daño la carga probatoria de los elementos constitutivos de la responsabilidad civil. O sea que, si incurrió en culpa grave o dolo la persona a quien normalmente correspondería asumir la responsabilidad por un perjuicio, entonces esta persona no podría eludir tal responsabilidad amparándose en una cláusula que invierta

en su beneficio la carga probatoria. En el mismo sentido, nuestra doctrina define a "las cláusulas 'abusivas' como "aquellas que vulneran la buena fe y el justo equilibrio de las prestaciones", y son "violatorias del orden público", entre las cuales incluye "las que… imponen… la inversión de la carga de la prueba"[522].

1.2.3) **Cláusulas de exoneración de responsabilidad o de inversión de la carga de la prueba en los contratos de adhesión**

Refiriéndose a los contratos de adhesión, la doctrina de nuestro país califica como "Cláusulas sospechosas de ser abusivas" aquellas que "exoneran o limitan la responsabilidad contractual del predisponente"[523]. Idéntica afirmación cabe respecto de las cláusulas que invierten la carga probatoria: según un sector doctrinal venezolano, "cualquier estipulación en las condiciones generales de contratación que pudiese alterar en beneficio del predisponente esa distribución del *onus probandi* tendría que ser considerada nula"[524].

La doctrina venezolana precisa que hay abuso si "uno de los contratantes impone al otro limitaciones de su propia responsabilidad hasta el punto de desvirtuar el núcleo mismo de la que supone ser su obligación"[525]. También sugiere considerar como abusivas las "cláusulas mediante las cuales se ha pretendido excluir o limitar la responsabilidad civil en caso de daños a la integridad física o moral del acreedor"[526]. Similarmente, la doctrina española, por ejemplo, menciona, entre "las cláusulas abusivas", impuestas por los redactores de "contratos de adhesión", aquellas "que suprimen o reducen su responsabilidad"[527].

En Venezuela la tesis de la validez y eficacia de las cláusulas que eliminan o limitan la responsabilidad civil, incluyendo las cláusulas que invierten la carga de la prueba, salvo en caso de culpa

---

522 Domínguez Guillén: obra citada, pp. 292 y 293.
523 Melich: Las Condiciones Generales de Contratación y Cláusulas Abusivas, obra citada, p. 180.
524 Corsi: Contribución al Estudio de las Cláusulas de Exoneración y Limitación de la Responsabilidad Contractual, obra citada, p. 40.
525 Melich: Las Condiciones Generales de Contratación y Cláusulas Abusivas, obra citada, p. 170.
526 Melich: Las Condiciones Generales de Contratación y Cláusulas Abusivas, obra citada, p. 176.
527 Blanco Pérez-Rubio: obra citada, p. 9.

grave o dolo, tiene plena vigencia, incluso en los contratos de adhesión. La única excepción eran las relaciones entre proveedores y consumidores o usuarios. En efecto, las normas legales venezolanas especiales en protección de éstos dejaban sin efecto las restricciones a los deberes indemnizatorios de las cuales pretendieran beneficiarse los proveedores. Esta solución legal se justificaba en la generalidad de los casos, tanto así que la doctrina española califica este tipo de disposiciones contractuales como "el caso más típico de 'cláusulas abusivas'..."[528]. Es más, nuestra doctrina ha puesto de manifiesto que "el contrato por adhesión... es... donde con mayor frecuencia se constata la incorporación de cláusulas de exoneración de responsabilidad".[529] Sin embargo, todo esto debe ser matizado, pues, en cierto tipo de negocios, se puede justificar una cláusula de limitación —no de exclusión— de responsabilidad, aunque esté plasmada en un contrato de adhesión.

Por ejemplo, no se deberían prohibir, *a priori*, las limitaciones de la responsabilidad del predisponente, si éste tan sólo pretendiera que el adherente no fuera indemnizado por daños en exceso del daño emergente; es decir, es razonable permitir, en ciertas circunstancias, a ser examinadas caso por caso, que el contrato estipule que el adherente no tiene derecho al lucro cesante, ni a los daños morales. Por otra parte, tal como lo señala la doctrina peruana, "puede presentarse el caso en que el proveedor de un bien limite su responsabilidad una vez transcurrido el tiempo de la garantía ofrecida; en consecuencia, no cabría la denominación de abusiva de esta cláusula por el único hecho de limitar la responsabilidad del predisponente: habrá que analizar si tal limitación de su responsabilidad es equitativa en la relación contractual vista como un conjunto"[530]. La doctrina francesa enseña que, en el ámbito del derecho común, "la jurisprudencia terminó aceptando las razones favorable a la validez de las cláusulas de no-responsabilidad, y esto, con mayor razón, dado que, frecuentemente,

---

528 Díez-Picazo, obra citada, p. 43.

529 Kummerow: Algunos Problemas Fundamentales del Contrato por Adhesión en el Derecho Privado, obra citada, p. 121.

530 Soto Coaguila, Carlos: Las cláusulas generales de contratación y las cláusulas abusivas en los contratos predispuestos, en Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales Nº 140, Vol. 69, 2002, pp. 179 y ss. Disponible en:
http://www.redalyc.org/pdf/825/82510617.pdf

lo que la cláusula puede tener de problemático para el acreedor está compensado por otras ventajas de orden económico, y, en particular, por un precio menos elevado. En definitiva, se trata de repartir entre los contratantes, a cambio de una contrapartida, los riesgos resultantes de la inejecución de la obligación por uno de ellos"[531].

1.2.4) Cláusulas de exoneración de responsabilidad o de inversión de la carga de la prueba en la legislación venezolana

Nuestra Ley de Protección al Consumidor y al Usuario de 1992, reformada en 1995, expresó, en los números 1 y 5 del artículo 2, que luego pasó a ser el artículo 6, que "Son derechos del consumidor:... La protección de su salud y su seguridad frente a los riesgos provocados por productos o servicios" y "La obtención de compensaciones efectivas o de la reparación de los daños y perjuicios". Adicionalmente, el artículo 17, añadido a dicha ley a raíz de su reforma, dispuso que "los consumidores y usuarios... tendrán derecho a ser indemnizados por los daños y perjuicios que el proveedor les ocasione". Además, el artículo 4, que pasó a ser el artículo 8, señaló que "Los derechos.... consagrados en esta ley son irrenunciables"; y que "Se consideran nulas las estipulaciones que establezcan la renuncia a tales derechos". Asimismo, la misma ley señaló, en el número 4 del artículo 15, luego artículo 21, que "No producirán efecto alguno las cláusulas o estipulaciones en los contratos de adhesión que:... Priven al consumidor de su derecho a resarcimiento...". Finalmente, el número 3 del mismo artículo estableció que "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".

Esto no cambió con la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario de 2004, cuyo artículo 6, números 1 y 6, previó que "Son derechos de los consumidores y usuarios… La protección de su salud y seguridad en el consumo de bienes y servicios" y "La indemnización efectiva o la reparación de los daños y perjuicios

[531] Larroumet: obra citada, p. 708.

atribuibles a responsabilidades de los proveedores en los términos que establece la presente Ley". Su artículo 2 contempló que "Las disposiciones de la presente Ley son de orden público e irrenunciables por las partes". Adicionalmente, su artículo 87, números 1, 2 y 3, dispuso que "Se considerarán nulas de pleno derecho las cláusulas o estipulaciones establecidas en el contrato de adhesión que… Exoneren, atenúen o limiten la responsabilidad de los proveedores por vicios de cualquier naturaleza de los bienes o servicios prestados", que "Impliquen la renuncia a los derechos que esta Ley reconoce a los consumidores o usuarios, o de alguna manera limite su ejercicio", o que "Inviertan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor o usuario".

Posterior y casi idénticamente, la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios de 2008 dispuso, en su artículo 8º, números 1 y 6, que "Son derechos de las personas en relación a los bienes y servicios declarados o no de primera necesidad… La protección de su salud y seguridad en el acceso a los bienes y servicios", y "La reposición del bien o resarcimiento del daño sufrido en los términos establecidos en el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley". En su artículo 2º previó que "Las disposiciones del presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley son de orden público e irrenunciable por las partes." Y, en su artículo 74, números 1, 2 y 3, contempló que "Se considerarán nulas las cláusulas o estipulaciones establecidas en el contrato de adhesión, que… Exoneren, atenúen o limiten la responsabilidad de los proveedores por vicios de cualquier naturaleza de los bienes o servicios prestados", que "Impliquen la renuncia a los derechos que la normativa vigente reconoce a las personas, o limite su ejercicio" o que "Inviertan la carga de la prueba en perjuicio a las personas".

Por último, actualmente, la Ley de Orgánica de Precios Justos publicada el 23 de enero de 2014 establece, en distintas palabras, más o menos lo mismo, aunque no lo hace con referencia a los contratos de adhesión, puesto que señala que los "derechos de las personas en relación con los bienes y servicios" incluyen "la reparación e indemnización por daños y perjuicios" (artículo 7, número 7); indica que sus "disposiciones… son de orden público y en consecuencia, irrenunciables" (artículo 4); y castiga con multa a quienes no procedan al "resarcimiento del daño sufrido" (artículo 47, número 7).

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, estén o no establecidas en contratos de adhesión.

En razón de este tipo de disposiciones, este tipo de responsabilidad ha sido denominado "responsabilidad *absoluta*, porque ninguna cláusula de exoneración, atenuación o limitación de tal responsabilidad es válida"[532].

En el mismo sentido, nosotros pensamos que, por la forma como está redactada la normativa legal antes transcrita, no tiene cabida, en nuestro sistema de derecho, ninguna disposición contractual mediante la cual el proveedor de bienes y servicios pretenda excluir o limitar su obligación de resarcir los daños que cause, ni mediante una cláusula total o parcialmente exoneratoria de responsabilidad contenida en un contrato de adhesión, ni por ningún otro medio, como por ejemplo lo sería una disposición contractual invirtiendo la carga de la prueba, redactada en forma tal que dicha carga sea de muy difícil o imposible satisfacción por la víctima del daño.

Se puede asimilar, a una previsión limitativa de la responsabilidad del proponente del contrato de adhesión, ilegal bajo las normas citadas, cualquier cláusula penal que establezca la obligación, en cabeza del adherente, de conformarse con el pago de una suma determinada, en caso de que el proponente incumpla sus obligaciones contractuales, si la pena pecuniaria establecida ha sido calculada para que no alcance para cubrir los daños sufridos por el adherente con motivo de tal incumplimiento. Ahora bien, tal como lo ha puesto de manifiesto la doctrina mejicana, si se trata de una cláusula diseñada seriamente, que cumpla "funciones de una cláusula de liquidación de daños y perjuicios, son evidentes los beneficios que otorga al consumidor, ya que elimina el grave problema de la carga de la prueba de los elementos de la responsabilidad civil; sobre todo la muy difícil de la cuantificación

[532] Morles: Curso de Derecho Mercantil, Tomo IV, obra citada, p. 2219.

de los daños... la prueba se reduce a demostrar el incumplimiento"[533]. Sin embargo, siempre habrá algunos casos en que tal liquidación de daños resulte insuficiente, así que no parece tener mayor sentido, en Venezuela, para un proveedor, incluir en sus contratos una cláusula penal, pues el consumidor o usuario insatisfecho siempre puede tratar de objetarla, valiéndose de los artículos a los que hemos hecho referencia, y alegando que se trata de una cláusula asimilable a un acuerdo ilegal de exoneración parcial de responsabilidad.

1.2.5) **Cláusulas de exoneración de responsabilidad versus cláusulas que limitan el alcance de las obligaciones o cláusulas que definen el tipo de responsabilidad**

La doctrina de nuestro país ha señalado que "no en todos los contratos entre productores y consumidores una misma cláusula (p. ej.: una cláusula de limitación de responsabilidad) debe ser valorada en idéntica forma, lo cual hace que la rotunda declaración de nulidad... que trae... la Ley pueda prestarse a conclusiones inaceptables"[534]. Las conclusiones inaceptables a las que alude este autor han de matizarse tomando en cuenta las consideraciones indicadas seguidamente:

La declaración de nulidad resultante tanto de la ley vigente como de las derogadas, respecto de las cláusulas que pretendan eliminar o limitar la responsabilidad civil del proveedor frente a los consumidores y usuarios, no impide, en nuestro criterio, lo siguiente: quien suministra bienes o servicios puede delimitar con seriedad —en el contrato de adhesión que corrientemente utiliza— las obligaciones que asume frente a sus clientes, sin desnaturalizarlas, dejando claro que ciertos daños eventuales deben ser asumidos por éstos, porque tales daños no están relacionados con el cumplimiento o incumplimiento de las aludidas obligaciones. Esto no constituye una exoneración de responsabilidad propiamente dicha, sino, simplemente, una forma cuidadosa de redactar los referidos contratos, tendiente a que las partes manifiesten su voluntad, con

[533] Abascal Zamora, José María: Las Condiciones Generales de Contratación y Cláusulas Abusivas, en libro con el mismo título, antes citado, p. 58.

[534] Melich: Doctrina General del Contrato, obra citada, p. 538.

precisión y exactitud, respecto de las prestaciones que corresponden a cada una. Este tipo de precisiones o delimitaciones no calza en el supuesto de hecho de las normas antes citadas, que se limitan a prohibir las exoneraciones totales o parciales de responsabilidad (lo que es extensible a la inversión de la carga de la prueba), es decir, simplemente buscan impedir que se reduzca o elimine el derecho a la reparación de aquellos perjuicios que hayan sido producidos por el incumplimiento de las obligaciones efectivamente asumidas. Ha de distinguirse, pues, la exoneración de responsabilidad de otra figura que frecuentemente surge en materia contractual, ya que las partes pueden eliminar o moderar las obligaciones que normalmente les hubieran correspondido, lo que, obviamente, resulta en una ausencia o modificación de la responsabilidad que de otro modo hubiera habido. Esto es válido porque, salvo las limitaciones de orden público, las partes son libres de adquirir y graduar sus propias obligaciones, y pueden entonces convenir que ciertas prestaciones, que normalmente existen en determinados contratos (en virtud de normas supletorias o en virtud de cláusulas de estilo), no nazcan o nazcan bajo características menos severas que las usuales. De modo que una responsabilidad que normalmente existiría no estará presente, o estará presente de manera distinta, en los casos en los que las partes hayan suprimido obligaciones que usualmente existen o en los que las hayan acordado en forma atenuada.

En este sentido, la doctrina francesa[535] nos enseña que existe una "distinción" entre la "cláusula de no responsabilidad" y el "convenio que tiene por objeto modificar la obligación que normalmente pesa sobre el deudor". Al respecto la misma doctrina expresa: "En la reglamentación de un contrato, existe toda una porción de disposiciones supletorias de la voluntad: las obligaciones que resultan de allí pueden ciertamente ser puestas de lado por una cláusula contractual... Sin duda, estas estipulaciones tendrán como consecuencia la irresponsabilidad, pero indirectamente; el deudor es irresponsable porque él mismo no está obligado. No son convenciones de no responsabilidad; son maneras de circunscribir las obligaciones que los contratantes entienden asumir. El acuerdo es válido sin discusión –siempre que no haga desaparecer la esencia

[535] Carbonnier: obra citada, p. 321.

misma del contrato... Para que se pueda hablar de un convenio de irresponsabilidad, hay que suponer que, habiendo el contrato creado una obligación, las partes convinieron que la inejecución no puede dar lugar a daños y perjuicios (ni tampoco la ejecución defectuosa o el retardo en la ejecución)"[536].

En el mismo orden de ideas, hay que diferenciar lo que es el cumplimiento de una obligación, de lo que es la responsabilidad civil propiamente dicha. En tal sentido, es obvio que las cláusulas exoneratorias de responsabilidad civil sólo devienen operantes cuando se presenta un problema de responsabilidad civil, lo cual, a su vez, tiene lugar cuando el incumplimiento de una obligación o algún hecho previsto en la ley, causa un daño o perjuicio a una persona, a quien la propia ley —o el contrato— reconoce el derecho a una indemnización, que ésta reclama. Hasta que no ocurra esto, dichas cláusulas, evidentemente, no son aplicables. Muchos casos no tienen por qué plantearse como una exigencia de indemnización de un daño; sino que, en realidad, se pueden plantear, directamente, como una exigencia de cumplimiento de la obligación derivada del contrato. Pues bien, sólo en caso de reclamaciones para la reparación de perjuicios, podría darse la aplicación de una cláusula de exoneración de responsabilidad. Entonces, si se produce la violación de una obligación derivada de un contrato y si la parte inocente reclama una reparación, ello normalmente daría lugar a la aplicación de una cláusula de exoneración de responsabilidad, lo que podría frustrar tal reclamación, en caso de que dicha cláusula surta efectos; pero, si se trata, más bien, de una exigencia de cumplimiento de la propia obligación contractual, ocurre que ello, lógicamente, no debería dar lugar a la aplicación de tal cláusula exoneratoria. En efecto, el contratante puede exigir dicho cumplimiento, sin necesidad de reclamar daños y perjuicios, por cuanto el Código Civil expresa que 'los contratos tienen fuerza de ley entre las partes' (artículo 1159)[537], que las obligaciones —contractuales o no— 'deben cumplirse

[536] Carbonnier: obra citada, pp. 321 y 322.

[537] El texto completo del artículo 1159 del Código Civil es el siguiente: "Los contratos tienen fuerza de la Ley entre las partes. No pueden revocarse sino por mutuo consentimiento o por las causas autorizadas por la Ley".

exactamente como han sido contraídas' (artículo 1264)[538], que 'los contratos deben ejecutarse.... y obligan.... a cumplir' (artículo 1160)[539] y que 'si una de las partes no ejecuta su obligación, la otra puede... reclamar judicialmente la ejecución del contrato' (artículo 1167)[540].

Por otra parte, en los casos en que una responsabilidad objetiva del predisponente pueda tener cabida, es concebible pactar, en un contrato de adhesión, que será, más bien, una responsabilidad subjetiva. En efecto, no es lo mismo una cláusula mediante la cual el predisponente pretende exonerarse total o parcialmente de responsabilidad, que una cláusula que precise que su responsabilidad nacerá sólo de su culpa. En este caso, es posible sostener que el predisponente no está limitando o excluyendo su obligación de reparar, sino que está precisando que esta obligación nace conforme al principio general de la responsabilidad, que es la culpa del responsable, y no conforme a los casos especiales de responsabilidad basados en criterios objetivos, tales como el riesgo. Sin embargo, hay que analizar cada caso con cuidado, para que no sea utilizado para burlar las aspiraciones legítimas de los adherentes.

1.2.6) **Exclusión o limitación de la responsabilidad civil en los contratos bancarios**

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

[538] El texto completo del artículo 1264 del Código Civil es el siguiente: "Las obligaciones deben cumplirse exactamente como han sido contraídas. El deudor es responsable de daños y perjuicios, en caso de contravención".

[539] El texto completo del artículo 1160 del Código Civil es el siguiente: "Los contratos deben ejecutarse de buena fe y obligan no solamente a cumplir lo expresado en ellos, sino a todas las consecuencias que se derivan de los mismos contratos, según la equidad, el uso o la Ley".

[540] El texto completo del artículo 1167 del Código Civil es el siguiente: "En el contrato bilateral, si una de las partes no ejecuta su obligación, la otra puede a su elección reclamar judicialmente la ejecución del contrato o la resolución del mismo, con los daños y perjuicios en ambos casos si hubiere lugar a ello".

financieras reciben fondos del público. A nuestro juicio, tales cláusulas son nulas, por lo antes indicado y también por lo siguiente:

Los bancos, como depositarios, deben devolver los montos depositados al depositante, o a su mandatario o delegado, sin hacer ninguna deducción no autorizada por éstos. En este orden de ideas, se puede sostener que los institutos bancarios no pueden excusarse de devolver los montos depositados alegando que entregaron un dinero a un tercero no autorizado, aunque éste haya utilizado artificios para hacer creer que actuaba en nombre o por cuenta de un depositante. Desde este punto de vista, sucede, por ejemplo, que los falsificadores de cheques son terceros no autorizados por los cuenta-corrientistas, por lo que el importe de tales cheques no puede ser debitado de las cuentas corrientes, debiendo los bancos asumir la pérdida correspondiente; así que los débitos realizados indebidamente, si fuere el caso, deben ser revertidos. La responsabilidad civil de las instituciones financieras en razón de las actividades que desempeñan es, finalmente, una responsabilidad muy severa, por riesgo, que es, además de contractual, de índole legal.

En efecto, en los casos en que se detectan faltantes en cuentas bancarias, sin que el titular de las mismas haya hecho retiros de fondos, sino que un tercero, por ejemplo, falsificó los cheques y firmas correspondientes, es posible llegar a la conclusión de que la institución bancaria debe cubrir la pérdida correspondiente, por cuanto:

Los bancos son depositarios de dinero, que es un bien fungible (por oposición a una cosa cierta y determinada, que no es intercambiable). El dinero depositado por un cliente en un banco, cuando entra en dicha institución financiera, se junta y se confunde con las sumas depositadas por todos sus demás clientes. El banco de que se trate, como depositario, debe entregar un monto igual a la cifra depositada, bien sea al propio depositante a solicitud de éste, o a la persona que él designe. En efecto, el artículo 1765 del Código Civil señala: "El depositario no debe restituir la cosa (en este caso los montos depositados) sino **a quien se la entregó o a aquél en cuyo nombre se hizo el depósito o que fue designado para recibirlo**" (el paréntesis y el resaltado son nuestros). En caso de que el instituto bancario depositario restituya todo o parte de los montos

depositados a quien se los entregó o a aquél en cuyo nombre se hizo el depósito o que fue designado para recibirlo —y sólo en tal caso—, dicho depositario puede y debe debitar, de la cuenta de dicho depositante, la cifra correspondiente. Por eso, si el depositario, con motivo de un engaño en el que el depositante no es parte, entrega una cantidad a una persona distinta de las previstas en el artículo 1765 del Código Civil, antes citado, entonces dicho depositario no puede debitar de la cuenta del depositante la cifra correspondiente.

En consecuencia, si uno o más terceros, mediante artificios, se hacen entregar una cierta suma, el banco víctima de dicho engaño no debe restar la cifra correspondiente de la cuenta de ninguno de sus clientes. En efecto, ningún cliente ha dado instrucciones a dicha institución financiera de que entregue tal suma a terceros. Mal puede el instituto bancario, sin haber recibido órdenes en tal sentido, hacer el débito de la cuenta de uno de sus depositantes, aunque éste aparezca, en razón de los medios empleados por unos delincuentes, como el emisor de uno o más cheques. El instituto bancario es quien debe correr con las consecuencias de una falsificación o estafa, porque no existe ningún motivo legal que le permita trasladar la pérdida correspondiente a la cuenta de nadie en particular. El artículo 1760 del Código Civil dice: "el depositario debe devolver **idénticamente** la cosa que ha recibido" (resaltado nuestro). Este artículo no establece ninguna excepción para el caso de que el depositario de una cosa fungible crea equivocadamente haber entregado una determinada cantidad al depositante o a su mandatario o delegado.

En los contratos de cuenta corriente bancaria no se plantea la pérdida de una cosa cierta, respecto de la cual, salvo culpa del depositario, quien la pierde es el depositante; se trata, en efecto, de dinero, que es fungible, intercambiable; y, en estos casos, el instituto bancario no tiene por qué debitar ningún monto de la cuenta de nadie, sino que debe correr con la pérdida correspondiente, ya que ningún depositante le pidió entregara todo o parte del dinero depositado a los falsificadores.

De modo que no debe hacerse deducción alguna en razón del forjamiento de cheques; ya que, para que una institución bancaria pueda debitar una cifra de la cuenta de un cliente, se requiere que la

orden correspondiente provenga del depositante o su mandatario o delegado, pues, tal como ha quedado dicho, el dinero es fungible, el artículo 1760 del Código Civil dice que "el depositario debe devolver idénticamente la cosa que ha recibido" y el artículo 1765 del mismo Código aclara que éste "no debe restituir la cosa sino a quien se le entregó o a aquél en cuyo nombre se hizo el depósito o que fue designado para recibirlo"; a lo que se añade que el artículo 1.286 del Código Civil señala: "El pago debe hacerse al acreedor o **una persona autorizada por el acreedor mismo, por la autoridad judicial o por la ley** para recibirlo" (resaltado nuestro). Es por ello que, si un banco pagó un cheque a unos forjadores, pagó mal, no pudiendo debitar el monto correspondiente del cuentahabiente, a menos que éste haya incurrido en culpa.

En razón de todo lo expuesto, el autor venezolano Roberto Goldschmidt expresó[541]: "A tal respecto hay que señalar, en primer término, que entre el Banco y el cliente existe, normalmente, una cuenta corriente bancaria, en el sentido del artículo 521 C. Co., o más concretamente, un depósito en cuenta corriente (art. 1.852, C.C. ital.). El banco cumple con su obligación de restituir los fondos depositados haciendo pagos a las personas indicadas por el cliente, en particular, por medio de cheques. Así, es aplicable, para que el pago sea válido, la primera disposición del artículo 1.286, C.C., según el cual el pago debe hacerse al acreedor o una persona autorizada por el acreedor mismo, por la autoridad judicial o por la ley para recibirlo. Para los efectos de esta disposición, las personas que figuran como beneficiarios en cheques falsificados no son personas autorizadas por el acreedor, a saber, por el depositante en cuenta corriente, para recibir el pago que no es válido frente a éste". El mismo autor venezolano citó abundante doctrina y jurisprudencia que ratifica lo anterior: "C. Vivante, ob. cit., Vol III, Nos. 1.415-6; Corte de Cas. Francesa, 20 de abril de 1939, Recueil Sirey 1939, 1.209 y ss.; Garrigues, Tratado de Derecho Mercantil, 1955, II, No. 950; Langle y Rubio, Manual de Derecho Mercantil español, II, 1954, p. 462, con citas de jurisprudencia española en este sentido; Baumbach-Hefermehl, ob., cit., p. 253, con indicación de la jurisprudencia del Tribunal del Reich; ver, además, Ferri, Manuale di

[541] Goldschmidt, Roberto: La Letra de Cambio y el Cheque, Caracas, 1974, pp. 181 y ss.

diritto commerciale, 1950, p. 433; Ascarelli, Assegno Bancario, en Nuevo Digesto Italiano, 1937, I, P. 777". A continuación el propio Roberto Goldschmidt afirmó lo copiado seguidamente: "De modo, pues, que, en principio, **el Banco debe cargar el montante de cheques falsificados** siempre que el cliente no hubiese incurrido en responsabilidad, normalmente contractual, o que de la ley o del contrato entre las partes resultare algo distinto" (destacado nuestro). O sea que la regla general es que el instituto bancario debe cargar con la pérdida correspondiente a cheques falsificados, y las excepciones son la culpa del propio cliente y las establecidas en la ley o el contrato, si fuere el caso. El mismo Roberto Goldschmidt a continuación expresó lo transcrito a continuación: "Desde el primer aspecto, según la doctrina prevaleciente, la carga de la prueba de la responsabilidad del cliente corresponde al banco, ya que éste invoca a su favor la violación de obligaciones del cliente resultantes del contrato de arreglo con el artículo 1.160, C.C., en particular, la violación de la obligación del cliente de cuidar los formularios que emplea. Si el cliente empleare sus propios formularios, una negligencia podría consistir, asimismo, en la utilización de formularios producidos de manera defectuosa, que puedan falsificarse fácilmente. Igualmente podría haber una culpa de las personas de que el cliente responde contractualmente o aun extracontractualmente". Entonces, de acuerdo con lo explicado por Roberto Goldschmidt, ocurre lo siguiente: "No comprobada una culpa del cliente no existe en el derecho venezolano un principio general para cargarlo del montante de cheques falsificados pagados". Goldschmidt precisa que ello es así aún "en el caso de que el Banco no hubiese incurrido en culpa". Goldschmidt hace la salvedad de que algunos bancos "suelen atribuir a los clientes los riesgos de la falsificación de cheques... Tales cláusulas son posibles, al menos según el derecho vigente".

Ahora bien, esto último ya no es así, pues el derecho ha cambiado, tal como explicamos anteriormente. En efecto, primero los citados artículos de las sucesivas Leyes de Protección al Consumidor y al Usuario, luego los citados artículos de la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios, y finalmente los citados artículos de la Ley Orgánica de Precios Justos, prohíben las exoneraciones de responsabilidad en los contratos utilizados por los

proveedores de bienes o servicios[542], incluyendo los bancos, por lo que tales cláusulas no son válidas en los contratos bancarios. En todo caso, Goldschmidt precisa que "el solo hecho de que el cliente haya empleado sus propios formularios no implica que las partes hubiesen establecido... que los riesgos resultantes del empleo de dicho sistema queden a cargo del cliente." Goldschmidt también precisa lo siguiente, respecto de la acreencia del cliente bancario: "en los depósitos bancarios, el Banco adquiere la propiedad del dinero depositado convirtiéndose el depositante en un acreedor".

La acreencia del cliente bancario es por una cantidad de dinero. Es el caso que entregar una cosa o pagar una cantidad de dinero son obligaciones determinadas o de resultado, pues la prestación a que se obliga el deudor es específica, precisa, un fin en sí mismo. En este orden de ideas, cuando un instituto bancario recibe fondos de un depositante, dicho instituto bancario se compromete, simple y sencillamente, a devolver esos fondos cuando le sean requeridos. En efecto, las obligaciones determinadas o de resultado, deben ser cumplidas —como cualquier obligación— tal como han sido contraídas, conforme al artículo 1264 del Código Civil.

El concepto de obligación de medio o de resultado, y la calificación que debe hacerse, respecto de las obligaciones de dar, como obligaciones de resultado, significa que su cumplimiento o incumplimiento se examina mediante el simple expediente de verificar si la cosa —en este caso el dinero— se entregó o no. En el supuesto de incumplimiento de tal obligación de resultado —lo que se determina haciendo abstracción de la eventual culpa del deudor— éste debe responder de los daños que cause, en este caso, de los faltantes en la cuenta, más los intereses, más, eventualmente,

[542] La última versión de la Ley Orgánica de Precios Justos, que es la publicada el 8 de noviembre de 2015 y reimpresa el 12 del mismo mes, establece que uno de los "derechos de las personas en relación con los bienes y servicios" es su derecho "A la protección en los contratos de adhesión que sean desventajosos o lesionen sus derechos e intereses" (artículo 7, número 10), e impone una sanción pecuniaria a quienes violen este derecho (artículo 47, número 7). La misma ley señala que los "derechos de las personas en relación con los bienes y servicios" incluyen "la reparación e indemnización por daños y perjuicios" (artículo 7, número 7), y se castiga con multa a quienes no procedan al "resarcimiento del daño sufrido" (artículo 47, número 7). Finalmente, dicha ley indica que sus "disposiciones… son de orden público y en consecuencia, irrenunciables" (artículo 4).

el lucro cesante, por no haberse obtenido frutos de tales montos. No se aplican las normas relativas a quién debe correr con los riesgos de pérdida de la cosa, ya que no se trata de un cuerpo cierto, sino de dinero, que es la cosa fungible por excelencia. Tampoco se aplican los criterios subjetivos propios de un análisis de responsabilidad por culpa, puesto que lo relevante es verificar si se produjo o no el resultado prometido, en este caso, la devolución del monto objeto del depósito, con el correspondiente interés, si fuere el caso.

En consecuencia, los bancos deben devolver a los depositantes los dineros depositados, con los intereses a que haya lugar, sin restar monto alguno por cargos no autorizados por estos últimos, como lo son los que correspondan a una falsificación de cheques.

En razón de lo antes dicho, el autor francés Philippe Le Tourneau expresó que[543]: "El banquero depositario de fondos está obligado a reembolsarlos... se trata de una obligación determinada: de resultado... **El banquero debe restituir los fondos, aunque los haya pagado por error a un tercero, por ejemplo a un falsificador**, ya que el pago no es liberatorio, según el artículo 1239, sino cuando es efectuado en las manos de aquél que tiene cualidad para recibirlo" (resaltado nuestro). Prosigue Le Tourneau con una cita de abundante jurisprudencia en el mismo sentido. Terminó dicho autor francés con la siguiente afirmación: "El depositario no se puede exonerar sino mediante la prueba de una falta imputable al cliente mismo o un caso de fuerza mayor". De modo que, en los contratos bancarios de cuenta corriente, cuenta de ahorros u otros, el instituto financiero asume la obligación de devolver el dinero depositado. Se trata de una obligación de resultado, es decir, el banco debe devolver el monto correspondiente, sin que le sea dado excusarse de ninguna manera. De lo contrario, el banco responde civilmente.

Mediante este tipo de contratos, las instituciones financieras deben asumir los riesgos propios de la actividad bancaria, tales como los de forjamiento de cheques, sin que toque a sus clientes soportar tales riesgos.

