

EL DERECHO ROMANO CONTRACTUAL FRENTE A LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN

Por **BARTOLOMÉ GIL OSUNA**[♦]

SUMARIO: RESUMEN. INTRODUCCIÓN. CAPÍTULO I. 1.- EL CONTRATO. 2.- ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL CONTRATO. 3.- ELEMENTOS DEL CONTRATO. CAPÍTULO II. 1.- CONTRATOS DE ADHESIÓN. 2.- ANTECEDENTES DE LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN. 3.- CONTRATOS DE ADHESIÓN: CONCEPTO LEGAL. 4.- CLÁUSULAS ABUSIVAS PRESENTES EN LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN. 5.- CONTRATOS DE ADHESIÓN Y SU IMPERATIVIDAD. CONCLUSIONES. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

RESUMEN

El derecho contractual hoy es muy complejo y diverso, el cual comprende el estudio de diversos contratos que tienen su origen en el Derecho romano y en el ya entrado siglo XXI, se ha requerido del establecimiento de mecanismos masivos de contratación, mediante la celebración de contratos en serie, como dispositivo necesario para el funcionamiento de una economía moderna, denominados Contratos de Adhesión, evidenciándose que la contratación romana se encuentra en crisis debido al hecho de que en la mayor parte de estos contratos no hay un acuerdo de voluntades pleno, lo que genera en algunas formas de contratar cláusulas abusivas.

PALABRAS CLAVES: Contratación romana, *Contractus*, Contratos de Adhesión, Cláusulas Abusivas.

ABSTRACT

Contract law today is very complex and diverse, which includes the study of various contracts that have their origin in Roman law and entered the twenty-first century, it has required the massive mechanisms of recruitment, through contracts serial device as necessary for the functioning of a modern economy, called Adhesion Contracts, Roman providing evidence that the recruitment is in crisis due to the fact that most of these contracts is not a full meeting of the minds, leading to some forms of unfair hiring.

KEY WORDS: Recruitment roman contract, *Contractus*, Adhesion Contracts, Unfair terms.

allanbart@latinmail.com; barthisa@gmail.com

INTRODUCCIÓN

En el ámbito latinoamericano el estudio del Derecho romano depende, casi en su totalidad, de las fuentes jurídicas romanas que han llegado hasta nuestros días. Así como también, depende del

^{1♦} Abogado-Politólogo, Profesor de Derecho Romano. Universidad de los Andes, Mérida-Venezuela. Ponencia presentada en el marco del XVII CONGRESO LATINOAMERICANO DE DERECHO ROMANO, celebrado en la Pontificia Universidad Católica del Perú, ciudad de Lima-Perú, días 18, 19 y 20 de Julio de 2011.

que se encuentra en las fuentes históricas o literarias. La mayor parte de las fuentes han sobrevivido en copias tardoantiguas o medievales. Incluso algunos solo se conservaron en traducción, como el *Liber legum Syro-romanum* o los *Scholia Sinaitica*. A partir de la segunda mitad del siglo XIX, los papiros descubiertos en Egipto principalmente han aportado nuevo e invaluable material al estudio del Derecho de Roma. En la última década del siglo XX, la digitalización de estos textos aporta una nueva forma de consulta, simplificado notablemente el acceso a los documentos originales y dando lugar a un estudio más cercano de temas como la contratación romana y su cercanía a lo que hoy, en la segunda década del siglo XXI, denominamos Contratos de Adhesión.

En los siglos XIX y primera mitad del siglo XX hubo un gran avance en los estudios romanísticos, gracias, entre otras cosas, al descubrimiento y edición por Niehbur de las Instituciones de Gayo, la edición crítica del *Corpus Iuris Civilis* por Krüger y Mommsen, la reconstrucción del Edicto del Pretor y la Palingenesia de los libros de la jurisprudencia romana hechas por Otto Lenel, así como por la crítica de interpolaciones que ejercieron todos los romanistas sobre las diversas fuentes jurídicas romanas, pero principalmente sobre el Digesto. Gracias a esta labor se pudo tener desde la mitad del siglo XX una reconstrucción del Derecho romano de la época clásica, como un derecho distinto del Derecho romano postclásico. Por eso, hoy es usual en todos los manuales y tratados de Derecho romano el distinguir entre los regímenes clásico y postclásico de cada institución.

Este escalamiento, además de la importancia meramente científica que ha tenido, puede tener también muchas consecuencias para el progreso del derecho privado actual. El Derecho romano que se enseñaba en las universidades medievales, y el que se enseñó en la Universidad de Nueva España, y que formó durante siglos la mentalidad de los juristas fue el derecho contenido en el *Corpus Iuris Civilis*, sin distinguir entre reglas clásicas y postclásicas. Ese mismo Derecho romano fue el que recibieron y pusieron en práctica los tribunales europeos durante los siglos XIV a XVII, y el que tuvieron en cuenta los redactores de los primeros códigos modernos. En consecuencia, hay muchas reglas del derecho clásico que ahora conocemos gracias a los progresos de la crítica romanística pero que fueron ignoradas en el proceso de formación de los derechos occidentales modernos.

La codificación del Derecho civil en Europa y, en particular, en Alemania tardó. En ese país, el desarrollo de la doctrina jurídica estuvo influenciado por el Romanticismo y la Escuela Histórica

del Derecho, cuyo principal exponente fue Friedrich Karl von Savigny. Bajo la égida de esta escuela de pensamiento, los alemanes se concentraron en el estudio histórico de las instituciones del Derecho romano (*Contractus*) y se convirtieron en los mejores romanistas de Europa. Los enfoques doctrinales promovidos por esta escuela fueron criticados a mediados del siglo XIX por Rudolph Von Jhering, cuyas ideas tuvieron una gran influencia sobre Oliver Wendell Holmes y el Realismo Jurídico norteamericano, medio siglo después. Alemania finalmente adoptó su Código Civil (*Bürgerliches Gesetzbuch*) en 1900. Este Código constituye, junto con el francés, el modelo principal para los países civilistas.

Y sin sombra de duda, uno de los Institutos jurídicos de más resonancia y, al mismo tiempo, de más adversidad y controversia es el Contrato romano, sus elementos, sus requisitos o condiciones de formación y los efectos jurídicos que éste produce una vez perfeccionado. La noción que prevaleció como propia del Derecho romano y que se recibió en los códigos civiles actuales es que el **contrato** es un acuerdo de voluntades para crear, modificar o extinguir obligaciones. Sobre esta noción, el derecho privado moderno ha construido toda una teoría general del contrato. Pero ahora, la romanística ha descubierto que la noción clásica del contrato no era esa, sino la que proporciona Labeón², según la cual el contrato es esencialmente la obligación recíproca. Sobre esta noción se puede construir una nueva teoría de los contratos, que permita superar la actualmente en vigor, que bajo muchos aspectos se encuentra en crisis debido al hecho de que en la mayor parte de los contratos no hay un acuerdo de voluntades pleno, en el sentido de que las partes no lo construyen a través de un proceso de negociación, sino que la mayoría son contratos en que una parte impone a otra el contenido del contrato, de modo que ésta última no tiene más voluntad que asentir o rechazarlo, y como no puede negarse que en tal circunstancia hay un acuerdo de voluntades, se llega a la conclusión de que tal contrato, en tanto es producto de un acuerdo de voluntades es válido, independientemente de su contenido. De este modo, la noción de contrato como acuerdo de voluntades, al dar preeminencia al acuerdo de voluntades, que se

² Labeón, Marco Antistio (42 a.C.- 22 d.C.) Jurisconsulto romano contemporáneo de Augusto, discípulo de Cayo Trebacio y fundador de la «escuela proculeyana». Labeón es, junto a C. Ateyo Capitón (muerto en 22 d.C.), uno de los juristas más insignes de los primeros años del Principado; con él se inicia la etapa clásica central, o de apogeo, del Derecho romano. Su padre (Pacuvius Labeo), jurista también, había sido un fervoroso republicano, amigo de Bruto, y uno de los primeros en conjurarse contra César (Plutarco, *Brutus*, 12,4), muriendo por su propia mano tras la derrota de Filipos (Plutarco, *ib.*, 51,2). Labeón permaneció fiel al ideal republicano heredado de su padre; por esta razón, apenas ascendió en el *cursus honorum*: el año 18 formó parte de la comisión encargada por Augusto de hacer una nueva lista de senadores (*lectio senatus*); obtuvo la pretura, pero rechazó el consulado que le ofreció Augusto, dedicándose por entero a su vocación de jurista. Escritor fecundo y original, versado en gramática, literatura, filosofía y dialéctica, Labeón dejó una obra inmensa, en más de 400 libros, de los que se conservan referencias a través de otros juristas (Ulpiano, Paulo, Juliano), que citaban sus opiniones, lo que permite apreciar la autoridad y el influjo de sus obras en la jurisprudencia posterior.

dice es la “ley” principal de los contratos, viene a servir como medio para legitimar la imposición de la voluntad más fuerte.

