

LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN Y LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LA LEGISLACIÓN VENEZOLANA

Por **BARTOLOMÉ GIL OSUNA**^{1♦}

SUMARIO: CAPÍTULO I. 1.- CONTRATOS DE ADHESIÓN. 2.- CONTRATOS DE ADHESIÓN: CONCEPTO LEGAL. 3.- CLÁUSULAS ABUSIVAS PRESENTES EN LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN. 4.- CONTRATOS DE ADHESIÓN Y SU IMPERATIVIDAD. CAPÍTULO II. 1.- BREVE COMENTARIO A SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA EN SU SALA CONSTITUCIONAL DECLARÓ PARCIALMENTE CON LUGAR DEMANDA PRESENTADA EN DEFENSA DE LOS USUARIOS DE TARJETAS DE CRÉDITO. CONCLUSIONES. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUCCIÓN

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 la estipulación de condiciones generales de contratación es un producto de la técnica organizativa moderna, el cual tiende a eliminar las demoras y los tratos o negociaciones infructuosas en el intercambio de bienes y servicios, a homogeneizar ciertos caracteres del objeto suministrado y a posibilitar precios económicos y firmeza en las condiciones de pago, al establecer los riesgos y responsabilidades asumidas por las partes. En igual orden de ideas, la doctrina española, refiriéndose a tales condiciones

^{1♦} Abogado y Politólogo, egresado de la Universidad de los Andes, Mérida-Venezuela.

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”².

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 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.

² DÍEZ-PICAZO, Luis, y GULLÓN, Antonio: “Instituciones de Derecho Civil”, vol. I/2, Madrid, 1998, p. 63.

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 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.

Del mismo modo, la Constitución española establece que los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos.

I 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 Usuario³

1.- Contratos de adhesión

En sentido general, los contratos⁴ son convenciones entre dos o más personas naturales o jurídicas, usualmente para constituir y reglar entre ellas un vínculo

³ **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 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.

⁴ 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 Dº 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

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 aquella 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.

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 Saleilles⁵, 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

forma requerida por el derecho, o de una causa idónea para fundar la obligación, producía acción y vínculo obligatorio.

⁵ El jurisconsulto 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".

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 venezolana⁶ 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”⁷.

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 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) Contrato de adhesión: Concepto legal

⁶ MELICH ORSINI, José: “Las Particularidades del Contrato con Consumidores”, en Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas N° 111, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1999, p. 93.

⁷ MELICH: op. cit., p. 95.

El artículo 18 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario⁸ 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.”

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”⁹, por oposición a los contratos cuyo “contenido y sus efectos mismos resultan de una previa discusión entre los sujetos”¹⁰.

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

⁸ 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.

⁹ KUMMEROW, Gert: Algunos Problemas Fundamentales del Contrato por Adhesión en el Derecho Privado, Caracas, 1981, p. 12.

¹⁰ KUMMEROW: op. cit., p. 12.

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 sí¹¹. 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 Justicia¹² tuvo la oportunidad de describir 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...”¹³

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.

¹¹ 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, 2007, p. 27.

¹² 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 Estrella 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 Constitucional, Sala Político-administrativa, Sala Electoral, Sala de Casación Civil, Sala de Casación Social y la Sala de Casación Penal.

¹³ Casación Civil, 7 de noviembre de 2003 (<http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/noviembre/rc-00660-071103-01213.htm>).

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”¹⁴. 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.

3.- 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.

¹⁴ Casación Civil, 10 de octubre de 1990, citada por Bustamante, Maruja, y tomada del sistema JurisNet de JurisComp Programación, C.A.

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’”¹⁵; 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 adhesión¹⁶; adicionalmente, su artículo 15 proscribe las condiciones abusivas e

¹⁵ CORSI: op. cit., p. 27.

¹⁶ 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.

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 proscritas 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

“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.”

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 mercado¹⁷.

4.- 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”¹⁸.

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

¹⁷ ACEDO SUCRE, Carlos Eduardo: “Cláusulas Abusivas, publicado por la Academia de Ciencias Políticas y Sociales en el libro El Código Civil Venezolano en los Inicios del Siglo XXI”, Caracas, 2005 (páginas 257 a 341).

¹⁸ MORLES HERNÁNDEZ, Alfredo: “Curso de Derecho Mercantil”, Tomo I, Caracas, 2004, p. 192.

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.

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’¹⁹, 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”²⁰.

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.

¹⁹ 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*).

²⁰ MELICH: Las Particularidades del Contrato con Consumidores, op. cit., p. 93.

II CAPÍTULO

BREVE COMENTARIO A SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA EN SU SALA CONSTITUCIONAL QUE DECLARÓ PARCIALMENTE CON LUGAR DEMANDA PRESENTADA EN DEFENSA DE LOS USUARIOS DE TARJETAS DE CRÉDITO

El día martes 03 de Julio de 2007 con Ponencia del magistrado Jesús Eduardo Cabrera Romero la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia venezolano declaró parcialmente con lugar demanda presentada en defensa de los usuarios de tarjetas de crédito²¹, en la que se considera la contratación bancaria como una especialidad de la contratación mercantil, por lo que se fundamenta en la autonomía de la voluntad y en la libertad de las partes; sin embargo, los contratos bancarios suelen acomodarse a los denominados

²¹ Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras (Sudeban) publicó, en Gaceta Oficial, una resolución en la cual ordena a los entes bancarios a realizar los ajustes al sistema de tarjetas de crédito.

En este sentido, señaló que dichos ajustes fueron ordenados por el Tribunal Supremo de Justicia (TSJ) en sentencia que declaró con lugar la demanda de Anauco en defensa de todos los tarjetahabientes.

En efecto, la Sudeban publicó en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela No. 38.800, circulada con fecha 31 de octubre de 2007, la Resolución 228.

A partir de la cual el sistema bancario nacional tendrá que aplicar a favor de los usuarios de tarjetas de crédito, los ajustes y beneficios acordados el pasado 10 de julio de 2007.

La Resolución concede el plazo de diez días hábiles contados desde de la publicación en Gaceta Oficial (31 de octubre del corriente año), para que la banca informe a la Sudeban sobre las medidas tomadas para dar cumplimiento a la sentencia en los siguientes aspectos:

En primer lugar, queda prohibido el cobro de intereses sobre intereses mediante la aplicación de fórmulas de cálculo anatocistas.

Por otro lado, se ordena a los comercios afiliados al Sistema de Tarjetas de Crédito a no constreñir a los usuarios a pagar con Tarjetas de Crédito si el cliente desea usar otro medio de pago.

Queda prohibido el cobro a los usuarios por gastos de cobranza, por renovación o mantenimiento de tarjetas o por emisión de estados de cuenta.

Asimismo, se prohíben los sistemas de cobranza que constituyan presión o amenaza a los usuarios.

Por otra parte, se ordena remitir a los usuarios en forma gratuita y con total puntualidad los estados de cuenta correspondientes a sus tarjetas de crédito.

De igual forma, se ordena mantener a la vista del usuario los contratos de adhesión que rigen las obligaciones entre las partes banco – cliente.

Entre tanto, se invierte la carga de la prueba en el fraude bancario, ningún usuario deberá cancelar consumos que no haya realizado (producto del fraude) salvo que se pruebe su culpabilidad en el hecho.

Por último, en la resolución se notifica que Sudeban emitirá una normativa prudencial aparte.