En consecuencia, los bancos deben asumir una responsabilidad objetiva o por riesgo, que nace por el mero hecho de que se haya

[543] Philippe Le Tourneau, La Responsabilité Civile, París, 1982, p. 546.

causado un daño, sin que sea necesario que el cliente pruebe la culpa de la institución bancaria para obtener resarcimiento. Se trata de una responsabilidad muy severa, al punto de que se ha denominado "responsabilidad de pleno derecho", porque procede de manera casi automática, sin que el demandante tenga que demostrar que el demandado fue negligente, imprudente o mal intencionado.

Así que la responsabilidad de los bancos en estas situaciones es una responsabilidad objetiva, por riesgo o de pleno derecho (por oposición a una responsabilidad subjetiva o por culpa).

Sobre este mismo tema, el autor italiano Cesare Vivante expresó lo copiado de seguidas[544]: "Si no existe culpa imputable ni a uno ni a otro para el reembolso del cheque con firma del librador falsa, **el daño recaerá sobre el banquero que ha pagado**. Y en verdad el fraude iba dirigido contra el banquero, el cual no puede sustraerse al daño experimentado con relación a su cliente, porque el servicio de los pagos está a cargo suyo y **debe soportar los riesgos del mismo**. No podrá, pues, adeudarle (rectificación: debitarle) la cantidad pagada, porque el pago es válido sólo cuando se hace a la persona autorizada para recibirlo (art. 1241 del Código civil). Si él ha asumido el servicio de caja para su cliente y por ello gana una comisión, **es justo que soporte los riesgos** inherentes a aquel servicio. No se debe olvidar, por último, que es fácil al banquero cubrirse contra este **riesgo profesional** merced a un aumento de su comisión, ya que el gran volumen de estas operaciones y las ganancias que reportan pueden compensarle de una pérdida para el cliente sería irreparable. Por otra parte, autorizando al banquero a cobrarse del crédito del cliente lo que pagó por el cheque falsificado, se daría fuerza obligatoria a la firma del librador..." (el primer paréntesis y los resaltados son nuestros).

Al respecto, nos permitimos citar de nuevo a Roberto Goldschmidt, quien escribió[545]: "Los depósitos bancarios son la principal fuente de trabajo de los bancos; sin ellos sería imposible la actividad crediticia de los bancos ya que éstos trabajan con el dinero que les confían los particulares y sociedades a través de sus depósitos. El depósito bancario, sirve, por lo tanto, también, a los

544 Vivante, Cesare: Derecho Mercantil, tomo III, Madrid, 1936, pp. 526 y 527.
545 Goldschmidt, obra citada, pp. 181 y ss.

intereses del Banco que cumple, como se ha dicho en la doctrina, una propia especulación, y no sólo a los del depositante. La posibilidad de girar cheques contra el Banco a cargo del depósito en cuenta corriente es inherente al depósito bancario moderno y constituye el medio normal para retirar los fondos depositados... **el riesgo del pago de cheques falsificados, si no media culpa del cliente, corresponde al Banco**, solución justificada no sólo por razones jurídicas sino también económicas, por la posibilidad que tiene el Banco de protegerse contra dicho riesgo mediante un seguro y, sobre todo, por poder el gran número de sus negocios y los beneficios que de éstos resultan compensarlo de una pérdida que sería irreparable para el cliente. Si el banco opina que el empleo de formularios propios por parte del cliente aumenta su riesgo, puede rehusarlos, tal como ocurre en varios países, pero si no lo hace para no desagradar al cliente y porque otros clientes emplean el mismo sistema y otros bancos también lo aceptan, deben aplicarse los principios generales que rigen esta materia y que corresponden a la equidad" (el resaltado es nuestro).

Ahora bien, Goldschmidt precisó que las eventuales ventajas para el cliente de mandar a hacer sus chequeras "no son, de todas maneras, de tanta consideración para que por ellas el cliente debiese cargar, según la equidad, con el riesgo de una falsificación".

De modo que existe una responsabilidad por riesgo de los bancos, que no pueden excusarse alegando que no cometieron ninguna falta, por lo que deben soportar las pérdidas producidas por la falsificación de cheques, al igual que gozan de las ganancias inherentes a la actividad bancaria.

Todo esto fue confirmado en 1987 por el máximo tribunal venezolano, mediante sentencia en la que dictaminó: "Cuando ni el librado ni el librador sean culpables, se hace responsable al librado porque como lo explica Vivante la falsificación está dirigida a defraudar al librado y porque el servicio de Caja de EL BANCO entra dentro de su actividad normal, con todos los riesgos inherentes. Otros como Garrigues, consideran que el peligro de que se presenten cheques falsificados es inherente al tráfico bancario de cheques, y que el perjuicio de tener que pagarlos se compensa con el lucro que obtiene del conjunto de operaciones que realiza, por lo que

el librado es el responsable. También se sostiene, como señaló Gualtieri, que como el banco, librado, actúa en su propio interés y en el ejercicio de su empresa, es justo que soporte los riesgos de la misma con base en el principio Cuius Commoda Cuius Incómoda"[546]. En la misma sentencia la extinta Corte Suprema de Justicia seguidamente citó *in extenso* al autor venezolano Alfredo Morles Hernández, quien a su vez había invocado doctrina y jurisprudencia francesa en el mismo sentido, y acogió la tesis de Goldschmidt, antes transcrita. Luego la misma Corte Suprema transcribió y confirmó la sentencia del recurrida en casación, la cual expresó principalmente lo siguiente: "correspondiendo a la demandada (una institución bancaria)... la obligación de probar que esas firmas (las de unos cheques debitados a la cuenta del demandante o actor) sí son del actor y por lo tanto, pagó bien, y no lo hizo... se debe concluir y así lo hace el Tribunal que... la demandada pagó (los cheques) a terceros y con cargo a la cuenta corriente señalada, sin la debida autorización... no es imputable al actor negligencia, descuido o culpa que hayan motivado esos pagos, los cuales por tanto, son de riesgo y cuenta de la firma demandada" (paréntesis nuestros). La Corte Suprema, en la misma sentencia, finalmente declaró lo que copiamos de seguidas: "considera esta Sala que el sentenciador de la segunda instancia no incurrió en infracción alguna... ya que el artículo 1692 del Código Civil (sobre mandato) no es aplicable al presente caso porque... el contrato de cuenta corriente no es un mandato... por lo demás, el recurrente (el banco demandado) no demostró su alegato de que el actor (el cuentacorrentista demandante) no tomó las precauciones para el buen manejo de la cuenta corriente"[547].

De modo que parece imperar la tesis doctrinaria y jurisprudencial según la cual los bancos son responsables objetivamente, sin culpa, por riesgo o de pleno derecho, de las pérdidas correspondientes a cheques falsificados, no pudiendo cargar los montos correspondientes a sus clientes. Esta tesis doctrinaria y jurisprudencial nos parece la más acertada, aunque existen autores y sentencias que afirman lo contrario.

---

[546] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 22 de julio de 1987, publicada en la compilación de Oscar Pierre Tapia, año 1987, tomo 7, pp. 168 y ss.

[547] Ver la anterior cita de pie de página. Los paréntesis son nuestros.

En nuestro criterio, la responsabilidad de un banco por los débitos que indebidamente haga a la cuenta de uno de sus clientes, en razón de un cheque falsificado, y la consecuente negativa de aludido banco a pagar la totalidad de lo que depositó tal cliente, sin deducción alguna, es una responsabilidad objetiva. En efecto, la obligación del banco de devolver el dinero depositado al depositante o a quien éste designe es una obligación de resultado. No se trata de una obligación general de prudencia o diligencia u obligación de medio, en cuyo caso la responsabilidad sería por culpa. Se trata, por el contrario, de una obligación determinada, porque ello se desprende de la ley y del contrato, que prevén que el banco, como depositario, devuelva las cantidades depositadas; siendo el caso que los contratos son ley entre las partes y las obligaciones deben ser cumplidas exactamente como han sido contraídas, en cuyo defecto el deudor es responsable (artículos 1159 y 1264 del Código Civil).

Tal como señalamos anteriormente, la relación entre los bancos y sus clientes estaba sujeta a las sucesivas Leyes de Protección al Consumidor y al Usuario, luego estaba sujeta a la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios y ahora está sujeta a la Ley Orgánica de Precios Justos, siendo el caso que todas estas leyes establecían o establecen que el derecho del consumidor o usuario a que el proveedor responda por los perjuicios que causa, que es un derecho irrenunciable, por lo que prohibían o prohíben las cláusulas exoneratorias de responsabilidad, negándoles todo efecto jurídico.

El autor francés Michel Vasseur escribió lo siguiente, mostrando alguna ironía[548]: "una evolución en el sentido de la extensión de los deberes de los banqueros y, en consecuencia, en el sentido de una agravación de su responsabilidad, es innegable... El banquero maneja dinero y, curiosamente, el dinero parece deberse ubicar entre las cosas peligrosas... Y el banquero está un poco en la situación del fabricante que se tiene por responsable frente a terceros de los daños ocasionados por la cosa que fabricó".

De modo que, en Venezuela, conforme a las leyes mencionadas, la responsabilidad en cabeza del proveedor de bienes o servicios es

[548] Vasseur, Michel: Droit et Economie Bancaires, Tomo II, París, 1982, p. 52.

de orden público o inderogable; y esto se aplica a los servicios bancarios. Tal responsabilidad abarca todos los daños producidos en la prestación de estos servicios, incluyendo las pérdidas causadas con motivo de la falsificación de cheques. Por ende, la responsabilidad de los institutos bancarios no se ve afectada por la excepción que los mismos pretendan establecer mediante cláusulas exoneratorias de responsabilidad, si fuere el caso.

Entre las normas en materia de responsabilidad civil, contractual o extracontractual, existe la regla general de que se puede desvirtuar la relación de causalidad que aparentemente une el hecho imputado a un sujeto y el daño sufrido por la víctima, mediante la prueba de que la única causa de dicho perjuicio es el hecho de la víctima o de un tercero, o un caso fortuito o de fuerza mayor; en cuyo caso aquel sujeto queda exonerado de responsabilidad (artículos 1271 y 1272 del Código Civil). Ahora bien, la aplicación de esta regla general no exonera a un banco de responsabilidad por los débitos hechos en razón de cheques falsificados, por cuanto, si bien los forjadores son la causa principal del daño, no son la única causa de éste. Sin la actuación del banco, que hizo indebidamente el cargo correspondiente a la cuenta de su cliente, éste no hubiese sufrido ningún daño. Debe, pues, aplicarse otra regla general, según la cual, si varias son las causas de un hecho, los diversos causantes responden solidariamente ante la víctima (artículo 1196 del Código Civil).

Sobre este particular, el autor francés Christian Larroumet, llega a la misma conclusión, pero por otra vía, cuando afirma[549]: "Si bien la obligación de dar, es decir, de transferir la propiedad, es una obligación de resultado en virtud de su propia naturaleza, el contenido de esta obligación no es el mismo según que ella tenga por objeto un cuerpo cierto o una cosa del género. Si la obligación tiene por objeto un cuerpo cierto, el deudor no será responsable si prueba que una causa extraña le impidió ejecutar su obligación... Pero, si la obligación de dar tiene por objeto una cosa del género, no es posible exonerar al deudor de su responsabilidad por la prueba de una causa extraña, en razón de que siempre le será posible obtener una

[549] Larroumet: obra citada, p. 565.

cosa de calidad equivalente en la misma cantidad, lo que justifica el principio de que el género no perece".

En relación con estas situaciones, en que un instituto bancario paga un cheque falsificado y lo carga a la cuenta de uno de sus clientes, existe la siguiente tesis: el banco y el cuentacorrientista están unidos por un contrato de mandato, el cual permite al banco cobrar al cuentacorrientista el monto correspondiente. Dicho supuesto contrato de mandato se basaría en que el contrato bancario de depósito en cuenta corriente prevé, de conformidad con la ley, la posibilidad de que el cliente movilice su cuenta mediante cheques. Entonces, el cuentacorrientista, como mandante, daría instrucciones al banco, como mandatario, para que éste pagase los cheques y debitase el monto correspondiente. En consecuencia, se aplicaría el artículo 1700 del Código Civil, según el cual el mandatario -el banco- tiene derecho a que el mandante —el cuentacorrientista— le indemnice de las pérdidas que ha sufrido a causa del ejercicio de tal mandato. Tales pérdidas consistirían, justamente, en el dinero pagado en razón de cheques forjados. Ahora bien, esto no se corresponde con la realidad. El propio Goldschmidt reconoce, en la obra antes citada, lo siguiente[550]: "en la doctrina se ha hecho referencia en sentido contrario a los principios del mandato, a saber, al artículo 1.700, C.C., según el cual el mandante debe indemnizar al mandatario de las pérdidas que éste haya sufrido a causa de su gestión, si no se le puede imputar culpa alguna... No obstante, de acuerdo con la opinión prevaleciente, el artículo 1.700, C.C., no debe aplicarse en esta materia, por no consistir la relación entre el banco y el cliente un simple mandato". Dicho autor venezolano cita la siguiente doctrina extranjera en apoyo de lo anterior: "Vivante, ob. cit., No. 1.417, Gualtieri, I titoli di crédito, 1953, p. 311; Garrigues, Contratos Bancarios, cit., p. 518, nota 40, al fin; Mosa, ob. cit., No. 227, p. 331". A continuación Goldschmidt explica que la relación entre un banco y su cliente no está constituida por un mandato, sino que "está constituida, por el contrario, por un depósito bancario en cuenta corriente del cual forma parte integrante el pacto que permite al cliente retirar por medio del cheque los fondos que tiene en el poder del librado". Goldschmidt concluye con la siguiente

[550] Goldschmidt, obra citada, pp. 181 y ss.

afirmación, que nos parece muy relevante: "no se puede llegar, en base al artículo 1.700, C.C., a una solución distinta de la que resultare del artículo 1.286, del mismo Código, ya que esto significaría que el Banco deudor pudiese liberarse no sólo mediante el pago a una persona autorizada por el acreedor sino también mediante el pago a una persona no autorizada siempre que no se le pudiese imputar culpa alguna. El artículo 1.700 C.C., sólo podrá aplicarse a los casos en que, sin perjuicio de la eventual retribución del mandatario, la gestión se realiza por el solo interés del mandante".

Y es que el contrato de mandato es un contrato nominado, regulado en los artículos 1684 y siguientes del Código Civil. En cambio, el contrato bancario de depósito en cuenta corriente es, como su nombre lo indica, un contrato de depósito. El contrato de depósito es, pues, un contrato nominado distinto, regulado en los artículos 1751 y siguientes del Código Civil, así como en los artículos 532 y siguientes del Código de Comercio. Más concretamente, es un contrato de depósito en cuenta corriente. La cuenta corriente también es un contrato nominado, regulado por los artículos 503 y siguientes del Código de Comercio. Estos últimos complementan los artículos 1751 y siguientes del Código Civil y 532 y siguientes del Código de Comercio, antes citados.

La entrega de dinero al banco, por parte del cliente, constituye un contrato de depósito, tal como lo ilustra el artículo 521 del Código de Comercio, que define la cuenta corriente bancaria con provisión de fondos, haciendo referencia expresa a los fondos "depositados" por "el cliente" en "el banco". A dicho contrato se aplican una serie de disposiciones de la Ley de Instituciones del Sector Bancario.

El legislador, lo mismo que los documentos impuestos por los bancos a sus clientes como contrato de adhesión, señala, en forma expresa, que el dinero depositado por el cuentacorrientista, de conformidad con el contrato bancario de depósito en cuenta corriente, se puede movilizar mediante cheques. En efecto, por una parte, el artículo 489 del Código de Comercio dice que: "La persona que tiene cantidades de dinero disponible en un instituto de crédito... tiene derecho a disponer de ellas en favor de sí mismo o de un tercero, por medio de cheques". Y por otra parte, lo normal es

que esto mismo esté previsto expresamente en el contrato correspondiente.

El "dinero", a que se refiere el artículo 489 citado, es el que está "disponible" de conformidad con el contrato bancario de cuenta corriente, de donde se desprende que la movilización de tales fondos mediante cheques se deriva de dicho contrato, y no de uno de mandato.

De modo que los cheques, previstos en el citado artículo 489, tienen su razón de ser en el contrato bancario de cuenta corriente; y, en consecuencia, de la existencia de tales cheques como medio de pago, no se infiere un contrato de mandato; sino que, para explicarlos, basta acudir al mismo contrato bancario de cuenta corriente y a la propia ley. En el artículo 489 citado no está, pues, implícito un contrato de mandato. El contrato que está implícito en este artículo es el contrato bancario de cuenta corriente. El artículo 489 citado deja claro que los cheques son algo propio, típico y exclusivo del contrato bancario de cuenta corriente, bien sea en su forma más común, que es la del contrato bancario de depósito en cuenta corriente, al que nos hemos venido refiriendo; o en su forma menos común, que es la del contrato bancario de cuenta corriente sin provisión de fondos o línea de crédito en cuenta corriente.

En criterio de algunos autores, existe un acuerdo, denominado convención de cheques, entre el cuenta-corrientista y el banco, en virtud del cual éste se compromete, como librado, a honrar los cheques emitidos por aquél con cargo a su cuenta corriente. Se puede afirmar que tal convención de cheques está implícita en el artículo 489 citado. Dicha convención se integra y forma parte del contrato bancario de cuenta corriente. Tal convención no es un contrato separado, ni tampoco un contrato tácito de mandato. La circunstancia de que los fondos se movilicen mediante cheque no convierte al contrato bancario de depósito en cuenta corriente, en un contrato de mandato; ni tampoco hace necesario recurrir a la figura del mandato tácito, como contrato accesorio o complementario de aquél; ya que tal movilización mediante cheques —repetimos— está prevista directamente en la ley (artículo 489 citado), así como en los documentos de adhesión impuestos por los bancos, los cuales

contienen un contrato bancario expreso de depósito en cuenta corriente (y no un contrato tácito de mandato).

Permitir al banco trasladar a sus clientes las pérdidas producidas por los cheques falsificados, argumentando que *un contrato bancario escrito de depósito en cuenta corriente* (artículos 1751 y siguientes del Código Civil; y 489, 503 y siguientes y 532 y siguientes del Código de Comercio) es, contiene o se complementa con un *contrato tácito de mandato* (artículos 1684 y siguientes del Código Civil), no es la correcta interpretación de la ley, ni de las cláusulas contractuales. El cuenta-corrientista no celebra un contrato de mandato con el banco para que pague por cuenta suya a los beneficiarios de los cheques; sino que el cuenta-corrientista, en virtud de un contrato de otra naturaleza (un contrato bancario de depósito en cuenta corriente, contentivo de lo que parte de la doctrina llama una convención de cheques), así como de una disposición expresa de la ley (el artículo 489 del Código de Comercio), moviliza los dineros que tiene depositados en su cuenta bancaria mediante cheques, que deben ser honrados por el banco, como librado.

De modo que los cheques, emitidos dentro del contexto de un contrato bancario de depósito en cuenta corriente y de conformidad con el artículo 489 del Código de Comercio, no implican, ni siquiera tácitamente, un contrato de mandato; y, en consecuencia, el banco es responsable si debita, de la cuenta de uno de sus clientes, montos no autorizados por éste, sino sustraídos del propio banco por uno o más falsificadores.

El artículo 1317 del Código Civil se refiere a "La delegación por la cual un deudor designa al acreedor otro deudor, el cual se obliga hacia el acreedor". Dicha delegación es la que muchos autores denominan "delegación pasiva". La "delegación activa", en cambio, ocurriría —parafraseando el artículo citado— cuando un acreedor designa a su deudor otro acreedor; o —tal como la define el artículo 1319 del mismo Código— cuando tiene lugar "la simple indicación hecha por el acreedor de una persona que debe recibir por él".

Pues bien, se puede afirmar que la movilización de una cuenta mediante cheques configura o puede configurar una delegación. También se puede afirmar que tal delegación se concreta en la

ejecución de un acto jurídico. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1684 del Código Civil, la ejecución de un acto jurídico por encargo de otro es un elemento típico del contrato de mandato. Ahora bien, si dos personas naturales o jurídicas se limitaran a celebrar un simple contrato en virtud del cual una de ellas encarga a la otra que pague algo por cuenta suya, estaríamos, efectivamente, en presencia de un contrato de mandato, regido por los artículos 1684 y siguientes del Código Civil. Pero éste no es el caso, cuando se trata de un banco y un cuenta-corrientista, unidos por un contrato distinto (contrato bancario de depósito en cuenta corriente), que se rige por otras disposiciones (los artículos 1751 y ss. del Código Civil; y 489, 503 y s. y 532 y ss. del Código de Comercio); contrato éste según el cual, de conformidad con sus propias cláusulas y una disposición legal expresa (el artículo 489 del Código de Comercio), el depositante puede movilizar los dineros que tiene depositados en el banco mediante cheques; siendo el caso que la propia ley vincula dichos cheques al contrato bancario de cuenta corriente, y no a un supuesto mandato tácito.

Es equivocado encontrar, por el sólo hecho de que el cuenta-corrientista puede emitir cheques, que existe un contrato de mandato tácito, pues varias disposiciones legales, antes citadas, regulan el cheque y el contrato bancario de depósito en cuenta corriente (al cual puede considerarse incorporada una convención de cheques), sin mencionar, de ninguna manera, tal supuesto mandato.

La circunstancia de que se pueda interpretar que el cheque contiene una delegación de pago, no hace que exista, además del contrato bancario expreso de depósito en cuenta corriente, un contrato tácito de mandato, accesorio o complementario de aquél. No hay relación entre aquella circunstancia y este contrato. El que un contrato de mandato y un contrato bancario de depósito en cuenta corriente, tengan el común denominador de que una parte deba hacer algo por cuenta de la otra, no hace que uno de los contratos se convierta en o tenga que ser completado por el otro. Por ejemplo, en los contratos de compraventa se transfiere la propiedad, pero esto no significa que, en los contratos de donación —en los que también se transfiere la propiedad—, exista implícito un contrato de compraventa.

En efecto, el cheque es emitido en virtud del contrato bancario de depósito en cuenta corriente y de conformidad con él, para movilizar los fondos depositados, tal como se desprende del citado artículo 489, así como del texto del correspondiente documento de adhesión. Esto no hace del contrato bancario de depósito en cuenta corriente (que puede considerarse que incorpora un convenio de cheques) un contrato de mandato, ni tampoco exige que aquél tenga que ser completado por éste. No existe dicho contrato de mandato, cuya alegada necesidad se originaría en una delegación activa, la cual a su vez se podría deducir de la chequera, porque, además, cuando la firma del emitente contenida en el cheque, pagado por el banco librado, es falsa, esa delegación de pago es inexistente.

El cuenta-corrientista no está, en ningún momento, dando facultades al banco para que haga pagos en nombre del mismo cuenta-corrientista (mandato con representación). El cuenta-corrientista tampoco está, simplemente, dándole facultades para que haga pagos por cuenta suya (mandato sin representación); sino que el cuenta-corrientista tiene una relación compleja con el banco, según un contrato nominado, distinto del mandato, que es el contrato bancario de depósito en cuenta corriente, en virtud del cual, de conformidad con la ley, el banco debe restituir el dinero depositado, bien sea directamente, o entregándolo a quien el cuenta-corrientista designe mediante la emisión de un cheque, el cual puede luego circular, como título valor que es.

De modo que un banco no puede cargar a su cliente inocente el importe de un cheque falsificado. Asimismo, no es razonable sostener que el mismo banco está legalmente facultado para reclamar a dicho cliente el monto correspondiente, por aplicación del artículo 1700 del Código Civil, relativo a los daños sufridos por el mandatario. En efecto, este artículo no es aplicable, por cuanto no hay ningún contrato de mandato, ni siquiera tácito, sino un contrato bancario de cuenta corriente, bien sea con provisión de fondos (depósito en cuenta corriente) o —lo que es menos usual— sin provisión de fondos (línea de crédito en cuenta corriente).

De modo que los bancos deben devolver los montos totales depositados por sus clientes, sin deducción alguna en razón del forjamiento de cheques; ya que, para que una institución bancaria

pueda debitar una cifra de la cuenta de un depositante, se requiere que la orden correspondiente provenga de éste o de su mandatario o delegado, pues el dinero es fungible, el artículo 1760 del Código Civil dice que el depositario debe devolver idénticamente lo recibido por él, y los artículos 1765 y 1286 del mismo Código aclaran que el depositario o deudor no debe restituir lo depositado sino al depositante o acreedor o a una persona autorizada para recibirlo. Sin duda, en los contratos bancarios de cuenta corriente, cuenta de ahorros u otros, los institutos financieros asumen una obligación que deben cumplir, consistente en devolver el dinero depositado. No es excusa decir que se le pagó a quien no era (un falsificador). La obligación de pagar una cantidad de dinero es una obligación determinada o de resultado. Por lo tanto, la falta de pago de una suma de dinero genera una responsabilidad muy rigurosa en cabeza el deudor. En efecto, no es necesario hacer ningún análisis en términos de culpa, ya que lo único que importa, para ver si hubo incumplimiento, es si se logró o no la meta prometida, en este caso, la devolución de lo depositado. Es, pues, irrelevante, el grado de prudencia o diligencia, ya que las obligaciones, incluidas las de resultado, deben ser cumplidas exactamente como han sido contraídas, por lo que los bancos deben devolver a cada depositario el monto depositado por él, íntegramente (primera parte del artículo 1264 del Código Civil); sin que les sea dado excusarse alegando la falsificación de cheques, puesto que sólo podían pagar válidamente a personas autorizadas, y no se trata, propiamente, de un caso fortuito o de fuerza mayor, ni de otra causa extraña no imputable (artículos 1271 y 1272 del Código Civil); finalmente, si un instituto bancario no devuelve a alguno de sus clientes una cantidad depositada por éste, el mismo es responsable de los daños y perjuicios que cause (segunda parte del artículo 1264 del Código Civil). De modo que la institución financiera responde civilmente aunque no se le pueda imputar ninguna imprudencia, ni negligencia, por lo que su deber de indemnizar es una responsabilidad sin culpa u objetiva. Al emprender una actividad bancaria remunerada, la cual se instrumenta mediante los referidos contratos bancarios de cuenta corriente, cuenta de ahorros y otros, las instituciones financieras asumen, en principio, los riesgos propios de dicha actividad, entre los que se encuentran, justamente, las posibles pérdidas con motivo

del forjamiento de cheques, formularios de retiro de fondos, etc. No es razonable considerar que los clientes de las instituciones financieras son quienes deben soportar los riesgos propios de la actividad bancaria. Por eso, la mejor doctrina y jurisprudencia enseñan que los bancos tienen una responsabilidad objetiva, sin culpa o por riesgo, que abarca, entre otros, el caso de falsificación de chequeras. Finalmente, en estos casos, es obvia la ineficacia de las cláusulas de exoneración de responsabilidad. Las sucesivas Leyes de Protección al Consumidor, luego la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios y actualmente la Ley Orgánica de Precios Justos, no reconocen valor a las convenciones mediante las cuales el autor potencial de un daño se pone de acuerdo con la víctima potencial, para que ésta renuncie por adelantado a su reparación. Esto se aplica en relación con todas las cláusulas que exoneran a los bancos de responsabilidad frente a sus depositantes, bien sea las contenidas *ab initio* en los contratos bancarios de cuenta corriente u otros, o las incorporadas *a posteriori* mediante formatos propuestos por los institutos de crédito y firmados y devueltos por sus clientes, por ejemplo, al momento de retirar una chequera. En efecto, estas cláusulas son contrarias a las leyes mencionadas, de acuerdo con lo antes explicado.

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 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.

De manera 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.

1.2.7) **Exclusión o limitación de la responsabilidad civil en las pólizas de seguro**

En las pólizas de seguros, las cláusulas que establecen exclusiones no son convenios para eliminar o limitar la responsabilidad civil de la aseguradora, prohibidas por las sucesivas Leyes de Protección al Consumidor y al Usuario, luego por la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios, y actualmente por la Ley Orgánica de Precios Justos[551]. Tales exclusiones son permitidas, porque se trata, más bien, de previsiones contractuales que tienden a delimitar la extensión de las obligaciones asumidas por las aseguradoras; previsiones que están perfectamente ajustadas a

[551] La última versión de la Ley Orgánica de Precios Justos, que es la publicada el 8 de noviembre de 2015 y reimpresa el 12 del mismo mes, establece que uno de los "derechos de las personas en relación con los bienes y servicios" es su derecho "A la protección en los contratos de adhesión que sean desventajosos o lesionen sus derechos e intereses" (artículo 7, número 10), e impone una sanción pecuniaria a quienes violen este derecho (artículo 47, número 7). La misma ley señala que los "derechos de las personas en relación con los bienes y servicios" incluyen "la reparación e indemnización por daños y perjuicios" (artículo 7, número 7), y se castiga con multa a quienes no procedan al "resarcimiento del daño sufrido" (artículo 47, número 7). Finalmente, dicha ley indica que sus "disposiciones… son de orden público y en consecuencia, irrenunciables" (artículo 4).

derecho, de acuerdo con lo antes explicado. En efecto, tal como lo ha puesto de manifiesto la doctrina argentina, "Cuando hay exclusión de riesgo, el asegurador manifiesta explícitamente en la póliza su voluntad de no cubrirlo. Desde el principio del contrato declara no tomarlo a su cargo y el asegurado no tiene derecho a indemnización alguna. En este supuesto se origina una falta de cobertura, un 'no seguro', porque el riesgo se halla, formalmente, fuera de la garantía dada en la póliza respectiva. Lo significativo es que se trata de un riesgo 'diverso' del previsto en la póliza, es decir, de aquel sobre cuya base de efectuó el contrato"; o sea que "el evento no se halla cubierto contractualmente, no ha sido tomado a su cargo por el asegurador, no percibió prima por él"[552].

En Venezuela, el artículo 560 del Código de Comercio disponía lo expresado seguidamente: "El siniestro se presume ocurrido por caso fortuito; pero el asegurador puede probar que ha ocurrido por causa que no le constituye responsable según la convención o la ley". A partir del 12 de noviembre de 2001, el artículo 37 del Decreto con Fuerza de Ley del Contrato de Seguro estableció, principalmente, que "El siniestro es el acontecimiento futuro e incierto del cual depende la obligación de indemnizar por parte de la empresa de seguros"; y que "El tomador, el asegurado o el beneficiario debe probar la ocurrencia del siniestro, el cual se presume cubierto por la póliza, pero la empresa de seguros puede probar que existen circunstancias que según el contrato de seguro o la ley la exoneran de responsabilidad". Actualmente, las Normas que Regulan la Relación Contractual en la Actividad Aseguradora emitidas por la Superintendencia de la Actividad Aseguradora, Sudeaseg, y publicadas el 24 de agosto de 2016, disponen, en su artículo 41, principalmente que "El siniestro es la materialización del riesgo que da origen a la obligación de indemnizar por parte de la empresa de seguros o la asociación cooperativa que realiza actividad aseguradora, que corresponda conforme al contrato suscrito"; y que "El tomador, el asegurado o el beneficiario debe probar la ocurrencia del siniestro, el cual se presume cubierto por la póliza; sin embargo, la empresa de seguros o la asociación cooperativa que realiza actividad aseguradora puede probar que existen circunstancias que según el contrato de

[552] Stiglitz: Cláusulas Abusivas en el Contrato de Seguros, obra citada, p. 104.

seguro, la ley o las presentes Normas la exoneran de responsabilidad." Esto significa que corresponde a la compañía aseguradora la carga de demostrar que los hechos por los que reclama el asegurado se subsumen dentro de una exclusión, si fuere el caso. Refiriéndose a las exclusiones, la doctrina argentina califica como abusivo establecer una inversión convencional de la carga de la prueba[553]. En el mismo orden de ideas, en Venezuela, se puede razonablemente sostener que las normas sucesivas citadas precedentemente, en materia de carga de la prueba, son inderogables.

Independientemente de lo anterior, las pólizas a veces establecen ciertas obligaciones en cabeza de la empresa de seguros, que son adicionales a su obligación de pagar el siniestro. Por ejemplo, en el seguro de responsabilidad civil, frecuentemente se estipula que la compañía aseguradora se compromete a asumir la defensa del tomador del seguro, en el juicio que contra éste intente el tercero reclamante de daños o perjuicios, si fuere el caso. Se trata de una obligación de medio u obligación general de prudencia y diligencia, por lo que la aseguradora simplemente se obliga a hacer sus mejores esfuerzos en la defensa judicial del asegurado. En consecuencia, se requiere que quede establecida la culpa de la empresa de seguros, en el manejo de dicha defensa, para imputarle responsabilidad. De modo que, si la póliza establece que la aseguradora está obligada a defender al asegurado, aquélla es responsable en caso de incumplimiento, lo que queda establecido cuando se demuestra la imprudencia o negligencia de los órganos, dependientes o auxiliares de la empresa de seguros, en la atención del litigio. Otras veces, las pólizas dan al ente asegurador el derecho a asumir la dirección del juicio, sin obligarlo a ello. En estos casos, en que el asegurador simplemente tiene el derecho de dirigir el litigio, si éste decide asumir la defensa del asegurado, debe hacerlo prudente y diligentemente. De lo contrario, también es responsable.