El mercado cosmopolita en el cual vivimos en el ya entrado siglo XXI, requiere el establecimiento de mecanismos masivos de contratación, mediante la celebración de contratos en serie. No se trata de una imposición del fuerte al débil, sino de un mecanismo necesario para el funcionamiento de una economía moderna. De hecho, muchas veces, en estos contratos hoy denominados Contratos de Adhesión, el proponente no se encuentra en una posición de dominio con respecto al adherente. 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.

La doctrina venezolana ha destacado que esta forma particular de contratación o la llamada 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. En igual orden de ideas, la doctrina española, refiriéndose a tales condiciones generales, 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”³.

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.

En el moderno tráfico mercantil, buena parte de los contratos se instrumentan en formularios-tipo que contienen una serie de condiciones generales, unilateralmente impuestas por una de las partes

³ Díez-Picazo, L., y Gullón, A.: “Instituciones de Derecho Civil”, vol. I/2, Madrid, 1998, p. 63.

desde una situación de privilegio, y a las que la otra debe adherirse necesariamente si quiere contratar.

Así, los llamados contratos de adhesión, debido principalmente a esa posición de privilegio o supremacía desde la que se redactan, suelen contener, prácticamente sin excepción, una serie de condiciones que, tanto desde la óptica del jurista como desde la del profano, resultan francamente abusivas, rompiendo el justo equilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes. Es obligado citar el ejemplo de los contratos bancarios (sobre todo en relación con las tarjetas de crédito), en los condicionados de los cuales suelen instalarse torturantes cláusulas económicas que, si bien inicialmente generadas por los recelos de las entidades financieras y la necesidad de éstas de procurarse defensas y garantías desde el momento de la contratación, claramente han degenerado, en la mayor parte de las ocasiones, en útiles mecanismos especulativos que desembocan, a menudo, en condiciones de superlativizada injusticia.

El legislador venezolano se ha inclinado, por expresar que la producción en masa, el crecimiento en el volumen de los servicios y la proliferación de los contratos de adhesión ponen en evidencia las insuficiencias de la regulación contractual tradicional (Derecho romano contractual) y de los códigos de fondo, resultando necesario el reestablecimiento del equilibrio y la protección de la parte más débil, apareciendo así un nuevo sistema regulatorio con presupuestos y principios propios: la regulación de las relaciones de consumo, estatuidas en la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario y en la Constitución Bolivariana de la República de Venezuela.

De este modo, podemos advertir, que el derecho contractual hoy es muy complejo y disímil, en el cual no sólo se estudia el contrato de compraventa, sino también otros, dentro de los cuales podemos citar el contrato de arrendamiento, suministro, mandato, depósito, permuta, hospedaje, fianza, compraventa de empresas, arrendamiento de empresas, *leasing*, *factoring*, franquicia, *know how*, contrato de trabajo, consorcio, asociación en participación, securitización, entre otros contratos, es decir, el derecho contractual moderno es bastante amplio.

I CAPÍTULO

“Contractus (synallagma) autem est duorum vel etiam plurium in idem conventio et consensus ad constituendam obligationem et ut alter alteri fiat obnoxius”

(Contrato es la convención y el consenso de dos o más sobre el mismo asunto, de manera que se constituya una obligación y uno se halle obligado respecto del otro).

1.- EL CONTRATO

El contrato en el Derecho romano hace referencia a todo negocio jurídico privado patrimonial celebrado entre dos personas, que por medio de una convención tiene por finalidad la creación de obligaciones, ya sean éstas unilaterales o bilaterales. Esta idea generalizada fue en su momento apoyada, sobre todo, por los pandectistas alemanes, que tuvo una clara y nítida influencia en los códigos de la época, entre los cuales figura el Código Civil venezolano⁴. El propósito es poner en “estado de cuestión” esta configuración modernista, buscando sobre la base los textos que surgen del *Corpus Iuris Civilis*, y demás fuentes jurídicas que nos han dejado los juristas romanos, qué es lo que realmente entendieron éstos cuando se referían a esta institución del contrato.

2.- ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL CONTRATO

El vocablo *contractus*, como sustantivo en su forma nominativa, no figura en los primeros tiempos, ni tampoco se lo conoce como un término abstracto jurídico en el sentido que lo conocemos hoy. Como lo señala Schulz (1960): “Se halla ausente en las obras de César, Cicerón, Salustio, Livio, Tácito, Suetonio y los Plinios (*maior* y *minor*)” (p. 465). Y aunque no se trate en esta línea sino de autores literarios, llama la atención que uno de los vocablos que más usamos en la actualidad no sea empleado, aunque más no sea incidentalmente por ellos. Sobre todo Cicerón, quien si bien no era un jurista, trató el tema del *ius* en varias de sus obras de retórica (*De oratore*, *Brutus*, *De inventione*, etc.) y además debió intervenir como *orator* en varias causas judiciales atinentes a problemas del *ius civile* y actuó en las mismas sin mencionar esta palabra. Más aún, lo que resulta un dato más curioso y sorprendente es que el vocablo “contrato” se encuentra absolutamente ausente en el Edicto del Pretor.

⁴ El primer Código Civil en Venezuela entra en vigor el 1º de Enero de 1863. El vigente Código Civil venezolano data de 1982, cuando sufre una leve reforma. El Artículo 1.133º establece: El Contrato es una convención entre dos o más personas para constituir, reglar, transmitir, modificar o extinguir entre ellas un vínculo jurídico.

La mayoría de los códigos civiles tienen una definición de "contrato". Muchos de ellos, siguen los lineamientos del Código Civil Francés, cuyo artículo 1101 expresa que "El contrato es la convención por la cual una o más personas se obligan, con otra u otras, a dar, hacer, o no hacer alguna cosa".

El Código Civil Alemán (BGB) prescribe que "para la formación de un negocio obligacional por actos jurídicos, como para toda modificación del contenido de un negocio obligacional se exige un contrato celebrado entre las partes, salvo que la ley disponga de otro modo".

Por su parte el Código Civil suizo señala que "hay contrato si las partes manifiestan de una manera concordante su voluntad recíproca; esta manifestación puede ser expresa o tácita".

El Código Civil soviético solo expresaba que "Los actos jurídicos, esto es, los actos que tienden a establecer, modificar o extinguir relaciones de Derecho Civil, pueden ser unilaterales o bilaterales (contratos)".

A pesar de ello, no había propiamente una dificultad lingüística. El término *contractus* se conforma a partir del verbo *contrahere*, el cual era muy usado en la lengua latina. Al igual que el término castellano “contraer” (y también “contractar”), tiene el significado de “estrechar, constreñir una cosa con otra”.