Allí, se unificará las fórmulas y metodologías usadas por las Instituciones Financieras para el cálculo de las Tarjetas de Crédito.

Entretanto, establecerá los aspectos mínimos que deben contener los contratos de adhesión para la especie Tarjetas de Crédito.

"contratos de adhesión", cuyo contenido es fijado unilateralmente por la entidad financiera que exige que los potenciales clientes deban aceptarlo en su conjunto, sin margen para la negociación.

Lógicamente, estos contratos presentan indudables ventajas para la empresa oferente del servicio, la entidad financiera, que impone sus condiciones de manera uniforme y masificada a todos sus clientes y, por tanto, deben ser objeto de cierto control con el propósito de garantizar la legalidad y buena fe.

Entre otras cosas se ordenó a la Superintendencia de Bancos y otras Instituciones Financieras impedir el anatocismo "y sancione a quienes lo practiquen y que; en consecuencia, no autorice la aplicación por parte de las entidades bancarias o financieras de sistemas de cálculo de intereses sobre intereses generados en facturaciones anteriores", una de las razones por las cuales el presidente de la asociación civil Alianza Nacional de Usuarios y Consumidores (Anauco), Roberto León Parilli, catalogó el dictamen como una "sentencia que marca una pauta importante para Venezuela"

La Sala Constitucional, con ponencia de su vicepresidente Jesús Eduardo Cabrera Romero, declaró parcialmente con lugar una acción intentada por los Roberto León Parilli, Mario Luis Sánchez Araujo y Wolfgang Cardoso Espinel, presidente, vicepresidente ejecutivo y vicepresidente de operaciones, respectivamente, de la asociación civil Alianza Nacional de Usuarios y Consumidores (Anauco), contra la Asociación Bancaria de Venezuela, el Consejo Bancario Nacional, la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras y el Banco Central de Venezuela

Luego de la continuación del debate oral del presente caso y después de la respectiva deliberación de los magistrados que integran la Sala Constitucional, su presidenta, magistrada Luisa Estella Morales Lamuño leyó el dispositivo de la sentencia en la que se ordenó que dadas las amenazas de inclusión en el Sistema de Información Central de Riesgo (Sicri) y atendiendo a lo dispuesto en el numeral 9 del artículo 212 del Decreto N° 1.526 con Fuerza de Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras, publicado en Gaceta Oficial de la República N° 5555 del 13/11/2001, se ordenó al Consejo Bancario Nacional

“...informar a la Superintendencia de Bancos y otras Instituciones Financieras los casos de desacato o desatención por parte de los bancos, entidades de ahorro y préstamo y demás instituciones financieras, a las prácticas bancarias identificadas y mejoradas por el Consejo, a los fines de que ésta pueda imponer los correctivos a que hubiera lugar...”, y a la Superintendencia de Bancos y otras Instituciones Financieras, que ejerza su atribución de inspección, supervisión y vigilancia de los bancos, y tome las medidas pertinentes para que las entidades bancarias cumplan con el mandamiento contenido en el fallo de esta Sala, atendiendo a lo dispuesto en los artículos 2 y 213, 235, numeral 12, de la Ley citada. Los resultados del mandato anterior deben ser informados a la Sala Constitucional por parte de los entes referidos.

SE ORDENÓ IMPEDIR EL ANATOCISMO²²

Igualmente se ordenó a la Superintendencia de Bancos y otras Instituciones Financieras “que impida el anatocismo y sancione a quienes lo practiquen y que; en consecuencia, no autorice la aplicación por parte de las entidades bancarias o financieras de sistemas de cálculo de intereses sobre intereses generados en facturaciones anteriores”, además, “si en fecha anterior a este fallo, los emisores han realizado prácticas anatocistas, los perjudicados podrán reclamar el pago de las sumas indebidamente cobradas”. Para el cumplimiento de este dictamen se ordenó a la mencionada Superintendencia verificar los cálculos en estos casos. Dispuso la Sala que la aplicación del artículo 524 del Código de Comercio sólo es posible en los contratos de cuenta corriente bancaria, norma que es de interpretación restrictiva y no es aplicable a la apertura de créditos y a ningún otro contrato bancario.

El dictamen de la Sala del Alto Tribunal también ordenó a la Superintendencia de Bancos y otras Instituciones Financieras que uniforme la fórmula y metodología del cálculo de los intereses de cualquier tipo, a ser aplicada al sistema de crédito por tarjetas de créditos, por parte las diversas entidades bancarias, lo que debería ser informado a los usuarios.

²² Cobro de intereses sobre intereses en las operaciones con tarjetas de crédito, realizada por algunas Instituciones bancarias.

Dicho ente deberá velar porque las instituciones bancarias remitan en tiempo oportuno a los usuarios de tarjetas de crédito, los estados de cuenta mensuales, a los fines de que éstos se informen sobre sus saldos, sean pendientes o actuales, y efectúen los pagos que deban al emisor de dichas tarjetas. A tales estados de cuenta debe aplicarse por analogía lo previsto en la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras, y los estados de cuenta, deben ser entregados ciertamente en las direcciones señaladas en los contratos, incluyendo las direcciones electrónicas.

EL BANCO CENTRAL DE VENEZUELA (BCV) DEBE FIJAR LAS TASAS PARA LAS TARJETAS DE CRÉDITO

También se ordenó al BCV, por parte del TSJ “fijar anualmente y de inmediato a este fallo, la tasa de interés máxima y mínima para las tarjetas de crédito, con base en los principios de equidad y proporcionalidad, que protejan tanto al sistema crediticio como al consumidor del mismo, en esta especialidad”.

Por otra parte la Sala Constitucional ordenó a la Superintendencia de Bancos y otras Instituciones Financieras dictar la normativa donde impida que los negocios afiliados al sistema constriñan a las personas a pagar las cuentas con tarjetas de créditos o de débito, si el cliente desea pagar en efectivo, además, se ordenó al Indecu impedir que los negocios afiliados incrementen los precios de los bienes o servicios debido al pago de dichos bienes con tarjetas de crédito.

La Superintendencia de Bancos y otras Instituciones Financieras también deberá dictar la normativa correspondiente a la materia de contratos de apertura de crédito, especie tarjetas de créditos, y a poner a la orden de los usuarios por parte de las entidades bancarias, el texto de los referidos contratos, así estos se encuentren registrados ante una Oficina de Registro, ya que tal registro no significa que exista una información directa acerca del contenido de los mismos. Para esta labor el mencionado ente puede solicitar la colaboración de la Asociación Bancaria de Venezuela.

Indicó en su pronunciamiento la Sala que “se ordena a la Superintendencia de Bancos y otras Instituciones Financieras fije mediante Resolución, que en los contratos de apertura de crédito, especie tarjetas de crédito, se incluya que los

cargos productos de la utilización de la tarjeta por personas diferentes al tarjetahabiente, no se cobrarán a éste, por ser indebidos, a menos que se compruebe su culpabilidad en el hecho, ya que quien corre el riesgo de la operación crediticia masiva es quien introduce en la sociedad el sistema y quien, en consecuencia, debe correr con los riesgos del negocio que está explotando, y quien debe asumir todos los sistemas de seguridad que impidan estos ilícitos. Se considerará negligencia, y por tanto, culpa del tarjetahabiente, no denunciar ante el emisor, de inmediato, el extravío o pérdida de la tarjeta”.