Pues bien, los contratos de seguros a veces incluyen cláusulas de exoneración de responsabilidad, especialmente en relación con la antes aludida obligación de medio de la compañía aseguradora, de asumir la defensa del tomador de una póliza de responsabilidad civil.

---

553 Stiglitz: Cláusulas Abusivas en el Contrato de Seguros, obra citada, p. 104 y ss.

Sin embargo, las pólizas se rigen por las sucesivas Leyes de Protección al Consumidor y al Usuario, luego por la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios y actualmente por la Ley Orgánica de Precios Justos. Estas leyes, tal como ha quedado dicho, establecen una responsabilidad inderogable en cabeza del proveedor de bienes o servicios, incluyendo, por lo antes señalado, los "servicios" de seguros. Así que, si un proveedor de bienes o servicios, como lo es cualquier ente asegurador, conviene, con el consumidor o usuario, en este caso el tomador del seguro, una cláusula que pretenda eximir a aquél total o parcialmente de responsabilidad, la misma no tiene valor. En nuestro criterio, no puede darse otro sentido a los artículos de las leyes derogadas y de la ley vigente, antes citados, de los que se desprende que uno de los derechos de los clientes de las empresas aseguradoras es exigir de éstas responsabilidad, cuando hubiere lugar a ella; y que estos derechos son irrenunciables.

De modo que existen disposiciones de alcance general, contenidas en la normativa venezolana especial sobre protección de los adquirentes de bienes y servicios ofrecidos al público, en virtud de las cuales éstos, incluyendo a los tomadores de seguros, no pueden válidamente eximir de responsabilidad a los proveedores de tales bienes y servicios, incluyendo a las aseguradoras. Por lo tanto, los contratos de seguro no pueden válidamente exonerar de responsabilidad a las aseguradoras.

Las normas aplicables a las cláusulas de exoneración de responsabilidad abarcan todos los daños producidos en el suministro de bienes o la prestación de servicios, sin distinción de ningún tipo. Por ende, la responsabilidad de los proveedores de bienes o servicios, incluyendo las empresas de seguros, frente a todos sus clientes, es inderogable o irrenunciable, por lo que no se ve afectada por las excepciones que tales proveedores pretendan establecer. Nada de esto significa que sean nulas las cláusulas mediante las cuales la aseguradora o cualquier otro proveedor de bienes o servicios determina, define o delimita las obligaciones que asume mediante una póliza u otro contrato, sin desnaturalizar la esencia misma de la relación contractual, cosa que ocurre con las exclusiones contenidas en las pólizas. Lo que carece de efectos son las cláusulas mediante las cuales la aseguradora o el proveedor

expresa que no responderá por el incumplimiento de las obligaciones que contrajo, cosa que no ocurre con las exclusiones contenidas en las pólizas.

2) Cláusulas de terminación unilateral en caso de incumplimiento

Entre los casos en los que el proponente ofrece celebrar un contrato de adhesión, contentivo de una cláusula que regula un efecto del incumplimiento de una obligación contraídas por él o por el adherente, nuestra doctrina menciona el "pacto comisorio" o "cláusula resolutoria expresa... para el caso de que alguna de las partes no cumpla con su obligación"[554]. En nuestro criterio, son válidas las cláusulas resolutorias que permiten a una parte, si la otra parte no cumple un contrato, optar entre exigir el cumplimiento de dicho contrato, o terminarlo sin necesidad de intentar una demanda. Esto será tratado más abajo, al referirnos, de manera más general, a las disposiciones convencionales que permiten a una sola de las partes suspender o terminar la relación contractual.

3) Cláusulas *solve et repete*

Nuestra doctrina menciona las cláusulas *solve et repete* entre aquellas que regulan los efectos del incumplimiento de las obligaciones, y las define como disposiciones contractuales que establecen lo siguiente: "si la parte quiere ejercitar un derecho que le deriva del contrato... debe comenzar por pagar (*solve*) y sólo después de haberlo hecho, podrá exigir la restitución de lo pagado (*repete*). Se considera que este género de cláusula no podría inhibir el ejercicio de una acción de nulidad o de algún derecho indisponible"[555].

Ya tuvimos la ocasión de señalar que las sucesivas Leyes de Protección al Consumidor y al Usuario, y más recientemente la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios, todas ellas derogadas, prohibían las cláusulas abusivas y contenían una lista de éstas. Al respecto, la doctrina venezolana afirmó que "Es

554 Melich: Doctrina General del Contrato, obra citada, pp. 520 y 521.
555 Melich: Doctrina General del Contrato, obra citada, p. 520.

claro que este catálogo de cláusulas prohibidas en un contrato de adhesión no puede entenderse como una 'lista cerrada', pues hay numerosas otras cláusulas susceptibles de ser reputadas abusivas, entre las cuales, a título puramente indicativo, podemos incluir... las que limitan o condicionan al consumidor o usuario el derecho de ejercitar acciones o de oponer excepciones (p. ej. la cláusula solve et repete)"[556].

Ahora bien, si una póliza, por ejemplo, ha entrado en vigor sin que el tomador del seguro haya pagado la correspondiente prima, entonces estaría perfectamente justificado que la compañía aseguradora exigiera el pago de ésta antes de siquiera entrar a considerar si el siniestro está cubierto. Si la póliza no le da ese derecho, entonces se lo confiere el artículo 1168 del Código Civil, del siguiente tenor: "En los contratos bilaterales, cada contratante puede negarse a ejecutar su obligación si el otro no ejecuta la suya, a menos que se hayan fijado fechas diferentes para la ejecución de las dos obligaciones".

4) Cláusulas relativas a otros aspectos vinculados a la actuación del derecho de crédito surgido del contrato de adhesión

Muchos contratos de adhesión regulan aspectos vinculados a la actuación del correspondiente derecho de crédito, distintos de los estudiados precedentemente. Todo esto será tratado a continuación. Empezaremos por las cláusulas en materia de caducidad y prescripción, que serán objeto del capítulo siguiente.

[556] Melich: Las Particularidades del Contrato con Consumidores, obra citada, p. 102.

CAPÍTULO V

CONTRATOS DE ADHESIÓN CONTENTIVOS DE CLÁUSULAS EN MATERIA DE CADUCIDAD O PRESCRIPCIÓN

1) Caducidad contractual

1.1) Cláusulas de caducidad en los contratos de adhesión

Nuestra doctrina enseña que "La caducidad (del latín: *caducus:* que ha caído) es la pérdida de una situación subjetiva activa (derecho, en sentido lato) que se verifica por la inobservancia de una determinada conducta impuesta por una norma para la conservación de tal situación cuando ya se goza de ella o, en caso contrario, si no se la tenía, para la adquisición de tal situación"[557]. De modo que, en los casos en los que un derecho está sujeto a un plazo de caducidad, antes de cuyo vencimiento se requiere que se realice una actuación predeterminada, ocurre que, si no se realiza esta actuación con anterioridad a tal vencimiento, dicho derecho se extingue. Según el mismo autor patrio, "Mientras que los términos de prescripción sólo tienen como fuente la ley, se admite que la caducidad puede resultar de una disposición legal, de un procedimiento judicial o administrativo o de un negocio jurídico (contrato, testamento u otro acto unilateral entre vivos)"[558]. O sea que un contrato puede contemplar la caducidad de un derecho, al punto de que "la posibilidad de establecer convencionalmente un lapso de caducidad con fundamento en el artículo 1159 C.C. es reconocida por la jurisprudencia constante de nuestros tribunales"[559]. En efecto, este artículo consagra la autonomía de la voluntad, dando fuerza de ley a los contratos; los cuales, por ende, pueden establecer caducidades adicionales a las consagradas por el legislador. Esto puede aplicarse respecto de los contratos de adhesión. De hecho, entre las cláusulas que con frecuencia pueden encontrarse en los contratos de adhesión, están aquellas que establecen un "plazo de caducidad"[560].

---

[557] Melich Orsini, José: La Prescripción Extintiva y la Caducidad, Caracas, 2002, pp. 159 y 160.
[558] Melich: La Prescripción Extintiva y la Caducidad, obra citada, p. 165.
[559] Melich: La Prescripción Extintiva y la Caducidad, obra citada, p. 165.
[560] Melich: Doctrina General del Contrato, obra citada, p. 521; y Las Condiciones Generales de Contratación y Cláusulas Abusivas, obra citada, p. 169.

Al respecto, otro autor venezolano formuló las siguientes observaciones, comentando la jurisprudencia de nuestro máximo tribunal[561]:

> "Las cuestiones fundamentales que plantean los contratos concluidos mediante la adhesión a cláusulas predispuestas por un contratante y aceptadas incondicionalmente por el otro, se reflejan en la sentencia de 6 de marzo de 1951, dictada por la Corte Federal y de Casación venezolana –en Sala Federal...
>
> "En relación al punto decidió la Corte (Cap. III) que 'es de doctrina que hay caducidad cuando el ejercicio de un derecho o la ejecución de un acto depende de que lo sean dentro de un espacio de tiempo predeterminado, ya sea por disposición legal, o también por convenio de las partes interesadas'...
>
> "La sentencia de la Corte nos lleva a dos órdenes de conclusiones con respecto al punto estudiado:
>
> "a) El Alto Tribunal reconoce la plena validez de la cláusula de caducidad predispuesta por un contratante y aceptada por el otro, como causa de extinción de la posibilidad de exigir la intervención de un organismo judicial a fin de lograr coactivamente el cumplimiento de un deber previsto en la relación creada en el contrato.
>
> "b) El lapso de caducidad contractualmente fijado tiene por objeto establecer los límites temporales dentro de los cuales puede hacerse efectiva la pretensión de cumplimiento de parte del acreedor. Tal lapso dejaría sin efecto la 'pervivencia del derecho', una vez que haya transcurrido íntegramente sin que el órgano judicial haya podido constatar que, dentro de él, se realizó una conducta encaminada directamente a hacer valer la pretensión de cumplimiento. No obstante, si la legislación no prevé una formalidad esencial para hacer visible la intención del acreedor, el juez debe tomar en cuenta todos aquellos medios de que se haya hecho uso y que, conforme al

[561] Kummerow: Algunos Problemas Fundamentales del Contrato por Adhesión en el Derecho Privado, obra citada, pp. 184 y ss.

> derecho común, son susceptibles de revelar una tal intención".

Ahora bien, nuestra doctrina ha calificado como "Cláusulas sospechosas de ser abusivas" algunas disposiciones convencionales, que "limitan o condicionan al contratante el derecho de... ejercitar acciones contractuales"; por ejemplo, las que "establecen a su cargo caducidades"[562]. Tal como ha quedado dicho, las derogadas leyes de protección al adquirente de bienes y servicios ofrecidos al público prohibían las cláusulas abusivas y contenían una lista de estas cláusulas, y la doctrina venezolana afirmó que no se trata de una lista cerrada, sino que tenía carácter enunciativo. Pues bien, entre las disposiciones contractuales no previstas expresamente como proscritas y "susceptibles de ser reputadas abusivas", la misma doctrina menciona "las que establecen caducidades"[563].

Concretamente, en nuestro país se ha sostenido que las cláusulas de caducidad son abusivas siempre que tengan por objeto el "establecimiento de caducidades contractuales que prácticamente excluyen la posibilidad de reclamar"[564]. En el mismo sentido, la doctrina española considera abusivo "imponer plazos para el ejercicio de la reclamación que resulten excesivamente rápidos"[565]. En el mismo orden de ideas, nuestra doctrina define a "las cláusulas 'abusivas' como "aquellas que vulneran la buena fe y el justo equilibrio de las prestaciones", y son "Violatorias del orden público", entre las cuales incluye "las que imponen plazos de caducidad excesivamente cortos o pretenden requisitos de difícil verificación"[566].

Efectivamente, en nuestro criterio podría considerarse abusiva, y, como tal, objetarse, la disposición contractual que sujete, a requisitos de *muy difícil* verificación, el derecho de uno de los contratantes a exigir el cumplimiento del otro contratante. Ahora bien, un autor argentino expresó: "Las cláusulas de caducidad...

---

562 Melich: Las Condiciones Generales de Contratación y Cláusulas Abusivas, obra citada, pp. 180 y 181.
563 Melich: Las Particularidades del Contrato con Consumidores, obra citada, p. 102.
564 Melich: Las Condiciones Generales de Contratación y Cláusulas Abusivas, obra citada, p. 170.
565 Díez-Picazo, obra citada, p. 43.
566 Domínguez Guillén: obra citada, p. 292.

deben ser consideradas *teniendo en cuenta las posibilidades normales de cumplimiento*, ya que si escapan a las mismas, son condiciones de imposible cumplimiento y carecen de valor"[567]. Sin embargo, nos parece exagerado afirmar que este tipo de cláusulas a veces sujeta, a requisitos de *imposible* verificación, el derecho de uno de los contratantes a exigir el cumplimiento del otro contratante. En efecto, la noción de imposibilidad, referida a una conducta humana, implica que una persona se vea impedida de hacer algo, por una fuerza irresistible e imprevisible. Nos resulta casi inimaginable, prácticamente inconcebible, que exista, en la realidad, una cláusula de caducidad que fatal e irremisiblemente vaya a ser aplicada en perjuicio de uno de los contratantes, no pudiendo éste hacer nada para evitarlo. Los problemas generalmente se presentan a propósito de eventos de los que se hace depender la obligación de una de las partes y que, usualmente, suponen una cierta conducta del otro contratante, la cual, en ocasiones, resulta difícil —mas no imposible— de lograr. La imposibilidad, de haberla, podría acarrear la aplicación de la primera parte del artículo 1200 del Código Civil, del siguiente tenor: "La condición imposible o contraria a la ley o a las buenas costumbres, hace nula la obligación que depende de ella si es suspensiva; y se reputa no escrita si es resolutoria". Pero normalmente no hay un problema de imposibilidad, como parece desprenderse de la anterior cita doctrinaria, sino, a lo sumo, un problema de dificultad. Tal dificultad, de haberla, es la que habría que estudiar, a los efectos de determinar, caso por caso, si realmente existe, en cuyo caso se estaría en presencia de una caducidad contractual susceptible de obstaculizar hacer valer un derecho, configurándose un abuso.

En consecuencia, discrepamos de la doctrina minoritaria venezolana según la cual no es posible llegar a acuerdos en materia de caducidad[568]. Coincidimos, más bien, con el sector de la doctrina patria según el cual "es posible pactar un lapso de caducidad allí donde la ley no lo ha establecido", siempre y cuando no se haga

---

[567] Stiglitz: Cláusulas Abusivas en el Contrato de Seguros, obra citada, p. 112 (las cursivas son nuestras).

[568] Corsi: Contribución al Estudio de las Cláusulas de Exoneración y Limitación de la Responsabilidad Contractual, obra citada, p. 39.

"excesivamente difícil el ejercicio del derecho"[569]. El principal exponente de esta tesis constató que "Nuestra jurisprudencia ha hecho aplicación de esta idea en el caso en que para evitar la caducidad convencionalmente establecida se ha exigido no sólo la introducción de la demanda antes del vencimiento del plazo, sino todavía la citación de la parte demandada, considerando que esto último no es algo que pueda imputarse a la pura voluntad del sujeto que quiera evitar la caducidad, sino que se trata de un acto procesal dependiente del tribunal"[570]. Es decir, las cláusulas de caducidad son válidas, pero, si requieren que el titular de un derecho, además de demandar a su deudor dentro de un determinado plazo, logre en el mismo lapso la correspondiente citación, entonces, como esta última exigencia, que no depende del titular, hace excesivamente difícil el ejercicio de su derecho, debe considerarse que basta con que éste introduzca la demanda para impedir la caducidad.

La Ley de Protección al Consumidor y al Usuario de 1992, reformada en 1995, no trataba este tema; el cual fue atendido de manera muy vaga por la ley con el mismo nombre de 2004, que disponía, en su artículo 87, número 2, que "se considerarán nulas de pleno derecho las cláusulas o estipulaciones establecidas en el contrato de adhesión que:… 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 estaba presente en la vigente Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios de 2008, que expresaba casi idénticamente, en su artículo 74, número 2, que "Se considerarán nulas las cláusulas o estipulaciones establecidas en el contrato de adhesión, que:… Impliquen la renuncia a los derechos que la normativa vigente reconoce a las personas, o limite su ejercicio." Esta norma desapareció con la Ley de Orgánica de Precios Justos de 2014. Dada la amplitud de las dos normas sucesivas y derogadas antes transcritas, se podía sostener que cualquier cláusula de caducidad, incluida en un contrato de adhesión entre un proveedor y un adquirente de bienes o servicios, debía ser considerada como una disposición que

[569] Melich: La Prescripción Extintiva y la Caducidad, obra citada, p. 166; quien cita el artículo 2965 del Código Civil italiano y la doctrina de dicho país.

[570] Melich: La Prescripción Extintiva y la Caducidad, obra citada, p. 166; quien cita el artículo 2965 del Código Civil italiano y la doctrina de dicho país.

limitaba de alguna manera el ejercicio de los derechos reconocidos por dichas leyes. Sin embargo, darle un alcance tan vasto a dichos artículos no hubiera sido razonable. Obviamente, estas disposiciones debían aplicarse si la cláusula de caducidad establecía un plazo demasiado breve, si dependía de un hecho ajeno a la voluntad de la persona que había de ejercer su derecho o si imponía una exigencia que no se justificaba; pero no en otros casos. En cualquier caso, actualmente no está vigente ninguna norma de la que pueda desprenderse que están prohibidas todas las cláusulas de caducidad en cualquier contrato de adhesión entre un suplidor y un consumidor o un usuario.

En consecuencia, sin ninguna duda, son válidas las cláusulas de caducidad, incluso en los contratos de adhesión, en todos los casos en los 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. En cambio, estimamos que la cláusula de caducidad del contrato de adhesión es nula, por constituir una disposición contractual contraria al orden público, si la misma 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. Es importante recordar que las cláusulas de caducidad generalmente están referidas a establecer plazos de, por ejemplo, un año, para demandar; lo cual no es arbitrario, ya que, en muchas relaciones contractuales, tiene sentido prever, por razones de seguridad jurídica y de conservación de las pruebas, no dejar asuntos litigiosos pendientes por períodos muy largos, sino iniciar las acciones en un tiempo prudencial.

El número 10 del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil establece que una de las cuestiones previas que se puede invocar es la caducidad de la acción establecida en la ley. Ello resulta en que la caducidad legal puede oponerse como cuestión previa, mientras que la caducidad contractual debe oponerse como defensa de fondo. Esta limitación es lógica, pues el estudio de si operó o no la caducidad contractual, requiere un análisis del contrato, que se puede confundir con las demás defensas de fondo; por lo que el legislador consideró que debía oponerse junto con éstas, y no como cuestión previa. Al respecto, nuestra doctrina enseña: “Tanto en el

Código de Procedimiento Civil derogado como el vigente, el Código de Procedimiento Civil de 1987, la caducidad aparece ubicada dentro de las ahora llamadas cuestiones previas. En el Código de Procedimiento Civil vigente a partir de 1916 se le situó dentro de las llamadas, y recordadas, excepciones de inadmisibilidad, tal como puede apreciarse en el artículo 257, ordinal cuarto, de dicho Código. Ahora, en el Código de Procedimiento Civil aprobado y vigente desde 1987, al desaparecer las excepciones dilatorias y de inadmisibilidad, la caducidad tiene ubicación dentro de la ley procesal última citada, pero con una diferencia, extremadamente importante, respecto el Código derogado, pues mientras éste se refería a la caducidad de la acción, sin atender a la fuente de dicha caducidad, el Código de Procedimiento Civil que nos rige incluye como cuestión previa, 'la caducidad de la acción consagrada en la ley'; ello, a nuestro modo de pensar y entender, significa no sólo que la caducidad afincada en fuente extralegal, como lo es el contrato, no puede ser alegada como cuestión previa con perspectivas de éxito en estrados, sino, igualmente, que la caducidad afincada en el contrato, tal como ocurre en Venezuela, según hemos referido en este estudio, es una defensa de fondo, que sólo puede ser opuesta en la oportunidad de la contestación de la demanda, entendido este acto del proceso de la novísima manera que ahora establece el vigente Código de Procedimiento Civil, en sus artículos 346 y 358"[571].

Desde hace muchos años hemos venido argumentando esto último, y que las caducidades contractuales están ajustadas a derecho, ante las objeciones formuladas a este tipo de cláusulas por algunas obras doctrinarias y sentencias judiciales. Pues bien, el 1° de junio de 2004 la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia dictó una sentencia dándonos la razón, en los siguientes términos:

> "Asimismo, Manuel Acedo Mendoza y Carlos Eduardo Acedo Sucre, sostienen:
>
> '...Cuando el numeral 10 del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil establece que una de las cuestiones

[571] Rondón Haaz: obra citada, p. 168.

> previas que se puede invocar es la caducidad de la acción establecida en la ley, **ello simplemente significa que la caducidad legal puede oponerse como cuestión previa, y que la caducidad contractual no puede oponerse como cuestión previa, sino como defensa de fondo. Esta limitación es lógica, pues el estudio de si operó o no la caducidad contractual, requiere un análisis del contrato, que se puede confundir con las demás defensas de fondo; por lo que el legislador consideró que debía oponerse junto con éstas**'. (Acedo Mendoza, Manuel y Acedo Sucre, Carlos Eduardo. *Temas Sobre Derecho de Seguros*. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, Colección Estudios Jurídicos N° 68, 1998, pp. 206 y 207). (Negritas de la Sala)…

La Sala comparte los anteriores criterios doctrinales y al efecto considera que sólo la caducidad legal puede hacerse valer como cuestión previa, conforme al artículo 346 ordinal 10 del Código de Procedimiento Civil, lo cual significa que la caducidad contractual sólo es oponible como defensa de fondo, es decir, en la oportunidad de dar contestación a la demanda. Así se establece.

…los autores Manuel Acedo Mendoza y Carlos Eduardo Acedo Sucre señalan lo siguiente:

> 'Es frecuente que los contratos de seguro establezcan límites, restricciones, plazos, caducidad... Tales cláusulas tienen la aprobación de la autoridad competente en la materia, como consecuencia del control previo ejercido por la Superintendencia de Seguros, de conformidad con el artículo 66 de la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros... Estas cláusulas sobre límites, restricciones, plazos, caducidades, etc., son válidas. Las mismas se fundamentan en el principio de autonomía de la voluntad, según el cual 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 (artículo 6 del Código

> Civil). Su base legal está principalmente en el artículo 1133 del Código Civil, según el cual un contrato puede 'constituir, reglar transmitir, modificar o extinguir... un vínculo jurídico'; y en el artículo 1159 del mismo código, que dice que 'los contratos tienen fuerza de ley entre las partes'.
>
> **Se puede decir, entonces, que una de las atribuciones de la Superintendencia de Seguros, al momento de aprobar cada modelo de póliza, de conformidad con el artículo 66 de la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, es, justamente, velar porque no existan cláusulas violatorias del orden público y las buenas costumbres'.**
>
> **Todo lo dicho se aplica a las cláusulas que establecen plazos de caducidad, las cuales... son válidas, en virtud de lo dispuesto en los artículos 1133, 1159 y 6 del Código Civil, y en el artículo 66 de la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros... Es más, esta última ley reconoce valor a este tipo de cláusulas, cuando dice, en su artículo 115, literal c, que las fianzas otorgadas por empresas de seguros establecerán 'la caducidad de las acciones contra la empresa aseguradora al vencimiento en (rectius: de) un plazo**'. (*Ob Cit*, p. 205) (Negritas de la Sala)…
>
> La Sala acoge los criterios doctrinales precedentemente citados y establece que sí es posible pactar la caducidad mediante contrato, siempre y cuando lo determinado en él no sea contrario al orden público y a las buenas costumbres, de conformidad con lo previsto en el artículo 6 del Código Civil…".

De modo que la Sala de Casación Civil consideró acertada nuestra opinión según la cual las caducidades previstas en los contratos son legales, desechando las críticas planteadas por algunos autores y jueces.

No obstante, la Sala Constitucional del mismo Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia del 29 de junio de 2001, consideró lo siguiente:

> "El legislador ha creado la caducidad por razones de seguridad jurídica. Para evitar la incertidumbre, establece un límite temporal para hacer valer derechos y acciones, y la falta de ejercicio dentro del plazo prefijado los extingue. En este sentido, la caducidad disminuye en cierta forma el derecho de acceso a la justicia, ya que a pesar que cualquier persona puede accionar, sin embargo en determinados casos el conocimiento del fondo de las controversias queda eliminado al constatarse que no se incoó la acción dentro del término para ello, y a pesar que esto no limita el derecho de acceso a la justicia, sin embargo lo restringe.
>
> "Dada la relación de la caducidad con dicho derecho constitucional de acceso, consagrado en el artículo 26 de la vigente Constitución, la caducidad no puede ser creada contractualmente, ni por voluntad unilateral de los particulares o del Estado, sino solo por mandato legal. De allí, que el artículo 346 numeral 10 del Código de Procedimiento Civil, coloque entre las cuestiones previas 'La caducidad de la acción establecida en la Ley' (Subrayado de la Sala)".

En dicha sentencia, la Sala Constitucional interpretó incorrectamente el citado artículo 346, número 10. En efecto, cuando esta norma estableció que la caducidad de la acción establecida en la ley puede oponerse como cuestión previa, no pretendió negar la posibilidad de establecer una caducidad contractual y oponerla como defensa de fondo. Esta norma simplemente indicó que, si la caducidad es legal, se puede oponer como cuestión previa; sin prohibir que los contratos establezcan una cláusula de caducidad contractual, que puede ser objeto de una defensa de fondo. Este error fue aclarado por la doctrina y jurisprudencia patrias. Es más, la sentencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 1° de junio de 2004, emitida tres años después, expresamente señala que las cláusulas contractuales de caducidad son válidas y que son materia de una defensa de fondo.

Sin embargo, en sentencia de fecha 16 de junio de 2004, la Sala Constitucional volvió a incurrir en el mismo error:

> "…la caducidad —considerada como la pérdida de un derecho por la inobservancia de una determinada conducta impuesta por una norma—, cuando está referida al derecho de acción, disminuye en cierta forma el mismo, ya que aun cuando cualquier persona puede accionar, en determinados casos el conocimiento del fondo de las controversias queda eliminado al constatarse que no se incoó la acción dentro del término previsto para ello. Esta relación entre la caducidad y dicho derecho constitucional de acceso al órgano jurisdiccional, consagrado en el artículo 26 de la vigente Constitución, exige que la misma, cuando se refiere al derecho de acción, *'no puede ser creada contractualmente, ni por voluntad unilateral de los particulares o del Estado, sino sólo por mandato legal'* (cfr. nº 1167/2001 del 29 de junio).
>
> "En este sentido, debe indicarse que no se desconoce la importancia que hoy en día tiene el principio de autonomía de voluntad de las partes y que se evidencia en normas como las contenidas en el artículo 16, numeral 8 del Decreto con Fuerza de Ley de Contrato de Seguro (publicado en la Gaceta Oficial nº 5.553 Extraordinario el 12 de noviembre de 2001), que entre los requisitos que debe satisfacer la póliza de seguro dispone *'las condiciones generales y particulares que acuerden los contratantes'*. Sin embargo, el ejercicio de este principio no puede traer como consecuencia la restricción o limitación de un derecho de tal entidad como lo es el acceso al órgano jurisdiccional, que siendo materia de orden público, sólo puede estar regulado por ley".

El error en que incurrió la Sala Constitucional es mayúsculo, puesto que la Ley del Contrato de Seguro entonces vigente, en su artículo 55, expresamente preveía una caducidad de un año, reproducida en las pólizas. De modo que se dio el requisito de "mandato legal" inventado por dicha Sala en sus citadas sentencias de fechas 29 de junio de 2001 y 16 de junio de 2004. Ahora bien, si la Constitución efectivamente dispusiese que no se puede establecer

ningún límite en el accionar, entonces ni la caducidad legal ni la caducidad contractual serían válidas jamás. Pero, como la Constitución no prohíbe establecer límites en el accionar, sucede que la caducidad legal y la contractual son igualmente válidas. La única restricción, reseñada igualmente por la doctrina y la jurisprudencia, es que la cláusula de caducidad no sea abusiva, cosa que ocurriría si el plazo fuese insuficiente, si se hiciese depender de hechos ajenos a la voluntad del accionante o si se impusiera alguna exigencia no justificada.

La Sala Constitucional rechazó, con razón, la jurisprudencia conforme a la cual, dado que el código adjetivo sólo permite invocar la caducidad legal como cuestión previa, no se admiten las cláusulas que establecen caducidades contractuales. Esta declaratoria fue hecha a propósito de un contrato de adhesión escrito al reverso de un ticket. En efecto, la Sala Constitucional, el 2 de marzo de 2016, se refirió a la "caducidad contractual convenida en el contrato de adhesión al reverso del ticket" y declaró que "la caducidad contractual establecida al reverso del ticket… podía oponerse como defensa de fondo…, en la oportunidad de dar contestación a la demanda… de conformidad con el criterio fijado por la Sala de Casación Civil de este Tribunal en sentencias N° RC.00512/04 y RC-00290/06"[572]. Ahora bien, el ticket en cuestión era un ticket de lotería, con motivo de lo cual dicha Sala, en la sentencia citada, afirmó que "el Poder Público Nacional tiene de manera exclusiva la competencia para crear leyes que entre otras materias versen sobre: i) derechos y garantías constitucionales y ii) loterías, por lo que se observa que en el presente caso el derecho de acceso a los órganos de administración de justicia consagrado en el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela… se encuentra comprendido en el primero de ellos y sin duda debe entenderse que tanto la caducidad de la acción como la actividad de loterías constituyen materia de reserva legal por mandato constitucional". Pero seguidamente, la misma Sala excluyó, en la decisión citada, la posibilidad de establecer caducidades contractuales, tanto en el ámbito de las loterías, que, a su decir, es materia de reserva legal, como en cualquier otro campo. Efectivamente, la Sala

[572] Sala Constitucional, sentencia del 2 de marzo de 2016, disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/sr/Default3.aspx?url=../decisiones/scon/marzo/185742-65-2316-2016-15-0870.html&palabras=contrato%20adhesion

Constitucional, ese 2 de marzo de 2016, también declaró lo que sigue: "la caducidad de la acción…, por ser materia de reserva legal de acuerdo al contenido del artículo 156 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, no puede ser creada contractualmente ni por voluntad unilateral de los particulares o del Estado, sino sólo por mandato legal". Además, dicha Sala, en la sentencia citada, invocó su "fallo N° 1.167 del 29 de junio de 2001, caso: *Felipe Bravo Amado*, reiterado en la decisión N° 1.175 del 16 de junio de 2004, caso: *Alfredo Machado Urdaneta*", en los siguientes términos: "*la caducidad —considerada como la pérdida de un derecho por la inobservancia de una determinada conducta impuesta por una norma—, cuando está referida al derecho de acción, disminuye en cierta forma el mismo, ya que aun cuando cualquier persona puede accionar, en determinados casos el conocimiento del fondo de las controversias queda eliminado al constatarse que no se incoó la acción dentro del término previsto para ello. Esta relación entre la caducidad y dicho derecho constitucional de acceso al órgano jurisdiccional, consagrado en el artículo 26 de la vigente Constitución, exige que la misma, cuando se refiere al derecho de acción, 'no puede ser creada contractualmente, ni por voluntad unilateral de los particulares o del Estado, sino sólo por mandato legal' (cfr. nº 1167/2001 del 29 de junio)*" (las cursivas son de la Sala Constitucional). Discrepamos de lo anterior, por las razones que explicamos precedentemente.

Las cláusulas de caducidad son de interpretación restrictiva, es decir, sólo se aplican a los supuestos por ellas contemplados expresamente. Nuestra Corte Suprema de Justicia tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre este particular, a propósito de un contrato de adhesión, pues un Juzgado Superior había afirmado que "la caducidad es una sanción que, como toda otra, debe ser interpretada restrictivamente"; lo cual fue confirmado por la Sala de Casación Civil, "pues es correcta su conclusión en cuanto a la interpretación restrictiva que debe privar al considerar la aplicación de las sanciones de caducidad estipuladas en la póliza"[573].

[573] Casación Civil, 11 de abril de 1996, citada por Pierre Tapia, Oscar R: Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, tomo correspondiente a abril de 1996, pp. 161 y ss.

