

Derogatoria de la definición legal de contrato de adhesión y alcance de la exigencia legal de una manifestación de voluntad expresa e independiente para someterlo a arbitraje

por Carlos Eduardo Acedo Sucre

Sumario: 1) El uso de la denominación contrato de adhesión. 2) El contrato de adhesión en las sucesivas leyes en materia de protección al consumidor. 3) Las definiciones legales derogadas de contrato de adhesión. 4) Defecto de las definiciones legales derogadas de contrato de adhesión. 5) Resistencia al arbitraje con respecto a los contratos de adhesión. 6) Requisito para someter a arbitraje un contrato de adhesión. 7) El adherente puede renunciar tácitamente a la protección que le da la segunda parte del artículo 6 de la Ley de Arbitraje Comercial. 8) Necesidad de conciliar las disposiciones sobre contratos de adhesión de la Ley Orgánica de Precios Justos y la Ley de Arbitraje Comercial. 9) Interpretación amplia de la exigencia legal de una manifestación de voluntad expresa e independiente para someter un contrato de adhesión a arbitraje. 10) Concepción amplia de contrato de adhesión. 11) Prueba de que un contrato es de adhesión. 12) Conclusiones.

1) El uso de la denominación 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.¹ 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

¹ 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.

la categoría de ‘contrato’ las Condiciones Generales de Contratación, los Contratos Tipos (modelos o formularios) y demás figuras asimilables al contrato de adhesión”.²

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.³ 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’...”.⁴ Asimismo, nuestra jurisprudencia suele emplear la expresión *contrato de adhesión*.⁵ Finalmente, en Venezuela, la Ley de Arbitraje Comercial vigente utiliza la denominación *contratos de adhesión*,⁶ y la legislación protectora de los consumidores de bienes y usuarios de servicios emplea el mismo nombre.

2) El contrato de adhesión en las sucesivas leyes en materia de protección al consumidor

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.

² 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.

³ 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.

⁴ Melich: obra citada, p. 764.

⁵ 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>

⁶ 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.”

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.

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 reimpressa 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).

3) Las definiciones legales derogadas de contrato de adhesión

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 definiciones legales derogadas de contrato de adhesión son útiles para entender su significado. 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.

En aquellos casos en que los que el predisponente 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. La normativa legal sobre contratos de adhesión reconocía esto.

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 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”.

4) Defecto de las definiciones legales derogadas de contrato de adhesión

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, 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”.

Ahora bien, 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 son contratos 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 reestructuración, 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.

5) Resistencia al arbitraje con respecto a los contratos de adhesión

Desde el año 1996, la doctrina venezolana ha calificado a las cláusulas arbitrales en los contratos de adhesión como “Cláusulas sospechosas de ser abusivas”⁷ o “cláusulas susceptibles de ser reputadas abusivas”.⁸ 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”.⁹ En el mismo sentido se ha pronunciado también la doctrina de otros países, por ejemplo la española¹⁰, la chilena¹¹ y la peruana.¹²

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

⁷ Melich: Las Condiciones Generales de Contratación y Cláusulas Abusivas, en el libro con el mismo nombre, bajo la ponencia general de Luis Díez-Picazo y Ponce de León, Madrid, 1996, pp. 180 y 181.

⁸ Melich: Las Particularidades del Contrato con Consumidores, en Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas N° 111, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1999, p. 102.

⁹ Domínguez Guillén, María Candelaria: Curso de Derecho Civil III – Obligaciones, Caracas, 2017, pp. 292 y 293.

¹⁰ Díez-Picazo y Ponce de León, Luis: Las Condiciones Generales de Contratación y Cláusulas Abusivas, en libro con el mismo título, antes citado, p. 43.

¹¹ López Santa María, Jorge: Las Condiciones Generales de Contratación y Cláusulas Abusivas, en libro con el mismo nombre, antes citado, p. 167.

¹² Cárdenas Quirós, Carlos: Las Condiciones Generales de Contratación y Cláusulas Abusivas, en libro con el mismo título, antes citado, p. 120.