SOBRE LOS GASTOS DE COBRANZA NO CAUSADOS

La mencionada Superintendencia deberá eliminar el cobro a los usuarios de los gastos de cobranza no causados; los de mantenimiento o renovación de la tarjeta y los de emisión de los estados de cuenta, pues ellos son necesarios para que el negocio jurídico tenga lugar y, por tanto, corren a cargo del emisor y no del usuario.

Del mismo modo la Sala Constitucional prohibió todo tipo de coerción que no sea judicial para el cobro de los saldos de las tarjetas. “El cobro extrajudicial deberá realizarse teniendo en cuenta la dignidad del ser humano, queda prohibida la utilización de mensajes telefónicos reiterados y practicados entre las 6:00 pm. y 7:00 am., siendo un hecho notorio que conoce esta Sala tal sistema de cobranza”.

Se negó la condenatoria solicitada por Arauco ala Asociación Bancaria de Venezuela y al Consejo Bancario Nacional, para que “...diseñen y estructuren un mecanismo de cálculo para las Tarjetas de crédito que no contemple el cobro de intereses sobre intereses, es decir, que se rija por las formas de cálculo lineal del crédito [...]y a que instruyan a sus miembros para que informen a los usuarios de Tarjetas de Crédito en forma clara, transparente, y oportuna sobre las fórmulas de cálculo, contratos de adhesión y demás circunstancias que rodean la materia[...]».

Por último, la Sala advirtió que “el mandamiento y órdenes contenidas en este fallo deberán ser acatadas por los órganos a los cuales van dirigidas, so pena de

que les sea impuesta la sanción a que se refiere el numeral 2 del artículo 23 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia”.

SENTENCIA QUE MARCA PAUTA EN EL PAÍS

Luego de ser conocida la decisión de la Sala Constitucional, el presidente de Anauco, Roberto León Parilli, manifestó que con esta importante sentencia “se ha ordenado la inmediata incorporación de normas prudenciales que establezcan los sistemas de formulas de cálculo unificados, no varios sistemas de formula, sino uno solo aprobado por la Superintendencia de Bancos a partir del cual se ejercerán los cálculos en las tarjetas de créditos; queda totalmente prohibido el anatocismo, se ordena a Sudeban²³ y al Indecu, hoy Indepabis, hacer lo propio para velar porque el anatocismo no esté presente en los cálculos hacia los tarjeta habientes venezolanos; se prohíben los sistemas de cobranzas inhumanos, cobros a través de robots, mensajes, desprestigio hacia el usuario, quedan totalmente prohibidos”.

La Sentencia *in comento*, determino que una cláusula es condición general, "letra pequeña", cuando está predispuesta e incorporada por una de las partes a una pluralidad de contratos. Debe cumplir los siguientes requisitos:

Debe integrarse en el contrato

Debe ser aceptada por el adherente al firmar el contrato

Debe ser conocida

Debe ser redactada de forma transparente, con claridad y concreción. En caso de duda se interpretará de la forma más favorable para el consumidor

Debe ser interpretada en función de todas las condiciones particulares

Serán nulas de pleno derecho aquellas que sean abusivas.

Serán cláusulas abusivas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que en contra de las exigencias de la buena fe causen en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato.

²³ La Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras (Sudeban), institución que continua ejerciendo su atribución de inspección, supervisión y vigilancia de los bancos y toma las medidas pertinentes para que las instituciones financieras cumplan con el mandamiento emanado de este fallo del TSJ, atendiendo además lo dispuesto en los artículos 2, 213 y 235 (numeral 12) del Decreto con Fuerza de la ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras.

Las condiciones generales que no cumplan los requisitos señalados anteriormente, salvo las abusivas que serán nulas o anulables según lo expuesto, se consideran no incorporadas a los contratos, si bien se mantendrá subsistente el resto del contrato.

Así, es evidente que en las relaciones bancarias se plantean aspectos conflictivos en el desarrollo y ejecución de las operaciones.

Estas incidencias pueden resolverse en los Tribunales ordinarios de Justicia, si bien legalmente se han creado determinadas instancias, para la resolución extrajudicial de conflictos.

Explicó también la sentencia establece la posibilidad para que los usuarios “revisen los cálculos que se le han efectuado en sus tarjetas y si se determinare que se le han cargado montos por cobro de interés sobre interés se ordena la restitución de esos montos de manera inmediata, para lo cual se ha facultado a la Superintendencia de Bancos”. Para León Parilli “esta sentencia marca una pauta importante para Venezuela”.

Se ha comentado, por la mayoría de los usuarios de las Instituciones financieras que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha dictado una sentencia que modifica el curso del negocio de las tarjetas de crédito e introduce cambios en la relación entre banqueros y clientes.

La decisión de los magistrados, impulsada por la demanda que en 2004 introdujo la Alianza Nacional de Usuarios (Anauco), invierte la carga de la prueba en el caso de reclamos por clonaciones o fraude.

Actualmente es el cliente quien debe demostrar que efectivamente no utilizó su tarjeta de crédito para que el banco le reembolse el dinero, pero de ahora en adelante será al revés.

El Tribunal Supremo ordena a la Superintendencia de Bancos que emita una resolución donde "los cargos producto de la utilización de la tarjeta por personas diferentes al tarjetahabiente no se cobrarán a éste a menos que se compruebe su culpabilidad en el hecho".

El Máximo Tribunal basa su decisión en que "quien corre el riesgo de la operación crediticia masiva es quien introduce el sistema en la sociedad, y es quien debe asumir todos los sistemas de seguridad que impidan estos ilícitos".

No obstante, precisa que "se considerará negligencia, y por tanto culpa del tarjetahabiente, no denunciar de inmediato el extravío o pérdida de la tarjeta de crédito".

La cobranza tampoco será igual. Están prohibidos los cargos de intereses sobre intereses y la Superintendencia de Bancos determinará, en caso de que el tarjetahabiente lo solicite, si ha sido víctima de esta práctica y, de ser así, la institución financiera tendrá que reponer el dinero obtenido por esta vía.

El cliente podrá solicitar la revisión de lo que ha cancelado por las tarjetas de crédito que tiene en este momento y por las que tuvo en el pasado.

El cobro de comisiones por mantenimiento, renovación y emisión de estados de cuenta queda eliminado, ya que en opinión de los magistrados son costos que debe cubrir el banco.

La sentencia limita el horario en que el cliente podrá ser llamado telefónicamente para exigirle el pago.

"Queda prohibida la utilización de mensajes telefónicos reiterados y practicados entre las 6 de la tarde y las 7 de la mañana", señalan los magistrados.

El Banco Central de Venezuela tendrá que "fijar anualmente y de inmediato a este fallo la tasa de interés máxima y mínima para las tarjetas de crédito, con base en los principios de equidad y proporcionalidad".

El directorio del Banco Central controló las tasas de interés dos años atrás y colocó un techo de 28% para el financiamiento con tarjetas.

Los comerciantes tendrán que adecuar sus métodos de venta. La decisión les indica que ya no es posible cobrar montos mayores a quienes paguen con tarjetas de crédito o que determinados negocios obliguen a cancelar con plástico.