Como se ve, este verbo *contrahere* es una palabra que tiene su antigüedad en la lengua latina, y que es usada en un sentido material y también metafórico. Incluso, más vinculado con nuestro tema, encontramos la aplicación *contrahere obligationem*, con lo cual estamos significando que se ha contraído una obligación. Piénsese, por ejemplo, en el pasaje de Gayo (2.14 = D.1.8.1.1) cuando nos habla de las *res* incorpóreas, es decir aquellas *quae tangi non possunt*, dándonos entre otros ejemplos el de las “*obligationes quoquo modo contractae*”. Precisamente, esta expresión no la podemos traducir como “las obligaciones contratadas de cualquier modo”, pues este mismo autor, más adelante (3.89) engloba en una sola expresión no sólo las *obligationes* que nacen *ex contractu*, sino también las *obligationes* nacidas *ex delicto*. Lo correcto es traducir la expresión gayana como “las obligaciones contraídas de cualquier modo”.

Incluso, se piensa que hay que tener mucho cuidado cuando en el Digesto se habla de *contrahere negotium*, que en lugar de ser entendido en el sentido de “celebrar un contrato negocial”, lo debe ser como aludiendo a “contraer un negocio”.

Vemos, pues, que el empleo del vocablo *contractus* presenta tonalidades generales, con incertezas y oscilaciones que resaltan genéricamente el empleo del verbo *contrahere*. Véase, así, que lo que sería el elemento esencial para el concepto moderno y actual de contrato estaría dado por la convención, mientras que, en el derecho romano, como lo recuerda G. Grosso: “*fondamentale il rilievo del Bonfante, che nel contrahere, al meno per l’accezione che si riflette sull’obbligazione, non entra tanto il concetto del consenso quanto quello del vincolo, del rapporto che si pone in atto*” (1963, p.30).

El uso del vocablo *contractus* lo podemos encontrar ya en los juristas del siglo I d.C. Pero, salvo el caso especial de Labeón⁵, el empleo es muy genérico e impreciso. Una especial importancia

⁵ El texto al cual hay que hacer alusión es el que figura en D. 50.16.19. Se trata de una cita de Ulpiano, en la cual nos hace saber lo que había establecido Labeón: “Labeón define, en el libro primero del Edicto del Pretor urbano, que unas cosas (asuntos) a veces “se hacen”, a veces “se gestionan” y otras veces “se contraen”, Y ciertamente que “lo actuado” [*actum*] es una palabra general, ya sea que alguna cosa [asunto] se haga [*agatur*] de manera verbal [*verbis*], ya sea mediante la entrega de una cosa [re], como sucede [respectivamente] en la estipulación, o en la entrega de dinero; pero “lo contraído” [*contractum*] significa la obligación de una y de otra parte, lo que los griegos llaman “*synallagma*”, como la compraventa, locación conducción y sociedad; “lo gestionado” [*gestum*] significa alguna cosa [asunto] hecho sin palabras”. Como vemos, el jurista augusteo nos diferencia tres clases de situaciones jurídicas capaces de producir, en el plano patrimonial, el efecto de crear obligaciones. La primera de ellas, es lo denomina *actus*. Al establecer la amplitud que tiene el vocablo, Labeón cuando habla del *contractus*.

tendrá en cambio Gayo⁶, que no es propiamente un *iurisprudens* (no se le conoce ningún *responsum*), sino más bien un maestro retórico que se dedicó a enseñar a sus alumnos en qué consistía el *ius*. Él al tratar de resolver el problema de las fuentes de las obligaciones, nos indica la dicotomía *contractus – delictum*: Suponiendo que efectivamente quiso hablar de *contractus* entendido en un sentido más sustantivo que el hecho del “contraimiento”⁷.

Es Teófilo, uno de los integrantes de la Comisión que redactó las *Institutiones*, que eludiendo la prohibición establecida por Justiniano (*Const. Tanta*, 12) de no prohibir la redacción de comentarios a su obra, escribió su Paráfrasis. En ella, redactada en griego, nos da una **definición del contrato**. La damos directamente en la traducción latina: “*Contractus (synallagma) autem est duorum vel etiam plurium in idem conventio et consensus ad constituendam obligationem et ut alter alteri fiat obnoxius*” (Contrato es la convención y el consenso de dos o más sobre el mismo asunto, de manera que se constituya una obligación y uno se halle obligado respecto del otro).

Podemos ver cómo, en la primera parte de la definición el autor toma las mismas palabras que Ulpiano había empleado para definir la *pactio* en D. 2.14.1.2, pero ahora atribuyéndolas al contrato. Sin embargo, en la parte final establece que este acuerdo celebrado entre dos o más personas es para hacer nacer una obligación bilateral y recíproca, ya que habla de *alter alteri* (del uno respecto al otro, tal como lo decía Gayo (3, 137) respecto de los contratos consensuales, que

entiende que se trata del caso de negocios convencionales que hacen nacer lo que él denomina una *ultrocitroque obligatio*. Esta expresión hace referencia a una obligación que sea mutua, recíproca. *Citro*, unido a *ultra* en la expresión *ultra et citro*, *ultrocitroque* significa de una parte hacia la otra, de lo que está acá y de lo que está allá, lo que está arriba y lo que está abajo, y viene empleado para indicar el movimiento de las cosas, el cual se cumple de ésta a la otra parte, o de aquí, de la otra a ésta.

⁶ Aunque aparece desconocido por los juristas de la época clásica (ninguno lo menciona) Gayo tuvo una ventura de gozar posteriormente de una gran popularidad como enseñante del *ius*. Su fama se torna más visible en los tiempos posclásicos. Así, alcanzará el honor de ser mencionado en la Ley de Citas, como uno de los autores cuyas obras podían ser citadas, válidamente, por los jueces en sus sentencias. Y más aún, Justiniano, al presentar sus *Institutas*, lo recordará como el “*Gaius noster*” (*Imperatoriam*). Para nuestro caso, Gayo será considerado en la actualidad como el autor más representativo de la época clásica, y esta idea es algo que perdurará en la tradición varias veces secular de los romanistas posteriores. Sus principales obras fueron las *Institutiones* en 4 libros (una de las primeras exposiciones sistemáticas romanas del derecho al modo griego) y los comentarios *ad edictum praetoris urbani o ad edictum urbicum* (sobre el edicto del pretor) en 10 a 15 libros y *ad edictum provinciale* en 32 libros (sobre el edicto del pretor, con el habitual apéndice sobre el edicto edilicio) obras que están relacionadas al tema en estudio. Sus *Institutiones* alcanzaron gran difusión durante el Dominado (y por ello es prácticamente la única obra de Derecho romano que ha llegado casi completa, aparte del *Corpus Iuris Civilis*), siendo utilizada hasta la época de Justiniano, como un texto para los estudiantes de derecho (siendo objeto de varias ediciones e incluso reelaboraciones y resúmenes). De hecho, las *Institutiones* de Justiniano se basaron principalmente en la obra de Gayo.

⁷ De esta manera estamos de acuerdo con el empleo que hace el romanista chileno Alejandro GUZMÁN BRITO del vocablo contraimiento en el vocabulario de la negocialidad jurídica en el Derecho romano, en “Revista de Estudios Histórico-Jurídicos”, Sección Derecho Romano, XVII, Valparaíso, Chile, 1995, ps. 79 y ss., 93 y n. 43-46), para señalar el sentido extrajurídico de mera concertación bilateral para diferenciarlo del sentido jurídico, como lo es en otros casos y en la actualidad del vocablo “contrato”.

Respecto del pasaje de Aulo Gelio, F. SCHULZ, *Classical Roman Law*, ob. cit., n.3, traduce *contractus* no lo traduce como “contrato”, sino de otro modo, análogo al tomado por nosotros: “*This making (contractus) [por medio de estipulaciones] or sponsiones was called sponsalia*, 466 (tra. cast. cit., 466: “Esta declaración (*contractus*)...”.

coincide perfectamente con la *ultra citroque obligatio de Labeón* (D. 50.16.19) y, en la que el Derecho canónico⁸, después amplió y perfeccionó.