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).¹³ 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).¹⁴

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 varias oportunidades, expresó que es posible someter a arbitraje una relación contractual nacida de un contrato de adhesión, siempre que se cumpla con los requisitos legales.¹⁵

Además, los acuerdos de arbitraje con respecto a los contrato de adhesión, no son ni tienen por qué ser abusivos. Sólo habría abuso si las cláusulas arbitrales estuvieran incluidas en el propio contrato de adhesión y estuvieran diseñadas de una forma tal que hiciera difícil la obtención de justicia al adherente. 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. Un tercer y último ejemplo de abuso sería el

¹³ 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...”

¹⁴ 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”.

¹⁵ Por ejemplo, Sala Constitucional, sentencia del 14 de abril de 2004, disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Abril/00339-140404-2004-0111.htm>

caso en el que el predisponente establece un procedimiento que dificulta la defensa del adherente, como ocurriría si se le otorgaran plazos demasiado cortos para presentar adecuadamente sus alegatos y pruebas. Pero no conocemos ningún caso como los anteriores.

6) Requisito para someter a arbitraje un contrato de adhesión

La segunda parte del artículo 6 de la Ley de Arbitraje Comercial dispone 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." Obviamente, este requisito se cumple cuando el acuerdo de arbitraje se celebra después de que surge la controversia. El caso de las cláusulas arbitrales contemporáneas a los contratos de adhesión es más delicado, pues se exige la mencionada manifestación de voluntad expresa e independiente a fin de evitar que el predisponente del contrato le imponga un arbitraje al adherente, para éste poder acceder al bien o servicio ofrecido por aquél. Por cierto que la disposición citada utiliza las expresiones "contratos de adhesión" y "contratos normalizados", pero, a nuestro juicio, ambos términos significan lo mismo.

La Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en una sentencia del año 2003,¹⁶ expresó que "el artículo 6 de la Ley de Arbitraje Comercial... 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"**..."

El Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Constitucional, expresó, en el año 2004,¹⁷ respecto de la misma disposición legal, 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."

Respecto de esto, en un trabajo publicado en el año 2005,¹⁸ tuvimos la ocasión de destacar el carácter no abusivo del acuerdo de arbitraje respecto del contrato de adhesión, y la necesidad de "inclusión de este tipo de acuerdo en un

¹⁶ 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>

¹⁷ Sala Constitucional, sentencia del 14 de abril de 2004, disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Abril/00339-140404-2004-0111.htm>

¹⁸ 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.

documento aparte, para darle la oportunidad al adherente de expresarse separada y específicamente sobre el arbitramento propuesto”.

Finalmente, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en una sentencia del año 2008,¹⁹ declaró que “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”.²⁰

Estas clarificaciones fueron necesarias, porque, para la época, la legislación en materia de protección al consumidor cuestionaba el arbitraje con respecto a los contratos de adhesión.

En conclusión, un modo de evitar que los acuerdos de arbitraje sea el resultado de una imposición abusiva de los predisponentes contra los adherentes, el cual está consagrado en la ley y es reconocido como razonable por nuestra doctrina y jurisprudencia, es que la cláusula arbitral y el contrato de adhesión estén en documentos separados, de manera que el adherente pueda celebrar el contrato de adhesión y abstenerse de suscribir la cláusula arbitral. La segunda parte del artículo 6 de la Ley de Arbitraje Comercial imposibilita que, en las relaciones contractuales por adhesión, los predisponentes 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.

7) El adherente puede renunciar tácitamente a la protección que le da la segunda parte del artículo 6 de la Ley de Arbitraje Comercial

Tal como señalamos antes, 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." Es posible que esto no ocurra y que el adherente esté satisfecho con que se someta a arbitraje, conforme a la cláusula arbitral del contrato de adhesión, una controversia surgida con motivo del mismo. Esta satisfacción es

¹⁹ Sala Constitucional, sentencia del 28 de febrero de 2008, disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/febrero/192-280208-04-1134.htm>

²⁰ Sala Constitucional, sentencia del 28 de febrero de 2008, disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/febrero/192-280208-04-1134.htm>

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.

La doctrina y jurisprudencia con frecuencia afirman, con razón, que las pólizas de seguro son contratos de adhesión. 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 dicho artículo. En cuatro de estos laudos, los árbitros prosiguieron con el arbitraje y dictaron su laudo definitivo.²¹ En el quinto de ellos, el tribunal arbitral ordenó una reposición para que se nombraran nuevos árbitros.²² De manera que, en ninguno de los cinco casos, ocurrió que el tribunal arbitral declarara 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.