CONCLUSIONES

El contrato por adhesión es aquel 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 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.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- 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.
- AZORIN RONCERO, C.: Revista General de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1.985.
- CAMARA LAPUENTE, Sergio: "El control de las cláusulas abusivas sobre elementos esenciales del contrato". Editorial Aranzadi, S.A. Madrid, 2006.
- CANIZARES LAZO, Ana: "Cláusulas abusivas en la contratación inmobiliaria", Tecnos, Madrid, 2006.
- 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, 2007.
- DÍEZ-PICAZO, Luis, y GULLÓN, Antonio: "Instituciones de Derecho Civil", vol. I/2, Madrid, 1998.
- 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.
- KUMMEROW, Gert: Algunos Problemas Fundamentales del Contrato por Adhesión en el Derecho Privado, Caracas, 1981.
- MACÍA MORILLO, Andrea: 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, Universidad Autónoma de Madrid, Enero 2007.
- MELICH ORSINI, José: "Las Particularidades del Contrato con Consumidores", en Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas N° 111, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1999.
- MORLES HERNÁNDEZ, Alfredo: "Curso de Derecho Mercantil", Tomo I, Caracas, 2004.

PARDO GATO, José Ricardo: "Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión". Barcelona, Dijusa, 2004.

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/noviembre/rc-00660-071103-01213.htm>).



LA REPUBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA
EN SU NOMBRE

EL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

MAGISTRADO PONENTE: LEVIS IGNACIO ZERPA
EXP. N° 2004-0111

Mediante Oficio N° 1513-2003 de fecha 29 de agosto de 2003, y recibido en esta Sala en fecha 5 de febrero de 2004, el Juzgado Tercero de Primera Instancia en lo Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, remitió el expediente contentivo de la demanda que por cobro de bolívares, incoara el ciudadano Joennis de Jesús García, titular de la cédula de identidad N° 14.657.417, actuando en su condición de Director Administrativo de la sociedad mercantil **MATERIALES ELÉCTRICOS DE OCCIDENTE, C.A.**, inscrita por ante el Registro Mercantil Tercero de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia el 18 de abril de 2001, bajo el N° 28, Tomo 20-A, asistido por el abogado Carlos Chacín, inscrito en el Inpreabogado bajo el N° 72.728, contra la sociedad mercantil **CHEVRON GLOBAL TECHNOLOGY SERVICES COMPANY, Sucursal Venezuela**, constituida bajo las leyes del Estado de Delaware, Estados Unidos de Norteamérica, y domiciliada como sucursal en Venezuela en fecha 25 de septiembre de 1995, registrada ante la Oficina de Registro Mercantil Quinto de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda, bajo el N° 46, Tomo 3-A-Qto, y posteriormente domiciliada en la ciudad y Municipio Maracaibo del Estado Zulia, tal y como consta en documento inscrito ante la Oficina de Registro Mercantil Primero de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, en fecha 28 de octubre de 1997, bajo el N° 52, Tomo 79-A.

Dicha remisión fue efectuada en virtud de la solicitud de regulación de jurisdicción interpuesta por la parte demandada, mediante diligencia de fecha 19 de

noviembre de 2002.

En fecha 10 de febrero de 2004 se dio cuenta en Sala, y por auto de la misma fecha, se designó ponente al Magistrado Levis Ignacio Zerpa, a los fines de decidir “la consulta”.

I

ANTECEDENTES

Mediante escrito presentado en fecha 26 de septiembre de 2001, por ante el Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, el ciudadano Joennis de Jesús García, titular de la cédula de identidad N° 14.657.417, actuando en su condición de Director Administrativo de la sociedad mercantil Materiales Eléctricos de Occidente, C.A., inscrita por ante el Registro Mercantil Tercero de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia el 18 de abril de 2001, bajo el N° 28, Tomo 20-A, asistido por el abogado Carlos Chacín, demandó por cobro de bolívares a la sociedad mercantil **Chevron Global Technology Services Company**. En dicho escrito la parte accionante alegó lo siguiente:

-Que en fecha 9 de junio de 2001 la referida empresa presentó a la demandada una cotización, en la cual ofertó en venta determinados productos.

-Que dicha oferta de venta fue aceptada por la sociedad mercantil Chevron Global Technology Services Company, razón por la cual en fecha 16 de julio de 2001, dicha empresa le manifestó a la accionante la decisión de comprar los bienes ofertados, todo lo cual originó que esta última contratara los servicios de la sociedad mercantil L. Tomasicchio, C.A., a fin de que transportara los bienes objeto de la negociación al almacén de depósito de la demandada.

-Que una vez entregados los bienes vendidos, la accionante presentó la correspondiente factura signada con el N° 0021 de fecha 27 de julio de 2001, ante la Gerencia de Finanzas de Chevron; y que según lo convenido y conforme a la factura, esta última se comprometió a cancelarla en un plazo de treinta días contados a partir de la indicada fecha.

-Que en virtud de no haber dado cumplimiento a lo estipulado, es por lo que procedió a demandar a la referida sociedad mercantil, estimando la demanda en la

cantidad de cuarenta y cinco millones ciento veintidós mil quinientos setenta y ocho bolívares (Bs. 45.122.578,00).

El Juzgado Tercero de Primera Instancia en lo Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, a quien correspondió por distribución el conocimiento de la causa, por auto de fecha 8 de octubre de 2001, admitió la demanda interpuesta, acordando aplicar el procedimiento de intimación, razón por la cual ordenó practicar la intimación de la sociedad mercantil Chevron Global Technology Services Company, en la persona de su apoderado judicial, a los fines de que cancele la cantidad adeudada, dentro de los diez días de despacho siguientes o formule oposición.

Por diligencia de fecha 10 de octubre de 2001, el abogado Carlos Chacín, inscrito en el Inpreabogado bajo el N° 72.728, actuando en su carácter de apoderado judicial de la sociedad mercantil Materiales Eléctricos de Occidente, C.A., solicitó al tribunal de la causa la revocatoria por contrario imperio del auto de admisión de la demanda, ello por cuanto la misma debe tramitarse por el procedimiento ordinario.

En fecha 22 de octubre de 2001, el *a quo* revocó el referido auto, ordenando citar a la demandada, a los fines de que comparezca a contestar la demanda.

Agotada la citación personal y por carteles de la demandada, mediante escrito de fecha 21 de febrero de 2002, los abogados María De Los Angeles Carroz Rincón y Elías Jesús García Lugo, inscritos en el Inpreabogado bajo los números 51.881 y 73.516, respectivamente, opusieron las cuestiones previas contenidas en los ordinales 1º, 7º y 11 del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil, relativas a la falta de jurisdicción, existencia de condición o plazo pendiente y prohibición de la ley de admitir la acción propuesta. La primera de ellas se fundamentó en la existencia de una cláusula arbitral contenida en el contrato denominado “Términos y Condiciones para Órdenes de Compra”.

En fecha 4 de marzo de 2002, el abogado Carlos Chacín, *supra* identificado, actuando con el carácter de apoderado judicial de la sociedad mercantil Materiales Eléctricos de Occidente, C.A., rechazó las cuestiones previas opuestas por la representación judicial de la demandante.

En decisión dictada en fecha 7 de noviembre de 2002, el Juzgado Tercero de Primera Instancia en lo Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia,

declaró **sin lugar** la falta de jurisdicción alegada por la representación judicial de la parte demandada, y en consecuencia afirmó su jurisdicción para seguir conociendo de la causa. Asimismo, declaró **sin lugar** las cuestiones previas de condición o plazo pendiente y prohibición de la ley de admitir la acción propuesta.

El 19 de noviembre de 2002, los apoderados judiciales de la sociedad mercantil Chevron Global Technology Services Company, solicitaron la regulación de jurisdicción, ello con fundamento en la existencia del “Contrato de Términos y Condiciones para Órdenes de Compra”, el cual contiene la cláusula de arbitraje comercial, la cual, según indican, era conocida y aceptada por la demandante. Dicha solicitud fue ratificada en fecha 18 de febrero de 2003.