3.- ELEMENTOS GENERALES DE LOS CONTRATOS⁹

En el Derecho romano los contratos contaban con tres partes o elementos esenciales; a saber: El consentimiento de las partes, su capacidad y un objeto valedero.

El consentimiento: El acuerdo de dos o más personas que se entienden para producir un efecto jurídico determinado, este es el acuerdo base de todo contrato, el *solo consensu*. Para que pueda haber un acuerdo valedero, es necesario que la persona tenga voluntad, que obste plena capacidad jurídica.

⁸ La formación histórica del concepto moderno de contrato se produce, por consiguiente, tras esta época, y gracias a la influencia de diversas corrientes de pensamiento posteriores. Entre dichas corrientes, debemos comenzar por destacar la gran relevancia del Derecho Canónico, cuya fuerza integradora y creadora en temas civiles es destacable. Ello será posible debido a que el Derecho Canónico medieval no es un Derecho estrictamente confesional, sino que aporta soluciones concretas a cuestiones civiles como por ejemplo contratos, herencias, matrimonio y causas matrimoniales (en el ámbito de las obligaciones y contratos los "Manuales de Confesores" tuvieron especial relevancia), sin perjuicio de que a partir del Concilio de Trento se produciría un repliegue hacia el aspecto más espiritual, con lo cual el Derecho Canónico se reduciría más a lo puramente religioso y su aportación a la ciencia jurídica general se vería bastante limitada.

Más libres del influjo de la tradición romana que los civilistas, los canonistas elaboran un concepto de contrato que otorga gran valor al consenso, y establecen la idea de que la voluntad es la fuente de la obligación, desligándola del rígido formalismo romano ya expuesto.

Por otra parte, dato necesario para comprender ese progreso, la doctrina canónica se encuentra influida, como es perfectamente imaginable, por toda una serie de motivaciones éticas y religiosas (como las que imponen la fidelidad a la palabra dada y el deber de veracidad), de las que se deriva la obligación de observar los pactos aunque se trate de simples pacta (se pretende primar la *voluntas* sobre los *verba*: *pacta quantuncumque nuda servanta sunt*): faltar a una promesa es un engaño, y por tanto, pecado (en la *Summa* se recoge el principio *mendacium est si quis non compleat quod promisit*), y, como pecado que es, la doctrina canónica se encarga de encontrar los medios oportunos para reprimir dicho pecado, pecado cometido por aquellos que no mantienen sus pactos o sus promesas.

Algunos de sus principios resultarán de vital importancia en el orden jurídico-privado: la *bona fides*, el principio de *humanitas*, el principio de espiritualización de los conceptos, así como el de *aequitas*.

⁹ *Elementos esenciales:* Son aquellos sin los cuales el contrato no tiene valor, o degenera en otro diferente. Estos son: la capacidad, el consentimiento, el objeto y la causa. En algunos ordenamientos jurídicos y para algunos contratos puede exigirse como validez también la forma.

Capacidad: Se subdivide en capacidad de goce (la aptitud jurídica para ser titular de derechos subjetivos) y capacidad de ejercicio (aptitud jurídica para ejercer derechos y contraer obligaciones sin representación de terceros).

Consentimiento: El consentimiento se manifiesta por la concurrencia de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato. Será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo.

Objeto: Pueden ser objeto de contratos todas las cosas que no están fuera del comercio humano, aun las futuras. Pueden ser igualmente objeto de contrato todos los servicios que no sean contrarios a las leyes o a las buenas costumbres.

Causa: En los contratos onerosos (como la compraventa), se entiende por causa, para cada parte contratante, la entrega o promesa de una cosa o servicio por la otra parte; en los de pura beneficencia (ej. el de donación), la mera liberalidad del bienhechor.

Forma: En algunos contratos es posible que se exija una forma específica de celebración. Por ejemplo, puede ser necesaria la forma escrita, la firma ante notario o ante testigos, etc.

Elementos naturales: Son aquellos que se entienden incorporados en el contrato, pero que las partes pueden libremente eliminar del mismo, sin que éste deje de ser válido.

Elementos accidentales: Son aquellos que las partes establecen por cláusulas especiales, que no sean contrarias a la ley, la moral, las buenas costumbres o el orden público; v. g., el plazo, la condición, el modo, la solidaridad, la indivisibilidad, la representación, etc.

En consonancia con la autonomía de la voluntad, los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por convenientes, siempre que no sean contrarios a la ley, la moral, las buenas costumbres o el orden público.

De la capacidad de las partes: Para que un contrato sea válido es preciso que se forme entre personas capaces, sin que se confunda capacidad con imposibilidad de consentir. El loco y el *infans* o niño, no pueden contratar, porque no tienen voluntad y no pueden consentir. Los incapaces por el contrario, gozan del libre albedrío y pueden manifestar formalmente su voluntad; pero el derecho civil, por diversas razones, anula su consentimiento. La capacidad, es la regla; la incapacidad es la excepción y no existe sino en la medida en que es pronunciada por el derecho. Algunas incapacidades alcanzan a las personas libres, y tienen su causa en la protección del incapaz; son las que se derivan de: la falta de edad, de la prodigalidad y del sexo, es bueno recordar que la mujer estaba casi siempre sometida a la *manus* de su marido o de su padre y que no podía concertar nada sin el consentimiento de uno u otro. Las otras incapacidades afectaban a los esclavos, quienes podían, en algunos casos contratar, pero solo a nombre de su amo.

El objeto del contrato: El contrato formado por el acuerdo entre personas capaces debía aun, para ser válido, tener un objeto que reúna ciertos caracteres. El objeto de un contrato consiste en la creación de una o varias obligaciones. Si una de esas obligaciones es nula, el contrato está viciado de nulidad. El objeto de la obligación consiste en un hecho del deudor; para que este hecho pueda ser válidamente el objeto de una obligación, debe satisfacer ciertas condiciones: “debe, ser posible; ser lícito; debe constituir para el acreedor una ventaja apreciable en dinero; debe ser suficientemente determinado, pues es necesario que deba ser preciso para que haya más certidumbre y claridad” (Bonfante, 1952, p. 238).

II CAPÍTULO

Artículo 81.- A los efectos de esta Ley se entenderá como contrato de adhesión aquel cuyas cláusulas han sido aprobadas por la autoridad competente o establecidas unilateralmente por el proveedor de bienes o servicios, sin que el consumidor pueda discutir o modificar substancialmente su contenido al momento de contratar.

La inserción de otras cláusulas en el contrato no altera la naturaleza descrita de contrato de adhesión.

Ley de Protección al Consumidor y al Usuario¹⁰

¹⁰ **Ley de Protección al Consumidor y al Usuario:** 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. En materia de TIC, establece un Capítulo (V) completo referido al Comercio Electrónico, incluyendo una definición de éste. Establece los deberes del proveedor de bienes y servicios dedicados al comercio electrónico, entre los que se cuenta el de aportar información confiable, desarrollar e implantar procedimientos fáciles y efectivos que permitan al consumidor o usuario escoger entre recibir o

1.- CONTRATOS DE ADHESIÓN

En sentido general, los contratos¹¹ 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 venezolano).

Existen contratos diseñados y escritos especialmente para regular una relación entre dos o más partes, que han negociado el convenio que las une. Estos convenios han sido denominados contratos paritarios y además se les ha llamado por otros nombres, tales como “contratos de libre discusión”.