Algo similar ocurrió con otro laudo en un arbitraje ante el mismo CEDCA, dictado por un tribunal arbitral del que formó parte el autor de este trabajo.²³ En dicho laudo, se expresa que el contrato contenido de la cláusula arbitral es un contrato de adhesión. Sin embargo, como el adherente, cuando presentó su defensa, no hizo valer la protección de dicho artículo, los árbitros siguieron adelante con el arbitraje. En este caso, era muy obvio que el adherente estaba de acuerdo con someterse a arbitraje, al punto de que suscribió el acta de términos de referencia.

En nuestro criterio, en esos seis arbitrajes, 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.

8) Necesidad de conciliar las disposiciones sobre contratos de adhesión de la Ley Orgánica de Precios Justos y la Ley de Arbitraje Comercial

²¹ 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 María 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-Candía, 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.

²² 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.

²³ 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.

Tal como señalamos antes, la Ley Orgánica de Precios Justos, en su última versión, que es la publicada el 8 de noviembre de 2015 y reimpressa el 12 del mismo mes, trata muy someramente los derechos de los consumidores y usuarios de bienes y servicios, que se adhieren a los contratos propuestos por los proveedores de tales bienes y servicios, pues la misma 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).

Por su parte, la tantas veces citada 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."

El artículo que acabamos de citar 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 y usuarios, 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 de la poca protección que todavía existe para los consumidores y usuarios, y para la 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.

La determinación de lo que es un contrato de adhesión se complica porque, con la derogatoria de la normativa legal sobre protección al consumidor, ya no hay una definición legal.

De manera que existe, a nivel arbitral, una discusión, que se ha complicado, sobre lo que es un contrato de adhesión, pudiendo existir la inclinación, en los árbitros, de limitar el alcance de esta noción, dada la natural tendencia de éstos a promover el arbitraje.

Ahora bien, nos parece que la solución del problema no está en encoger artificialmente la definición de contrato de adhesión, sino que 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".

Reducir el alcance del contrato de adhesión resulta en quitarles a las palabras el significado que tienen y en vulnerar la lucha contra las cláusulas abusivas.

Esto recuerda algo que pasó en Italia, que es relevante mencionar, aunque no tiene nada que ver con contratos de adhesión ni arbitraje:

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 contractual, salvo que hubiera un delito penal. Se trató de una solución de compromiso entre los que pensaban que el daño moral contractual no es indemnizable y los que sostenían lo contrario. Sin embargo, la tesis más moderna, posiblemente más razonable, es que el daño moral contractual 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.²⁴

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 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.²⁵

Una distorsión del lenguaje con un fin utilitario, parecida a la que ocurrió en Italia o en Francia, puede ocurrir en los arbitrajes en Venezuela, con el concepto de contrato de adhesión. 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

²⁴ 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.

²⁵ 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.

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, ni tampoco se desnaturaliza el significado de las palabras.

9) Interpretación amplia de la exigencia legal de una manifestación de voluntad expresa e independiente para someter un contrato de adhesión a arbitraje

Antes señalamos la conveniencia de 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".

Generalmente se ha pensado que esta manifestación es la propia cláusula arbitral, que tiene que estar en un documento distinto 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 una manifestación de someterse a la misma, vertida en otro documento.

Por ejemplo, pensamos que existe esta manifestación no sólo cuando la misma se da contemporáneamente a la adhesión al contrato, sino que el deseo de someterse a arbitraje puede resultar de documentos anteriores o posteriores a la celebración del contrato de adhesión.

Otro ejemplo: en vez de hacer una interpretación restrictiva de la citada segunda parte del artículo 6, se puede considerar que la manifestación allí prevista existe si está documentado que el adherente tuvo la oportunidad de negociar la cláusula arbitral, aunque no haya propuesto cambios a ésta.