Por auto dictado en fecha 11 de marzo de 2003, el Juzgado Tercero de Primera Instancia en lo Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, ordenó suspender la tramitación de la presente causa y remitir el expediente a esta Sala, a los fines de decidir la regulación de jurisdicción planteada.

Para decidir, la Sala observa:

II

ANALISIS DE LA SITUACION

El presente caso fue remitido por el Juzgado Tercero de Primera Instancia en lo Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, a los fines de que esta Sala se pronuncie acerca de la solicitud de regulación de la jurisdicción, planteada por los abogados María De Los Angeles Carroz Rincón y Elías Jesús García Lugo, actuando en su carácter de apoderados judiciales de la demandada, mediante diligencia de fecha 19 de noviembre de 2002. Dicho recurso fue interpuesto con ocasión de la decisión que dictara el referido Juzgado en fecha 7 de noviembre de 2002, mediante la cual afirmó su jurisdicción para conocer de la demanda que por cobro de bolívares incoara la sociedad mercantil Materiales Eléctricos de Occidente, C.A., contra la sociedad mercantil Chevron Global Technology Services Company. Tal decisión fue dictada en los siguientes términos:

“En tal sentido, es de observar que se ha planteado a la consideración del Despacho la viabilidad jurídica de una Cláusula Compromisoria incluida en unas CONDICIONES GENERALES DE CONTRATACIÓN, como manifestación

particular de la nueva contratación masiva en materia mercatoria, sobre su concepto y características (...).

En el caso sub examine, la PREDISPOSICIÓN, como mecanismo de incorporación contractual, en la redacción del denominado CONTRATO DE TERMINOS Y CONDICIONES PARA ORDENES DE COMPRA, se hace manifiesto, en la siguiente declaración de la oponente:

(omissis)

La argumentación precedente, entendida como declaración de conocimiento de parte de quienes representan a la Demandada, deja constancia que los denominados Términos y Condiciones para Órdenes de Compra, son incluidos en todas y cada una de las relaciones contractuales en las que participa la Empresa a título de comprador, formulando de antemano las cláusulas que integran cualquier contratación de compraventa de insumos, razones estas que permiten a este sentenciador calificar las afirmaciones transcritas como confesión judicial del carácter PREDISPUERTO, de conformidad a lo preceptuado en los artículos 1.400 y 1.401 del Código Civil, en concatenación a lo sancionado ex artículo 1.111 del Código de comercio. ASÍ SE VALORA Y DECLARA.

(omissis)

La argumentación precedente, entendida como declaración de conocimiento de parte de quienes representan a la Demandada, deja constancia que los denominados Términos y Condiciones para Órdenes de Compra, son incluidos en todas y cada una de las relaciones contractuales en las que participa la empresa a título de comprador, y en consecuencia las disposiciones llamadas en primer lugar a regular la relación contractual, razones estas que permiten a este sentenciador calificar las afirmaciones transcritas como confesión judicial de la IMPOSICIÓN contractual, de conformidad a lo preceptuado en los artículos 1.400 y 1.401 del Código Civil, en concatenación a lo sancionado ex artículo 1.111 del Código de Comercio. ASI SE VALORA Y DECLARA.

El carácter contractual de las denominadas por la sociedad mercantil CHEVRON Términos y Condiciones para Órdenes de compra, se hace evidente, de las declaraciones de voluntad contenidas en el escrito de contestación a la demanda, al oponer como cuestión previa la falta de jurisdicción, que conocería como presupuesto normativo, la cláusula Décimo Tercera, y con lo cual sin lugar a dudas se está alegando la fuerza vinculante de las relaciones jurídicos contractuales de conformidad al artículo 1.159 del Código Civil (...).

(omissis)

En el caso sub especie lite, la Ley de Arbitraje Comercial en su artículo 6, sanciona la necesaria aceptación expresa por la parte adherente de la cláusula Compromisoria, otorgando la posibilidad a la parte contratante que entienda lesionado su derecho que plantee el control concreto de ella (...).

En fuerza de los argumentos proficuamente expuestos, este Juzgado Tercero de Primera Instancia en lo Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, en nombre de la República Bolivariana de Venezuela y por autoridad de la Ley, en uso de las Potestades Jurisdiccionales sancionadas ex artículo 349 del Código de Procedimiento Civil, declara IMPROCEDENTE la cuestión previa de

AUSENCIA DE JURISDICCIÓN, deducida por la sociedad mercantil CHEVRON GLOBAL TECHNOLOGY SERVICES COMPANY, frente a la sociedad mercantil MATERIALES ELÉCTRICOS DE OCCIDENTE, C.A. (...).”

Por su parte, los apoderados judiciales de la parte demandada fundamentaron la solicitud de regulación de jurisdicción, en que las partes contratantes, en la Cláusula Décimo Tercera del contrato denominado Términos y Condiciones para Órdenes de Compra, sometieron la resolución de cualquier controversia al arbitraje como medio alternativo de resolución de conflictos, contrato éste que la demandante siempre ha conocido y aceptado. Asimismo, en dicho recurso rechazan los argumentos expuestos en la referida decisión, toda vez que en ella se hace referencia a algunos conceptos como la supuesta predisposición y confesión judicial en la existencia del denominado Contrato de Términos y Condiciones para Órdenes de Compras, así como la presunta imposición y generalidad contractual.

Ahora bien, a los fines de emitir pronunciamiento acerca de la regulación de jurisdicción planteada, esta Sala observa que la Cláusula N° 13 contenida en el contrato denominado Términos y Condiciones para Ordenes de Compra, dispone lo siguiente:

“El primer intento de resolver cualquier disputa, controversia o reclamación entre las partes que resulte o se relacione con la presente orden de compra, extinción o validez de la misma, deberá hacerse utilizando la conciliación, según el reglamento de Conciliación de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), y después el arbitraje, si una resolución final y concluyente no se logra, utilizando el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, el cual será utilizado para resolver definitiva y concluyentemente la disputa. El arbitraje deberá tener lugar en Maracaibo, Venezuela, conducido por un solo árbitro, en idioma español. Cada parte deberá pagar sus propios costos y honorarios de abogados, independientemente de la parte que prevalezca, a menos que se establezca lo contrario en la presente orden de compra. La decisión será final y de cumplimiento obligatorio para todas las partes, y ninguna de las partes tendrá derecho a ninguna otra apelación con excepción del derecho de solicitar la ejecución forzosa del laudo arbitral ante un tribunal”.

En el texto transcrito se prevé la conciliación como medio de resolución de conflictos, surgidos con relación a los Términos y Condiciones para Órdenes de Compra, y para el caso de no lograrse tal resolución, se establece para poner fin a la disputa, la figura del arbitraje.

Al respecto, el artículo 5 de la Ley de Arbitraje Comercial, publicada en la Gaceta Oficial de Venezuela N° 36.430 del 07-04-98, consagra expresamente la posibilidad de que las partes sometan a arbitraje la resolución de controversias o disputas, mediante un acuerdo denominado “acuerdo de arbitraje”. Así, la norma *in commento* señala:

“Artículo 5: El ‘acuerdo de arbitraje’ es un acuerdo por el cual las partes deciden someterse a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una relación jurídica contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje puede consistir en una cláusula incluida en un contrato, o en un acuerdo independiente.