También existen relaciones en las que 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 las relaciones entre aquélla y su clientela, globalmente considerada. Este conjunto de normas ha sido denominado condiciones generales de contratación, las cuales están contenidas en un contrato tipo o contrato de adhesión.

no mensajes comerciales electrónicos no solicitados, adoptar especial cuidado en la publicidad dirigida a niños, ancianos, enfermos de gravedad, entre otros, el deber de informar sobre el proveedor, garantizar la utilización de los medios necesarios que permitan la privacidad de los consumidores y usuarios, ofrecer la posibilidad de escoger la información que no podrá ser suministrada a terceras personas, ofrecer la posibilidad de cancelar o corregir cualquier error en la orden de compra, antes de concluirla, proporcionar mecanismos fáciles y seguros de pago, así como información acerca de su nivel de seguridad y especificar las garantías. Atribuye al INDECU, hoy INDEPABIS, la obligación de educar a los consumidores a cerca del comercio electrónico y fomentar su participación en él.

¹¹ Un **contrato**, en términos generales, es definido como un acuerdo privado, oral o escrito, entre partes que se obligan sobre materia o cosa determinada, y a cuyo cumplimiento pueden ser exigidas. Es un acuerdo de voluntades que genera derechos y obligaciones para las partes. Por ello se señala que habrá contrato cuando varias partes se ponen de acuerdo sobre una manifestación de voluntad destinada a reglar sus derechos.

Doctrinariamente, ha sido definido como un negocio jurídico bilateral o multilateral, porque intervienen dos o más personas (a diferencia de los actos jurídicos unilaterales en que interviene una sola persona), y que tiene por finalidad crear derechos y obligaciones (a diferencia de otros actos jurídicos que están destinados a modificar o extinguir derechos y obligaciones, como las convenciones). También se denomina contrato el documento que recoge las condiciones de dicho acto jurídico.

En el Derecho romano clásico, a su vez, el contrato se refiere a la concreta situación de estar ligadas las partes por un vínculo jurídico que crea derechos y obligaciones. No se refiere al acto jurídico mediante el cual las partes contraen dichos derechos, sino a lo contratado (*contractus*, lo contraído), la relación jurídica que ha quedado indisolublemente constituida mediante la convención generadora.

Etimológicamente, la palabra contrato procede de “CUM” y “TRATO”, venir en uno, ligarse, significando, por tanto, acuerdo de voluntades, convención. Sin embargo, las legislaciones y la doctrina no siempre han aceptado la sinonimia entre la convención y el contrato. De hecho en el D° Romano, esa distinción tenía gran relevancia, de forma que la convención era el simple acuerdo de voluntades, que por sí solo no generaba acción ni vínculo obligatorio; y el contrato era la convención que, por ir acompañada de una forma requerida por el derecho, o de una causa idónea para fundar la obligación, producía acción y vínculo obligatorio.

El presente estudio se propone analizar lo que se ha llamado condiciones generales de contratación, contratos tipo, contratos reglados y contratos de adhesión y el contenido en ellos de algunas cláusulas que se pueden considerar abusivas.

La expresión contrato de adhesión ha sido atribuida al francés Saleilles¹², quien la acuñó a principios del siglo XX. En nuestro criterio, el término contrato de adhesión transmite la idea de que dicho conjunto de normas tiene carácter convencional, es decir, deviene obligatorio en razón de la voluntad concordante de ambas partes. 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. Volveremos sobre este asunto al tratar, más abajo, el tema relativo a la fuerza obligatoria del contrato de adhesión.

Se usa, algunas oportunidades, la expresión condiciones generales de contratación para describir una cierta categoría de contrato de adhesión. En este sentido, la doctrina venezolana¹³

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”¹⁴.

Algunos 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 rechazar, sin discutir las. En este orden de ideas, en las pólizas de seguro es frecuente encontrar un documento denominado condiciones generales y otro denominado condiciones

¹² El jurista francés Raymond Saleilles (1855-1912), en su célebre obra *De la déclaration de volonté*, aparecida en el año 1901, fue el primero en sostener que estos actos no podían ser explicados mediante la aplicación de la teoría contractual, porque, en realidad, eran actos producto de una sola voluntad y dio a los mismos la denominación de contratos de adhesión, con la que se los distingue actualmente. En su obra, escribía SALEILLES: "Indudablemente hay contratos y contratos.... Existen unos pretendidos contratos que no tienen de tales más que el nombre, y cuya construcción jurídica aún está por hacer;.... se les podría llamar, a falta de otra denominación más adecuada, contratos de adhesión, en los cuales se da un predominio exclusivo de la voluntad de una de las partes contratantes actuando como voluntad unilateral, la cual dicta su ley no ya solo a un individuo sino a una colectividad indeterminada, y que se vincula por anticipado, unilateralmente, salvo la adhesión de quienes deseen aceptar su *lex contractus* y entrar a formar parte de este acuerdo ya creado por sí mismo".

¹³ Melich, J.: “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.

¹⁴ Melich, J.: op. cit., p. 95.

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.

2) ANTECEDENTES DE LOS CONTRATO DE ADHESIÓN

A partir de la revolución industrial surgen nuevas tecnologías; la introducción de la máquina permite la producción masiva y en serie, provocando un aumento de la producción de bienes y servicios que exige ubicarlos en el mercado, es decir que mayor cantidad de personas accedan a ellos, lo que trae aparejado la extensión del tráfico comercial con una oferta a un precio razonable teniendo las empresas que reducir los costes y mejorar la gestión de la empresa; produciéndose así la quiebra de la autonomía de la voluntad, el contrato ya no es más la consecuencia de la libre voluntad de las partes en el marco de la igualdad jurídica; aparecen los contratos de adhesión, con las cláusulas predispuestas en las que el empresario impone las condiciones y a las que el consumidor debe someterse si pretende tener acceso al producto.

Este fenómeno del contrato de adhesión encuentra gran expansión en el siglo XX, en distintas órbitas, como por ejemplo: seguros, transporte terrestre, marítimo o aéreo, bancos, suministros de luz, agua, telecomunicaciones, hospedaje y turismo, publicidad, telecomunicaciones, espectáculos públicos (cine, teatro, deportes), etc.

Así es como en pleno auge de la revolución industrial y contratación en masa¹⁵, ha escrito Saleilles:

¹⁵ Los contratos en masa: consecuencia de la estandarización de la contratación. Ya hemos comprobado cuál es la idea de contrato que encontramos en el CC, y cómo el legislador piensa en unas partes que se encuentran en una posición que les asegura cierta igualdad, y no hay parte que imponga sus dictados a las otras. Sin embargo, hoy día el fenómeno de la contratación en masa implica una importante matización a estas ideas.

El tráfico mercantil acelera el ritmo de la contratación. Si esto es algo que está asumido desde hace bastante tiempo, y que en su día ya estuvo en la base de la creación de esa rama del Derecho privado surgida del seno del Derecho civil que es el Derecho mercantil, desde la segunda mitad del siglo XX todo se acentúa por medio del hecho de que la organización empresarial racionaliza sus energías y sus gastos en todos los sentidos, y en el sector que nos ocupa, ello determina, por ejemplo, la utilización de un contrato único o preestablecido mediante formularios o impresos, con lo que se ahorra en todo caso esa idea de negociación que está presente en el CC. Por tanto, ello repercute en una mayor velocidad en el tráfico económico, así como en una reducción al máximo o falta, según los casos, de posibilidad de negociar el contenido a la hora de emitir el consentimiento.

Por ello, y utilizando conceptos ya expuestos, el contrato como acto no se verá modificado por este paso social, pero en lo que toca al contrato como norma ya sí se varía considerablemente, dado que esa norma que servirá de base a esa relación no va a estar consensuada por las partes, sino que será creada por una y aceptada por la otra u otras, y la diferencia es importante (surge la necesidad, si no de evitar la práctica de esta conducta, que parece inevitable además de beneficiosa para la economía, sí al menos de controlarla de alguna manera). Así, las empresas impondrán un clausulado previamente redactado a sus clientes, a los que se reduce su libertad a la hora de contratar de modo importante: deben adherirse o rehusar la contratación, pero siendo conscientes de que si contratan no intervendrán a la hora de redactar la *lex contractus*, por lo que ese contrato como norma redactada con la intervención de las partes queda diluido.