1.2) **Cláusulas de caducidad en las pólizas de seguro**

En cuanto respecta al seguro, en Venezuela se ha afirmado que las cláusulas de caducidad son abusivas siempre que las mismas "lesionen injustamente la defensa del derecho del asegurado"[574]. Similarmente, en Argentina se ha afirmado que "Cada cláusula de caducidad deberá ser examinada a los fines de verificar si no disimula un propósito oculto consistente en burlar los derechos del asegurado"[575]. De manera que no hay abuso ni nulidad cuando las cláusulas de caducidad no lesionan injustamente al tomador, asegurado o beneficiario, o, lo que es lo mismo, cuando no burlan sus derechos, pues están concebidas de tal manera que no lo privan de la posibilidad de defenderse.

Las cláusulas de caducidad son frecuentes en las pólizas. Estas caducidades son convencionales, pues son establecidas por las partes en el contrato de seguro. Tales cláusulas se fundamentan válidamente en el principio de autonomía de la voluntad, ya que, mediante contrato, las partes pueden libremente constituir, reglar, transmitir, modificar o extinguir cualquier vínculo jurídico (artículo 1133 del Código Civil), con fuerza de ley (artículo 1159 del mismo código), teniendo como único límite el orden público y las buenas costumbres (artículo 6 *eiusdem*); así que no hay impedimento legal a que pacten una caducidad contractual, siempre que sea razonable. Hasta el 30 de diciembre de 2015, en que la Ley de la Actividad Aseguradora (reimpresa el 15 de marzo de 2016) derogó la Ley del Contrato de Seguro, dichas cláusulas de caducidad tenían basamento legal en los artículos 39 y 55 de esta última. El carácter convencional de las caducidades mencionadas es muy relevante, puesto que las Normas que Regulan la Relación Contractual en la Actividad Aseguradora, emitidas por la Superintendencia de la Actividad Aseguradora y publicadas el 24 de agosto de 2016, que

[574] González H., Horacio; Zorrilla F., Areliz; Mujica, Zoila, y Pérez de Corredor, Thamara: La Póliza (Cláusulas de Ilicitud), en Temas de Derecho Mercantil, Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara, Anales de Postgrado, vol. 1, Barquisimeto, 1989, p. 135.

[575] Stiglitz: Cláusulas Abusivas en el Contrato de Seguros, obra citada, p. 113.

tienen textos similares (los artículos 43 y 57), no son una ley y son inconstitucionales porque violan la reserva legal[576].

La doctrina venezolana ha constatado que las "caducidades convencionales son frecuentes en muchos contratos, especialmente en las pólizas de seguros, en que se establece un plazo... dentro del cual la otra parte debe cumplir determinada operación (por ej.: dar un aviso, intentar la acción judicial, etc.) so pena de ver extinguidos los derechos que le corresponden contractualmente... no se discute la posibilidad de establecer términos de caducidad convencional"[577]. Es correcto que son muy frecuentes, en las pólizas de seguros, cláusulas que establecen que el tomador, asegurado o beneficiario debe, dentro de un plazo determinado, dar un aviso a, o intentar una acción judicial contra, la aseguradora, pues, de lo contrario, opera una caducidad convencional, que lo priva de sus derechos contra ésta. También es correcto que no se discute la posibilidad de incluir dichas cláusulas en las pólizas, salvo incidentes aislados.

De hecho, tal como lo pone de manifiesto uno de nuestros autores, "Con respecto a las eventuales cláusulas convencionales de caducidad contenidas en el contrato de seguro…, existe una orientación predominante de la doctrina y de la jurisprudencia venezolanas a favor de su validez"[578]. En el mismo sentido, la doctrina de nuestro país reconoce la aceptación, en la práctica forense, de estas disposiciones contractuales: la sanción de caducidad ha sido introducida por la práctica contractual "y así lo han admitido nuestros tribunales"[579]; y "los Tribunales siempre las aplicaron, con todo su rigor, porque no corresponde a los jueces modificar las condiciones válidas que figuran en los contratos"[580].

Las referidas cláusulas han sido aprobadas por la Superintendencia de Seguros, hoy Superintendencia de la Actividad Aseguradora, tanto en cuanto concierne a la necesidad de informar

---

576 El número 1 del artículo 187 y el número 32 del artículo 156 de la Constitución establecen, respectivamente, que "Corresponde a la Asamblea Nacional:... Legislar en las materias de la competencia nacional...", y que "Es de la competencia del Poder Público Nacional:... La legislación en materia... de seguros..."

577 Melich: Doctrina General del Contrato, obra citada, p. 521.

578 Morles: Curso de Derecho Mercantil, Tomo IV, obra citada, p. 2418.

579 Rondón Haaz: obra citada, p. 167.

580 Le Boulengé , Jean Marie: El Derecho Venezolano de los Seguros Terrestres, Caracas, 1983, p. 140.

al asegurador, como a la necesidad de intentar la acción contra éste, dentro de un plazo determinado, bajo pena de caducidad.

Nuestra doctrina expresa que "estos plazos determinados por la partes son verdaderas caducidades… se tratará, por supuesto, de 'caducidades convencionales', es decir, renunciables por el interesado y no suplibles de oficio por el juzgador"[581]. Asimismo, la doctrina venezolana señala que, "al igual que sucede con la prescripción, no será el mero transcurso del tiempo el hecho constitutivo de la terminación del contrato, sino la actitud del asegurador en cuanto pretenda ampararse de la caducidad cumplida para liberarse de sus obligaciones. Hasta tanto que, demandado para el pago, oponga la caducidad cumplida, el contrato será válido"[582].

Un autor venezolano afirmó que "la caducidad siempre se plantea como una sanción a la inobservancia, en un período dado, por parte de uno de los contratantes, de determinada obligación o presupuesto. La definición es válida aun para los casos en los cuales no se ve a simple vista la necesidad del transcurso del término; así, cuando se estipula que el seguro caduca a falta de pago de la prima hay verdadera caducidad, porque la cláusula implica la caducidad sólo si llegado el momento del vencimiento de uno de los términos (plazo fijado) el tomador no ha cumplido con su obligación de pago. En cambio, no hay verdaderas caducidades sino a lo más condiciones extintivas cuando no se puede identificar el incumplimiento con el transcurso del tiempo, caso, por ejemplo, de la cláusula convencional que imponga al beneficiario la obligación de denunciar por ante la autoridad pública al tercero causante del siniestro, o en el seguro de responsabilidad civil, de la obligación de no convenir en la demanda de la cual pueda surgir la responsabilidad asegurada"[583].

A continuación examinaremos la cláusula que sanciona con caducidad la omisión de información en el plazo para dar el aviso de siniestro establecido en el contrato de seguros, y seguidamente estudiaremos la cláusula que sanciona con caducidad la falta de reclamo judicial dentro del lapso previsto para demandar en la póliza.

---

581 Mármol: obra citada, p. 352.
582 Mármol: obra citada, p. 353.
583 Mármol: obra citada, p. 353.

1.2.1) **Cláusula de caducidad por no avisar el siniestro a tiempo**

El artículo 568, número 5, de nuestro Código de Comercio, obligaba al asegurado "A hacer saber al asegurador en el menor término posible después de la recepción de la noticia, el advenimiento de cualquier incidente que afecte su responsabilidad, expresando claramente las causas y circunstancias del incidente ocurrido"[584]. Dicha disposición legal era imprecisa en cuanto al lapso aplicable y en cuanto a la consecuencia jurídica de su inobservancia. Al respecto, se destacó que "nuestro Código no fija un plazo exacto, habiendo preferido la expresión vaga de 'en el menor término posible'..."[585]; y se llamó la atención sobre "la falta de una sanción legal expresa e indubitable, aplicable a la omisión de denuncia del siniestro".[586] Dicha imprecisión generaba confusión, vulnerando la seguridad jurídica, al punto de que se escribió lo siguiente: "De acuerdo con el texto legal (art. 568, ord. 5), este aviso debe darse 'en el menor tiempo posible'. Claro está que se tratará del menor tiempo posible subjetivamente hablando, porque para lo que un tomador puede hacer de inmediato, para otro, sin facultades materiales de enterarse con la prontitud necesaria de la ocurrencia del siniestro, o

---

584 El texto completo del artículo 568 del Código de Comercio es el siguiente:
"El asegurado está obligado:
1º A declarar con sinceridad todas las circunstancias necesarias para identificar la cosa asegurada y apreciar la extensión de los riesgos.
2º A pagar la prima en la forma y tiempo convenidos.
3º A emplear el cuidado de un diligente padre de familia para prevenir el siniestro.
4º A tomar las medidas necesarias para salvar o recobrar las cosas aseguradas o para conservar sus restos.
5º A hacer saber al asegurador en el menor término posible después de la recepción de la noticia, el advenimiento de cualquier incidente que afecte su responsabilidad, expresando claramente las causas y circunstancias del incidente ocurrido.
6º A declarar al tiempo de exigir el pago del siniestro los asegurados que haya hecho o mandado a hacer sobre la cosa asegurada.
7º A probar la existencia de todas esas circunstancias necesarias para establecer la responsabilidad del asegurador.
Este responde de todos los gastos que haga el asegurado para cumplir los números 3º y 4º, salvo aquellos que compruebe haber sido hechos con manifiesta imprudencia".

585 Le Boulengé, Jean Marie: El Derecho Venezolano de los Seguros Terrestres, Caracas, 1983, p. 139.

586 Rondón Haaz, Pedro: El Procedimiento de Reclamo ante los Aseguradores, en Derecho y Seguros, XIII Jornadas J.M. Domínguez Escovar, Instituto de Estudios Jurídicos del Colegio de Abogados del Estado Lara, Barquisimeto, 1988, p. 167.

sin oportunas facilidades para contactar al asegurador en un corto lapso, puede requerir de un plazo mayor"[587]. En consecuencia, tal como lo puso de manifiesto la doctrina venezolana, "Usualmente, las pólizas remedian esta imprecisión del legislador"[588]; es decir, "la falta de plazo en la ley la suplen las pólizas"[589], lo mismo que la falta de sanción. Entonces, "La práctica venezolana, siguiendo en esto costumbres establecidas en muchos países, ha querido definir ese 'menor tiempo posible' por un lapso convencional estipulado en la póliza... indicar que el siniestro debe ser notificado al asegurador en el tiempo dado"[590]; y "el comercio asegurador venezolano ha introducido, por vía de contratación..., la sanción de caducidad, por la cual el beneficiario pierde todo derecho a recibir el pago de la indemnización o de cualquier otra prestación prometida por el asegurador"[591]. Adicionalmente se destacó que "Tampoco determinó la Ley la forma en la cual el asegurado debe participar el siniestro al asegurador y por lo tanto, una declaración verbal es en principio suficiente. Pero en la práctica, las pólizas suplen casi siempre el silencio del legislador, al mismo tiempo que imponen al asegurado declaraciones suplementarias: las instrucciones contractuales relativas a la forma y término del aviso de siniestro y a las declaraciones suplementarias"[592]. Por ello, "las instrucciones contractuales relativas a la forma y término del aviso de siniestro y a las declaraciones suplementarias deberán ser seguidas por el asegurado con mucha puntualidad, porque estas cláusulas sancionan casi siempre el incumplimiento con la pérdida del derecho a la indemnización"[593].

Esto fue solucionado, a partir del 12 de noviembre de 2001, por la Ley del Contrato de Seguro, cuyo artículo 39 establecía que "El tomador, el asegurado o el beneficiario debe notificar a la empresa de seguros la ocurrencia del siniestro dentro del plazo máximo de cinco (5) días hábiles de haberlo conocido, salvo que se haya fijado

587 Mármol Marquís, Hugo: Fundamentos del Seguro Terrestre, Caracas, 1980, p. 339.
588 Le Boulengé: obra citada, p. 139.
589 Arellano Moreno, Antonio: Doctrina y Legislación sobre Seguros Mercantiles, Santiago de Chile, 1976, p. 83.
590 Mármol: obra citada, p. 339.
591 Rondón: obra citada, p. 167.
592 Le Boulengé: obra citada, p. 139.
593 Le Boulengé: obra citada, pp. 139 y 140.

en la póliza un plazo mayor"; que "El tomador, el asegurado o el beneficiario debe, además, dar a la empresa de seguros toda clase de informaciones sobre las circunstancias y consecuencias del siniestro"; y que "La empresa de seguros quedará exonerada de toda responsabilidad si el obligado hubiese dejado de hacer la declaración del siniestro en el plazo fijado, a menos que compruebe que la misma dejó de realizarse por un hecho ajeno a su voluntad". La caducidad prevista en la anterior disposición legal fue reflejada por las aseguradoras en sus pólizas.

Actualmente, las Normas que Regulan la Relación Contractual en la Actividad Aseguradora, emitidas por la Superintendencia de la Actividad Aseguradora y publicadas el 24 de agosto de 2016, establecen, en su artículo 43, de manera casi idéntica, que "El tomador, el asegurado o el beneficiario debe notificar a la empresa de seguros o a la asociación cooperativa que realiza actividad aseguradora la ocurrencia del siniestro dentro del plazo máximo de cinco (5) días hábiles de haberlo conocido, salvo que se haya fijado en la póliza un plazo mayor"; que "La empresa de seguros o la asociación cooperativa que realiza actividad aseguradora quedará exonerada de toda responsabilidad si el obligado hubiese dejado de hacer la declaración del siniestro en el plazo fijado, a menos que éste compruebe que no la realizó por una causa extraña que no le sea imputable"; y que "El tomador, el asegurado o el beneficiario dará a la empresa de seguros o la asociación cooperativa que realiza actividad aseguradora toda las informaciones (que) le requieran sobre las circunstancias y consecuencias del siniestro" (el paréntesis es nuestro). Como la caducidad prevista en la norma anterior es igual, salvo en detalles de redacción, a la caducidad consagrada en la disposición legal antes transcrita, la misma ya está reflejada por las aseguradoras en sus pólizas.

De modo que, bajo el régimen legal derogado en materia de pólizas, y luego al amparo del artículo últimamente transcrito, que fue emitido por el regulador del sector seguros, los contratos incluyen cláusulas que establecen plazos de caducidad para que el tomador, asegurado o beneficiario informe al asegurador la ocurrencia del siniestro.

La caducidad como sanción, en cuanto respecta a la obligación de avisar el siniestro, se justifica en razón de la importancia que tiene, en el negocio del seguro, que el asegurador sea informado inmediatamente sobre hechos que puedan afectar su obligación de pagar lo previsto en la póliza. Nuestra doctrina pone énfasis en que es crucial "Hacer saber al asegurador, en el menor término posible, después de la recepción de la noticia, el advenimiento de cualquier accidente que afecte su responsabilidad, expresando claramente las causas y circunstancias del accidente ocurrido, para que proceda éste a hacer las investigaciones del caso sobre la causa del siniestro y pueda hasta proceder contra terceros, etc..."[594]. En el mismo orden de ideas, "El asegurador que deberá pagar la indemnización o el monto de la suma asegurada, tiene un interés evidente en recibir lo más pronto posible la noticia del siniestro, de manera de poder tomar todas las medidas útiles para la defensa de sus derechos"[595]. En igual sentido, "La denuncia del siniestro... obra en razón del interés que tiene todo asegurador de evitar la producción del siniestro o, una vez producido éste, de atenuar o limitar sus efectos dañosos. También dicha información está dirigida a permitirle al asegurado indagar las causas y la naturaleza del siniestro, en función de la cobertura pactada, y de que dicho empresario logre precisar la identificación de eventuales agentes del siniestro, así como de la subrogación… a favor de aquél… Además, el conocimiento de la producción del siniestro constituye presupuesto necesario para el surgimiento de la obligación del asegurador de pagar y del derecho del beneficiario a recibir la indemnización o cualquier otra prestación convenida"[596].

A lo anterior se añade que "la denuncia o notificación del siniestro no es susceptible de ejecución forzada"[597].

Adicionalmente, no parece ser una sanción apropiada, para el caso de incumplimiento, considerar que el tomador del seguro debe pagar los daños y perjuicios ocasionados por tal omisión, pues los mismos son difíciles de determinar y demostrar. Parece más acertado anticipar estas situaciones, estableciendo cláusulas de

[594] Arellano: obra citada, p. 83.
[595] Le Boulengé: obra citada, p. 139.
[596] Rondón Haaz: obra citada, p. 156.
[597] Rondón Haaz: obra citada, p. 155.

caducidad, a las cuales, en principio, ha de reconocerse validez. De esta manera, tal como lo indica un autor patrio, "los daños se reflejarán en el patrimonio del asegurado y no en el del asegurador, al quedar este último exonerado de pagar la indemnización o la prestación a la que habría lugar, de haberse llevado la conducta informativa, ya que esta última va a convertirse en presupuesto para la procedencia de la prestación debida por el asegurador"[598].

Nuestra doctrina considera válidas las cláusulas en virtud de las cuales se establece un plazo para que el tomador, asegurado o beneficiario del seguro informe la ocurrencia del siniestro, en defecto de lo cual sus derechos caducan. En efecto, los autores patrios afirman: cuando la póliza indica "que el siniestro debe ser notificado al asegurador en el tiempo dado", ello "es perfectamente permisible"[599]; "es lícito a las partes indicar en la póliza un lapso máximo"[600]; "la caducidad de los derechos del beneficiario, por vía contractual, en Venezuela..., es el efecto señalado para todos los casos del incumplimiento de la carga informativa a la que nos hemos referido"[601]; "Naturalmente, y a pesar de la gravedad de la sanción, estas cláusulas son perfectamente legales"[602]; y se reconoce "la validez y eficacia de la previsión o estipulación contractual"[603].

Un autor venezolano, que considera que estas cláusulas son válidas, señaló, sin embargo, que "debe ponerse de relieve la tendencia favorecida por importantes doctrinarios y, al parecer, aceptada por algunos ordenamientos jurídicos, de rechazar y abolir la ya anotada sanción de la caducidad y sustituirla por el deber del titular que no cumplió con la carga de denunciar el siniestro, de resarcirle al asegurador los daños y los perjuicios que se deriven para éste, por causa de la falta de notificación del evento dañoso, previsto y amparado por la correspondiente póliza de seguro"[604]. Otro autor venezolano manifestó, en los siguientes términos, reservas en cuanto a la fuerza de los alegatos esgrimidos por la

598 Rondón Haaz: obra citada, p. 155.
599 Mármol: obra citada, p. 339.
600 Mármol: obra citada, p. 352.
601 Rondón Haaz: obra citada, pp. 167 y 168.
602 Le Boulengé: obra citada, pp. 139 y 140.
603 González, Zorrilla, Mujica y Pérez: obra citada, pp. 133 y 134.
604 Rondón Haaz: obra citada, p. 168.

doctrina y la jurisprudencia patrias en relación con la validez de las cláusulas que sancionan con caducidad la omisión de información en cuanto a hechos que comprometieran la responsabilidad del asegurador: "La jurisprudencia venezolana... se ha pronunciado mayoritariamente por la validez... Sin embargo, ninguno de los fallos que conocemos razona seriamente su posición"[605]. La doctrina española señala que la "obligación de denunciar el siniestro en un plazo a todas luces corto bajo pena de que el asegurado pierda el derecho a la indemnización", equivale a que la compañía aseguradora acepte dar cobertura en términos tales que "prácticamente se llega al mismo fin" que si se hubiera incluido en la póliza una cláusula "eximiéndole generalmente de responsabilidad"[606].

Sin embargo, no existe una cláusula abusiva, equiparable a una exoneración de responsabilidad, cuando el plazo de la obligación de denunciar el siniestro es suficiente. Un lapso razonable es el de cinco días hábiles previsto en los artículos citados, los cuales, por lo demás, permiten al tomador, asegurado o beneficiario disponer de tiempo adicional, si estuvo impedido de avisar el siniestro con la celeridad requerida. Tal como lo enseña la doctrina venezolana, "si bien no se discute la posibilidad de establecer términos de caducidad convencional..., la jurisprudencia de instancia muestra cierta renuencia a aceptar como supuesto de ella los hechos que escapen a la voluntad de la parte contra la cual se hace operar"[607]; y "los tribunales de instancia se muestran contrarios a aceptar como causales de caducidad hechos que escapen a la voluntad de los asegurados"[608]. A falta de tal impedimento, opera la cláusula de caducidad.

1.2.2) **Cláusula de caducidad por no demandar a tiempo a la aseguradora**

Una cláusula de caducidad frecuente en las pólizas, desde antes del 12 de noviembre de 2001, es la que establece que, de no intentarse una acción contra el asegurador en un determinado plazo

---

605 Mármol: obra citada, p. 340.
606 Díez-Picazo y Gullón: obra citada, p. 62.
607 Melich: Doctrina General del Contrato, obra citada, p. 521.
608 Melich: Las Condiciones Generales de Contratación y Cláusulas Abusivas, obra citada, p. 175.

(usualmente un año), el tomador, asegurado o beneficiario pierde el derecho a reclamar la indemnización. En esta fecha, el legislador, en el artículo 55 de la Ley del Contrato de Seguro, dispuso, por primera vez, lo siguiente: "Si dentro de los doce (12) meses siguientes a la fecha de rechazo de cualquier reclamación, el tomador, el asegurado o el beneficiario del seguro no hubiere demandado judicialmente a la empresa de seguros, acordado con ésta someterse a un arbitraje o solicitado el sometimiento ante la autoridad competente, caducarán todos los derechos derivados de la póliza con respecto al reclamo formulado que haya sido rechazado." La caducidad prevista en la anterior disposición legal fue reflejada por las aseguradoras en sus pólizas. Sin embargo, muchos contratos de seguro posteriores a dicho artículo 55 establecían caducidades distintas, contrarias al orden público, cuya invalidez fue declarada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia[609].

Actualmente, las Normas que Regulan la Relación Contractual en la Actividad Aseguradora, emitidas por la Superintendencia de la Actividad Aseguradora y publicadas el 24 de agosto de 2016, establecen, en su artículo 57, que "El tomador, el asegurado o el beneficiario perderá todo derecho a ejercer acción judicial contra la empresa de seguros o la asociación cooperativa que realiza actividad aseguradora, o convenir con esta a someterse a arbitraje, si no lo hubiere hecho antes de transcurrir el plazo de un año contado a partir de la fecha de la notificación, por escrito", de una de las dos siguientes circunstancias: "1. Del rechazo, total o parcial del siniestro", o "2. De la decisión de la empresa de seguros o la asociación cooperativa que realiza actividad aseguradora, sobre la inconformidad del tomador, del asegurado o del beneficiario". Obviamente, esto último es un disparate. Dicha Superintendencia probablemente quiso aludir a la decisión de la empresa de seguros o la asociación cooperativa que realiza actividad aseguradora *respecto de la cual haya* inconformidad del tomador, del asegurado o del beneficiario. Desde nuestro punto de vista, las aseguradoras, en sus pólizas, pueden corregir dicha redacción defectuosa.

---

609 Sala Constitucional, sentencia del 14 de febrero de 2014, disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/febrero/161333-37-18214-2014-13-0234.HTML

La caducidad como sanción, en cuanto respecta a la necesidad de intentar acciones en un plazo determinado, se justifica en aras de la seguridad jurídica y muy especialmente de la preservación de las pruebas. Un plazo de un año es más que suficiente para preparar una demanda y presentarla. Un lapso superior a éste sería excesivo, pues se dificultaría enormemente –y sin ninguna necesidad– el inicio de la determinación judicial de la causa del siniestro, lo que puede ser grave para el asegurador, pues la ley presume que la pérdida probada por el asegurado está cubierta o al menos facilita la labor de éste en su litigio contra la aseguradora a los efectos de establecer que existe cobertura.

En cuanto concierne a las cláusulas que establecen un plazo para demandar al asegurador, bajo pena de caducidad, nuestra doctrina ha puesto de relieve que "La jurisprudencia venezolana está prácticamente unánime en reconocer la validez de las cláusulas"[610]; "Nuestros tribunales han declarado sin lugar reclamaciones de asegurados formuladas fuera del plazo convenido en la póliza"[611]; "La jurisprudencia venezolana... considera que tales cláusulas establecen, no una prescripción abreviada, sino una caducidad convencional"[612]; "La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha reconocido la validez en las pólizas de seguro de las cláusulas que establecen lapsos de caducidad para las reclamaciones de los asegurados"[613]; y "La jurisprudencia venezolana, sensiblemente apegada a la letra del contrato y a las opiniones de autores foráneos, se ha pronunciado mayoritariamente por la validez. Para contratos por adhesión en general, puede ser citado el fallo de 6 de marzo de 1951 que comenta Gert Kummerow... En instancia, y en materia concreta de seguros, la jurisprudencia en el mismo sentido, ha sido en los últimos años abundantísima"[614].

Adicionalmente, un sector doctrinal, que considera ajustadas a derecho las cláusulas de caducidad que operan en caso de no ejercerse en un tiempo determinado la acción contra la empresa aseguradora, opina que "la sola interposición de la demanda sería

610 Le Boulengé: obra citada, p. 168.
611 Arellano: obra citada, p. 83.
612 Le Boulengé: obra citada, p. 168.
613 Melich: Las Condiciones Generales de Contratación y Cláusulas Abusivas, obra citada, p. 175.
614 Mármol: obra citada, p. 340.

suficiente para dejar subsistente el derecho"[615]. Según este punto de vista, carece de validez y eficacia la previsión contractual que impone adicionalmente "al asegurado la carga de obtener la orden de citación a la aseguradora", ya que no se trata de "un acto procesal de parte, sino del órgano jurisdiccional"[616].

En conclusión, las cláusulas de caducidad en las pólizas sólo serían abusivas, si establecieran plazos tan breves que excluyeran, en la práctica, la posibilidad de reclamar[617]; cosa que, hasta donde tenemos conocimiento, es raro que ocurra. Adicionalmente, podría aplicarse el criterio de que son cuestionables las cláusulas de caducidad, si ésta se sujeta a que ocurra un hecho independiente, parcial o totalmente, de la voluntad del asegurado o beneficiario.

1.3) **Cláusulas de caducidad en los contratos bancarios**

En ciertos casos, los contratos de adhesión redactados por los bancos establecen que un derecho del cliente está sujeto a un plazo de caducidad. Por ejemplo, el contrato requiere que, antes del vencimiento de este plazo, el titular de una cuenta bancaria de la que unos fondos fueron extraídos presente su reclamo. En estos casos, el contrato prevé que, si el titular no realiza esta actuación con anterioridad a tal vencimiento, su derecho se extingue.

Esto coincide con el artículo 53 de la Ley de Instituciones del Sector Bancario, el cual, similarmente a sus predecesoras, dispone, entre otras cosas, lo siguiente:

> "Las instituciones bancarias están obligados (sic) 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

[615] González, Zorrilla, Mujica y Pérez: obra citada, p. 134.
[616] González, Zorrilla, Mujica y Pérez: obra citada, p. 135.
[617] Melich: Doctrina General del Contrato, obra citada, p. 521; y Las Condiciones Generales de Contratación y Cláusulas Abusivas, obra citada, p. 170.

> de cuenta, enviado a la dirección que a tal efecto se indique en el contrato respectivo, el cual puede ser vía electrónica".
>
> "Si el o la titular de una cuenta corriente tiene observaciones a formular al estado de cuenta, deberá hacerlas llegar a la institución bancaria 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 usuario o usuaria como la institución bancaria 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 la institución bancaria, haya recibido ni las observaciones ni la conformidad del usuario o usuaria 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 o la titular de la cuenta. Los cheques relacionados en un estado de cuenta, conformados por el o la cuentacorrientista en forma expresa o tácita, podrán ser devueltos al o la titular de la cuenta una vez transcurrido el lapso para las impugnaciones a que se refiere este Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, salvo que hayan sido propuestas válidamente".

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.

2) Regulación de la prescripción extintiva

A diferencia de la caducidad, que puede ser convencional, la prescripción tiene que ser establecida por ley. La necesidad de una norma legal se aplica, obviamente, a la prescripción extintiva, es decir, a la pérdida de un derecho por el paso del tiempo sin hacerlo valer. La circunstancia de que la prescripción extintiva tenga que ser establecida por ley no impide que las partes de un contrato, incluso de adhesión, puedan llegar a acuerdos al respecto. De hecho, la doctrina venezolana ha puesto de manifiesto que, entre las cláusulas que pueden encontrarse en los contratos de adhesión, están aquellas que establecen una "regulación de la prescripción extintiva"[618]; es decir, que crean una reglamentación convencional en cuanto a la pérdida de un derecho como consecuencia del transcurso de un período de inactividad.

Ahora bien, al respecto, la misma doctrina se ha pronunciado en el siguiente sentido: "En general, se consideran nulas por contrarias al orden público las cláusulas por medio de las cuales se renuncia por anticipado a oponer la prescripción (Art. 1954 C.C.)[619] o aquellas que pretenden alargar los lapsos de prescripción establecidos por la ley"[620]. Serían, pues, abusivas[621] y nulas[622] aquellas cláusulas que pretendieran alargar los lapsos de prescripción establecidos en la ley.

El mismo autor, sin embargo, expresó: "En cambio, se reputan válidas aquellas que abrevian el lapso legal de prescripción"[623]. Ahora bien, dicho autor calificó como "Cláusulas sospechosas de ser abusivas" algunas disposiciones convencionales, ofrecidas por el proponente, que "abrevian lapsos de prescripción en perjuicio del cocontratante"[624]. Concretamente consideró, con razón, como una cláusula abusiva, el "desmedido acortamiento de los lapsos de

---

618 Melich: Doctrina General del Contrato, obra citada, p. 521; y Las Condiciones Generales de Contratación y Cláusulas Abusivas, obra citada, p. 169.

619 El artículo 1954 del Código Civil dispone: "No se puede renunciar a la prescripción sino después de adquirida."

620 Melich: Doctrina General del Contrato, obra citada, p. 521.

621 Melich: Las Condiciones Generales de Contratación y Cláusulas Abusivas, obra citada, p. 176.

622 Melich: Doctrina General del Contrato, obra citada, p. 521.

623 Melich: Doctrina General del Contrato, obra citada, p. 521.

624 Melich: Las Condiciones Generales de Contratación y Cláusulas Abusivas, obra citada, pp. 180 y 181.

prescripción"[625], o sea, que "los acorten a tal extremo que hagan prácticamente inexigible el cumplimiento de la obligación"[626].

Existe también un punto de vista más radical, sostenido igualmente en Venezuela, según el cual cualquier reducción convencional del término de prescripción es abusiva[627]. En el mismo sentido, nuestra doctrina define a "las cláusulas 'abusivas' como "aquellas que vulneran la buena fe y el justo equilibrio de las prestaciones", y son "Violatorias del orden público", entre las cuales incluye "las que… acortan el lapso de prescripción"[628].

Tal como ha quedado dicho, las derogadas leyes de protección al adquirente de bienes y servicios ofrecidos al público prohibían las cláusulas abusivas y contenían una lista de estas cláusulas, y la doctrina venezolana afirmó que no se trata de una lista cerrada, sino que tenía carácter enunciativo. Al respecto, nuestra doctrina afirmó: "hay numerosas otras cláusulas susceptibles de ser reputadas abusivas, entre las cuales… podemos incluir las que... abrevian los lapsos de prescripción en perjuicio del consumidor o usuario"[629]. Pero también se ha expresado en nuestro país que todas "las reducciones convencionales del término de prescripción... son inadmisibles... (por ser calificables) como *cláusula abusiva*" (el paréntesis es nuestro)[630].

En nuestro criterio, reducir convencionalmente el plazo de la prescripción extintiva constituye una cláusula abusiva, prohibida conforme a dicha ley, siempre que tal reducción establezca un lapso tan breve que se haga difícil o imposible ejercer el derecho correspondiente. Si el plazo de prescripción es suficiente, la cláusula que lo establece es válida, aunque se encuentre inserta en un contrato de adhesión. Estimamos que sería exagerado desechar la reducción del tiempo de prescripción si se establece un tiempo razonable.

---

625 Melich: Las Condiciones Generales de Contratación y Cláusulas Abusivas, obra citada, p. 170.
626 Melich: Las Condiciones Generales de Contratación y Cláusulas Abusivas, obra citada, p. 176.
627 Corsi: Contribución al Estudio de las Cláusulas de Exoneración y Limitación de la Responsabilidad Contractual, obra citada, p. 37.
628 Domínguez Guillén: obra citada, p. 292.
629 Melich: Las Particularidades del Contrato con Consumidores, obra citada, p. 102.
630 Corsi: Contribución al Estudio de las Cláusulas de Exoneración y Limitación de la Responsabilidad Contractual, obra citada, p. 37.