En efecto, si el contrato de adhesión y cláusula arbitral están en dos documentos, no hay problema; pero, si el contrato de adhesión y cláusula arbitral están en un solo documento, entonces una interpretación amplia, como la que proponemos, permite sostener que la cláusula arbitral es válida, siempre que pueda ser reforzada por un documento separado, que posiblemente exista en muchos casos.

Lo anterior nos lleva a concluir en que la referida exigencia legal se puede cumplir de las maneras siguientes:

A) Forma tradicional: el documento contentivo del contrato de adhesión no tiene la cláusula arbitral, la cual está incluida en un documento separado, que el adherente puede firmar o no cuando se adhiere al contrato de adhesión.

B) 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) El documento separado en el que el adherente manifiesta su voluntad es un documento anterior a su adhesión al contrato de adhesión contentivo de la cláusula arbitral: hubo alguna comunicación entre las partes previa a la celebración del contrato de adhesión en la que consta que el adherente conocía que éste iba a tener una cláusula arbitral y no la objetó.

b) El documento separado en el que el adherente manifiesta su voluntad es un documento contemporáneo a su adhesión al contrato de adhesión contentivo de la cláusula arbitral: 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.

c) El documento separado en el que el adherente manifiesta su voluntad es un documento posterior a su adhesión al contrato de adhesión contentivo de la cláusula arbitral: 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.

Lo anterior es además de lo antes dicho, en cuanto a que sólo el adherente puede invocar la protección de la citada segunda parte del artículo 6, y, si no la invoca, está consintiendo tácitamente a someterse a arbitraje.

10) Concepción amplia de contrato de adhesión

La propuesta precedente, de interpretar de la manera más amplia posible el requisito de una manifestación de voluntad expresa e independiente de someter a arbitraje el contrato de adhesión, nos parece que tiene más sentido que el mecanismo de encoger la noción de contrato de adhesión.

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”,²⁶ es decir, hay este tipo de contrato cuando el adherente “sólo tiene dos opciones: contratar conforme a las condiciones preestablecidas o no contratar”.²⁷ Otros autores patrios expresan que “El contrato de adhesión es aquel que ha sido redactado por una de las partes que generalmente por su

²⁶ Kummerow, Gert: Algunos Problemas Fundamentales del Contrato por Adhesión en el Derecho Privado, Caracas, 1981, p. 12.

²⁷ 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.

posición económica puede imponerle a la otra parte todas las estipulaciones del mismo, por ser ésta la parte débil en la relación contractual”.²⁸ Asimismo, la doctrina venezolana define al contrato de adhesión como aquel en el que “las cláusulas 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”.²⁹ 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.”³⁰

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”,³¹ cuyo “contenido y sus efectos mismos resultan de una previa discusión entre los sujetos”.³² De hecho, estos últimos también son llamados “contratos de libre discusión”,³³ o “contratos aislados” (por oposición a los “contratos en serie”).³⁴ 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

²⁸ Maduro Luyando, Eloy, y Pittier Sucre, Emilio: Curso de Obligaciones, Derecho Civil III, tomo II, Caracas, 2001, p. 569.

²⁹ Domínguez Guillén: obra citada, p. 484.

³⁰ Morles Hernández, Alfredo: Curso de Derecho Mercantil, Tomo IV, Caracas, 2004, p. 2223.

³¹ Kummerow: obra citada, p. 99.

³² Kummerow: obra citada, p. 12.

³³ 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.

³⁴ Galgano, Francesco: *Il Contrato*, Padua, 2011, p. 39.

“contrato libremente negociado” o “libremente discutido”;³⁵ 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”.³⁶

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”.³⁷ En muchas 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”.³⁸ 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”.³⁹ En el

³⁵ Domínguez Guillén: obra citada, p. 484.

³⁶ Maduro y Pittier: obra citada, p. 569.

³⁷ 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>

³⁸ 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>

³⁹ 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:

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 caso se limita a suscribirlas en las mismas condiciones que le han sido presentadas”.⁴⁰ 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”;⁴¹ 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”.⁴²

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...”.⁴³ Lo anterior es

<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>

⁴⁰ 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>

⁴¹ Casación Civil, 10 de octubre de 1990, citada por Bustamante, Maruja, y tomada del sistema JurisNet de JurisComp Programación, C.A.

⁴² 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>

⁴³ 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>

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.