Indudablemente hay contratos y contratos. Existen unos pretendidos contratos que no tienen de tales más que el nombre, cuya construcción jurídica aún está por hacer...; se les podría llamar, a falta de otra denominación más adecuada, contratos de adhesión, en los cuales se da un predominio exclusivo de la voluntad de una de las partes contratantes, actuante como voluntad unilateral, la cual dicta su ley no ya solo a un individuo, sino a una colectividad indeterminada, y que se vincula por anticipado, unilateralmente, salvo la adhesión de quienes deseen aceptarse *lex contractus* y entrar a formar parte de ese ya creado por el mismo (Citado por García Amigo, 1995, p. 211).

La denominación contratos de adhesión - adoptada circunstancialmente por Saleilles – fue difundida en países como Francia e Inglaterra (*contracts of adhesión, standarform contracts*), mientras que en Alemania, Italia y España se divulgó la de condiciones generales de los contratos o condiciones negociales generales.

Si bien en el siglo XX se desarrollaron nuevas tecnologías es cierto que también antes se podían encontrar relaciones jurídicas entre sujetos con obligaciones para ambos que serían asimilables a lo que hoy consideramos contrato de adhesión, lo que sucedía es que no había sido desarrollado jurídicamente para conceptualizarlo como hoy llamamos contrato de adhesión.

Existía por entonces una fuerte industria fabril en pleno desarrollo, a iniciativa de la actividad comercial de los fabricantes y empresarios de Europa y EE.UU., embarcados en las poderosas producciones seriadas y masivas, resultantes de la reciente finalización de la Segunda Guerra Mundial. En efecto, se brindó la posibilidad de poder continuar la producción, sin requerir mayor mano de obra o nuevos edificios, gracias al regreso de los soldados y a los espacios fabriles en ese entonces desocupados.

Consecuentemente se implanta como modalidad de la fabricación seriada de automotores, la división económica de las unidades producidas. Su resultado daba un precio fijo e inamovible; se ofertaba el automotor con un precio preestablecido que impedía en el comprador poder alguno de negociación o modificación.

Es significativo que esta comercialización potencial capitalista dio origen al típico contrato por adhesión, en la necesidad de posibilitar la celebración del contrato entre productor y consumidor. Hoy es el contrato usado por excelencia, y masivamente, para la provisión de bienes o servicios,

en el que podemos considerar existe una creciente intervención pública¹⁶ en la contratación, lo que ha generado la crisis del contrato.

3) CONTRATO DE ADHESIÓN: CONCEPTO LEGAL

El artículo 18 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario¹⁷ publicada el 23 de marzo de 1992 y reformada según publicación del 17 de mayo de 1995, hoy derogada, establecía lo que sigue:

“Contrato de adhesión es aquel cuyas cláusulas hayan sido aprobadas por la autoridad competente o establecidas unilateralmente por el proveedor de bienes o servicios sin que el consumidor pudiera discutir o modificar su contenido”.

Del mismo modo, el artículo 81 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario publicada el 4 de mayo de 2004, hoy vigente, dispone: “Se entenderá como contrato de adhesión, a los efectos de esta Ley, aquel cuyas cláusulas han sido aprobadas por la autoridad competente o establecidas unilateralmente por el proveedor de bienes o servicios, sin que el consumidor pueda discutir o modificar substancialmente su contenido al momento de contratar.”

¹⁶ Otro fenómeno que influye en las relaciones contractuales es la posible intervención pública en los mismos, lo que implicará que, pese a que el tema no es nuevo (ya estudiado por autores como DUGUIT, HAURIOU, RENARD, RIPERT, BATIFFOL, etc.) determinados autores más actuales hablen de la crisis del contrato.

Ya sabemos que las partes pueden pactar lo que estimen conveniente, siempre dentro de los márgenes de la ley, la moral y el orden público. Pero si uno de esos límites comienza a engrandecerse, es evidente que se empequeñece el ámbito de actuación de la autonomía de la voluntad. Y si algo nos ha enseñado el siglo XX es que en épocas de crisis económica se suele producir la intervención estatal en la economía, intervención que, por otra parte, dependerá, lógicamente, de la concepción que se sostenga acerca del papel de lo público en la economía (será menor si se defienden posturas neoliberales, o mayor si se defienden posturas más socialdemócratas o neokeynesianas).

Es, por tanto, posible que ciertas normas (enmarcadas en el seno de determinadas concepciones político-económicas) reduzcan el ámbito de la libertad contractual de los particulares. Y es típico citar en este ámbito el caso de los llamados contratos normados o reglamentados, en los que el Poder público oportuno fija un contenido imperativo, mayor o menor según las circunstancias por cuestiones, por ejemplo, de política social. Así surge, sin ir más lejos, la regulación relativa a contratos laborales, o las normas que protegen a sectores concretos históricamente desprotegidos (arrendatarios, consumidores y usuarios, etc.). También pueden obedecer a razones de política económica (el poder público puede reservarse la tarea de fijar determinados límites a la producción, o el destino o precio de determinados productos, por ejemplo).

Y dentro de este panorama suelen incluirse también los llamados "contratos forzosos" (en los que, debido al intervencionismo del poder público, las partes se ven inmersas en una relación jurídica similar a la contractual, pero sin que se cuente con su voluntad, o, incluso, contra su voluntad). Señala DÍEZ-PICAZO que el "genuino contrato forzoso aparece cuando a virtud de una decisión de la autoridad estatal las partes se ven, sin su voluntad y aun en ocasiones en contra de su voluntad, vinculadas por medio de una relación jurídica similar a la nacida de un contrato", y cita las ventas mediante cupo (cuando, desgraciadamente, hay necesidad de las mismas), las ventas forzosas de solares, o el arrendamiento forzoso. Merece otra reflexión la protección que se concederá a consumidores y usuarios. Éstos se hacen mercedores de protección desde el momento en que se aprecia la desproporción existente entre la gran masa de personas no profesionales del mercado que adquieren cosas o reciben servicios como destinatarios finales de los mismos, y que deben celebrar sus contratos con personas que dedican su actividad profesional a ello, y los profesionales del mercado que, precisamente por dedicar su actividad profesional a ello, están perfectamente asesorados para extraer el mayor rendimiento a dicha labor. Así lo considera nuestra Constitución y leyes relativas al tema.

¹⁷ Ley de Protección al Consumidor y al Usuario: 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.

Para que tales cláusulas sean vinculantes, tienen que haber sido propuestas por una de las partes y aceptadas por la otra (aunque casi sin discusión ni modificación), pues su naturaleza contractual es lo que las hace obligatorias.

Nuestra doctrina define los contratos de adhesión como “convenciones en que uno de los contratantes se suma en forma incondicional al contenido preelaborado por el otro”¹⁸, por oposición a los contratos cuyo “contenido y sus efectos mismos resultan de una previa discusión entre los sujetos”¹⁹.

En Venezuela, la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario emplea el término contrato de adhesión, y no la expresión condiciones generales de contratación. La Ley de Protección al Consumidor y al Usuario publicada el 23 de marzo de 1992 y reformada según publicación del 17 de mayo de 1995, fue derogada el 4 de mayo de 2004, por una nueva Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, publicada en esta última fecha; y ambas leyes (la derogada y la vigente) utilizan la denominación contrato de adhesión, por oposición a condiciones generales de contratación.

Es más, dado que las condiciones generales “se suelen articular” en contratos de adhesión y dado que “la Ley no habla de condiciones 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 contenido en sí²⁰. Sin embargo, se permite agregar que la terminología empleada por el legislador también sirve para destacar el carácter contractual de las obligaciones asumidas por el promovente y el adherente.