En virtud del acuerdo de arbitraje las partes se obligan a someter sus controversias a la decisión de árbitros y renuncian a hacer valer sus pretensiones ante los jueces. El acuerdo de arbitraje es exclusivo y excluyente de la jurisdicción ordinaria”.

De la disposición anterior se evidencia, que al estar el acuerdo de arbitraje contemplado en una cláusula contractual, adquiere carácter vinculante para las partes que han suscrito el contrato, quienes por dicha disposición renuncian a acudir por ante los órganos jurisdiccionales ordinarios a someter sus conflictos.

En el caso concreto, se alega la existencia de una cláusula o acuerdo de arbitraje en el texto de los Términos y Condiciones para Órdenes de Compra, supuestamente pactado entre la sociedad mercantil Materiales Eléctricos de Occidente, C.A., y Chevron Global Technology Services Company. Al respecto, del examen de dicho documento, puede concluir la Sala que se trata de un tipo de contratación, que reúne las características de los denominados “contratos de adhesión”, pues las cláusulas en el dispuestas son previamente determinadas por uno solo de los contratantes, esto es, por Chevron Global Technology Services Company, de modo que el otro contratante, hoy demandante, se limita a aceptar todo cuanto ha sido establecido por aquélla. Consecuencia de ello, es que los contratos de adhesión, tal como ocurre en el caso de autos, queda excluida cualquier posibilidad de debate o dialéctica entre las partes. (Véase sentencia N° 962 de esta Sala de fecha 1° de julio de 2003).

Ahora bien, la norma contenida en el artículo 6 de la Ley de Arbitraje Comercial, dispone lo siguiente:

“Artículo 6: El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito en cualquier documento o conjunto de documentos que dejen constancia de la voluntad de las partes de someterse a arbitraje. La referencia hecha en un contrato a un

documento que contenga una cláusula arbitral, constituirá un acuerdo de arbitraje siempre que dicho contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forme parte del contrato.

En los contratos de adhesión y en los contratos normalizados, la manifestación de voluntad de someter el contrato a arbitraje deberá hacerse en forma expresa e independiente". (Negrilla de la Sala)

Así pues, la norma citada consagra la necesidad de hacer constar por escrito el acuerdo de las partes de someterse a arbitraje, con la especial e insoslayable indicación de que en los contratos de adhesión la voluntad de los contratantes debe ser manifestada de forma expresa e independiente. No es suficiente entonces, que el contrato de adhesión por el cual las partes rigen sus relaciones, contenga una cláusula que estipule el procedimiento de arbitraje, sino que deberá expresarse en forma independiente al conjunto de las normas pre-redactadas, de manera que evidencie ser el producto de la voluntad de todos los contratantes y no tan solo de uno de ellos.

En el presente caso, de la revisión de los Términos y Condiciones para Órdenes de Compra, cursante al folio 120, texto dentro del cual se incluye la figura del arbitraje, no consta que el mencionado contrato esté suscrito y aceptado por la parte actora o por algún representante legal que obligue a dicha sociedad mercantil; por tanto, siendo la manifestación expresa y realizada por representante facultado para tal fin, requisito esencial para que dicho acuerdo arbitral tenga validez, y no habiendo demostrado la parte demandada la certeza del referido acuerdo, resulta forzoso para esta Sala desestimar la solicitud de regulación de jurisdicción y, en consecuencia, declara que el tribunal de la causa sí tiene jurisdicción para conocer del presente asunto. Así se decide.

III

DECISIÓN

En virtud de los razonamientos antes expuestos, esta Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, declara que el **PODER JUDICIAL SÍ TIENE JURISDICCIÓN** para conocer de la demanda incoada por el ciudadano Joennis de Jesús García, *supra* identificado, actuando en su condición de Director Administrativo de la sociedad mercantil **MATERIALES ELÉCTRICOS DE OCCIDENTE, C.A.**, asistido por el abogado Carlos Chacín, contra la sociedad mercantil **CHEVRON GLOBAL**

TECHNOLOGY SERVICES COMPANY.

En consecuencia, se confirma la decisión de fecha 7 de noviembre de 2002, mediante la cual el Juzgado Tercero de Primera Instancia en lo Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, declaró sin lugar la falta de jurisdicción alegada por la representación judicial de la parte demandada.

Asimismo, de conformidad con las disposiciones contenidas en los artículos 274, 276 y 281 del Código de Procedimiento Civil, se condena en costas a la parte demandada por haber resultado vencida en el presente recurso.

Publíquese, regístrese y comuníquese. Remítase el expediente al Tribunal Tercero de Primera Instancia en lo Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia. Cúmplase lo ordenado.

Dada, firmada y sellada en el Salón de Despacho de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en Caracas, a los trece (13) días del mes de abril del año dos mil cuatro (2004). Años 193° de la Independencia y 145° de la Federación.

El Presidente Ponente,
LEVIS IGNACIO ZERPA

El Vicepresidente,
HADEL MOSTAFÁ PAOLINI

La Magistrada,
YOLANDA JAIMES GUERRERO

La Secretaria,
ANAÍS MEJÍA CALZADILLA

EXP. N° 2004-0111

LIZ/sbs.

En catorce (14) de abril del año dos mil cuatro, se publicó y registró la anterior sentencia bajo el N° 00339.

Sentencia N° 2009-1755, Expediente N° AP42-N-2005-000995 de fecha 26/10/2009

Materia :Contencioso Administrativo

Tema: Defensa en el Acceso a los Bienes y Servicios

Asunto

El derecho constitucional a la libertad económica y régimen de mercado no implica el ejercicio desmesurado y arbitrario del mismo, debiendo siempre circunscribirse a las obligaciones y responsabilidades derivadas de la economía y justicia social.

En sentencia 2009-1755 la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, analiza la exclusión en los contratos de adhesión, de cualquier posibilidad de discusión o razonamiento entre las partes, pues sus cláusulas son previamente determinadas por el proveedor del servicio, de modo que el contratado o usuario se limita a aceptar cuanto ha sido establecido por el primero. Respecto a las consecuencias imprecisas en el contrato, el fallo sostiene que la inexacta e insuficiente determinación de las consecuencias jurídicas derivadas del retardo o incumplimiento del contrato telefónico suscrito, esto es, en el presente caso de las consecuencias relativas a la pérdida definitiva de la línea telefónica con su correlativa reasignación a otro usuario, además de las condiciones y términos de la prestación del servicio, resultan ser adiciones contrarias a las disposiciones del artículo 47 de la derogada Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, (hoy artículo 73.6 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios), y por ende, un obstáculo para el usuario para poder continuar en el futuro haciendo uso del servicio de telefonía móvil celular (con su mismo número), el cual se presenta actualmente como un componente esencial del derecho humano a la comunicación, dado que Movilnet impidió la posible reactivación de un servicio al recurrente que en el marco general, según lo expuesto, se ha hecho de suma importancia en lo que respecta tanto a las comunicaciones como a muchas otras facetas inherentes al desarrollo de la persona humana (vgr. trabajo, acceso a información, comunicación, etc.). Además, considera la Corte que aún cuando el contrato como negocio jurídico bilateral en el que rige la autonomía de la voluntad, (disminuida en muchos casos por virtud de los contratos de adhesión), y el acuerdo entre las partes, el cual, en principio se ve perfeccionado con una señal de conformidad, como pudiera ser la firma del contrato, el referido acuerdo comercial o de servicios debe someterse inexorablemente al ordenamiento jurídico en su totalidad, no sólo debe someterse inexorablemente al ordenamiento jurídico en su totalidad, no sólo a disposiciones del Código Civil o Código de Comercio, debe igualmente cumplirse con las disposiciones de protección al consumidor y usuario, cuyo régimen normativo prohíbe expresamente la inclusión de cláusulas o condiciones que impidan el disfrute de los derechos y protección de los intereses de los particulares por parte del prestador del servicio en la relación comercial o contractual acordada y, en definitiva, garantizar una prestación de calidad de forma efectiva y continua del servicio que se trate. Concluye la Corte Segunda que la actuación llevada a cabo por la recurrente en el caso de autos, deviene contraria a la evolución y progresividad de los derechos de consumidores y usuarios, en especial a la posibilidad de acceder a bienes y servicios de forma eficiente, regular, continua e ininterrumpida

REPUBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA

TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

SALA CONSTITUCIONAL

Magistrado Ponente: PEDRO RAFAEL RONDÓN HAAZ

Consta en autos que, mediante escrito que presentaron ante esta Sala el 5 de mayo de 2004, los abogados BERNARDO WEININGER, HERNANDO DÍAZ CANDIA, JUAN JOSÉ DELGADO Y RAMÓN ESCOVAR ALVARADO, con cédulas de identidad nos 6.821.580, 10.330.480, 6.900.778 y 13.113.574, respectivamente, y con inscripción en el Instituto de Previsión Social del Abogado bajo los nos. 34.707, 53.320, 31.019 y 97.073, respectivamente, plantearon demanda de nulidad, por razones de inconstitucionalidad, del artículo 87, cardinal 4, de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, que sancionó la Asamblea Nacional el 4 de mayo de 2004, y que se publicó en la Gaceta Oficial n° 37.930 de esa misma fecha.

El 13 de mayo de 2004, el Juzgado de Sustanciación admitió el recurso de nulidad, ordenó la realización de las notificaciones a que se refiere la Ley y, luego de que constasen en autos dichas notificaciones, la remisión del expediente a la Sala para la decisión de la solicitud de urgencia y mero derecho. Asimismo, se acordó la formación de cuaderno separado para el pronunciamiento sobre la medida cautelar que se solicitó.

El 20 de mayo de 2004, se recibió este cuaderno separado del Juzgado de Sustanciación y se designó ponente al Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz para la sentencia sobre la medida cautelar.

DE LA PRETENSIÓN DE LA PARTE ACTORA

1. La norma cuya nulidad se demandó por razones de inconstitucionalidad, es el artículo 87, ordinal 4º, de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, cuyo texto es el siguiente:

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

4° Impongan la utilización obligatoria de arbitraje”.

2. Como vicios de inconstitucionalidad denunciaron, en síntesis, los siguientes:

2.1 La violación de los artículos 253, parágrafo tercero, y 258, parágrafo segundo, de la Constitución vigente; pues la exclusión absoluta de la utilización del arbitraje obligatorio en contratos por adhesión contradice el espíritu de tales normas, la primera de las cuales incluye los medios alternativos de justicia dentro del sistema de justicia, y la segunda preceptúa que la Ley promoverá el arbitraje.

2.2 La violación del derecho de acceso a la justicia y el derecho a la tutela judicial efectiva que reconocen los artículos 26 y 29 de la Constitución vigente, los cuales incluyen el derecho de resolución de controversias a través de los mecanismos del sistema de justicia “que considere brindará mayor protección a sus derechos e intereses”, no obstante lo cual la norma que se impugnó coarta al justiciable el derecho de acceso a la justicia arbitral, que, en muchos casos, será el medio idóneo y que con mayor eficacia brindará tutela judicial.

2.3 Que “...mal puede considerarse que todas las controversias de protección al consumidor se encuentran, sin excepción, comprendidas en la noción de orden público, referida en el literal a) del artículo 3 de la Ley de Arbitraje Comercial. En este sentido, la no arbitrabilidad por razones de orden público debe ser analizada con suma cautela, ya que el orden público es un concepto jurídico indeterminado (...) que no sufre alteración alguna por el hecho de que la controversia de tipo comercial se resuelva por arbitraje; de haber una perturbación será la misma que pueda existir de resolverse a través de los tribunales ordinarios...”. En tal sentido reconocieron que ciertas materias propias de los contratos por adhesión podrían estar excluidas de la resolución arbitral, no obstante, ello no es óbice para que se establezca una prohibición absoluta por parte del legislador, por lo que “la solución debe ser la plasmada en el artículo 6 de la Ley de Arbitraje Comercial”.

2.4 Que es inconstitucional la norma que se impugnó cuando hace referencia a cláusulas contractuales “que impongan la utilización obligatoria del arbitraje”, pues, tal como establece la Ley de Arbitraje Comercial e, incluso, la jurisprudencia y doctrina –nacional y comparada- “es precisamente ese carácter obligatorio un efecto esencial de toda cláusula de arbitraje válida (lo cual) ...no significa la renuncia o exclusión absoluta, permanente y para todo propósito de la jurisdicción judicial ordinaria”. De allí que la norma desnaturaliza la institución del arbitraje y de las cláusulas arbitrales.

3. En su petitorio solicitó: (i) se declare la causa como de mero derecho; (ii) se declare la nulidad de la norma que se impugnó; y (iii) mientras dure la tramitación del proceso, se acuerde medida cautelar innominada. En relación con esta última pretensión alegaron:

3.1. Que solicitan “se suspenda, con carácter erga omnes”, la aplicación del artículo 87, cardinal 4, de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, mientras se decide el juicio de nulidad.

3.2 En relación con el *fumus boni iuris*, señaló que “se deriva de los argumentos serios y atendibles expuestos precedentemente en este escrito y, especialmente, a la violación flagrante (sic) de la norma constitucional contenida en el artículo 258 del Texto Fundamental”.

3.3 En relación con el *periculum in mora* alegaron que se deriva del hecho de que la aplicación de la norma que se impugnó “cambiaría el *status quo* del Arbitraje Comercial en Venezuela –haciendo inarbitrables controversias de carácter comercial que puedan tener cierta relación con temas de protección al consumidor (...) cualquier controversia de un contrato de adhesión que deje de arbitrarse por aplicación del ordinal 4to. del artículo 87 de la Ley de Protección al Consumidor y que vaya, por tanto, a la jurisdicción judicial, no podrá ser arbitrada posteriormente. Esto sería una situación irreversible”.

II

MOTIVACIÓN PARA LA DECISIÓN

En este estado del proceso, corresponde a la Sala el pronunciamiento en relación con la procedencia de la medida cautelar que se solicitó en el curso de esta demanda de nulidad.

Tal como pacíficamente venía señalando esta Sala, el poder cautelar general del juez constitucional puede ejercerse en el marco de los procesos de nulidad de actos de naturaleza legislativa, para que se acuerden las medidas que resulten necesarias –sean éstas nominadas o innominadas- para el aseguramiento de la eficacia de la sentencia definitiva; medidas cuya procedencia, según se expuso -entre otras muchas- en sentencias de 8-6-00, caso: Alexis Viera Brandt, y de 13-6-02, caso: Ordenanza de Timbre Fiscal del Distrito Metropolitano de Caracas, depende fundamentalmente del cumplimiento de los requisitos que para tal fin exige la Ley adjetiva, concretamente los artículos 585 y 588 del Código de Procedimiento Civil.