La circunstancia de que una persona redacte un contrato y se lo imponga a muchas otras, que es lo que, según la doctrina y la jurisprudencia citadas, caracteriza a los contratos de adhesión, no excluye la posibilidad de que las cláusulas que no admiten cambios coexistan con alguna disposición contractual negociada entre las partes.

Se puede sostener, por ende, 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 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:

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”.⁴⁴ Compartimos la tesis de este sector doctrinal. En efecto, la posibilidad de negociar algunas cláusulas de un convenio pre-elaborado no le quita su carácter de contrato de adhesión. 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 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,

⁴⁴ Posada Torres, Camilo: Las Cláusulas Abusivas en los Contratos de Adhesión en el Derecho Colombiano, en Revista de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia, N° 29, julio-diciembre de 2015, p. 158; disponible en: <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/4328>

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, tal como señalamos antes, 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 que “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 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 doctrina⁴⁵ y jurisprudencia⁴⁶ prácticamente unánimes

⁴⁵ Por ejemplo, Luis Corsi se refiere a los “contratos por adhesión... en los sectores bancario y de seguros” (Corsi: obra citada, p. 27).

⁴⁶ 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>

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”.⁴⁷ 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”,⁴⁸ o de que uno de los elementos definitorios del contrato de adhesión es que no hay “ninguna posibilidad de discutirlo ni de modificarlo”.⁴⁹ 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”.⁵⁰

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

⁴⁷ Melich: obra citada, p. 770.

⁴⁸ Maduro y Pittier: obra citada, p. 569.

⁴⁹ Posada Torres: obra citada, p. 143.

⁵⁰ Domínguez Guillén: obra citada, p. 484.

contractuales, se justifica proteger al adherente, pues se trata de cláusulas predispuestas por su contraparte.

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”.⁵¹

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.⁵² 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”.⁵³

⁵¹ Melich: La Naturaleza del Contrato de Adhesión Considerado en las Leyes que Regulan el Derecho de Consumo, obra citada, p. 769.

⁵² 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).

⁵³ Melich: obra citada, p. 772.

11) Prueba de que un contrato es de adhesión

El carácter de contrato de adhesión de un contrato puede resultar de la naturaleza o del formato de dicho contrato. 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.

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 (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).

La carga de la prueba de que un contrato es de adhesión fue tratada en un laudo dictado por un tribunal arbitral del que formó parte el autor de este trabajo,⁵⁴ 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 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*

⁵⁴ 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.

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 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”.⁵⁵ Por el contrario, se trata, simplemente, de aplicar dicha definición legal, que era muy amplia, y que, repetimos, coincide con la aportada por la doctrina.⁵⁶

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 debe ser aceptado en bloque o casi en bloque por la otra parte.

12) Conclusiones

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, y, por ende, conviven, en el contrato, cláusulas negociadas y cláusulas por adhesión, sólo respecto de éstas últimas se justifica proteger al adherente. 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, es distorsionar el lenguaje y reducir innecesariamente la protección de los adherentes. No se debe negar esta protección para someter a arbitraje los contratos de adhesión, sino, más bien, (i) reconocer que el adherente puede renunciar tácitamente a la protección que le da la segunda parte del artículo 6 de la Ley de Arbitraje Comercial; (ii) tener una interpretación amplia de la exigencia de una “manifestación de voluntad de someter el contrato a arbitraje... en forma expresa e independiente”, por ejemplo, esta manifestación puede resultar de documentos anteriores, contemporáneos o posteriores a la adhesión al contrato, en que conste que el adherente tuvo la oportunidad de (a) conocer la cláusula arbitral, y decidió adherirse de todas maneras, o (b) negociar la cláusula arbitral, aunque no haya propuesto cambios a ésta; y (iii) entender que, en los casos en los cuales la naturaleza o el formato del

⁵⁵ Prólogo de Hernando Díaz-Candia a la Memoria Arbitral II, obra citada, pp. 10, 11 y 311 a 320.

⁵⁶ Melich: Las Particularidades del Contrato con Consumidores, obra citada, p. 770.

contrato no evidencien que se trata de un contrato de adhesión, corresponde a quien se dice adherente probarlo, demostrando que la discusión estaba en principio excluida.