El artículo 576 del Código de Comercio establecía un plazo de prescripción de tres años para las acciones derivadas de los contratos de seguros. Igualmente, el 12 de noviembre de 2001, el artículo 56 del Ley del Contrato de Seguro estableció que, "Salvo lo dispuesto en leyes especiales, las acciones derivadas del contrato de seguro prescriben a los tres (3) años contados a partir del siniestro que dio nacimiento a la obligación". El artículo 58 de las Normas que Regulan la Relación Contractual en la Actividad Aseguradora, emitidas por la Superintendencia de la Actividad Aseguradora y publicadas el 24 de agosto de 2016, de dudosa constitucionalidad[631], establece exactamente lo mismo.

En cuanto concierne a las pólizas, ya tuvimos la ocasión de señalar que son válidas, en nuestro criterio, las cláusulas que establecen un plazo de *caducidad* para que el tomador o el beneficiario de un seguro informe al asegurador de la ocurrencia del siniestro o de un hecho que agrave su responsabilidad, o para que lo demande en caso de que éste no lo pague, siempre que tal plazo no sea irracionalmente breve. Pues bien, podría válidamente establecerse que este último plazo fuese, más bien, de *prescripción*. En efecto, coincidimos con la tesis que señala que el artículo 1954 del Código Civil —según el cual es nula la cláusula por la que se renuncia anticipadamente a la prescripción extintiva— no impide, en principio, abreviar convencionalmente el plazo para tal prescripción[632]. En este sentido, un sector de nuestra doctrina afirma, respecto de la posibilidad de que las pólizas sustituyan "la prescripción trienal" por "una prescripción convencional más corta para la acción del pago de la indemnización", lo siguiente: "Se ha discutido mucho la validez de tales cláusulas. Siendo la prescripción liberatoria, la presunción de extinción de un derecho, presunción creada en el interés de la estabilidad de las fortunas, nada impide a las partes reducir como quieran la duración de este derecho, en el contrato que debe hacerlo nacer. El Artículo 1954 del Código Civil prohíbe renunciar a la prescripción antes de haberla adquirido, y en consecuencia, alargar los

631 Cuando el regulador dictó dicha normativa, invadió la esfera de la Asamblea Nacional, pues el número 1 del artículo 187 y el número 32 del artículo 156 de la Constitución establecen, respectivamente, que "Corresponde a la Asamblea Nacional:... Legislar en las materias de la competencia nacional...", y que "Es de la competencia del Poder Público Nacional:... La legislación en materia... de seguros..."

632 Melich: Doctrina General del Contrato, obra citada, p. 521.

plazos legales, pero no acortarlos. El espíritu de la Ley se acomoda perfectamente a la reducción convencional de los plazos de prescripción, ya que ésta tendrá por efecto... acelerar la estabilidad deseada"[633].

Sin embargo, otro sector doctrinal patrio expresa una idea distinta, en los siguientes términos: "La validez legal de esa cláusula ha sido motivo de frecuentes controversias... se llega incluso a imponer la liberación del asegurador si no se intenta contra él, en el referido término, la acción judicial que resulte pertinente, y su validez textual ya resulta bastante discutible. En tales circunstancias, a veces la cláusula simula ser una condición resolutoria cuya ocurrencia la falta de notificación al asegurador o la falta de demanda en el plazo implicaría la liberación de éste; en otras oportunidades da la impresión de ser una cláusula penal que castiga con la pérdida del derecho la falta de cumplimiento del beneficiario; en otras ocasiones, en fin, aparece como una prescripción contractual de lapso diferente a la fijada por la ley. Es en estos casos cuando su validez queda más dudosa, porque... cabe decir que el Código Civil prohíbe renunciar a la prescripción antes de que se cumpla (art. 1954), y es dable argumentar que cuando el tomador firma la póliza y acepta supeditar sus derechos eventuales a una reclamación formulada en el plazo de un año después del siniestro, renuncia anticipadamente a los tres años de prescripción que para la materia determina el artículo 576 del Código de Comercio"[634].

Ahora bien, la verdad es que la generalidad de las pólizas no prevé que se abrevie el plazo legal de prescripción extintiva, sino que expresamente establecen la caducidad como sanción. Y ya tuvimos la ocasión de examinar la validez de estas cláusulas, cuando son formuladas como de caducidad, que es, insistimos, lo más corriente.

De modo que es razonable sostener que no se puede pactar que, si no se demanda a la aseguradora en un plazo de un año, prescribe la acción contra ésta, ya que se aplica el plazo de prescripción de tres años. Lo que es legalmente factible y de hecho

633 Le Boulengé: obra citada, pp. 167 y 168.
634 Mármol: obra citada, pp. 339 y 340.

bastante frecuente, es establecer que, si no se demanda a la aseguradora en un plazo de un año, caduca la acción contra ésta.

Con respecto a la prescripción y la caducidad respecto del contrato de seguro, un sector de la doctrina sostuvo lo siguiente: "Existen dos posibles interpretaciones…: a. considerar que la caducidad… para demandar judicialmente después del rechazo de *cualquier* reclamación, incluye el supuesto de la acción judicial que se puede ejercer después del rechazo de la reclamación de la indemnización del siniestro; y que la prescripción se aplica al caso de que no hubiere habido rechazo de una reclamación y a las acciones del asegurador contra el asegurado, el tomador o el beneficiario; o b. estimar que cuando… (se) habla de la obligación de demandar judicialmente después del rechazo de *cualquier reclamación*, se está refiriendo a todos los supuestos, excepto el de la reclamación de la prestación del siniestro, para el cual dispone expresamente el artículo 56" (el paréntesis es nuestro). El mismo autor expresa que "Esta última interpretación pudiera ser considerada la más favorable al tomador, al asegurado y al beneficiario. Es, además, una interpretación restrictiva de la caducidad, pues circunscribe su aplicación a menores supuestos a los que sería aplicable si se acogiera la otra interpretación… La aplicación restrictiva de la caducidad es una regla que deriva de su propia naturaleza de instrumento de limitación del ejercicio de derechos"[635].

No compartimos este punto de vista. Pensamos que la caducidad se aplica con respecto a cualquier reclamación y afecta los derechos derivados de la póliza con respecto al reclamo formulado que haya sido rechazado; y consideramos que la reclamación por excelencia es la exigencia del tomador, asegurado o beneficiario, de que la aseguradora le indemnice el siniestro; por lo que opinamos que la reclamación de la indemnización del siniestro está sujeta a tal caducidad. Similarmente, la prescripción se aplica con respecto a las acciones derivadas del contrato de seguro respecto del cual se haya producido un siniestro, incluyendo la exigencia de la indemnización correspondiente. Lo que pasa es que el año de caducidad se cuenta desde la carta de rechazo, mientras que los tres años de prescripción se cuentan desde el siniestro. En consecuencia, para que haya caducidad,

[635] Morles: Curso de Derecho Mercantil, Tomo IV, obra citada, pp. 2417 y 2418.

tiene que producirse una carta de rechazo, lo que no ocurre con la prescripción, que se empieza a contar desde el siniestro.

CAPÍTULO VI

CONTRATOS DE ADHESIÓN RESPECTO DE LOS CUALES EXISTEN ACUERDOS DE REGULACIÓN DE LA JURISDICCIÓN O DE ARBITRAJE

En este capítulo estudiaremos dos casos en los que el proponente ofrece celebrar un contrato de adhesión, en relación con el cual pacta con los adherentes regular un efecto del incumplimiento de una obligación contraída por él o por el adherente. Concretamente, analizaremos las situaciones de contratos de adhesión respecto de los cuales existen acuerdos de regulación de la jurisdicción o de arbitraje.

1) Regulación de la jurisdicción

Entre las cláusulas que frecuentemente pueden encontrarse en los contratos de adhesión, están las normas contractuales que establecen una regulación de la jurisdicción o de la competencia territorial ante la cual puede ejecutarse el derecho contractual, entendiendo por tales aquellas que imponen un tribunal venezolano o extranjero distinto del que normalmente conocería el caso[636]. En el mismo sentido, nuestra doctrina define a "las cláusulas 'abusivas' como "aquellas que vulneran la buena fe y el justo equilibrio de las prestaciones", y son "Violatorias del orden público", entre las cuales incluye "las que… imponen regulación de jurisdicción" y las que pretenden "imponer domicilio de elección o renuncia al domicilio en contratos de adhesión"[637].

Más precisamente, la doctrina venezolana ha calificado como "Cláusulas sospechosas de ser abusivas"[638], o, lo que es lo mismo, como "cláusulas susceptibles de ser reputadas abusivas"[639], las siguientes: (i) de manera general, las cláusulas impuestas por el proponente que "modifican la jurisdicción de los tribunales ante los

---

636 Melich: Doctrina General del Contrato, obra citada, p. 521; y Las Condiciones Generales de Contratación y Cláusulas Abusivas, obra citada, p. 169.

637 Domínguez Guillén: obra citada, pp. 292 y 293.

638 Melich: Las Condiciones Generales de Contratación y Cláusulas Abusivas, obra citada, pp. 180 y 181.

639 Melich: Las Particularidades del Contrato con Consumidores, obra citada, p. 102.

cuales puede reclamar sus derechos el cocontratante" o su competencia territorial[640]; y, (ii) en el ámbito del Derecho del Consumo, las cláusulas que "modifican la jurisdicción de los tribunales ante los cuales puede actuar el consumidor" o su competencia territorial[641]. En este sentido, sería abusiva la cláusula que establece "domicilios de elección u otras cargas procesales tendentes a tornar en la práctica casi imposible la exigencia del derecho conferido"[642]. En el mismo orden de ideas, creemos que sería abusiva, por ejemplo, una cláusula, en un contrato de adhesión suscrito fuera del Estado Delta Amacuro, mediante la cual se estableciese, no obstante, como domicilio especial, la ciudad de Tucupita, ya que esto dificultaría, sin justificación, cualquier acción de los clientes del proponente contra este último. Fuera de estos casos extremos, no creemos que la selección de un domicilio especial en un contrato de adhesión sea abusiva, particularmente si se escoge a la ciudad de Caracas, que es la capital de la República, donde está el Tribunal Supremo de Justicia, al que eventualmente podría llegar cualquier litigio.

El artículo 47 del Código de Procedimiento Civil autoriza, salvo casos excepcionales, que las partes celebren acuerdos derogatorios de la competencia territorial establecida en dicho código, mediante la escogencia, por los mismos contratantes, de un domicilio especial, ante cuya autoridad judicial habrán de dilucidar sus controversias[643]. Igualmente, el artículo 32 del Código Civil dispone que se puede elegir un domicilio especial para ciertos asuntos o actos; elección que debe constar por escrito[644]. No existiendo ninguna prohibición legal, consideramos que es posible establecer un domicilio de elección en un contrato de adhesión.

---

640 Melich: Las Condiciones Generales de Contratación y Cláusulas Abusivas, obra citada, pp. 180 y 181.

641 Melich: Las Particularidades del Contrato con Consumidores, obra citada, p. 102.

642 Melich: Las Condiciones Generales de Contratación y Cláusulas Abusivas, obra citada, p. 170.

643 El artículo 47 del Código de Procedimiento Civil estatuye lo siguiente: "La competencia por el territorio puede derogarse por convenio de las partes, caso en el cual la demanda podrá proponerse ante la autoridad judicial del lugar que se haya elegido como domicilio. La derogación no podrá efectuarse cuando se trate de causas en las que debe intervenir el Ministerio Público, ni en cualquier otro en que la ley expresamente lo determine".

644 El artículo 32 del Código Civil dispone:
"Se puede elegir un domicilio especial para ciertos asuntos o actos.
"Esta elección debe constar por escrito".

Sobre este particular, la doctrina venezolana diferenció los dos casos siguientes (refiriéndose al supuesto de un documento contentivo de las cláusulas contractuales propuestas y otro documento contentivo de la voluntad de adherirse)[645]:

> "a) La cláusula de elección de domicilio, a los efectos procesales, ha sido dispuesta en las condiciones generales de contratación, y transcrita por entero en el contrato singular. Se habrá cumplido con plenitud la exigencia del art. 32 CC, y la prórroga de la competencia por el territorio tendrá validez indiscutible.
>
> "b) La cláusula de elección de domicilio, establecida con tales fines, ha sido prevista por las condiciones generales de contratación y en el contrato singular se remite de un modo global a ellas, con declaración de las partes de someterse en un todo a su contenido. Si estas 'condiciones generales' han sido protocolizadas en los libros de Registro Público de modo que la parte que se adhiere, sin discusión, al contenido del esquema predispuesto por la otra, ha tenido oportunidad de conocerlas, usando de una normal diligencia, sería difícil negar su eficacia. Si, por el contrario, dichas 'condiciones generales' constan en un documento unilateralmente elaborado por el contratante y conservado entre sus papeles privados, o en archivos de difícil acceso para el cocontratante, creemos que no podría concedérsele eficacia a una tal disposición derogatoria de la competencia territorial ordinaria".

De manera que, según la doctrina venezolana, estas cláusulas son válidas, sujeto, desde luego, a que hayan sido convenidas, como sucede siempre.

Ahora bien, un sector de la doctrina española menciona, entre "las cláusulas abusivas", aquellas "que atribuyen competencia al tribunal del lugar donde centralizan sus operaciones... Es evidente que este tipo de cláusulas, inmersas en un contrato de adhesión en el

---

[645] Kummerow: Algunos Problemas Fundamentales del Contrato por Adhesión en el Derecho Privado, obra citada, p. 146.

que el consumidor no ha podido intervenir para su discusión, reportan para el predisponente una serie de ventajas que se traducen en un considerable desequilibrio para el consumidor-adherente, ya que se verá obligado a litigar, para defender sus derechos e intereses, en los juzgados de una ciudad distinta a la que reside, y en la cual debe cumplir con su obligación, lo que comporta desplazamientos, gastos y molestias que pueden llevar a disuadirle. Sin embargo el predisponente se ve favorecido porque centralizará los posibles litigios de su actividad comercial en un mismo lugar, lo que le proporciona comodidad y ahorro"[646]. Sin embargo, el ahorro que significa, para el proponente, poder resolver, en una sola circunscripción judicial, todas las controversias en que sea parte, relativas a sus contratos de adhesión, no es una motivación terrible e inconfesable (sobre todo si se escoge la Circunscripción Judicial del Distrito Capital y Estado Miranda, donde se encuentra el Tribunal Supremo de Justicia, al cual las partes pueden esperar 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). Dicho ahorro, por el contrario, constituye una razón seria para incluir este tipo de cláusulas en los contratos de adhesión, las cuales eventualmente acarrearían la ventaja adicional de que se podría obtener, en distintos litigios, sentencias no contradictorias (a esto se añade, respecto de los casos en los cuales Caracas es el domicilio especial, la racionalidad, en términos estratégicos y económicos, para ambas partes, de que la atención de los juicios que terminan en casación sea prestada desde sus inicios por los mismos abogados litigantes). Ya tuvimos la oportunidad de señalar que el uso de contratos de adhesión permite a los proveedores de bienes y servicios reducir sus costos, lo que puede redundar en beneficio de los consumidores y usuarios, así como de la economía en general. Quizás por esto —tal como lo reconoce el mismo sector doctrinal— la tesis según la cual dichas cláusulas son abusivas no siempre ha sido acogida por la jurisprudencia española, existiendo la práctica, en España, de incluir tales cláusulas en los contratos de adhesión: "se han dictado sentencias que las califican de abusivas, mientras

646 Blanco Pérez-Rubio: obra citada, pp. 9, 18 y 19.

que otras consideran lo contrario... las cláusulas de sumisión expresa continúan utilizándose de manera generalizada"[647].

Discrepamos igualmente de la opinión, expresada en Argentina, según la cual es abusivo establecer, como domicilio especial, la ciudad donde queda la oficina principal del proponente del contrato de adhesión, sobre la base de que, de entrada, ha de calificarse como abuso el pretender beneficiarse de ventajas tales como poder planificar y abaratar la defensa judicial, en razón del mayor volumen de juicios en una sola localidad[648]. No estamos de acuerdo, pues esta planificación y abaratamiento, en definitiva, hace a las empresas más competitivas en el mercado, en beneficio de todos sus clientes, y no va en desmedro de su contraparte en los juicios, ya que aquella persona a quien le resulte incómodo litigar en una determinada circunscripción, impuesta en un determinado contrato de adhesión, normalmente está en condiciones de contratar con otra empresa, que no haya escogido ningún domicilio procesal o que haya seleccionado una ciudad más cómoda para esa persona.

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 Circunscripción Judicial del Distrito Capital 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.

Ahora bien, la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario publicada el 4 de mayo de 2004, en su artículo 87, número 9, establecía que "Se considerarán nulas de pleno derecho las cláusulas o estipulaciones establecidas en el contrato de adhesión que:…

647 Blanco Pérez-Rubio: obra citada, pp. 19, 31 y 32.
648 Stiglitz: Cláusulas Abusivas en el Contrato de Seguros, obra citada, pp. 130 y ss.

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 el consumidor o usuario tenga establecida su residencia." Posterior y similarmente, la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios de 2008, en su artículo 74, número 8 disponía que "Se considerarán nulas las cláusulas o estipulaciones establecidas en el contrato de adhesión, que:… 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." Ambas disposiciones están derogadas. Ahora bien, cuando estaban vigentes, se podían interpretar en el sentido de que lo prohibido era establecer un domicilio especial en el contrato de adhesión, pero no establecer un domicilio especial respecto del contrato de adhesión, siempre y cuando esto fuera pactado en un acuerdo separado e independiente. En nuestra opinión, dado que los textos anteriormente transcritos desaparecieron, no es abusivo, y, por lo tanto, es válido, que el proponente le imponga al adherente, en el propio contrato de adhesión, la capital de la República como domicilio de elección, aunque éste no sea una persona domiciliada en Caracas, y aunque el contrato de adhesión haya sido celebrado fuera de esta ciudad.

En conclusión, no se debería jamás prohibir, y tampoco se debería considerar abusivo, que la capital sea el domicilio especial del contrato de adhesión, ya que (i) en esta ciudad, de todas maneras, quizás terminará decidiéndose el juicio, puesto que, en Venezuela, la administración de justicia es nacional, por oposición a estatal o municipal, y la antigua Corte Suprema de Justicia tuvo su sede en Caracas, lo mismo que ahora el Tribunal Supremo de Justicia; y (ii) es razonable que los mismos litigantes de esta ciudad presten atención al juicio desde primera instancia hasta casación, sin que ninguna de las partes tenga que sustituir, en la fase procesal final, su equipo de juristas de la provincia por un equipo de la capital, ya que tal sustitución puede generar problemas de estrategia y mayores costos y gastos.

Una cláusula que a nuestro juicio sería abusiva sería aquella por la cual el proveedor de bienes o servicios ofrecidos al público en general les impone a los consumidores o usuarios de los mismos el

sometimiento a una jurisdicción extranjera. Sin embargo, a veces la oferta no es al público en general, sino a ciertos adquirentes solamente, aunque se trate de un contrato de adhesión, en razón de estar comprendido mayoritariamente por disposiciones contractuales pre-hechas. Por ejemplo, carece de sentido cerrarles la posibilidad a los bancos y a determinados prestatarios, o a las aseguradoras y a determinados tomadores de seguros, de escoger una jurisdicción extranjera. En efecto, ciertas personas jurídicas son tan importantes y su actividad económica es tan considerable, que ellas tienen real poder de negociación, incluso dentro del marco de un contrato de adhesión, a lo que se añade que ellas a veces son casi tan conocedoras de la materia bancaria o de seguros como los propios bancos y aseguradoras; pudiendo ambas partes tener interés en someterse a tribunales foráneos. En el mismo orden de ideas, es lógico tolerar la escogencia de una jurisdicción extranjera cuando se trata de un contrato de distribución propuesto por quien controla globalmente los bienes de una marca a quienes distribuyen tales bienes en sus respectivos territorios; o cuando se trata de un contrato de franquicia internacional, en el que el franquiciante les exige a sus franquiciados aceptar someterse a juzgados del exterior. Prohibir *a priori* la elección de un domicilio especial en el exterior luce, a estas alturas, como sumamente proteccionista.

2) Acuerdos de arbitraje

Desde el año 1996, la doctrina venezolana ha calificado a las clausulas arbitrales en los contratos de adhesión como "Cláusulas sospechosas de ser abusivas"[649] o "cláusulas susceptibles de ser reputadas abusivas"[650]. En el mismo orden de ideas, nuestra doctrina define a "las cláusulas 'abusivas' como "aquellas que vulneran la buena fe y el justo equilibrio de las prestaciones", y son "Violatorias del orden público", entre las cuales incluye "las que… imponen… el sometimiento a arbitraje"[651]. En el mismo sentido se ha pronunciado

[649] Melich: Las Condiciones Generales de Contratación y Cláusulas Abusivas, obra citada, pp. 180 y 181.
[650] Melich: Las Particularidades del Contrato con Consumidores, obra citada, p. 102.
[651] Domínguez Guillén: obra citada, pp. 292 y 293.

también la doctrina de otros países, por ejemplo la española[652], la chilena[653] y la peruana[654]. Es posible que las siguientes disposiciones legales se hayan inspirado en dicha doctrina: (i) la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario de 2004 dispuso que "Se considerarán nulas de pleno derecho las cláusulas o estipulaciones establecidas en el contrato de adhesión que:… Impongan la utilización obligatoria del arbitraje" (artículo 87, número 4); y (ii) la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios de 2008 estableció, de manera casi idéntica, que "Se considerarán nulas las cláusulas o estipulaciones establecidas en el contrato de adhesión, que:… Impongan la utilización obligatoria del arbitraje" (artículo 74, número 4). Sin embargo, estas disposiciones legales fueron derogadas y nos parece que el criterio doctrinal anterior ya no tiene vigencia, al menos en Venezuela, por cuanto:

En primer lugar, hoy en día, nuestros tribunales están sobrecargados y presentan problemas de ignorancia, politización y corrupción, por lo que el arbitraje es una solución.

En segundo lugar, el legislador, para facilitar la resolución de controversias que versen sobre derechos de índole patrimonial, aprobó la Ley de Arbitraje Comercial, publicada el 7 de abril de 1998, que sigue vigente. Esta ley define el acuerdo de arbitraje como un convenio mediante el cual las partes someten a arbitraje todas o algunas de sus controversias actuales o potenciales (primera parte del artículo 5)[655]. El acuerdo de arbitraje no tiene que constar en un documento auténtico, pero debe ser un convenio expreso, y la manifestación de voluntad del adherente ha de estar contenida en un instrumento independiente del contrato de adhesión (parte final del artículo 6)[656].

---

652 Díez-Picazo, obra citada, p. 43.

653 López Santa María, Jorge: Las Condiciones Generales de Contratación y Cláusulas Abusivas, en libro con el mismo nombre, antes citado, p. 167.

654 Cárdenas, obra citada, p. 120.

655 La primera parte del artículo 5 de la Ley de Arbitraje Comercial expresa: "El 'acuerdo de arbitraje' es un acuerdo por el cual las partes deciden someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas..."

656 La segunda parte del artículo 6 de la Ley de Arbitraje Comercial expresa: "En los contratos de adhesión y en los contratos normalizados, la manifestación de voluntad de someter el contrato a arbitraje deberá hacerse en forma expresa e independiente".

En tercer lugar, la Constitución del año 1999 prevé que la ley promueva el arbitraje (artículo 258).

En cuarto lugar, el Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Constitucional, expresó, en el año 2004, que es posible someter a arbitraje una relación contractual nacida de un contrato de adhesión, siempre que se cumpla con los requisitos legales[657]. En la citada sentencia, dicha Sala correctamente expresó, respecto de la mencionada exigencia del "artículo 6 de la Ley de Arbitraje Comercial", que, "**En los contratos de adhesión y en los contratos normalizados, la manifestación de voluntad de someter el contrato a arbitraje deberá hacerse en forma expresa e independiente**" (las negritas son de la Sala), y que, "la norma citada consagra la necesidad de hacer constar por escrito el acuerdo de las partes de someterse a arbitraje, con la especial e insoslayable indicación de que en los contratos de adhesión la voluntad de los contratantes debe ser manifestada de forma expresa e independiente. No es suficiente entonces, que el contrato de adhesión por el cual las partes rigen sus relaciones, contenga una cláusula que estipule el procedimiento de arbitraje, sino que deberá expresarse en forma independiente al conjunto de las normas pre-redactadas, de manera que evidencie ser el producto de la voluntad de todos los contratantes y no tan solo de uno de ellos".

En quinto lugar, (i) una manera de evitar que un acuerdo de arbitraje sea el resultado de una imposición abusiva es que el mismo y el contrato de adhesión estén en documentos separados, de manera que el adherente pueda celebrar el contrato de adhesión y abstenerse de suscribir el acuerdo de arbitraje; (ii) esto es congruente con lo establecido en el artículo 6 de la Ley de Arbitraje Comercial; y (iii) esto fue acogido primero por la doctrina, en el año 2005, y luego por la jurisprudencia, en el año 2008. Lo anterior fue explicado en detalle, cuando hablamos sobre la *Necesidad de que la cláusula esté incluida en el contrato de adhesión, y no en un documento separado, susceptible de ser rechazado, para que califique como abusiva, a los efectos de la protección a los consumidores*, en el capítulo sobre los *Requisitos de los contratos de adhesión*.

---

[657] Sala Constitucional, sentencia del 14 de abril de 2004, disponible en: http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Abril/00339-140404-2004-0111.htm

En consecuencia, es posible suscribir acuerdos de arbitraje al celebrar contratos de adhesión, siempre que la voluntad del adherente conste en un instrumento independiente. En las relaciones contractuales por adhesión, no está planteado que los proponentes impongan abusivamente acuerdos de arbitraje, pues éstos no pueden formar parte del documento contentivo del contrato de adhesión, siendo necesario que las cláusulas arbitrales se encuentren en un texto separado, susceptible de ser consentido o no, en cada caso particular, por los adherentes.

En conclusión, las cláusulas arbitrales separadas, que pueden ser o no aceptadas al consentir un contrato de adhesión, no son, de entrada, abusivas. Sólo habría abuso si dichas cláusulas fueran diseñadas de una forma tal hiciera difícil la obtención de justicia a la contraparte del redactor. A título ilustrativo, sería abusivo obligar, en los contratos bancarios, a los clientes de los bancos, a someterse a arbitraje con un árbitro designado por la Asociación Bancaria; u obligar, en las pólizas, a los tomadores de seguros, a someterse a arbitraje con un árbitro designado por la Cámara de Aseguradores. Otro ejemplo: no se debe establecer, respecto de un contrato de adhesión, un arbitraje en una ciudad distante, cuando el adherente tiene su domicilio en la capital, donde hay dos excelentes centros de arbitraje. Pero no conocemos ningún caso como los anteriores.

3) Acuerdos de arbitraje respecto de las pólizas de seguro

3.1) Intento de establecer un arbitraje obligatorio y de equidad ante la Superintendencia de Seguros en los litigios de baja cuantía

Entre el 12 de noviembre de 2001 y13 de agosto de 2002 fue obligatorio someter a arbitraje de equidad ante la Superintendencia de Seguros los litigios de baja cuantía.

La Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros publicada el 12 de noviembre de 2001 y reimpresa el 28 del mismo mes, dispuso, en sus artículos 256 y 257, que las partes de los contratos de seguro y contratos relacionados "podrán someter a procedimiento de arbitraje las divergencias que se susciten"; que "El Superintendente… deberá

actuar directamente o a través de los funcionarios que designe, como árbitro arbitrador"; y que, "En los casos cuya cuantía no exceda de doscientas cincuenta unidades tributarias (250 U.T.), el arbitraje será obligatorio". Con esta norma, se pretendió convertir al regulador en un tribunal, con la peculiaridad de que no tenía que decidir en función del derecho, sino de la equidad. Esto era inconstitucional, ya que impedía a las partes obtener decisiones con base en la póliza y la ley, emitidas por funcionarios judiciales; obligándolas a conformarse con decisiones emitidas por funcionarios gubernamentales, que no son sus jueces naturales, sobre la base de lo que éstos consideraran equitativo.

Dicha ley fue muy cuestionada por ésta y por muchas otras razones. En una de las demandas de nulidad por inconstitucionalidad de que fue objeto, la aplicación de la misma fue suspendida por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, mediante decisión de fecha 13 de agosto de 2002, la cual fue objeto de una aclaratoria fechada 2 de octubre de 2002, ambas publicadas —la decisión de suspensión y su aclaratoria— en la Gaceta Oficial N° 37.565 del 7 de noviembre de 2002. Luego, dicha ley fue derogada.

3.2) **Cláusula sobre arbitraje en la generalidad de las pólizas de seguro**

El Estado ejerce un control previo con respecto a las pólizas, puesto que se requiere una autorización del regulador con respecto a los modelos de contrato de seguro. Actualmente, este requisito está establecido en la Ley de la Actividad Aseguradora publicada el 30 de diciembre de 2015 y reimpresa el 15 de marzo de 2016[658]. Este

[658] El número 9 del artículo 8, el artículo 42, y el número 5 de su artículo 154 la Ley de la Actividad Aseguradora publicada el 30 de diciembre de 2015 y reimpresa el 15 de marzo de 2016 establecen: (i) "Son atribuciones del o la Superintendente de la Actividad Aseguradora:… Autorizar previamente… los modelos de pólizas, contratos, condiciones generales y particulares, cuadros póliza o cuadros recibo, solicitudes, finiquitos o documentos de indemnización, notificaciones…, anexos y cualquier otro documento utilizado con ocasión de la actividad aseguradora…"; (ii) "Los modelos de pólizas, cuadros recibos o cuadros pólizas, solicitudes de seguro, finiquitos o recibos de indemnización, notificaciones de siniestros, anexos y demás documentos utilizados con ocasión de los contratos de seguros…, deben ser aprobados previamente por la Superintendencia de la Actividad Aseguradora, quien decidirá en un lapso no mayor de cuarenta y cinco días hábiles…"; y (iii) "Serán sancionados con multa los sujetos regulados

requisito ha existido desde hace muchas décadas[659] (salvo en el período comprendido entre el 4 de julio y el 13 de agosto de 2002)[660]. La autorización previa del regulador no sólo versa sobre los modelos de contrato, sino que también se necesita con respecto a otros documentos relativos a la relación de seguros, tales como los recibos, finiquitos y notificaciones. Además, la Superintendencia también tiene que aprobar, entre otras cosas, los balances, los cambios estatutarios, las tarifas, la publicidad y los nombramientos de

---

con personalidad jurídica, según corresponda, que incurran en los siguientes supuestos:… De tres mil Unidades Tributarias (3.000 U.T.) a treinta y seis mil Unidades Tributarias (36.000 U.T.), cuando utilicen pólizas, documentos, tarifas… sin la aprobación previa de la Superintendencia de la Actividad Aseguradora".

659 El requisito de aprobación previa de las pólizas estaba previsto en el artículo 66 de la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros publicada el 22 de mayo de 1975 y reimpresa el 8 de agosto de 1975, que fue objeto de una reforma legal según publicación del 23 de diciembre de 1994 y reimpresión del 8 de marzo de 1995; así como en el artículo 67 de la misma ley. Esta ley fue derogada por la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros publicada el 12 de noviembre de 2001 y reimpresa el 28 del mismo mes. El número 6 del artículo 10 de dicha ley establecía que la Superintendencia de Seguros, hoy Superintendencia de la Actividad Aseguradora, debía aprobar previamente las pólizas y otros documentos empleados por las aseguradoras, lo cual fue repetido en la primera parte del artículo 79 del mismo decreto-ley. Hubo varios recursos de nulidad contra este decreto-ley, y, con motivo de uno de ellos, la Sala Constitucional acordó la suspensión de sus efectos, mediante decisión de fecha 13 de agosto de 2002, con aclaratoria del día 2 de octubre de 2002. De modo que comenzó a aplicarse otra vez la vieja ley de 1975, reformada en 1994. Tanto la vieja ley de 1994, como el decreto-ley de 2001, fueron derogados por la Ley de la Actividad Aseguradora publicada el 29 de julio de 2010 y reimpresa el 5 de agosto de 2010. En ésta también se exigía la autorización *a priori* de la Superintendencia, en relación con las pólizas y los documentos relacionados, en el número 9 de su artículo 7, en su artículo 41 y en el número 5 de su artículo 152.