En efecto, según la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, las cláusulas propuestas por una de las partes de una relación contractual, y aceptadas por la otra parte, en bloque, son calificadas como contrato de adhesión. El mero uso de la palabra “contrato”, en la expresión “contrato de adhesión”, sirve para dejar claro su carácter contractual.

El Tribunal Supremo de Justicia²¹ tuvo la oportunidad de describir los contratos de adhesión, en los siguientes términos: “El acuerdo sobre la celebración de un contrato va generalmente

¹⁸ Kummerow, G.: Algunos Problemas Fundamentales del Contrato por Adhesión en el Derecho Privado, Caracas, 1981, p. 12.

¹⁹ Kummerow, G.: op. cit., p. 12.

²⁰ Corsi, L.: 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, 2007, p. 27.

²¹ El Tribunal Supremo de Justicia (TSJ) es el máximo órgano del sistema judicial de Venezuela. Como tal, El Tribunal Supremo es la cabeza del Poder Judicial de la República Bolivariana de Venezuela, sustituyendo en 1999 a la Corte Suprema de Justicia. Su actual Presidenta es la Magistrada Luisa Estella Morales (2009), quien además preside la Sala Constitucional del mismo órgano. El mismo se divide en 7 salas o instancias las cuales se dividen el trabajo según su competencia, estas salas son: Sala Plena, Sala

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...²²

En nuestro país, las condiciones generales de contratación propuestas por una de las partes de una relación contractual a la otra parte son, sin duda, contratos de adhesión, en la medida, claro está, en que sean aceptadas por ésta.

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”²³. Nuestro máximo Tribunal también tuvo la oportunidad de expresar: “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”.

No es rigurosamente exacto, en efecto, al menos en Venezuela, que el contrato de adhesión supone que no se modifique el clausulado prerredactado. Así que es excesivo afirmar, por ejemplo, que sólo hay contrato de adhesión cuando “el consumidor sólo tiene dos opciones: contratar conforme a las condiciones preestablecidas o no contratar (artículo 18 LPC)”. Realmente, puede haber un contrato de adhesión aunque el texto propuesto por el redactor sufra modificaciones a requerimiento del adherente, siempre que se trate de modificaciones no sustanciales.

Dado que artículos 18 (derogado) y 81 (vigente) de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, señalan, a propósito de la referida definición legal, que “La inserción de otras cláusulas en el contrato no altera la naturaleza descrita del contrato de adhesión”, sucede que la añadidura, a dicha definición, de la palabra “substancialmente”, que tuvo lugar al publicarse la nueva ley en fecha 4 de mayo de 2004, no modifica la idea básica de que el contrato sigue siendo de adhesión a pesar de los cambios realizados por iniciativa del adherente. De modo que tal añadidura no constituye un cambio importante.

Constitucional, Sala Político-administrativa, Sala Electoral, Sala de Casación Civil, Sala de Casación Social y la Sala de Casación Penal.

²² Casación Civil, 7 de noviembre de 2003 (<http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/noviembre/rc-00660-071103-01213.htm>).

²³ Casación Civil, 10 de octubre de 1990, citada por Bustamante, Maruja, y tomada del sistema JurisNet de JurisComp Programación, C.A.

4.- CLÁUSULAS ABUSIVAS PRESENTES EN ALGUNOS CONTRATOS DE ADHESIÓN

Con bastante regularidad, los contratos de adhesión contienen cláusulas abusivas. Pero éstas también pueden estar presentes en otros contratos. Y hay muchos contratos de adhesión que no contienen cláusulas abusivas.

La doctrina venezolana, en su mayoría, ha hecho el señalamiento, con razón, de que “las cláusulas abusivas, o ‘vejatorias’, ‘lesivas’, ‘desleales’, ‘leoninas’, suelen ser frecuentes en los ‘contratos por adhesión’”²⁴; y 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”.

Si bien puede haber cláusulas abusivas en los contratos paritarios, éstas son más frecuentes en los contratos de adhesión.

El artículo 6, número 7, de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario publicada el 23 de marzo de 1992 y reformada según publicación del 17 de mayo de 1995, prohibía las cláusulas abusivas; y el artículo 21 de la misma ley contenía una lista de cláusulas prohibidas en los contratos de adhesión. De manera similar, actualmente el artículo 6, número 8, de la nueva Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, publicada el 4 de mayo de 2004, prohíbe la imposición de cláusulas perjudiciales a los consumidores, y el artículo 87 de la misma ley contiene una lista de cláusulas prohibidas en los contratos de adhesión²⁵; adicionalmente, su

²⁴ Corsi, L.: op. cit., p. 27.

²⁵ La Ley de Protección al Consumidor y al Usuario dispone:

“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.

“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.”

artículo 15 proscribire las condiciones abusivas e incluye un listado de “7°. La protección contra... las prácticas o cláusulas abusivas impuestas por proveedores de bienes y servicios...”.

En Venezuela, la protección de los consumidores y usuarios contra las cláusulas abusivas goza de rango constitucional, puesto que la Constitución de 1999, en sus Artículos 113, 114 y 117, hace referencia a “la protección” y a la “defensa” del “público consumidor”. Ello obedece a un fenómeno global, denominado por algunos “constitucionalización” del “Derecho del Consumidor”.

De esta manera, respecto de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario (LPCU), la doctrina venezolana ha afirmado 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 contenidas en el artículo 21”. De esta misma manera, el artículo 36 de la ley derogada ordenaba mantener el suministro de ciertos bienes; y el artículo 38 *eiusdem* trataba de evitar que existiera una discrepancia entre la cantidad de un producto ofrecida y la entregada. Ambos artículos, cuya materia también es regulada por la legislación vigente, fueron adicionalmente invocados por el referido autor, para afirmar que se trata de normas contra “tratos abusivos, arbitrarios o discriminatorios”, las cuales evidencian que se puede —y se debe— “ampliar ese catálogo de cláusulas negras”, cuando sea procedente.

A partir de los artículos 6 (número 8), 15 y 87 de la nueva Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, todos ellos antes citados, se puede afirmar que actualmente debe considerarse que son cláusulas abusivas, y por ende prohibidas, todas las incluidas en las listas de los artículos 15 y 87, más aquellas disposiciones contractuales que sean calificables como abusivas conforme a los mismos artículos, de los cuales se desprende, de manera general, que están proscribas las cláusulas establecidas en perjuicio de los consumidores y usuarios sin ninguna justificación económica, las que establezcan imposiciones injustas o exageradamente gravosas, las que discriminen a algunos consumidores o usuarios respecto de otros (se niega a algunos un bien o servicio ofrecido al público o se crean otras desigualdades), las que generen indefensión, las que sean contrarias al orden público y las que estén reñidas con la buena fe.

Si bien los contratos de adhesión son un escenario donde muchas veces figuran cláusulas abusivas, interesa resaltar que también son frecuentes los contratos de adhesión que no contienen cláusulas de este tipo. 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 en ciertos casos tener respecto del otro contratante, sino que se debe a las exigencias del mercado²⁶.

5.- CONTRATOS DE ADHESIÓN Y SU IMPERATIVIDAD

Una vez que las condiciones generales de contratación propuestas por una de las partes sean aceptadas, expresa o tácitamente, por la otra parte, tales condiciones devienen 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. En ese mismo momento se perfecciona el contrato de adhesión, el cual, cuando regula las relaciones entre los proveedores de bienes o servicios y su clientela, está sujeto a las reglas de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario. 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”²⁷.

La doctrina de nuestro país ha señalado que la validez y eficacia de las Condiciones Generales de Contratación en el ordenamiento se apoya... en el principio de la autonomía de la voluntad (art. 1159 CC venezolano) 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. 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”, a la “libertad de contratación”.

En efecto, la base legal de las condiciones generales de contratación o contratos de adhesión se encuentra principalmente en el artículo 1133 del Código Civil, 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*, 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.

²⁶ Acedo, C.: “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 a 341).