La novísima Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia recogió, de manera expresa, ese derecho a la tutela cautelar que es garantía del derecho a la tutela judicial efectiva y postuló la existencia de un poder cautelar general en el marco de los procesos que se sustancien de conformidad con esa Ley. Así se lee en el artículo 19, parágrafo 11, de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia lo siguiente:

“En cualquier estado y grado del proceso las partes podrán solicitar, y el Tribunal Supremo de Justicia podrá acordar, aun de oficio, las medidas cautelares que estimen pertinentes para resguardar la apariencia de buen derecho invocada y garantizar las resultas del juicio, siempre que dichas medidas no prejuzguen sobre la decisión definitiva”.

La norma hace suyo el primero de los requisitos de procedencia propios de toda medida cautelar: la apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*). Además, y aunque no lo establezca con la misma claridad, exige el segundo de los requisitos inmanente a toda medida cautelar, como lo es la verificación del riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo (*periculum in mora*), desde que dispone que la cautela no tiene otra finalidad que la garantía de las resultas del juicio.

De allí que puede afirmarse que el juez dictará la medida preventiva cuando exista presunción del derecho que se reclama (*fumus boni iuris*) y riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo (*periculum in mora*), si el solicitante acompañó un medio de prueba que constituya presunción grave de tales circunstancias, ya que, en función de la tutela judicial efectiva, las medidas cautelares en este ámbito no son meramente discrecionales de los jueces, sino que, una vez que se verifique el cumplimiento de los requisitos que preceptúa la norma para su otorgamiento, el órgano jurisdiccional debe dictarlas.

Tales extremos deben cumplirse de manera concurrente, por lo que, si falta alguno de estos elementos, el juez no podría decretar la medida preventiva. En este orden de ideas, debe

agregarse que, en materia de Derecho Público, donde necesariamente están en juego intereses generales, el juez deberá también realizar una ponderación de los intereses en conflicto para que una medida particular no constituya una lesión de intereses generales en un caso concreto.

Del análisis del cumplimiento de tales supuestos de procedencia de las medidas cautelares en el caso de autos, la Sala observa:

La norma objeto de la pretensión de nulidad en este proceso es el artículo 87, cardinal 4, de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, según la cual “se considerarán nulas de pleno derecho las cláusulas o estipulaciones establecidas en el contrato de adhesión que: (4°) impongan la utilización obligatoria de arbitraje”.

Como fundamento de su pretensión cautelar, la parte actora consideró que existe presunción de buen derecho desde que tal norma colide con el artículo 258 de la Constitución vigente, el cual exhorta al legislador a promover el arbitraje; que viola también el artículo 253 eiusdem, que incluye los medios alternativos de justicia dentro del sistema de justicia, y los artículos 26 y 49 constitucionales, pues, en ciertos casos, el derecho a la efectividad de la tutela judicial sólo se garantiza a través de la resolución arbitral de los conflictos. En cuanto al peligro en la mora, señaló que, de no suspenderse la norma que se impugnó, sería imposible, luego de la definitiva, la utilización del arbitraje para la solución de aquellos conflictos que, en la actualidad, se planteen con ocasión de contratos por adhesión (rectius: contratos por adhesión).

En relación con la presunción de buen derecho, aprecia la Sala, sin que ello constituya prejuzgamiento alguno, que la adecuación o no de la norma legal que se impugnó respecto del Texto Constitucional amerita un estudio detallado de la materia, que determine la naturaleza jurídica de los acuerdos arbitrales y de los contratos por adhesión, así como la compatibilidad y viabilidad de su conjunción respecto de las normas de orden público y de la protección a los consumidores y usuarios. De allí que la sola invocación de las normas constitucionales que antes se mencionaron no otorga, per se, *fumus boni iuris* suficiente que imponga al juez la obligación de acordar la suspensión erga omnes de los efectos de la norma. Así se decide.

Asimismo, considera la Sala que la argumentación que se planteó no aporta suficiente presunción de existencia de un perjuicio irreparable que amerite el ejercicio del poder cautelar del juez constitucional. En efecto, sólo se ha hecho referencia a los eventuales conflictos que podrían plantearse con ocasión a contratos por adhesión y que éstos, eventualmente, podrían resolverse por la vía del arbitraje. Tal planteamiento resulta en exceso genérico, pues no se refiere a una situación jurídica concreta, desde el punto de vista subjetivo ni objetivo, que diera lugar a la existencia de presunción grave del daño que de manera actual o inminente se produjera y cuya protección ameritaría la suspensión de los efectos de la norma legal que se impugnó. Tal como sostuvo esta Sala en anteriores oportunidades (sentencias de 13-6-02, caso: Ordenanza de Timbre Fiscal del Distrito Metropolitano de Caracas y de 11-12-02 Caso: Corporación La Baraka C.A.):

“...no basta con que los recurrentes aleguen los perjuicios que ocasionaría la aplicación de la normativa cuya suspensión solicitan, sino que es necesario que se aleguen hechos concretos de los cuales nazca la convicción de un perjuicio real y personal, correspondiéndole a éstos probar suficientemente la existencia del daño y la imposibilidad o dificultad de su reparación futura, elementos de convicción que llevarían a esta Sala a advertir el daño alegado sin que ello implique pronunciamiento sobre el fondo”.

En todo caso, a juicio de la Sala ese planteamiento genérico de los recurrentes no implica perjuicio irreparable alguno, pues no es cierto que los eventuales conflictos que puedan

plantearse con ocasión a contratos por adhesión durante la tramitación de este proceso no puedan –también eventualmente- resolverse por la vía del arbitraje; el hecho de que bajo la vigencia de la Ley que se cuestiona no sea posible la estipulación de cláusulas arbitrales en esta categoría de contratos y que, por tanto, no pueda establecerse a priori que la solución de los problemas entre las partes se someterán a arbitraje, no quiere decir que, una vez producidas tales controversias, las partes no puedan, mediante acuerdo, optar por medios alternativos de solución de sus conflictos. De allí que, en todo caso, los perjuicios genéricos que se invocaron no constituirían un daño irreparable por la definitiva. Así se decide.

Con fundamento en lo anterior y por cuanto no se cumplen los supuestos que deben, concurrentemente, observarse para la procedencia de la medida cautelar, estima esta Sala, sin que se prejuzgue sobre el fondo del recurso de nulidad, que la misma resulta improcedente. Así se declara.

III

DECISIÓN

Por los razonamientos que anteceden, esta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, administrando justicia en nombre de la República por autoridad de la Ley, declara IMPROCEDENTE la medida cautelar que se solicitó en el curso del recurso de nulidad que intentaron los abogados BERNARDO WEININGER, HERNANDO DÍAZ CANDIA, JUAN JOSÉ DELGADO y RAMÓN ESCOVAR ALVARADO contra el artículo 87, cardinal 4, de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, que sancionó la Asamblea Nacional el 4 de mayo de 2004, y que se publicó en la Gaceta Oficial nº 37.930 de esa misma fecha.

Publíquese y regístrese. Anéxese esta pieza separada al expediente principal.

Dada, firmada y sellada en el Salón de Despacho de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en Caracas, a los 24 días del mes de agosto de dos mil cuatro. Años: 194º de la Independencia y 145º de la Federación.

El Presidente,

IVÁN RINCÓN URDANETA

El Vicepresidente,

JESÚS EDUARDO CABRERA ROMERO