660 El Decreto-Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros publicado el 12 de noviembre de 2001 y reimpreso el 28 del mismo mes, en el número 6 de su artículo 10 y en su artículo 79, preveía que la Superintendencia autorizara expresa y previamente las pólizas. No obstante, su artículo 81 preveía la posibilidad de exoneración de dicha autorización. De hecho, la Superintendencia de la Actividad Aseguradora, antes Superintendencia de Seguros, emitió la Resolución N° 000778 del 4 de julio de 2002, estableciendo una exoneración general. Por razones distintas de lo anterior, el 8 de mayo de 2002 el autor de este trabajo y otros abogados de Mendoza, Palacios, Acedo, Borjas, Páez Pumar & Cía., en nombre de las principales aseguradoras y de la Cámara de Aseguradores, introdujimos un recurso de nulidad contra dicho decreto-ley ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, solicitando la suspensión de sus efectos. Hubo otros recursos de nulidad contra el mismo decreto-ley, que finalmente se acumularon en el mismo expediente. Con motivo de uno de ellos, intentado el 16 de mayo de 2002 por C.A. Seguros Guayana, la referida Sala acordó la suspensión de efectos de dicho decreto-ley, mediante decisión de fecha 13 de agosto de 2002, que fue objeto de una aclaratoria el día 2 de octubre de 2002. De modo que comenzó a aplicarse otra vez la vieja ley de 1975, reformada en 1994, por lo que devino de nuevo necesaria la referida autorización, habiendo quedado sin base legal la mencionada exoneración general.

directores. Todo esto crea un cuello de botella espantoso y se genera una situación muy propicia para la corrupción. Además, la Superintendencia puede imponer a las aseguradoras el texto de los contratos de seguro, estableciendo un clausulado obligatorio con respecto a ciertos riesgos[661].

Con un sistema como éste, (i) las aseguradoras suelen evitar presentarle a la Superintendencia nuevos contratos de seguro, y, cuando se los presentan, tienden a utilizar siempre textos iguales o parecidos, que guarden la mayor similitud posible con pólizas previamente aprobadas, para evitar rechazos o retrasos todavía peores; y (ii) los modelos impuestos por la Superintendencia en ciertos ramos de seguros usualmente incluyen el mismo tipo de cláusulas, que se repite constantemente. De manera que el articulado de los contratos de seguro se encuentra, hasta cierto punto, congelado, a pesar de sus deficiencias. Eso es lo que ha ocurrido con la siguiente cláusula: "Las partes podrán someter a un procedimiento de arbitraje las divergencias que se susciten en la interpretación, aplicación y ejecución de la póliza. La tramitación del arbitraje se ajustará a lo dispuesto en la ley que regule la materia de arbitraje y supletoriamente al Código de Procedimiento Civil. El Superintendente de Seguros actuará directamente o a través de los funcionarios que designe como árbitro arbitrador en aquellos casos en que sea designado de mutuo acuerdo entre ambas partes, con motivo de divergencias que se susciten en la interpretación, aplicación y ejecución de la póliza. Las partes fijarán el procedimiento a seguir; en caso contrario se aplicará el procedimiento previsto en la ley que rige la materia de arbitraje. En este caso, la decisión deberá ser adoptada en un plazo que no exceda de treinta (30) días hábiles una vez finalizado el lapso probatorio. El laudo arbitral será de obligatorio cumplimiento". La cláusula anterior es incorporada a los contratos de seguro de dos maneras, conforme a la Ley de la Actividad Aseguradora (artículo 8, número 9):

---

[661] La Ley de la Actividad Aseguradora, en el número 9 de su artículo 8, establece lo siguiente: "Son atribuciones del o la Superintendente de la Actividad Aseguradora:… Autorizar previamente… los modelos de pólizas… y… establecer mediante acto administrativo general los modelos… que deben mantener carácter general y uniforme, cuando el interés general o el interés social así lo requiera, dentro del marco del procedimiento administrativo correspondiente."

Primero, la Superintendencia de la Actividad Aseguradora, antes Superintendencia de Seguros, establece que ciertos ramos de seguro deben regirse por pólizas uniformes, que les impone a las aseguradoras. Estas pólizas uniformes contienen una cláusula sobre arbitraje, que establece que el Superintendente o su delegado actuará como árbitro arbitrador, o sea, no se aplicará el contrato ni la ley, sino la equidad.

Segundo, las aseguradoras le someten a la Superintendencia las pólizas y ésta las aprueba. La Superintendencia se tarda mucho autorizando las pólizas y a veces formula objeciones. Desde hace muchos años la generalidad de las aseguradoras incluyen en sus pólizas la misma cláusula sobre arbitraje, quizás porque temen que, sin ella, la Superintendencia se tarde todavía más tiempo o formule todavía más objeciones.

Usualmente, la cláusula anterior forma parte de las condiciones generales de los contratos de seguro (por oposición a sus condiciones particulares, sus anexos o al cuadro de la póliza). Entonces, la cláusula anterior suele estar presente en las condiciones generales cuya aprobación fue solicitada hace años por las aseguradoras a la Superintendencia, y en las condiciones generales impuestas por la Superintendencia, con carácter uniforme, para ciertos ramos de seguro, incluso en fecha reciente.

Recapitulando, tenemos que dicha cláusula establece que el Superintendente o su delegado actuará como árbitro arbitrador, o sea, no aplicará el contrato ni la ley, sino la equidad; y que fue ubicada en las condiciones generales de las pólizas, mediante uno de estos dos mecanismos: (i) las aseguradoras le someten a la Superintendencia las pólizas y ésta las aprueba[662], y la generalidad de las aseguradoras incluyen en sus pólizas la misma cláusula sobre arbitraje; y (ii) la Superintendencia establece que ciertos ramos de seguro deben regirse por pólizas uniformes[663], que les impone a las aseguradoras con dicha cláusula. En ambos casos, su ubicación en las condiciones generales de la póliza impide al tomador de seguro celebrar con la aseguradora el contrato de seguro rechazando dicha cláusula.

662 Artículo 8, número 9, de la Ley de la Actividad Aseguradora.
663 Artículo 8, número 9, de la Ley de la Actividad Aseguradora.

Dicha cláusula no puede servir de base para que un tomador de seguros obligue a una aseguradora a someterse a un arbitraje de equidad con el Superintendente o su delegado como árbitro, por lo siguiente:

1) El uso, en la cláusula sobre arbitraje utilizada por la generalidad de las aseguradoras, antes citada, de las expresiones "Las partes podrán", "de mutuo acuerdo entre ambas partes" y "Las partes fijarán", denota que esa cláusula no es un acuerdo de arbitraje, pues no coincide con la definición del artículo 5 de la Ley de Arbitraje Comercial: "El "acuerdo de arbitraje" es un acuerdo por el cual las partes deciden someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una relación jurídica contractual o no contractual… En virtud del acuerdo de arbitraje las partes se obligan a someter sus controversias a la decisión de árbitros y renuncian a hacer valer sus pretensiones ante los jueces. El acuerdo de arbitraje es exclusivo y excluyente de la jurisdicción ordinaria". Esa cláusula simplemente expresa que, en caso de que las partes acuerden someterse a arbitraje, será con el Superintendente o su delegado como árbitro arbitrador. Esa cláusula es entonces una mera invitación a que las partes convengan en someter sus pleitos a un procedimiento arbitral de equidad ante la Superintendencia.

2) La cláusula sobre arbitraje de las pólizas es muy frecuente y muy vieja, hay muchas aseguradoras y tomadores de seguros, y existen numerosos pleitos relativos a contratos de seguros. Sin embargo, las demandas correspondientes usualmente, por no decir siempre, son ante los tribunales judiciales; y raramente, por no decir nunca, el demandado señala que el conocimiento no corresponde a éstos. La razón por la cual dicha cláusula no es invocada en esos juicios es que la intención de las partes no es establecer una obligación de someter sus controversias bajo las pólizas a arbitraje con el Superintendente o su delegado como árbitro. Esto confirma que esta cláusula no es un acuerdo arbitral, sino una invitación a que las partes acudan de mutuo acuerdo a la Superintendencia[664].

[664] Sólo conocemos un caso muy viejo, con una cláusula sobre arbitraje diferente. En este caso, Carbonorca forzó a Seguros Orinoco a someterse a un arbitraje en la Superintendencia, mediante la sentencia dictada por el Juzgado Quinto de Primera Instancia en lo Civil,

3) La Superintendencia emitió la Providencia mediante la cual se Dicta las Normas para Regular los Mecanismos Alternativos de Resolución de Conflictos en la Actividad Aseguradora, que fue publicada el 22 de diciembre de 2011. El artículo 16 de dichas normas requiere lo siguiente: "…La tramitación del arbitraje se efectuará previo acuerdo de las partes…". Y el artículo 17 de dichas normas, intitulado "De la concurrencia de voluntades", exige lo copiado a continuación: "Realizada la solicitud de arbitraje, el Superintendente o la Superintendente de la Actividad Aseguradora notificará a la otra parte en los diez (10) días hábiles siguientes a la solicitud, con el objeto de verificar la concurrencia de voluntades. La respuesta deberá ser enviada en un lapso que no exceda de cinco (5) días hábiles, contados a partir de la recepción de la notificación por la parte emplazada. En todo caso, la falta de respuesta se entenderá como una negativa tácita de la intención de someterse al proceso arbitral." De manera que el regulador del sector seguros, que aprobó en unos casos, y que impuso en otros, la cláusula sobre arbitraje de las pólizas ofrecidas por la globalidad de las aseguradoras, parte de la premisa de que, para iniciar el procedimiento arbitral, se necesita que exista un "previo acuerdo de las partes", o, lo que es lo mismo, que haya una "concurrencia de voluntades". Pareciera, pues, que no bastara dicha cláusula, lo que se explica porque la misma no es un acuerdo arbitral, sino una invitación a que las partes acudan a la Superintendencia.

4) La Superintendencia suele autorizar la cláusula sobre arbitraje como una de las condiciones generales de las pólizas. Asimismo, cuando la Superintendencia impone dicha cláusula al exigir un articulado uniforme para ciertos ramos de seguro, acostumbra incluirla entre las condiciones generales del contrato correspondiente. De modo que esa cláusula no se encuentra en un texto separado, que el adherente puede aceptar o no cuando celebra el contrato de adhesión con el proponente. Entonces, esa cláusula no es más que una invitación, pues, si fuera un acuerdo arbitral, sería

---

Mercantil y Tránsito del Área Metropolitana de Caracas el 7 febrero 1994, la cual fue confirmada por el Juzgado Superior Séptimo en lo Civil, Mercantil y Tránsito del Área Metropolitana de Caracas el 4 agosto 1994. En el subsiguiente arbitraje, Seguros Orinoco fue condenado, mediante un laudo en el que el Superintendente mostró parcialidad hacia Carbonorca, que es una empresa del Estado.

contrario (i) al artículo 6 de la Ley de Arbitraje Comercial, antes citado, que exige que la manifestación de voluntad de someter el contrato de adhesión a arbitraje sea hecha en forma expresa e independiente, y (ii) a la sentencia de la Sala Constitucional del 28 de febrero de 2008, previamente mencionada, que requiere que el acuerdo de arbitraje relativo a un contrato de adhesión conste en un documento diferente de éste.

5) El artículo 8, número 40, de la Ley de la Actividad Aseguradora, establece lo que sigue: "Son atribuciones del o la Superintendente de la Actividad Aseguradora:… Resolver con el carácter de árbitro arbitrador, en los casos contemplados en este Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, las controversias que se susciten entre los sujetos regulados y entre éstos y los tomadores, asegurados, usuarios, afiliados, beneficiarios de seguros, contratantes de medicina prepagada, de administradoras de riesgos, asociados y las financiadoras de prima o cuotas, cuando las partes lo hayan establecido de mutuo acuerdo." No debe entenderse que la cláusula sobre arbitraje de las pólizas califica como el "mutuo acuerdo" exigido por el artículo anterior, pues dicha cláusula está en las condiciones generales, no es objeto de una oferta y aceptación separada, no califica como acuerdo arbitral y es una mera invitación de acudir a la Superintendencia.

6) Las funciones de la Superintendencia son incompatibles con su desempeño como árbitro, en el sentido tradicional de la palabra. En efecto, actuar como árbitro implica sustanciar y decidir, como juzgador imparcial e independiente, las controversias entre las partes, con base sobre los alegatos y pruebas presentados por ellas, lo cual constituye una atribución típica de los entes del Poder Judicial, que no es compatible con la función de controlar y fiscalizar la actividad aseguradora, que corresponde a la Superintendencia, como órgano del Poder Ejecutivo, cuyas atribuciones incluyen proteger a los tomadores, asegurados o beneficiarios de seguros, que son la contraparte de las aseguradoras. Además, el Superintendente o su delegado pueden, como árbitros arbitradores, verse tentados a favorecer a los tomadores de seguros, y más si son empresas del Estado.

7) La doctrina venezolana nos enseña lo siguiente, en cuanto al desempeño de entes y funcionarios gubernamentales como árbitros[665]:

> "La actividad arbitral de la administración se manifiesta en los llamados por la doctrina administrativa actos cuasijurisdiccionales, que son el producto del ejercicio de una función jurisdiccional llevada adelante por un órgano de la administración, quien se erige en autoridad para la solución de una controversia entre dos administrados, cuya actividad concluye, no con un laudo arbitral como en el arbitraje, sino con un acto administrativo, sujeto como todos los actos administrativos al control de la jurisdicción contencioso administrativa…
>
> …el procedimiento administrativo arbitral no presupone acuerdo alguno, se trata de un cauce formal establecido por la ley que tiene que ser transitado por los administrados para dilucidar determinados conflictos…
>
> El procedimiento administrativo arbitral solo puede operar cuando hay un conflicto actual…
>
> …el procedimiento administrativo arbitral culmina con un acto administrativo que será enjuiciable en todos los casos ante la jurisdicción contencioso administrativa, tal y como lo dispone el Artículo 259 de la Constitución y lo desarrolla la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa…
>
> …la actividad arbitral de la administración es actividad administrativa y por tanto son actos administrativos (y no sentencias o laudos arbitrales lo que se producen), sujetos en su validez y eficacia a las normas de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos…
>
> …para que exista arbitraje propiamente dicho, es necesaria la concurrencia de tres elementos esenciales como son la voluntariedad, la exclusión de la vía judicial y la determinación

[665] Rafael Badell, Rafael: Actividad Arbitral de la Administración, conferencia dictada en las III Jornadas de Arbitraje de la Asociación Venezolana de Arbitraje y la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 11 de noviembre de 2016.

> y elección de los árbitros que resuelven la cuestión litigiosa. La actividad arbitral de la administración realmente no comprende dichos rasgos configuradores del arbitraje, es más, la resolución de conflictos por ese medio no responde a ese esquema puesto que ni es voluntaria ni excluye la vía judicial del acto en virtud del cual se resuelve el conflicto, ni tampoco prevé la elección de los árbitros, puesto que es el legislador quien determina que este mecanismo debe ser llevado a cabo por órganos de la administración pública, por lo que no cabe calificarlos de verdaderos instrumentos arbitrales.
>
> …Estos procedimientos no presuponen acuerdo alguno entre las partes, sino que los mismos se encuentran preestablecidos en la ley y tienen que ser transitados por los administrados para resolver sus controversias, pudiendo en ocasiones constituirse como un requisito de admisibilidad para tener acceso a la vía judicial".

Dicho autor, en su misma obra, citó doctrina según la cual "la actividad arbitral de la administración en Venezuela se considera válida en tanto que estos procedimientos alternativos sean "*alternativos", esto es: opcionales, facultativos, elegibles a voluntad de los interesados*"[666], pues lo contrario atentaría contra el derecho constitucional de acceso a la justicia (artículo 26 de la Constitución)". También expresó, respecto del procedimiento correspondiente, que "se refiere, no a un arbitraje propiamente dicho, sino al uso de un mecanismo de naturaleza arbitral en el marco de un procedimiento administrativo común". Adicionalmente señaló que "En la legislación venezolana podemos encontrar… distintos mecanismos de solución de conflictos, de naturaleza arbitral (no de arbitraje propiamente dicho)", y citó el siguiente ejemplo:

> "***La Ley de la Actividad Aseguradora***[667] (2015) se dispone que el Superintendente de la Actividad Aseguradora podrá actuar como árbitro arbitrador en aquellos conflictos que surjan (en los casos contemplados en esta ley) entre los sujetos regulados

[666] Ibídem.

[667] Gaceta Oficial Nro. 6.211 Extraordinario de fecha 30 de diciembre de 2015 (esta ley fue reimpresa en la Gaceta Oficial Nro. 6.220 Extraordinario de fecha 15 de marzo de 2016).

> y entre éstos y los tomadores, asegurados, beneficiarios de seguros, contratantes de medicina prepagada, asociados y las financiadoras de prima, cuando las partes lo hayan establecido de mutuo acuerdo (artículo 133, y artículo 8, numeral 44 de la Ley).
>
> El procedimiento y las características de este procedimiento se han desarrollado en unas normas administrativas dictadas por el Superintendente de la Actividad Aseguradora que pretenden ciertamente tratar este procedimiento como un verdadero arbitraje…
>
> …se destaca que el procedimiento culmina con un laudo arbitral y se establece que deberá ser motivado y dictado por escrito —salvo que las partes hayan dispuesto lo contrario—, pudiendo las partes ejercer contra éste, recurso de nulidad ante el Tribunal Superior competente…
>
> …La ejecución de dicho laudo podrá ser voluntaria o forzosa, procediendo en este último supuesto conforme al procedimiento de ejecución de sentencias previsto en el Código de Procedimiento Civil…
>
> …estas normas administrativas pretenden convertir a la administración en un verdadero árbitro sustituyendo al juez en la resolución de este tipo de conflictos. Esta concepción de la administración como árbitro es en verdad inadmisible para el derecho constitucional… Ni los tribunales pueden actuar como órganos administrativos de revisión, ni la administración podría actuar como órgano judicial o de administración de justicia".

Dicho autor, en su misma obra, citó jurisprudencia según la cual se está "atentando contra el principio de la división de los poderes"[668]. Badell Madrid también expresó, respecto del procedimiento

[668] La sentencia Pan American del 11 de mayo de 1981 de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia es el caso emblemático en esta evolución jurisprudencial del contencioso administrativo en la que se dejó claramente establecido que "*cuando un cuerpo legal especial concede apelación contra un acto administrativo por ante un órgano de la jurisdicción contencioso administrativa debe entenderse que se trata en su lugar de recurso contencioso-administrativo previsto en la Constitución y desarrollado en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia*".

correspondiente, que "se refiere, no a un arbitraje propiamente dicho, sino al uso de un mecanismo de naturaleza arbitral en el marco de un procedimiento administrativo común". Adicionalmente señaló:

> "…el arbitraje constitucionalmente se inserta en el título del poder judicial y sistema de justicia, es decir que el arbitraje forma parte de la justicia como función estatal, de allí que repugne a la organización misma del Estado y a la separación de los poderes como principio cardinal de ésta, la consideración de la administración como tal…
>
> La administración no puede ser tribunal arbitral porque el arbitraje forma parte del sistema de justicia (artículo 253 de la Constitución) y sería violatorio del principio de separación de los poderes (artículo 136 de la Constitución)".

De manera que el procedimiento llamado de arbitraje ante la Superintendencia de la Actividad Aseguradora no es realmente un arbitraje, que desemboque en un laudo, en el que el árbitro actúa como un juez; y la cláusula sobre arbitraje de las pólizas no puede dar lugar, por sí sola, a dicho procedimiento. Además, tal como señalamos antes, para la Superintendencia iniciar ese procedimiento, se necesita que exista un "previo acuerdo de las partes", o, lo que es lo mismo, que haya una "concurrencia de voluntades"[669]. Los arbitrajes ante el regulador, en los cuales a las partes se les debería permitir, de todas maneras, llevar sus pleitos para los tribunales judiciales, se aparentan más a la conciliación que al arbitraje propiamente dicho. Se trata de una *conciliación con dientes*, pues el regulador puede imponer sanciones en caso de violación de ley.

8) Si la cláusula sobre arbitraje de las pólizas fuera un verdadero acuerdo arbitral y si el consiguiente procedimiento ante la Superintendencia fuera un verdadero arbitraje, se sustraerían los contratos de seguro del imperio de la ley, pues esa cláusula prevé un arbitraje de equidad. No es razonable ni constitucional que una persona distinta del juez natural decida todas las controversias

[669] Artículos 16 y 17 de las Normas para Regular los Mecanismos Alternativos de Resolución de Conflictos en la Actividad Aseguradora, emitidas por la Superintendencia de la Actividad Aseguradora y publicadas el 22 de diciembre de 2011.

relativas a los contratos con esas cláusulas, sin tomar en consideración su articulado, ni las disposiciones legales aplicables, sino solo su criterio de qué es equitativo y qué no lo es. Como la cláusula sobre arbitraje usualmente presente en las pólizas venezolanas no establece ninguna obligación para las partes, sucede que, no solamente dicha cláusula no puede servir de base para que una de sus partes fuerce a la otra a someterse a un arbitraje en la Superintendencia de la Actividad Aseguradora a fin de que el Superintendente o su delegado dicten un laudo arbitral poniendo fin a la controversia, sino que además, dicha cláusula sobra, por lo que puede eliminarse de las condiciones generales de los contratos de seguro. Si se fuera a establecer un acuerdo de arbitraje conforme a la Ley de Arbitraje Comercial, no se podría incluir dicho acuerdo en las condiciones generales de las pólizas, sino que habría que colocarlo en un documento separado, que podría ser un anexo del contrato de seguro. En este caso, si la aseguradora le propone al tomador dicho anexo, éste puede celebrar el contrato de seguro, aceptando la póliza, sin su anexo, salvo que quiera someterse a arbitraje.

3.3) **Cláusula sobre arbitraje en las pólizas de Mercantil Seguros y laudos al respecto**

En el mercado de seguros, existe una variación de la cláusula sobre arbitraje relativo a las pólizas, antes comentada.

En efecto, en el año 2005, Mercantil Seguros obtuvo la autorización de la Superintendencia para otra cláusula sobre arbitraje. La cláusula sobre arbitraje aprobada para Mercantil Seguros es idéntica a la antes transcrita, salvo que, donde dice "*El Superintendente de Seguros actuará…*", se expresa que "El arbitraje podrá ser institucional ante cualquier centro de Arbitraje, u (sic) ante el Superintendente de Seguros, quien actuará…". De manera que, bajo la cláusula sobre arbitraje cuya aprobación fue gestionada por Mercantil Seguros, "Las partes podrán" someterse a arbitraje y "Las partes fijarán el procedimiento", pero, en tal caso, el árbitro no tiene que ser el Superintendente, sino que puede tratarse de un proceso arbitral ante alguno de los centros de arbitraje. Por las razones esgrimidas antes, pensamos que, sin consentimiento mutuo, la controversia debe ser conocida por un tribunal judicial, y no un tribunal arbitral. La única

novedad de dicha cláusula de Mercantil Seguros es que el tribunal arbitral, si fuere el caso, puede ser uno en el que el o los árbitros sean nombrados por o ante el Centro de Conciliación y Arbitraje, CEDCA, o por o ante el Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas, CACC, en lugar de que el árbitro sea siempre el Superintendente o su delegado. Entre el año 2005 y el año 2014, esas cláusulas no fueron utilizadas para demandar en arbitraje ni para objetar el conocimiento por los tribunales judiciales, puesto que la intención de las partes no era obligarse a someterse a un árbitro mediante un acuerdo arbitral propiamente dicho.

Sin embargo, en el año 2015, Mercantil Seguros acudió a un centro de arbitraje en Caracas, para presentar varias demandas contra asegurados suyos[670]. Aquí nos referiremos a los laudos que fueron dictados en cinco de esos casos, en el mismo año 2015[671]. En esos laudos consta que en ninguno de esos cinco casos compareció la parte demandada. Es probable que ésta, al contratar, no se haya percatado de la cláusula sobre arbitraje, que estaba incluida en las condiciones generales de la póliza y por ende no fue objeto de consentimiento separado; o que, si se percató, no considerara que fuera un verdadero acuerdo arbitral. En casi todos esos laudos, los árbitros dijeron que la redacción de la cláusula sobre arbitraje de esas pólizas es defectuosa; por ejemplo, en uno de ellos, se expresa lo que sigue[672]: "…La cláusula… contiene palabras que pueden a primera vista sugerir una redacción patológica, por ser facultativa y no tajante en la exclusión del Poder Judicial para la fase cognitiva del

[670] Centro de Conciliación y Arbitraje, CEDCA.

[671] Laudo dictado por el Dr. Pedro Saghy, como árbitro único, el 21 de julio de 2015, en el caso de Mercantil Seguros, C.A. contra Valdis Grinsteins Elferts; laudo dictado por el Dr. Luis Alberto García Montoya, como árbitro único, el 28 de julio de 2015, en el caso de Mercantil Seguros, C.A. contra Carlos Antonio Hernández Sánchez; laudo dictado por el Dr. Marcos Rubén Carrillo Perera, como árbitro único, el 7 de agosto de 2015 de 2015, en el caso de Mercantil Seguros, C.A. contra Maria Da Conceicao Fernández Coelho de Freitas; laudo dictado por el Dr. Valerio González Aveledo, como árbitro único, el 31 de julio de 2015, en el caso de Mercantil Seguros, C.A. contra Livio Revel Chion; y laudo dictado por el Dr. Hernando Díaz-Candia, como árbitro único, el 13 de julio de 2015, en el caso de Mercantil Seguros, C.A. contra Yolanda Margarita Burgos y Henri José Caraballo.

[672] Laudo dictado por el Dr. Hernando Díaz-Candia, como árbitro único, el 13 de julio de 2015, en el caso de Mercantil Seguros, C.A. contra Yolanda Margarita Burgos y Henri José Caraballo.

litigio…"[673]. En uno de los cinco casos mencionados, el árbitro consideró, a mi juicio correctamente, que dicha cláusula sobre arbitraje no califica como un acuerdo de arbitraje que cumpla con los requisitos mínimos de claridad y precisión[674]. En efecto, en este laudo se declaró lo siguiente: "…la ambigüedad del texto de la cláusula arbitral no permite llegar a la conclusión de la existencia incuestionable de un acuerdo de arbitraje claro e inequívoco… hay elementos que no permiten llegar a la conclusión de la existencia incuestionable de un acuerdo de arbitraje claro e inequívoco…"[675]. Pero, en cuatro de los cinco casos, los árbitros consideraron, sobre la base de dicha cláusula, que el tribunal arbitral era competente[676].

---

673 Sin embargo, en este laudo, el Dr. Hernando Díaz-Candia, como árbitro único, decidió que, "Cuando la cláusula 14 de las condiciones generales relevantes se refiere a que las partes <<podrán someter a un procedimiento de arbitraje las divergencias>> y que <<el arbitraje podrá ser institucional ante cualquier centro de arbitraje>>, esa redacción no puede ser vacía ni inútil. Si se requiriese un consentimiento posterior de ambas partes para el arbitraje institucional, la cláusula carecería de sentido, sería igual que no estuviese incluida en el contrato, pues la libertad de las partes para acordar un arbitraje institucional viene de la ley y no tiene que pre reconocerse en condiciones generales o particulares de contratación". Nosotros opinamos, por el contrario, que, como esa cláusula está incluida en las condiciones generales y contiene las expresiones anteriores, se trata de una disposición contractual vacía, inútil, sin sentido y que sería igual que no estuviese incluida en el contrato, puesto que se requiere el consentimiento posterior de ambas partes para el arbitraje. En efecto, la intención de las aseguradoras, al incluir las referidas cláusulas en las pólizas, no fue permitirle al tomador del seguro, asegurado o beneficiario obligarlas a someterse a un procedimiento arbitral ante su regulador, sino simplemente prever la posibilidad de un arbitraje con éste como árbitro, sujeto a que ambas partes quisieran someterse a él. El que las aseguradoras no pretendieran establecer una obligación de arbitraje con su regulador como árbitro explica que esta cláusula esté ubicada en las condiciones generales de la póliza.

674 Laudo dictado por el Dr. Pedro Saghy, como árbitro único, el 21 de julio de 2015, en el caso de Mercantil Seguros, C.A. contra Valdis Grinsteins Elferts.

675 Sin embargo, en este laudo, el Dr. Pedro Saghy, como árbitro único, decidió que "se repone la causa al estado de nombramiento de un nuevo tribunal arbitral", lo que nos parece que no tiene mucho sentido, habiendo él encontrado que la cláusula sobre arbitraje que analizó no califica como un acuerdo de arbitraje que cumpla los requisitos mínimos de claridad y precisión.

676 Laudo dictado por el Dr. Luis Alberto García Montoya, como árbitro único, el 28 de julio de 2015, en el caso de Mercantil Seguros, C.A. contra Carlos Antonio Hernández Sánchez; laudo dictado por el Dr. Marcos Rubén Carrillo Perera, como árbitro único, el 7 de agosto de 2015 de 2015, en el caso de Mercantil Seguros, C.A. contra Maria Da Conceicao Fernández Coelho de Freitas; laudo dictado por el Dr. Valerio González Aveledo, como árbitro único, el 31 de julio de 2015, en el caso de Mercantil Seguros, C.A. contra Livio Revel Chion; y laudo dictado por el Dr. Hernando Díaz-Candia, como árbitro único, el 13 de julio de 2015, en el caso de Mercantil Seguros, C.A. contra Yolanda Margarita Burgos y Henri José Caraballo.

De manera que existe el precedente de cuatro laudos arbitrales dándole carácter obligatorio al procedimiento arbitral previsto como una eventualidad en las cláusulas sobre arbitraje aprobadas por la Superintendencia. Tanto con respecto a la versión de 2005, que contempla la posibilidad de arbitrajes en la Superintendencia o en centros de arbitraje, como con respecto a la versión anterior, que sólo contempla la posibilidad de arbitrajes en la Superintendencia, el tomador del seguro puede tratar de invocar dichos precedentes. Entonces, basándose en esos cuatro laudos, cualquier tomador, como demandante, puede intentar obligar a la aseguradora, como demandada, a someterse a un arbitraje en el que el Superintendente u otro funcionario de la Superintendencia será el árbitro, argumentando que la cláusula citada, en cualquiera de sus versiones, es un verdadero acuerdo de arbitraje, que permite a la parte demandante accionar ante la Superintendencia, con efectos obligatorios para la parte demandada. Pero esto, desde nuestro punto de vista, sería contrariar el texto y el espíritu de esas cláusulas, así como la intención de las partes, por las razones antes citadas.

Además, Mercantil Seguros tenía varios casos iguales, e inició procedimientos arbitrales respecto de algunos de ellos solamente, los cuales dieron lugar a dichos cinco laudos; mientras que, respecto de otros de esos casos, inició procedimientos judiciales. Esto evidencia que Mercantil Seguros considera —con razón— que la cláusula sobre arbitraje de sus pólizas no constituye un acuerdo arbitral bajo el artículo 5 de la Ley de Arbitraje Comercial, que lo obligue a someter los litigios a arbitraje. Desde nuestro punto de vista, esos cinco laudos se explican, entre otras cosas, porque los árbitros que los dictaron no disponían de esta información, que no fue llevada a los autos.

3.4) **Conclusiones**

Celebrar acuerdos arbitrales al pactar contratos de adhesión es válido, siempre que, en ese momento, el adherente pueda aceptar o rechazar someterse a arbitraje, como lo exige la Ley de Arbitraje Comercial. Para ello, el acuerdo arbitral no debe estar en el mismo documento que el resto del contrato de adhesión, conforme a la jurisprudencia de la Sala Constitucional.

Al separar el acuerdo de arbitraje del contrato de adhesión, para que el consentimiento se produzca de manera independiente, se evita la imposición indebida de una cláusula arbitral, por el proveedor de un bien o servicio, aprovechando que el consumidor o usuario quiere o tiene que acceder a dicho bien o servicio.

Celebrar acuerdos de arbitraje al pactar contratos de adhesión sólo sería abusivo si se tratara de una cláusula arbitral que dificultase el acceso a la justicia. Pero esto es muy raro.

En los casos de contratos de adhesión sujetos a control administrativo previo, bastará la aprobación del regulador con respecto al documento contentivo del articulado del contrato de adhesión, no siendo requerida tal autorización en relación con el acuerdo separado de arbitraje. En efecto, en este caso, no estamos en presencia de una cláusula arbitral pretendida por el proponente como parte integrante y necesaria del contrato de adhesión.

En consecuencia, es válido, por ejemplo, que una aseguradora incluya, en un anexo de su póliza, un acuerdo de arbitraje, respecto del cual el tomador del seguro pueda dar o negar su consentimiento, al momento de celebrar el contrato. Pero, a diferencia de lo que ocurriría en otros sectores como el bancario, dicho anexo tendría que ser aprobado por el regulador del sector seguros, pues las pólizas no sólo son contratos de adhesión sujetos a un absurdo control administrativo previo y expreso, sino que, además, este control, por mandato de la Ley de la Actividad Aseguradora, se extiende, de manera totalmente irracional, a todos los documentos relacionados con el contrato de seguro.