²⁷ Morles-Hernández, A.: “Curso de Derecho Mercantil”, Tomo I, Caracas, 2004, p. 192.

Así, la doctrina patria, refiriéndose al “carácter contractual de la relación” que nace de un contrato de adhesión, expresa: “Supone un 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*’²⁸ 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”²⁹.

Basta el consentimiento del proponente y adherente para que nazca el vínculo obligatorio. La doctrina venezolana, 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.

CONCLUSIONES

El *contractus* en su visión romana ha sufrido cambios dramáticos en sus elementos constitutivos o elementos esenciales – *essential*-, en virtud a que la voluntad expresada en los contratos, que era el elemento más importante en la Roma clásica, hoy se ha visto desdibujada por una nueva contratación que ha significado, como muchos le han atribuido, una era de crisis de los contratos, gracias a la existencia en la contratación moderna e internacional de los contratos de adhesión que son aquellos en que las cláusulas son dispuestas por uno de los futuros contratantes de manera que el otro no puede modificarlas ni puede hacer otra cosa que aceptarlas o rechazarlas, de tal suerte que este último no presta colaboración alguna a la formación del contenido contractual, quedando así sustituida la ordinaria determinación bilateral del contenido del vínculo por un simple acto de aceptación o adhesión al esquema predeterminado unilateralmente. En consecuencia, lo fundamental es el libre consentimiento de las dos partes para crear el negocio jurídico, y aquel existe en virtud de que voluntariamente el adherente ha convenido en aceptar las

²⁸ Los Términos internacionales de comercio (en inglés *Incoterms* o *International Commercial TERMS*) son una serie de términos internacionales de comercio usados en todo el mundo. También se pueden definir como normas sobre las condiciones de entrega de las mercancías. Se usan para dividir los costos de las transacciones y las responsabilidades entre el comprador y el vendedor, y reflejan prácticas modernas de transporte. Son muy similares a la Convención sobre Contratos para la venta internacional de Mercancías de las Naciones Unidas (en inglés *U.N. Convention on Contracts for the International Sale of Goods*).

²⁹ Melich, J.: Las Particularidades del Contrato con Consumidores, op. cit., p. 93.

condiciones propuestas. En suma, se trata de contratos en que una de las partes por un acto unilateral de voluntad fija las condiciones sobre las cuales se va a contratar, y la otra se limita a aceptarlas o a adherirse en block a ellas, sin poder discutir las.

La naturaleza jurídica del contrato no es la adhesión sino que ésta es una forma de expresar el consentimiento, una manera en que el aceptante declara expresamente su voluntad de contratar, consiguientemente, los contratos por adhesión no son contratos, pues su naturaleza no es la adhesión, precisamente, pero sí implican contratación, encierran un contenido absolutamente contractual, que es diferente.

En este tipo de contratos la libertad de negociación está restringida ya que no existe posibilidad de que una de las partes discuta y obtenga de la otra la modificación de los alcances y condiciones del contrato, contenidos en las cláusulas impuestas unilateralmente por una de ellas; la voluntad de una de las partes está de tal manera restringida que solamente se limita a aceptar lo estipulado por la otra.

El contrato por adhesión es una modalidad específica que continua siendo un acuerdo contractual, con las mismas connotaciones, pero con una manera de prestar el consentimiento, por la diferente postura que sustenta cada una de las partes. Este tipo de contrato ha sido la consecuencia del maquinismo y de la transformación tecnológica del siglo XX y que en el comercio internacional se está proliferando a velocidad muy progresiva, como dicen los ingleses “*International trade is proliferating very progressive speed*”. Y esto se palpa en LOS PRINCIPIOS DE DERECHO EUROPEO DE LOS CONTRATOS, Partes I y II (Revisadas), Preparadas por la Comisión de Derecho europeo de los contratos. Traducción del texto de los artículos publicados en LANDO, BEALE, eds., *Principles of European Contract Law, Kluwer Law International*, La Haya, 2000³⁰.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

³⁰ El 11 de julio de 2001, la Comisión Europea emitió una comunicación al Consejo y al Parlamento europeos sobre el derecho de los contratos en Europa. En este documento, la comisión deseaba conocer los puntos de vista sobre los problemas relativos al funcionamiento del mercado interior con motivo de la coexistencia de derechos nacionales de los contratos, que son diferentes. La comisión consideró que cuatro opciones son posibles en esta materia. La primera sería que ninguna iniciativa sea tomada por los órganos comunitarios. La segunda consiste en la promoción de principios comunes del derecho de los contratos para reforzar la convergencia de los derechos nacionales. Mejorar la calidad de la legislación vigente sería la tercera opción y, por último, la cuarta posibilidad sería la elaboración de una legislación comunitaria completa.

- Acedo, C. (2005). *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.
- Azorin, C. (1985). *Revista General de Derecho*. Caracas: Publicaciones de la Universidad Central de Venezuela.
- Bonfante, P. (1952). *Instituciones del Derecho romano*. Roma: Sopena.
- Cámara-Lapuente, S. (2006). *El control de las cláusulas abusivas sobre elementos esenciales del contrato*. Madrid: Editorial Aranzadi, S.A.
- Canizares, A. (2006). *Cláusulas abusivas en la contratación inmobiliaria*. Madrid: Tecnos.
- Catalano, P. (1997). *Derecho Romano y América Latina*. Sassari-Italia: Gruppo di Ricerca sulla Diffusione del Diritto Romano.
- Corsi, L. (2007). *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: TSJ.
- Díez-Picazo, L. y Gullón, A. (1998). *Instituciones de Derecho Civil*. Vol. I/2, Madrid: Ediciones Ariel.
- D'Ors, A. (1950). *Ius Europaeum, en la Europa y en el Derecho romano*. Estudio en memoria de Paolo Koschaker I. Italia: Milano.
- García, A. (1995). *Tratado de las obligaciones y los contratos*. Buenos Aires: Editorial Mc.Grau.
- Grosso, G. (1963). *Il sistema romano dei contratti*. Torino: Testa.
- Guzmán-Brito, A. (1991). *La participación del Derecho romano en América*. En Revista chilena de Derecho. 18, N° 2, Santiago de Chile, pp.203-211.
- Ihering, R. V. (2001). *El Espíritu del Derecho romano*. México: Oxford University Press.
- Jaramillo, C. (2000). *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.
- Kummerow, G. (1981). *Algunos Problemas Fundamentales del Contrato por Adhesión en el Derecho Privado*. Caracas: Paredes Editores.
- Macía, A. (2007). *El control de las cláusulas «abusivas» sobre elementos esenciales del contrato. ¿Incorrecta transposición, opción legal legítima o mentís jurisprudencial?.* Anuario de Derecho Civil - Núm. LX-1, Madrid: Universidad Autónoma de Madrid.
- MELICH, J. (1999). *Las Particularidades del Contrato con Consumidores*. En Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas N° 111, Caracas: Universidad Central de Venezuela.
- Morles-Hernández, A. (2004). “Curso de Derecho Mercantil”, Tomo I, Caracas: Edición UCAT.
- Pardo, J. (2004). *Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión*. Barcelona.-España: Dijusa.
- Schipani, S. (1998). *Principios generales del derecho para un “Código Tipo” de los contratos en América Latina*. En Boletín N° 4 (1997-1998). Mérida-Venezuela: Departamento de Publicaciones de la Facultad de Ciencias Económicas y Sociales de la Universidad de los Andes.
- Schulz, F. (1960). *Classical Roman Law*. Clarendon Press, Oxford. Traducción castellana de J. Santa Cruz Tejeiro. *Derecho romano clásico*. Barcelona-España: Bosch.
- Casación Civil, 10 de octubre de 1990, citada por Bustamante, Maruja, y tomada del sistema JurisNet de JurisComp Programación, C.A.

Casación Civil, 7 de noviembre de 2003 (<http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/no-viembre/rc-00660-071103-01213.htm>).