La situación de la cláusula sobre arbitraje incluida en la generalidad de los contratos de seguro venezolanos es diferente, pues no se trata de un convenio que quepa dentro de la definición de acuerdo de arbitraje contemplada en la Ley de Arbitraje Comercial. En efecto, las aseguradoras, cuando incorporaron hace mucho tiempo esta cláusula a sus pólizas, no quisieron obligarse ni obligar a los tomadores de seguros a someter sus controversias a arbitraje, sino, posiblemente, complacer a su regulador, e incluyeron las siguientes expresiones: Las partes podrán", "de mutuo acuerdo entre ambas partes" y "Las partes fijarán"; así que la intención de los contratantes no es someterse al Superintendente de la Actividad

Aseguradora o a su delegado como árbitro arbitrador, excluyendo el conocimiento de los tribunales ordinarios, sino prever la posibilidad de pactar, caso por caso, el sometimiento de un pleito a arbitraje en la Superintendencia. Esta cláusula todavía existe, por lo siguiente: las aseguradoras consideran –con razón– que no las obliga a someterse a arbitraje; las normas sobre arbitraje emitidas por el regulador parten de la misma premisa, de que se trata de una mera invitación; modificar pólizas es muy problemático en Venezuela; y el regulador impone dicha cláusula a las aseguradoras en los textos uniformes de contratos que les exige para ciertos ramos de seguro.

La cláusula sobre arbitraje utilizada por la generalidad de las aseguradoras con el beneplácito o a requerimiento de su regulador, está en las condiciones generales de sus pólizas, y no en un anexo. Es necesario conciliar esto con que la Ley de Arbitraje Comercial y la jurisprudencia de la Sala Constitucional son claras en que, para que los acuerdos arbitrales relativos a contratos de adhesión sean válidos, es menester que a los adherentes se les permita acoger o desechar aquellos acuerdos, al celebrar estos contratos. Adicionalmente, esa cláusula contempla que el árbitro sea el regulador; y es necesario conciliar esto con la circunstancia de que las funciones de éste, como órgano del Ejecutivo Nacional, incluyen proteger a una de las partes, es decir, al tomador, asegurado o beneficiario del seguro, y controlar, fiscalizar y sancionar a la otra parte, o sea, a la aseguradora; lo que contrasta con la imparcialidad que se espera de cualquier juez o árbitro, que debe administrar justicia como una *dama ciega*. Finalmente, esa cláusula está referida a un arbitraje de equidad; y es necesario conciliar esto con la exigencia constitucional, legal y lógica de que las relaciones entre las aseguradoras y los tomadores, asegurados y beneficiarios de seguros no sean sustraídas del imperio de la ley, para ser resueltas en base a lo que un árbitro arbitrador, que no es su juez natural, considere equitativo. La única manera de conciliar todo lo anterior y de preservar esa cláusula es que se le interprete como que no constituye un acuerdo arbitral vinculado a un contrato de adhesión, sino una invitación a ambas partes para que sometan sus controversias a la Superintendencia, a fin de que las ayude a buscar una solución. Esto es compatible con que la Ley de la Actividad Aseguradora utiliza la

expresión de "mutuo acuerdo", al referirse al sometimiento por las partes de sus controversias a la Superintendencia.

La cláusula sobre arbitraje incluida por la globalidad de las aseguradoras en sus pólizas es diferente de la cláusula sobre arbitraje de Mercantil Seguros. En efecto, esta última cláusula prevé la posibilidad de arbitraje ante el regulador **o ante un centro de arbitraje**, mientras que la cláusula sobre arbitraje de las pólizas de las demás compañías de seguros, **solamente** contempla un arbitraje en el que el Superintendente o su delegado es el árbitro.

Tanto con respecto a la cláusula de Seguros Mercantil, como con respecto a la cláusula de las demás aseguradoras, ocurre lo siguiente:

Como todas esas cláusulas incluyen las palabras "Las partes podrán", "de mutuo acuerdo entre ambas partes" y "Las partes fijarán", las mismas no establecen ninguna obligación. De hecho, es muy raro que un pleito relativo a una póliza sea sometido a arbitraje, ya que casi todos los litigios están en los tribunales judiciales. Entonces, dichas cláusulas no son un acuerdo de arbitraje, bajo la definición de la Ley de Arbitraje Comercial, la cual contempla que, mediante este acuerdo, "las partes se obligan a someter sus controversias a la decisión de árbitros y renuncian a hacer valer sus pretensiones ante los jueces", y que este acuerdo "es exclusivo y excluyente de la jurisdicción ordinaria" (artículo 5). Por tanto, el procedimiento arbitral sólo puede tener lugar si la aseguradora y el tomador, asegurado o beneficiario del seguro están conformes. Esto coincide con que, a propósito del arbitraje en la Superintendencia, la Ley de la Actividad Aseguradora utiliza la expresión "de mutuo acuerdo" (artículo 8, número 40) y las normas sobre arbitraje de la Superintendencia utilizan las expresiones "previo acuerdo de las partes" y "concurrencia de voluntades" (artículos 16 y 17). Finalmente, si dichas cláusulas establecieran una obligación, no podrían estar ubicadas en las condiciones generales de las pólizas, puesto que su ubicación impide que el tomador de seguro celebre el contrato de seguro sin aceptar dichas cláusulas, lo que viola la Ley de Arbitraje Comercial, que establece: "En los contratos de adhesión… la manifestación de voluntad de someter el contrato a arbitraje deberá hacerse en forma expresa e independiente" (artículo 6).

CAPÍTULO VII

CLÁUSULAS RELATIVAS A LA VIGENCIA DEL CONTRATO DE ADHESIÓN

En este capítulo estudiaremos, en primer lugar, las cláusulas que establecen una renovación automática del contrato de adhesión; en segundo lugar, las cláusulas que establecen la facultad del proponente de suspender o terminar unilateralmente el contrato de adhesión; y, en tercer lugar, el derecho del adherente a arrepentirse.

1) Renovación automática del contrato

Según la doctrina nacional, entre las cláusulas que frecuentemente pueden encontrarse en los contratos de adhesión, están aquellas que establecen una renovación automática del vínculo convencional[677]. La misma doctrina califica como "Cláusulas sospechosas de ser abusivas" las que "obligan a prórrogas o renovaciones del vínculo contractual por parte del cocontratante"[678]. En el mismo orden de ideas, nuestra doctrina define a "las cláusulas 'abusivas' como "aquellas que vulneran la buena fe y el justo equilibrio de las prestaciones", y son "Violatorias del orden público", entre las cuales incluye "las que… imponen… el sometimiento a arbitraje"[679]. En la época en la que la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, y la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios, tenían una lista de cláusulas abusivas prohibidas, el mismo autor afirmó que "este catálogo de cláusulas prohibidas en un contrato de adhesión no puede entenderse como una 'lista cerrada', pues hay numerosas otras cláusulas susceptibles de ser reputadas abusivas, entre las cuales, a título puramente indicativo, podemos incluir las que... obligan a prórrogas o renovaciones del vínculo contractual por el consumidor o usuario"[680].

---

677 Melich: Doctrina General del Contrato, obra citada, p. 522; y Las Condiciones Generales de Contratación y Cláusulas Abusivas, obra citada, p. 169.

678 Melich: Las Condiciones Generales de Contratación y Cláusulas Abusivas, obra citada, pp. 180 y 181.

679 Domínguez Guillén: obra citada, pp. 292 y 293.

680 Melich: Las Particularidades del Contrato con Consumidores, obra citada, p. 102.

Ahora bien, esto no es frecuente. Y es necesario diferenciar lo anterior de lo siguiente: existen disposiciones convencionales, por lo demás frecuentes, según las cuales la relación contractual se renueva automáticamente al vencimiento de un plazo preestablecido, siempre que una de las partes no notifique a la otra su voluntad de no renovar el contrato cierto tiempo antes de que concluya el término del mismo. En efecto, en estas situaciones, ninguna de las partes está obligando a la otra a prórrogas del vínculo, sino que, por el contrario, el nexo contractual puede ser deshecho con la mera notificación, efectuada por uno de los contratantes al otro, de su deseo de no continuar atado contractualmente, lo que surte efectos al fin del plazo inicial de duración del convenio de que se trate o de su prórroga. Por tanto, no vemos inconveniente a la inclusión de cláusulas de este tipo en los contratos de adhesión.

2) Facultad del proponente para suspender o terminar unilateralmente el contrato de adhesión

La doctrina venezolana ha calificado como "Cláusulas sospechosas de ser abusivas", en los contratos de adhesión, aquellas que "establecen a favor del predisponente facultades de suspender la ejecución del contrato, de rescindirlo unilateralmente o resolverlo"[681].

En el mismo orden de ideas, la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario de 1992, reformada en 1995, se refería, en su artículo 21, ordinal 1°, a las cláusulas resolutorias en los contratos de adhesión, en los siguientes términos: "No producirán efecto alguno las cláusulas o estipulaciones en los contratos de adhesión que… otorguen a una de las partes la facultad de resolver a su solo arbitrio el contrato...". Similarmente, la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario de 2004, en su artículo 87, número 6, disponía que "Se considerarán nulas de pleno derecho las cláusulas o estipulaciones establecidas en el contrato de adhesión que:… Autoricen al proveedor a rescindir unilateralmente el contrato…". Casi idénticamente, la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios de 2008 establecía, en su artículo 74, número 6, que "Se considerarán

[681] Melich: Las Condiciones Generales de Contratación y Cláusulas Abusivas, obra citada, pp. 180 y 181.

nulas las cláusulas o estipulaciones establecidas en el contrato de adhesión, que:... Autoricen a la proveedora o proveedor a rescindir unilateralmente el contrato." De modo que ningún suplidor de bienes o servicios podía terminar de manera unilateral el contrato de adhesión que lo une a los adquirentes. A nuestro juicio, las normas anteriores, hoy derogadas, no impedían terminar el contrato a la expiración del término, sino tan sólo la terminación unilateral. Esto no se diferencia del régimen de derecho común. En efecto, el artículo 1159 del Código Civil, luego de señalar que "los contratos tienen fuerza de ley entre las partes", precisa que "no pueden revocarse sino por mutuo consentimiento o por las causas autorizadas en la ley".

En nuestro criterio, ni los artículos derogados citados, ni el artículo 1159 del Código Civil, que es el aplicable actualmente en las relaciones entre los suplidores de bienes o servicios y sus adquirentes, prohíben aquellas cláusulas resolutorias que autoricen a la parte que ha cumplido un contrato, ante el incumplimiento de la otra parte, a escoger entre exigir el cumplimiento del mismo o resolverlo, sin intervención del juez. Lo prohibido, en efecto, es que una de las partes pretenda arrogarse el derecho a, sin justo motivo, poner fin al contrato, dejando desamparada a la otra parte que cumplió con sus obligaciones. De hecho, las cláusulas resolutorias que permiten a una parte resolver un contrato ante el incumplimiento de la otra, no son inequitativas ni injustas; por el contrario, corrigen un defecto que tiene el Código Civil, el cual —salvo que se haya convenido otra cosa— exige una declaración judicial del incumplimiento y de la resolución para que ésta opere (artículo 1167), lo cual, dado lo sobrecargados que están nuestros tribunales y lo costosos que son los honorarios de abogados, acarrea (i) inactividad de las partes, lo que a su vez genera inseguridad jurídica; o (ii) pérdida de tiempo y dinero en un juicio. Dichas cláusulas resolutorias por incumplimiento, lejos de perjudicar al adherente, lo benefician. Lógicamente, dicho derecho debe ser otorgado a los dos contratantes, o sea, cada una de las partes debe poder terminar el contrato si la otra no lo cumple. Entonces, lo que está vedado es que la parte que impone el contrato de adhesión incluya cláusulas de terminación unilateral que le permitan, caprichosamente, rescindir el mismo; y no aquellas cláusulas resolutorias bilaterales que autorizan a la parte que ha cumplido un

contrato, ante el incumplimiento de la otra parte, exigir el cumplimiento del mismo o darlo por terminado, a su sola elección, sin que en este último caso deba acudir a un juez para pedirle que decrete la resolución.

En el mismo sentido, cuando estaban vigentes los artículos derogados citados, la doctrina venezolana enseñaba que "No hay evidencia de que la intención del legislador haya sido prohibir la cláusula resolutoria expresa, sino tan sólo la rescisión unilateral no basada en el incumplimiento del otro contratante"[682]; y que "la intención del legislador no ha sido prohibir toda cláusula resolutoria expresa, sino tan solo la rescisión unilateral que no se fundamente en el incumplimiento del otro contratante"[683]. Comentando una disposición casi idéntica española, contenida en la Ley de 19 de julio de 1984 (que posiblemente sirvió de modelo para nuestro artículo 21, número 1, antes citado), la jurisprudencia de la Madre Patria ha considerado válidas las cláusulas resolutorias para supuestos de incumplimiento[684]. Lo mismo se aplica al citado artículo 1159 de nuestro Código Civil.

Tampoco vemos ningún problema en que se incorpore a un contrato de adhesión una cláusula en virtud de la cual una de las partes puede suspender la ejecución de sus obligaciones contractuales ante el incumplimiento de la otra. Es más, esto es compatible con el artículo 1168 del Código Civil, que establece la excepción por incumplimiento. Lo que sí debería calificarse como abusivo, es que el proponente de un contrato de adhesión imponga al adherente una norma contractual según la cual dicho proponente puede suspender el contrato sin causa justificada. En este caso, cabe la afirmación de que las "cláusulas susceptibles de ser reputadas abusivas" incluyen "las que establecen a favor del predisponente facultades de suspender la ejecución del contrato"[685]; así como el postulado siguiente: son "cláusulas 'abusivas'" las "que vulneran la buena fe y

682 Melich: Doctrina General del Contrato, obra citada, p. 546.

683 Melich: Las Particularidades del Contrato con Consumidores, obra citada, pp. 99 y 100.

684 Reyes, Mª José; Puertes, Antonio; Estruch, Jesús, y Montés, Pilar: Jurisprudencia en Materia de Protección de Consumidores y Usuarios, Valencia (España), 1995, pp. 309 y ss. (cita de sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, 4 de febrero de 1991), 319 y ss. (cita de sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz, 19 de julio de 1991).

685 Melich: Las Particularidades del Contrato con Consumidores, obra citada, p. 102.

el justo equilibrio de las prestaciones", que son "Violatorias del orden público", incluyendo "las que… imponen… la suspensión unilateral del contrato"[686].

Ahora bien, es principio general aplicable a todos los contratos a tiempo indeterminado, que cualquiera de las partes, cuando lo desee y sin necesidad de pagar ninguna indemnización, puede terminar la relación que las une. Consideramos que dicho principio es aplicable a los contratos de adhesión. Este principio encuentra su razón de ser en la protección de la libertad de los contratantes, que también sirve de base a otro principio general, conforme al cual nadie puede obligarse por un plazo excesivamente largo. Tal principio encuentra su origen en la idea básica, de vieja data, de que en los convenios de muy larga duración o de duración indeterminada, es indispensable que una cualquiera de las partes, sin ninguna penalidad y a su solo criterio, pueda desvincularse de la otra, pues, de lo contrario, se estaría en una situación aparejable a la esclavitud.

Esta facultad de cualquiera de los contratantes, de poner fin a un contrato a tiempo indeterminado, se encuentra en aparente contradicción con la parte del artículo 1159 del Código Civil, antes citada, según la cual "los contratos… no pueden revocarse sino por mutuo consentimiento o por las causas autorizadas en la ley". Ahora bien, la anterior no es sino una contradicción aparente, pues no se trata, estrictamente hablando, de una revocación unilateral, como ocurriría si una sola de las partes de un contrato de ejecución instantánea quisiera desconocerlo, o si una sola de las partes de un contrato para una obra determinada o de un contrato a tiempo determinado quisiera poner fin anticipadamente al mismo. Por el contrario, se trata de convenios de tracto sucesivo, que se han venido cumpliendo, pero que no tienen un plazo de duración definido, respecto de los cuales, precisamente por esto último, cualquiera de los contratantes puede considerar terminada la relación cuando lo desee. La manifestación unilateral de un contratante que desea dar por concluido un convenio a tiempo indeterminado es un caso previsto expresamente por la ley en relación con algunos contratos, e implícitamente en relación con otros.

---

686 Domínguez Guillén: obra citada, pp. 292 y 293.

De modo que hay un principio general de nuestro ordenamiento jurídico, aplicable a todos aquellos convenios de tracto sucesivo en que no hay un plazo de duración determinado o determinable, según el cual dicha falta de acuerdo respecto del tiempo de vigencia de la convención puede entenderse como un reconocimiento del derecho, de cualquiera de los contratantes, a dar por concluida la relación cuando lo desee, sin ninguna penalidad, ni limitación.

La opinión anterior está vertida en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, en Sala Político Administrativa, de fecha 27 de enero de 1994 (caso Freddy Alex Molina Zambrano vs. Fondo de Inversiones de Venezuela), cuyo magistrado ponente fue el doctor Luis Henrique Farías Mata, siendo abogado auxiliar de éste el autor de este trabajo, quien redactó un borrador de dicha decisión.

De modo que, en nuestra opinión, plasmada en dicha sentencia, tanto el proveedor de bienes o servicios, como su consumidor o usuario, pueden ponerle fin unilateralmente a su relación contractual por adhesión, si es por tiempo indeterminado.

Ahora bien, el derecho a dar por determinada una relación contractual está sujeto a la limitación contenida en la parte final del artículo 1.185 del Código Civil, que establece que "Debe.... reparación quien haya causado un daño a otro, excediendo, en el ejercicio de su derecho, los límites fijados por la buena fe o por el objeto en vista del cual le ha sido conferido ese derecho". Del texto que acabamos de transcribir se desprende que no hay culpa, ni responsabilidad civil, cuando se ejerce un derecho sin abuso, aunque se cause un daño; el ejercicio de un derecho no resulta abusivo, sino cuando hay mala fe o violación del objeto para el cual se otorgó, todo sujeto a demostración; y el ejercicio de un derecho no acarrea responsabilidad, cuando su titular actúa de buena fe y en armonía con la finalidad social del derecho.

La Corte Suprema de Justicia, en la sentencia antes citada, acogió igualmente nuestro punto de vista expresado en el párrafo anterior. Dicha sentencia incluye las siguientes citas doctrinales: "Los tratadistas Henri, Léon y Jean Mazeud y Francois Chabas resumen lo expuesto: 'Las partes no pueden romper unilateralmente un contrato. Esta regla es sin embargo descartada para algunos contratos sucesivos, aquéllos celebrados por una duración indeterminada… Si cada una de

las partes tiene el derecho de romper un contrato sucesivo celebrado por una duración indeterminada, ésta no puede abusar de este derecho sin comprometer su responsabilidad' (Mazeaud, Henri, Léon y Jean, y Chabas, Francois; Lecons de Droit Civil, t. 2, vol. 1, Obligations: Théorie Générale, París, 1985, página 92)… En el mismo orden de ideas, Jacques Flour y Jean Luc Aubert, señalan lo siguiente: 'La facultad de ruptura unilateral de algunos contratos... puede encontrar su fuente en la ley... Si se trata de contratos de duración indeterminada, los textos que regulan algunos de éstos reconocen esta facultad a una y a la otra parte. La opinión unánime es que estos textos constituyen expresiones particulares de una regla general, que hay que aplicar incluso en las hipótesis no previstas en la ley. Es así, porque otro modo los contratantes estarían atados por la duración de su vida, lo que sería contrario a la libertad individual. La posibilidad, para cada uno, de terminar un contrato en cualquier instante, aparece como un corolario de la prohibición de contratos perpetuos' (Fluor, Jacques, y Aubert, Jean-Luc: Droit Civil, Les Obligations, vol. 1, L'Acte Juridique, Armand Colin, París, 1975, páginas 295 y 296)".

Además, dicha decisión confirmó una sentencia de la misma Sala Político-Administrativa de fecha 13 de agosto de 1987, que expresó que, para que el ejercicio de un derecho engendre responsabilidad civil ha de cumplirse el requisito siguiente: "...debe haberse actuado en forma abusiva, pues tratándose del ejercicio facultativo de un derecho... sólo si se procediere de mala fe o si se excediese el particular en el uso de esa facultad..., sólo en este caso, lógicamente, podría darse entonces la posibilidad legal de indemnización...". Esta última jurisprudencia ha sido reiterada muchas veces desde el año 1987.

De modo que, sin mala fe y sin violación del objeto en vista del cual se confiere un derecho, es decir, sin abuso de derecho, no hay responsabilidad de la parte que le pone fin unilateralmente a su relación contractual por tiempo indeterminado, aunque se trate de un contrato de adhesión.

Ahora bien, podría configurarse tal abuso de derecho, así como la consecuente responsabilidad, si una de las partes le pusiera fin intempestivamente a su relación con la otra, es decir, si terminara el contrato a tiempo indeterminado que las une, sin dar ningún aviso

previo. Al respecto, la referida sentencia de la Sala Político Administrativa fechada 27 de enero de 1994 expresa lo siguiente: "…Jean Carbonnier apunta: 'Ciertos contratos… pueden ser celebrados sin determinación de su duración… Tienen entonces vocación de perpetuarse indefinidamente. El contrapeso en favor de la libertad, es que cada uno de los contratantes conserva, en principio, la facultad de terminarlo por voluntad unilateral. La facultad, sin embargo, no es discrecional: aquel que desea rescindir debe avisar al otro con un cierto tiempo de anticipación…, y puede ser condenado a daños y perjuicios si la terminación es abusiva…' (Carbonnier, Jean: Droit Civil 4, Les Obligations, Thémis, París, 1985, página 254)... En el mismo sentido, los autores franceses Philippe Malaurie y Laurent Aynes señalan que 'de manera excepcional, ciertos contratos pueden ser *ad mutum* revocados por una parte... Facultad que siempre ha existido en los contratos de duración indeterminada, con la condición de que se respete un preaviso y el límite del abuso de derecho…' (Malaurie, Philippe y Aynes, Laurent: Droit Civil, Les Obligations, Cuyas, París, 1985, página 386)... conforme a lo expuesto y decidido por la Sala, la ausencia de justificación y el daño no necesariamente generan una obligación de indemnizar, pues tales elementos no bastan para que exista un exceso o abuso en el ejercicio de un derecho. Para que sea procedente una demanda de daños y perjuicios causados en el ejercicio de un derecho, es necesario que el titular... lo haya ejercido... con mala fe o con violación del fin en vista del cual dispone de dicho derecho, extremos éstos que están expresamente previstos en el artículo 1185 in fine de nuestro Código Civil... Así se declara".

Tal como señalamos antes, las predecesoras de la Ley Orgánica de Precios Justos (Ley de Protección al Consumidor de 1992, Ley de Protección al Consumidor y al Usuario de 2004 y Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios de 2008) tenían un catálogo de disposiciones contractuales por adhesión prohibidas, que puede ser útil, no obstante su derogatoria, para analizar si una cláusula por adhesión es o no abusiva; y este listado incluía las cláusulas de terminación unilateral. Ahora bien, por las razones explicadas, la desaparecida prohibición legal, en nuestro criterio, sólo proscribía aquellas cláusulas de terminación que no requirieran justificación alguna. En efecto, lo que la legislación

derogada quería evitar era que la parte que impone el contrato de adhesión incluyera cláusulas que le permitieran, caprichosamente o sin justo motivo, terminar el mismo, dejando desamparada a la otra parte, que cumplió con sus obligaciones. Entonces, las sucesivas leyes mencionadas no prohibían, ni tenían por qué proscribir, una cláusula de terminación por justa causa, como lo sería, por ejemplo, un cambio en el entorno legal o económico. A pesar de la derogatoria de esa normativa, este principio subsiste. En tal sentido, consideramos que no se debe considerar abusiva una cláusula que le permita, al proponente susceptible de verse afectado adversamente en razón de una variación en el entorno ajena a su voluntad, enviarle a los adherentes una notificación de terminación o de cualquier otro modo comunicarles el fin de la vigencia del contrato de adhesión. Es más, en este caso, la cláusula no tiene que ser bilateral, pues puede estar diseñada para proteger solamente a una parte del contrato, por ejemplo, al proveedor de bienes o servicios, que es quien, en virtud de las características de su negocio, puede verse perjudicado por ciertas alteraciones legales o económicas, que rompan el equilibrio económico de la relación contractual, por resultar, por ejemplo, en un precio insuficiente.

3) Derecho del adherente a arrepentirse

La Ley de Protección al Consumidor y al Usuario de 1992, reformada en 1995, luego de establecer, en su artículo 21, ordinal 1°, que "No producirán efecto alguno las cláusulas o estipulaciones en los contratos de adhesión que… otorguen a una de las partes la facultad de resolver a su solo arbitrio el contrato", consagró la siguiente excepción: "cuando ella se conceda al comprador en las modalidades de venta por correo, a domicilio o por muestrario...". Similarmente, la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario de 2004, después de prever, en su artículo 87, número 6, que "Se considerarán nulas de pleno derecho las cláusulas o estipulaciones establecidas en el contrato de adhesión que:… Autoricen al proveedor a rescindir unilateralmente el contrato", hizo la salvedad copiada seguidamente: "cuando se conceda esta facultad al consumidor para el caso de ventas por correo a domicilio o por muestrario". De manera que los artículos citados, ambos derogados,

prohibían la cláusulas que permitieran a una parte, de manera caprichosa o sin suficiente motivo, resolver un contrato, y luego establecían una excepción para quienes compraran algo en su hogar, por internet o por correspondencia, la cual se justificaría para proteger a personas impulsivas o con poca experiencia, bombardeadas por publicidad en su propia casa, que podrían, por descuido, contraer obligaciones más allá de sus capacidades de pago. Esto, sin embargo, quedaba a criterio del proponente, quien podía conceder o no, al adherente, en el contrato, esta facultad de terminarlo.

Ahora bien, esta última ley, en su artículo 84, fue mucho más allá, pues introdujo el derecho del adherente a arrepentirse, al disponer lo siguiente: "El consumidor o usuario tendrá derecho a retractarse siempre, dentro de un plazo de siete días contados desde la firma del contrato o desde la recepción del producto o servicio, por justa causa y si no hubiere hecho uso del bien o servicio, especialmente cuando el contrato se hubiere celebrado fuera del establecimiento comercial, especialmente si ha sido celebrado por teléfono o cualquier otro medio electrónico, o en el domicilio del consumidor. En el caso que ejercite oportunamente este derecho, le será restituido el precio cancelado previa deducción de los gastos en que haya incurrido el proveedor en su entrega, siempre y cuando el bien entregado tenga características idénticas a las que fueron pautadas en el contrato de adhesión." Similarmente, la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios de 2008, establecía, en su artículo 72, que "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"; y que "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".

Este derecho a arrepentirse ya no existe. Sin embargo, muchos comercios aceptan la devolución de mercancías que no han sido utilizadas todavía. Quizás no se justifica establecer una protección especial para quienes compren algo en su hogar, por internet o por correspondencia, sino permitir, en todos los casos, la devolución, lo cual puede ser considerado una costumbre mercantil.

CAPÍTULO VIII

OTRAS CLÁUSULAS QUE PODRÍAN SER CONSIDERADAS ABUSIVAS CON RESPECTO A UN CONTRATO DE ADHESIÓN

En este capítulo nos referiremos a ciertas cláusulas de los contratos de adhesión que podrían ser consideradas abusivas, distintas de las tratadas en los capítulos anteriores, concretamente, a las disposiciones contractuales por adhesión que limitan o condicionan el ejercicio de derechos, que establecen modalidades contrarias al uso y costumbre, que suprimen derechos que normalmente corresponderían al adherente, que crean obligaciones que normalmente no tendría la contraparte del proponente, que obligan al adherente a obligaciones no vinculadas directamente con el negocio de que se trate o que restrinjan la celebración de otros contratos.

1) Limitación o condicionamiento del ejercicio de derechos

La doctrina venezolana, refiriéndose a la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario de 1992, reformada en 1995, calificó como "Cláusulas sospechosas de ser abusivas", en los contratos de adhesión, aquellas que "limitan o condicionan al contratante el derecho de... ejercitar acciones contractuales... o de oponer excepciones"[687]. Esto fue acogido por, la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario de 2004, la cual, en su artículo 87, número 2, sanciona con nulidad de pleno derecho las cláusulas o estipulaciones establecidas en el contrato de adhesión" que "de alguna manera limite (sic)" el "ejercicio" de "los derechos que esta Ley reconoce a los consumidores o usuarios". Asimismo, la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios de 2008 disponía, en su artículo 74, número 2, que "Se considerarán nulas las cláusulas o estipulaciones establecidas en el contrato de adhesión, que:… Impliquen la renuncia a los derechos que la normativa vigente reconoce a las personas, o limite su ejercicio". Aunque estas normas ya no existan, la doctrina anterior sigue siendo

[687] Melich: Las Condiciones Generales de Contratación y Cláusulas Abusivas, obra citada, pp. 180 y 181.

un referente. Ya tuvimos la ocasión de tratar varias disposiciones contractuales que limitan o condicionan al adherente en su derecho a ejercitar acciones contractuales. En efecto, ya comentamos las cláusulas *solve et repete*, las cláusulas total o parcialmente exoneratorias de responsabilidad civil y las cláusulas contentivas de plazos de caducidad o prescripción.

2) Modalidades contrarias al uso y costumbre

Podrían eventualmente ser calificadas como abusivas las cláusulas incluidas en los contratos de adhesión que establezcan modalidades relativas al cumplimiento de las obligaciones de una de las partes, que estén reñidas con la práctica y que le den un beneficio al proponente en detrimento del adherente. Este tema se parece mucho al tema de las disposiciones contractuales por adhesión que regulan las relaciones entre el proponente y el adherente de manera distinta a la regulación contenida en normas legales supletorias. En consecuencia, en las situaciones en las que el proponente ofrece un contrato de adhesión contentivo de cláusulas que disminuyen las prestaciones que, conforme al uso y costumbre, éste habría de cumplir; en las situaciones en las que el proponente ofrece un contrato de adhesión contentivo de cláusulas que aumentan las prestaciones que, conforme al uso y costumbre, su cocontratante habría de cumplir, y en las situaciones en las que el proponente ofrece un contrato de adhesión contentivo de cláusulas que establecen elementos en su beneficio o en perjuicio de su cocontratante que constituyan variaciones respecto del uso y costumbre, estas disposiciones contractuales por adhesión 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 del uso y costumbre.

3) Supresión de derechos que normalmente corresponderían a la contraparte del proponente

Podrían considerarse abusivas las previsiones que eliminan ciertos derechos que normalmente corresponden al adherente del contrato de adhesión. En este orden de ideas, la doctrina venezolana ha calificado como "Cláusulas sospechosas de ser abusivas", en los contratos de adhesión, aquellas que "excluyen garantías legales a que normalmente estaría sujeto el predisponente"[688]. El mismo autor también expresó que "hay numerosas… cláusulas susceptibles de ser reputadas abusivas", incluyendo las que "excluyen garantías legales a que normalmente estaría sujeto el predisponente", citando como ejemplo las que descartan "el saneamiento por evicción o por vicios ocultos"[689]. La única manera como la exclusión de garantías legales puede justificarse es si la garantía de que se trata no es materia de una norma de orden público y si la supresión de dicha garantía se explica en razón de las particularidades del negocio concreto, o sea, si existe una explicación económica razonable. Este tema es similar al tratado en el párrafo anterior y cabe hacer la misma observación: hay que analizar caso por caso.

4) Establecimiento de obligaciones que normalmente no tendría la contraparte del proponente

Este tema es similar a los tratados en el párrafo anterior y cabe hacer la misma observación: hay que analizar caso por caso.

En ciertas situaciones, el proponente obliga al adherente a permitirle defenderlo en caso de reclamos de terceros. En relación con los contratos que dejan la defensa del adherente a la discreción del proponente, cabe hacer el siguiente comentario:

De acuerdo con la doctrina venezolana, "las cláusulas 'abusivas'" son "aquellas que vulneran la buena fe y el justo equilibrio de las prestaciones", y son "Violatorias del orden público",

---

688 Melich: Las Condiciones Generales de Contratación y Cláusulas Abusivas, obra citada, pp. 180 y 181.

689 Melich: Las Particularidades del Contrato con Consumidores, obra citada, p. 102.

incluyendo "las limitativas del derecho a la defensa"[690]. En el mismo sentido, es abusiva la "cláusula que, en un contrato de seguros, so pena de caducidad, obliga al asegurado a dejar en manos del asegurador todo lo relativo a la dirección del proceso penal"[691].

No es abusiva, en cambio, la cláusula que, en una póliza de responsabilidad civil, obliga al asegurado a dejar en manos de su asegurador todo lo relativo a la dirección del proceso civil incoado en su contra por el tercero reclamante de daños y perjuicios. En efecto, en este caso, no se "expone a riesgo la libertad personal del asegurado", lo que sí podría suceder en relación con cláusulas que imponen a éste que su asegurador dirija su enjuiciamiento penal[692].

5) Compromiso de asumir otras obligaciones

La doctrina venezolana ha calificado como "Cláusulas sospechosas de ser abusivas", en los contratos de adhesión, aquellas que "imponen al cocontratante la necesidad de asumir nuevos compromisos con el predisponente"[693], o, nos permitimos agregar nosotros, con empresas relacionadas.

En el mismo sentido, el artículo 33 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario de 1992, reformada en 1995, establecía que, "Con excepción de aquellas ofertas, promociones y otras modalidades que resulten ventajosas al consumidor, se prohíbe condicionar la venta de bienes declarados o no de primera necesidad, a la compra de otros bienes o la prestación de servicios que el comprador no requiera o solicite"; y que "Se prohíbe condicionar la prestación de los servicios declarados o no de primera necesidad a la contratación de otros servicios o a la compra de bienes no inherentes o indispensables a la prestación del servicio requerido". Si un bien o servicio adicional estaba previsto en un contrato de adhesión, se aplicaba también el número 2 del artículo 21 de la misma ley, que disponía que "No producirán efecto alguno las cláusulas o

690 Domínguez Guillén: obra citada, pp. 292 y 293.
691 Melich: Las Condiciones Generales de Contratación y Cláusulas Abusivas, obra citada, p. 176.
692 Melich: Las Condiciones Generales de Contratación y Cláusulas Abusivas, obra citada, p. 176.
693 Melich: Las Condiciones Generales de Contratación y Cláusulas Abusivas, obra citada, pp. 180 y 181.

estipulaciones en los contratos de adhesión que:... Establezcan incrementos de precio por servicio, accesorios, aplazamientos, recargos o indemnizaciones, salvo que dichos incrementos correspondan a prestaciones adicionales que sean susceptibles de ser aceptadas o rechazadas en cada caso y estén expresadas con la debida claridad y separación". Similarmente, el artículo 15, número 2, de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario de 2004 establecía que "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 y, en particular, las siguientes:… La subordinación o el acondicionamiento (sic) 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". Por último, la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios de 2008 disponía, de manera casi idéntica, en su artículo 16, número 3, que "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:… 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".

Actualmente y de manera similar, la Ley Antimonopolio publicada el 26 de noviembre de 2014 establece, en su artículo 9, número 6, que "Se prohíben los acuerdos, decisiones o recomendaciones colectivas o prácticas concertadas para… Subordinar o condicionar la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos del comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos".

De modo que no se puede negar, a la persona interesada en adquirirlo, un bien o servicio ofrecido al público, con el argumento de que dicha persona debe también adquirir un bien o servicio no requerido por ella.

En consecuencia, los proveedores no les pueden imponer a sus clientes bienes o servicios no requeridos, salvo que estas prestaciones adicionales, por su naturaleza o de conformidad con el uso correcto del comercio, estén vinculadas con el bien o servicio requerido. Esto ocurre, por ejemplo, cuando, en ausencia de tales prestaciones adicionales, el bien o servicio solicitado no pueda ser suministrado o no sea de utilidad, o cuando, por cualquier otra razón, recibir el bien o servicio adicional sea beneficioso para el consumidor o usuario, o no recibirlo le cause un perjuicio. En nuestro criterio, en todos los casos anteriores, la adquisición del bien o servicio adicional puede ser exigida, porque guarda relación con el objeto del contrato de que se trate. En efecto, si tal relación existe, es legalmente posible subordinar o condicionar el suministro del bien o servicio requerido a la aceptación de prestaciones suplementarias; en cambio, en ausencia de tal vinculación, el proveedor no puede rehusarle los bienes o servicios a quien los solicita, so pretexto de que éste no desea recibir una prestación adicional, por mandato del citado artículo 9, número 6, de la Ley Antimonopolio vigente.

La doctrina venezolana ha mencionado, como un caso ilustrativo de "cláusulas susceptibles de ser reputadas abusivas", aquellas disposiciones contractuales que "imponen al consumidor la necesidad de asumir nuevos compromisos contractuales con el predisponente"[694].

Conforme a lo explicado, no se puede, por ejemplo, negar la prestación de un servicio bancario o de seguros, al usuario que lo solicita, con el argumento de que éste debe contratar adicionalmente otro servicio de una institución bancaria o de seguros no requerido por él. De acuerdo con lo dicho, el banco o la aseguradora sólo puede imponer, a la persona que solicite esos servicios, prestaciones adicionales no requeridas, cuando, sin estas últimas, los primeros no puedan ser suministrados o no sean de utilidad; cuando, por cualquier otra razón, recibir los servicios suplementarios sea beneficioso para el usuario, o no recibirlos le cause un perjuicio; o, de manera más general, cuando la naturaleza o los usos del comercio justifiquen recibir de manera conjunta los servicios bancarios o de seguros solicitados y los no solicitados. Este tema está vinculado con

[694] Melich: Las Particularidades del Contrato con Consumidores, obra citada, p. 102.

lo que se ha denominado bancaseguro, que existía en Venezuela y existe en todas partes del mundo civilizado. La bancaseguro permite la utilización de la red bancaria para la distribución de pólizas de seguro, lo cual es de gran utilidad para el desarrollo del sector bancario y de seguros; y es congruente con la necesidad, para los bancos y para sus prestatarios y los herederos de éstos, de que estén asegurados la vida de tales prestatarios y los activos dados en garantía para respaldar sus préstamos[695]. En relación con esta materia, la doctrina venezolana ha sostenido que es válido prohibir "que el banco 'obligue' a sus clientes a contratar alguna póliza con una compañía de seguros en particular", pero que no se debe impedir a una aseguradora colocar sus pólizas a través de un banco, pues "lo que no se puede es obligar a los clientes"[696]. Sin embargo, en Venezuela la normativa legal sobre seguros actualmente prohíbe "realizar operaciones de bancaseguros"[697]. El legislador también prohibió "Condicionar… el acceso a servicios bancarios o financieros… a la adquisición de pólizas de seguro"[698], pero esta prohibición está en la Ley de la Actividad Aseguradora, y no en la Ley de Instituciones del Sector Bancario, a pesar de que está destinada a la banca. Esta prohibición es letra muerta, pues los bancos, en base a una ley que no está dirigida a ellos, no van a dejar de exigir los seguros que cubren la vida de sus prestatarios y los activos que reciben en garantía.

6) Limitaciones de celebrar otros contratos

Entre las cláusulas que pueden encontrarse en los contratos de adhesión, están aquellas que establecen limitaciones a la libertad de contratar, es decir, que limitan al adherente en su derecho de celebrar otros contratos[699]. Pues bien, la doctrina venezolana ha

695 Acedo Sucre, Carlos Eduardo: Bancaseguro y otros Canales Alternativos de Distribución de Seguros, publicado en el Libro Homenaje a Gustavo Planchart Manrique, El Derecho Privado y Procesal en Venezuela, tomo 1, Caracas, 2003, páginas 15 a 49.

696 Rodríguez, U. Simón: Bancaseguros y Mercadeo Especializado, en Revista Internacional de Seguros, edición 192, año 27, No. 2, p. 31.

697 Artículo 41, número 17, de la Ley de la Actividad Aseguradora.

698 Artículo 41, número 8, de la Ley de la Actividad Aseguradora.

699 Melich: Doctrina General del Contrato, obra citada, p. 522; y Las Condiciones Generales de Contratación y Cláusulas Abusivas, obra citada, p. 169.

calificado como "Cláusulas sospechosas de ser abusivas" las que "limitan la ulterior libertad de contratación con terceras personas del cocontratante"[700]. El mismo autor expresa que son "cláusulas susceptibles de ser reputadas abusivas... las que... limitan la libertad de ulterior contratación del consumidor o usuario con terceras personas"[701].

En nuestro criterio, esto no se aplica a las cláusulas de no concurrencia en los contratos de distribución, aunque éstos sean calificables como contratos de adhesión. En efecto, el que el distribuidor se abstenga de celebrar contratos relativos a productos que compiten con su proveedor es esencial a este tipo de contratos. De manera que no se pueden hacer generalizaciones. En el mismo orden de ideas, un sector doctrinal ha sostenido la validez, en principio, de las cláusulas que limitan la libertad de contratar del adherente de un contrato de adhesión[702], citando como ejemplo una cláusula que prohíba subarrendar incluida en un contrato de arrendamiento celebrado en serie, cuyo carácter abusivo debe descartarse, pues este tipo de disposiciones contractuales está previsto en el derecho común[703] (artículo 1583 del Código Civil)[704].

Es difícilmente imaginable la inclusión de cláusulas limitativas como las aludidas en el contexto de un contrato bancario de adhesión o en una póliza de seguros. Ahora bien, sucede lo siguiente:

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

---

700 Melich: Las Condiciones Generales de Contratación y Cláusulas Abusivas, obra citada, pp. 180 y 181.

701 Melich: Las Particularidades del Contrato con Consumidores, obra citada, p. 102.

702 Kummerow: Algunos Problemas Fundamentales del Contrato por Adhesión en el Derecho Privado, obra citada, pp. 147 y ss.

703 Kummerow: Algunos Problemas Fundamentales del Contrato por Adhesión en el Derecho Privado, obra citada, pp. 152 y 153.

704 El artículo 1583 del Código Civil dispone: "El arrendatario tiene derecho de subarrendar y ceder, si no hay convenio expreso en contrario."

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 restructuraciones, 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. Esto está plenamente justificado, siendo el caso que estos créditos sindicados no son contratos de adhesión. 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.

CONCLUSIONES

El término *contrato de adhesión* es de uso más común que otros términos equivalentes, prevalece en la doctrina, las leyes y las sentencias, y describe muy bien la figura jurídica que se pretende nombrar: un convenio propuesto por una de las partes a un grupo más o menos grande de personas, al que éstas, por decirlo coloquialmente, *se pegan*.

Los contratos de adhesión son frecuentes y necesarios. Éstos no son el problema. El problema son las cláusulas incomprensibles y las cláusulas abusivas que ellos pueden contener. Este problema se magnifica por la circunstancia de que los contratos de adhesión están diseñados para cubrir numerosas relaciones jurídicas.

Si un contrato escrito es libremente negociado, no debería contener cláusulas incomprensibles ni abusivas, pues tiene lugar un proceso de discusión y revisión de borradores sucesivos, previo a la contratación. En efecto, por un lado, la existencia misma de ese proceso debería resultar en una redacción más acabada, corrigiendo las cláusulas incomprensibles; y, por otro lado, la existencia misma de ese proceso dificulta considerar que una cláusula es abusiva, pues, en este caso, las disposiciones contractuales no son impuestas, sino negociadas, y el contrato debe ser visto como un todo, en que el beneficio otorgado por una cláusula a una parte, en perjuicio de su contraparte, puede tener su contrapeso en otra disposición contractual.

Un imperativo central del Derecho en general, y del Derecho de Obligaciones en particular, es rechazar y sancionar las conductas culpables. Tan es así, que, como regla general, la culpa es el fundamento de la responsabilidad civil, tanto contractual como extracontractual[705]. Pues bien, el predisponente que redacta un contrato de adhesión contentivo de cláusulas incomprensibles o abusivas incurre en culpa.

[705] Esto es sin perjuicio de que adicionalmente existen responsabilidades especiales basadas en criterios objetivos.

Hay dos maneras posibles de enfrentar las cláusulas incomprensibles: considerarlas nulas o buscarles sentido. Considerar que las cláusulas incomprensibles son nulas contraría un principio general del derecho, según el cual toda cláusula oscura o ambigua debe ser interpretada, no desechada. Desentrañar el sentido de las cláusulas oscuras o ambiguas de los contratos de adhesión favoreciendo al adherente es un mecanismo de aceptación general, y se basa, no sólo en que éste es el débil jurídico, sino también en que la oscuridad o ambigüedad son culpa del proponente, por lo que este último debe correr con las consecuencias de su propia torpeza. Ocurre, pues, que una cláusula incomprensible en un contrato de adhesión no es nula, sino que requiere interpretación; y, como el predisponente fue el que la redactó negligentemente, la búsqueda de su significado se debe realizar atendiendo a los intereses de su contraparte.

La mejor manera de enfrentar las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión es considerarlas nulas. Aquí no estamos frente a una negligencia del predisponente, sino que éste incurre en dolo al incorporar al contrato de adhesión una cláusula abusiva. Si la cláusula abusiva no es esencial al contrato de adhesión, la nulidad de la cláusula no afecta el resto del contrato. En cambio, si la cláusula abusiva es esencial, su nulidad da lugar a la nulidad de todo el contrato de adhesión.

La noción de que hay que proteger al adherente contra las cláusulas incomprensibles o abusivas en los contratos de adhesión surgió a propósito de los consumidores, que aceptan los textos contractuales preparados unilateralmente por los suplidores de los bienes o servicios que necesitan. La necesidad de resguardar a los consumidores acarreó una revolución en la manera de analizar los contratos, pues, en estos casos, no se trata de relaciones entre iguales, quienes conversan y llegan a acuerdos, que es el punto de partida de los códigos civiles surgidos a partir del siglo XIX, inspirados en el de Napoleón Bonaparte, de 1804. El Derecho del Consumo ha tenido, entonces, una influencia significativa en el Derecho de Obligaciones.

Ahora bien, las enseñanzas del Derecho del Consumo, que modificaron el Derecho de Obligaciones, deben ser aplicadas a los contratos de adhesión impuestos a personas distintas de los adquirentes de bienes y servicios ofrecidos al público. Es inaceptable

que los proponentes de estos contratos incurran en negligencia, redactando cláusulas incomprensibles, o en dolo, incorporando cláusulas abusivas, en detrimento de los adherentes no consumidores. Por lo tanto, los contratos de distribución, de franquicia, y cualesquiera otros textos contractuales impuestos por una parte a otras, se deben regir por las mismas reglas: (i) las cláusulas oscuras o ambiguas se interpretan a favor del adherente; y (ii) las cláusulas abusivas son nulas, lo cual puede afectar de nulidad todo el contrato si se trata de una cláusula esencial.

Pensamos que no tiene sentido restringir la noción de contrato de adhesión ni eliminar la protección de cierto tipo de adherentes, pues resulta en limitar, sin necesidad, el alcance del amparo contra las cláusulas incompresibles o abusivas. Sin embargo, existen países, como Italia, en los que sólo califican como consumidores las personas naturales, lo que no se justifica y lleva al absurdo de que un mismo contrato tiene efectos distintos si el adherente es una persona natural o si el adherente es una persona jurídica.

En Venezuela, la normativa sobre protección al consumidor fue derogada por la normativa en materia de control de precios[706]. En efecto, el legislador, "al abocarse al tratamiento de los «precios justos», deja de atender otros aspectos fundamentales de las relaciones de consumo, como los provenientes de la estandarización de las condiciones de contratación"[707]. Existe, sin embargo, el artículo 7, número 10, de la Ley Orgánica de Precios Justos (en su última versión, que es la publicada el 8 de noviembre de 2015 y reimpresa el 12 del mismo mes), el cual establece que uno de los "derechos de las personas en relación con los bienes y servicios" es

[706] La Ley de Protección al Consumidor publicada el 23 de marzo de 1992 reguló por primera vez los contratos de adhesión. La misma fue reformada según publicación del 17 de mayo de 1995, y luego fue derogada por la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario publicada el 4 de mayo de 2004, que a su vez fue sustituida por la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios publicada el 31 de julio de 2008, que también fue objeto de reforma. Todas ellas, además de regular el contrato de adhesión, tenían una definición de éste. Pero las normas legales sobre la materia desaparecieron cuando esta última ley fue derogada por la Ley Orgánica de Precios Justos publicada el 23 de enero de 2014. En ese momento, fue eliminada la regulación y la definición del contrato de adhesión.

[707] Chacón Gómez, Nayibe: Reseña histórica de la protección al consumidor y usuario en Venezuela: Mucho más que «precios justos», en Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia No 9, Caracas, 2017, p. 160.

su derecho "A la protección en los contratos de adhesión que sean desventajosos o lesionen sus derechos e intereses". Esta protección, que sólo fue esbozada, debe ser desarrollada. Además, esta protección debe estar disponible también para los adherentes no consumidores. Todo esto es posible lograrlo aplicando los principios generales de buena fe, equidad y orden público del Código Civil, y teniendo una interpretación amplia de lo que es un contrato de adhesión.

El carácter de contrato de adhesión de un convenio puede resultar de la naturaleza o del formato de éste. Por ejemplo, sin duda, los contratos para abrir una cuenta bancaria o tomar un seguro son de adhesión, lo mismo que los contratos contenidos en un formulario pre-impreso que es firmado por la persona interesada en adquirir un bien o servicio. Otros casos son menos evidentes. Las definiciones legales derogadas de contrato de adhesión son útiles para entender su significado. Las tres leyes sucesivas abrogadas coincidían en indicar que el contrato de adhesión es aquel cuyas cláusulas fueron establecidas unilateralmente por el proveedor de bienes o servicios al adquirente de los mismos, sin que éste pudiera discutir o modificar su contenido[708]. Esta caracterización fue recogida por la doctrina y jurisprudencia.

Hay casos en los que los que el redactor permite cierto margen de negociación respecto de un contrato impuesto a un grupo de personas. En estos casos, los ajustes resultantes de una discusión limitada entre éstas y aquél no resultan en que el contrato deje de calificar como de adhesión. Esto lo reconocía la normativa legal derogada sobre contratos de adhesión[709]. El hecho de que una

---

[708] Artículo 18 de la Ley de Protección al Consumidor de 1992, el artículo 81 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario de 2004 y artículo 69 de la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios de 2008.

[709] El artículo 18 de la Ley de Protección al Consumidor de 1992 establecía el requisito de que "el consumidor" no "pudiera discutir o modificar" el "contenido" de las cláusulas, para que se configurara un "contrato de adhesión", pero lo atenuó agregando que "La inserción de otras cláusulas en el contrato no altera la naturaleza descrita del contrato de adhesión". Esto es congruente con el artículo 81 de la de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario de 2004 y el artículo 70 de la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios de 2008, que incluían, en su definición de contrato de adhesión, aquellos cuyas cláusulas han sido establecidas unilateralmente por una parte, sin que la otra pueda "discutir o modificar substancialmente su contenido"; de donde resulta que las negociaciones que resulten en cambios no sustanciales no acarrean que el contrato deje de ser de adhesión.

persona redacte un contrato y se lo imponga a otras es lo que, según la doctrina y la jurisprudencia, caracteriza a los contratos de adhesión; y este hecho no excluye la posibilidad de que las cláusulas que no admiten cambios coexistan con alguna disposición contractual negociada entre las partes. Si conviven, en el contrato, cláusulas negociadas y cláusulas por adhesión, sólo respecto de éstas últimas se justifica proteger al adherente.

Para que haya un contrato de adhesión, hacen falta, primero, una oferta hecha en términos tales que la discusión esté en principio excluida, y, segundo, la correspondiente aceptación o una contraoferta aceptada luego por el oferente primigenio, la cual no puede acarrear una modificación sustancial del texto inicialmente propuesto. La carga de probar que la discusión estaba en principio excluida y que el contrato es por ende de adhesión corresponde a quien se dice adherente del mismo, salvo que ello resulte de la naturaleza o del formato del contrato. En efecto, no tiene sentido, por ejemplo exigirle al cliente de un banco o una aseguradora que pruebe que el contrato bancario o de seguros es de adhesión.

Existen dos concepciones distintas de contrato de adhesión, a saber: (i) una concepción amplia, según la cual el contrato de adhesión es aquel en el cual la generalidad de las cláusulas no es objeto de negociación; y (ii) una concepción restrictiva, según la cual el contrato deja de ser de adhesión si alguna de sus cláusulas es objeto de negociación. Desde nuestro punto de vista, la concepción restrictiva no es razonable, pues, si la misma se impusiera, casi ningún contrato calificaría como de adhesión. En nuestro criterio, la concepción amplia debe ser acogida.

Esto guarda relación con la circunstancia de que la segunda parte del artículo 6 de la Ley de Arbitraje Comercial establece que, "En los contratos de adhesión…, la manifestación de voluntad de someter el contrato a arbitraje deberá hacerse en forma expresa e independiente". En efecto, este requisito puede acarrear que los defensores del arbitraje busquen restringir la noción de contrato de adhesión, para no privar de los beneficios del arbitraje a las controversias surgidas de los contratos entre los proveedores y los consumidores, ni a las controversias surgidas de otros contratos en los que una de las partes tiene una posición de dominio sobre la otra. Ello,

a su vez, tiene una consecuencia negativa no deseada: privar a los consumidores de la poca protección que todavía tienen, la cual consideramos extensiva a cualquier parte sometida a una posición de dominio. De manera que existe la paradoja de que, para proteger a los consumidores y demás adherentes, tiene sentido tener una interpretación amplia de lo que es un contrato de adhesión, mientras que, para promover el arbitraje, tiene sentido tener una interpretación restringida de lo que es un contrato de adhesión. Los árbitros no deben ceder a su inclinación de limitar el alcance de la noción de contrato de adhesión, y deben darle curso a su natural tendencia a promover el arbitraje implementando otras medidas:

La solución del problema está en tener una interpretación lo más amplia posible de la exigencia legal de una "manifestación de voluntad de someter el contrato a arbitraje... en forma expresa e independiente". La solución del problema no está en encoger artificialmente la noción de contrato de adhesión. La solución del problema tampoco está en tener dos definiciones de contrato de adhesión, una para unos casos y otra para los demás. Si un contrato califica como de adhesión, es arbitrario afirmar que lo es para ciertas cosas y para otras no. Estamos, por ende, en desacuerdo con un laudo reciente que dice que "la norma contenida en el referido artículo 6 debe ser interpretada e integrada con la promoción del arbitraje como Norte, tal como lo ordena el artículo 258 de la Constitución de 1998. De esa forma, el concepto de contrato de adhesión a efectos del consentimiento para arbitraje no debe ser indebidamente amplio, sino más bien limitado"[710]. No creemos, en efecto, que sea ajustado a derecho tener un concepto de contrato de adhesión a efectos del consentimiento para arbitraje y otro a otros efectos. O el contrato es de adhesión, o no lo es.

Considerar que no basta con que el grueso de un contrato sea impuesto para que califique como de adhesión, o que sólo los contratos de consumo son de adhesión, contraría la doctrina y

[710] Laudo dictado por un Tribunal Arbitral formado por los doctores Salvador Yannuzzi Rodríguez, como presidente, y Henry Torrealba Ledesma y Hernando Díaz-Candia, como coárbitros, en fecha 27 de enero de 2017, en una controversia ante el Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas, entre Origami Chinese & Japanese Gourmet, C.A. (actora) vs. Origami San Juan, C.A., Origami La Floresta, C.A., Origami Las Américas, C.A., Origami Paseo Las Delicias I, C.A., y Origami San Diego, C.A. (demandadas).

jurisprudencia, y reduce innecesariamente la protección de los adherentes contra las cláusulas mal redactadas y las cláusulas abusivas. Además, les quita a las palabras *contrato de adhesión* el significado que ellas tienen. Esta distorsión del lenguaje recuerda algo que pasó en Italia, que es relevante mencionar, aunque no tiene nada que ver con contratos de adhesión ni cláusulas abusivas:

Distorsionar el lenguaje con un fin jurídico no es ninguna novedad, ni tampoco es una invención de los venezolanos. En 1942, el Código Civil italiano deliberadamente prohibió la indemnización del daño moral, salvo que hubiera un delito penal. Se trató de una solución de compromiso entre los que pensaban que el daño moral no es indemnizable y los que sostenían lo contrario. Sin embargo, la tesis más moderna, posiblemente más razonable, es que el daño moral es indemnizable. Esta tesis se fue imponiendo, a pesar de una prohibición legal expresa y clara. Esto se logró tres o cuatro décadas después, a través de un uso peculiar de las palabras, con el cual esta prohibición fue, de hecho, desechada por la doctrina y jurisprudencia italianas. En efecto, se redujo el concepto de daño moral y se introdujo una noción paralela: el daño biológico. Así, lo que antes se consideraba un daño moral, en principio no indemnizable, comenzó a verse como un daño biológico, indemnizable sin necesidad de que hubiera un delito penal[711].

Hay otros casos de distorsión del lenguaje para obtener un efecto jurídico que se considera positivo. En Francia se pensó que los coautores de un hecho ilícito debían responder solidariamente del daño causado conjuntamente a la víctima. Pero la víctima no podía invocar una responsabilidad solidaria, puesto que esta solidaridad no estaba prevista en el Código Napoleón. Entonces se planteó que los coautores son responsables "in solidum", y no solidariamente, por el hecho ilícito; y que la responsabilidad "in solidum", a diferencia de la responsabilidad solidaria, no requiere de una disposición legal que la establezca. Desde este punto de vista, cada uno de los coautores del hecho ilícito responde por todo el daño, con el argumento de que la relación causal entre la culpa de cada uno de ellos y el daño total

[711] Acedo Sucre, Carlos Eduardo: La Función de la Culpa en la Responsabilidad Civil por Hecho Ilícito en el Derecho Venezolano, Comparado con los Derechos Francés e Italiano, Caracas, 1993, pp. 393 y ss.

sufrido por la víctima no es divisible. De manera que un cambio de terminología aunado a la tesis de la indivisibilidad de la causalidad sirvieron de basamento para establecer una responsabilidad "in solidum", que no tiene fundamento legal y que es prácticamente idéntica a la responsabilidad solidaria[712].

Una distorsión del lenguaje con un fin utilitario, parecida a la que ocurrió en Italia o en Francia, podría ocurrir en los arbitrajes en Venezuela, con el concepto de contrato de adhesión. Pero estamos en desacuerdo con esto. En efecto, pensamos que no se debe deformar lo que es un contrato de adhesión, pues ello tiene consecuencias adversas en ámbitos distintos del arbitraje, particularmente en la lucha contra las cláusulas abusivas. Pensamos que, más bien, hay que ser flexible en considerar que se cumplió el requisito de la citada segunda parte del artículo 6 de la Ley de Arbitraje Comercial. Desde nuestro punto de vista, con una interpretación muy amplia de la "manifestación de voluntad de someter el contrato a arbitraje... en forma expresa e independiente", no se sacrifica a los adherentes para promover el arbitraje, ni se sacrifica al arbitraje para proteger a los adherentes.

Generalmente se ha pensado, respecto de la exigencia legal de una "manifestación de voluntad de someter el contrato a arbitraje... en forma expresa e independiente", que esta manifestación es la cláusula arbitral, que tiene que estar en un documento distinto del contentivo del contrato de adhesión. Sin embargo, la segunda parte del artículo 6 de la Ley de Arbitraje Comercial no dice eso. Entonces, es posible sostener que la cláusula arbitral contenida en el contrato de adhesión puede ser reforzada con otro texto del que se infiera la conformidad del adherente con la misma. En efecto, pensamos que se cumple con ese requisito cuando la aceptación del sometimiento a arbitraje resulta de un documento anterior, contemporáneo o posterior a la celebración del contrato de adhesión. Esto nos lleva a concluir en que la referida exigencia legal se puede cumplir de las maneras siguientes: (i) forma tradicional: el documento contentivo del contrato de adhesión no tiene la cláusula arbitral, la cual está incluida en un

[712] Acedo Sucre, Carlos Eduardo: La Función de la Culpa en la Responsabilidad Civil por Hecho Ilícito en el Derecho Venezolano, Comparado con los Derechos Francés e Italiano, obra citada, pp. 355 y ss.

documento separado, que el adherente puede firmar o no cuando se adhiere al contrato de adhesión; o (ii) nuevas formas propuestas: el documento contentivo del contrato de adhesión tiene la cláusula arbitral, pero ésta es reforzada por un documento separado, en el que consta la voluntad del adherente de someterse al arbitraje así previsto, expresada de cualquiera de las formas indicadas seguidamente: (a) documento separado anterior a la adhesión: un instrumento previo a la contratación deja constancia de que el adherente conocía que el contrato de adhesión iba a tener una cláusula arbitral y no la objetó antes de celebrarlo; (b) documento separado contemporáneo a la adhesión: un instrumento simultáneo al contrato de adhesión deja constancia que el adherente estaba consciente de que el mismo tenía una cláusula arbitral y se adhirió de todos modos; o (c) documento separado posterior a la adhesión: un instrumento otorgado después de celebrado el contrato de adhesión deja constancia que el adherente lo celebró sabiendo que éste tenía una cláusula arbitral, que no rechazó.

Muchas veces no se cumple la segunda parte del artículo 6 de la Ley de Arbitraje Comercial, es decir, no existe "la manifestación de voluntad de someter el contrato [de adhesión] a arbitraje… en forma expresa e independiente". Es posible que, a pesar de este incumplimiento, tenga lugar un arbitraje, porque el adherente está satisfecho con que su controversia con el predisponente sea sometida a uno o más árbitros, conforme a la cláusula arbitral del contrato de adhesión. Esta satisfacción es comprensible, pues los tribunales arbitrales suelen funcionar mucho mejor que los tribunales judiciales. En nuestro criterio, sólo el adherente puede invocar la protección de dicho artículo, y, si no la invoca, está consintiendo tácitamente a someterse a arbitraje. Existe bastante jurisprudencia arbitral al respecto, en materia de pólizas de seguro[713], y en materia de otros contratos de adhesión[714]. En todos

[713] La doctrina y jurisprudencia con frecuencia afirman, con razón, que las pólizas de seguro son contratos de adhesión. Recientemente hubo cinco arbitrajes en el Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje, CEDCA, en los cuales los tomadores de las pólizas, como adherentes, no hicieron valer la protección de la segunda parte del artículo 6 de la Ley de Arbitraje Comercial. En cuatro de estos laudos, los árbitros prosiguieron con el arbitraje y dictaron su laudo definitivo. Se trata de los siguientes: laudo dictado por el Dr. Luis Alberto García Montoya, como árbitro único, el 28 de julio de 2015, en el caso de Mercantil Seguros, C.A. contra Carlos Antonio Hernández Sánchez; laudo dictado por el Dr. Marcos Rubén Carrillo Perera, como árbitro único, el 7 de agosto de 2015 de 2015, en el caso de Mercantil Seguros, C.A. contra Maria Da Conceicao Fernández Coelho de Freitas; laudo

esos casos, la parte demandada renunció tácitamente, de manera válida, a valerse de la protección de dicho artículo, el cual no nos parece que es de orden público.

Como consecuencia de todo lo anterior, no se debe acoger una interpretación restrictiva de contrato de adhesión, pues priva a muchas personas, sin justificación alguna, de protección contra cláusulas abusivas, la cual ya no se puede basar en las leyes en protección al consumidor, hoy derogadas, sino que hay que fundamentarla en los principios generales del Código Civil en materia de buena fe, equidad y orden público. En efecto, aunque el adherente, al aceptar el contrato, haya tenido que consentir una cláusula abusiva, éste no debe ser perjudicado por dicha cláusula, pues la misma es contraria a los parámetros de buena fe y equidad, y, por ende, violenta el orden público.

---

dictado por el Dr. Valerio González Aveledo, como árbitro único, el 31 de julio de 2015, en el caso de Mercantil Seguros, C.A. contra Livio Revel Chion; y laudo dictado por el Dr. Hernando Díaz-Candia, como árbitro único, el 13 de julio de 2015, en el caso de Mercantil Seguros, C.A. contra Yolanda Margarita Burgos y Henri José Caraballo. En el quinto laudo, el tribunal arbitral ordenó una reposición para que se nombraran nuevos árbitros. Se trata del laudo dictado por el Dr. Pedro Saghy, como árbitro único, el 21 de julio de 2015, en el caso de Mercantil Seguros, C.A. contra Valdis Grinsteins Elferts. De manera que, en ninguno de los cinco casos citados, el tribunal arbitral declaró que, por estar en presencia de un contrato de adhesión, respecto del cual la cláusula arbitral no está en un documento separado, procede desechar el arbitraje. En todos estos casos, la parte demandada no compareció, pero tuvo la oportunidad de defenderse, y, si le hubiera parecido apropiado, pudiera haber hecho valer la protección de dicho artículo, cosa que no hizo.

714 Por ejemplo, el laudo dictado por el Dr. Guillermo Gorrín, como presidente, y por los Dres. Juan Manuel Raffalli y Carlos Eduardo Acedo, como coárbitros, el 25 de enero de 2017, en el caso de Clínica IDB Cabudare, S.A. contra Honeywell C.A. En dicho laudo, se expresa que el contrato contentivo de la cláusula arbitral es un contrato de adhesión, pues así fue calificado por ambas partes. Sin embargo, como el adherente, cuando presentó su defensa, no hizo valer la protección de la segunda parte del artículo 6 de la Ley de Arbitraje Comercial, los árbitros siguieron adelante con el arbitraje. En este caso, era más obvio que el adherente estaba de acuerdo con someterse a arbitraje, puesto que suscribió sin salvedades el acta de términos de referencia.

ESTE LIBRO SE TERMINÓ
DE IMPRIMIR EN CARACAS
EN LOS TALLERES DE

sabias palabras c.a.

SABIASPALABRAS.CA@GMAIL.COM
DURANTE EL MES DE
MARZO DEL AÑO
DOS MIL DIECIOCHO