

WWW.ABOGADORAULGONZALEZ.COM

Contratos de Adhesión

José Raúl González Velásquez

04/03/2011

Contratos de Adhesión

*José Raúl González Velásquez
Máster en Docencia Universitaria
Maestro en Derecho de Empresa*

1. Introducción.

Las personas necesitan interrelacionarse con otras a nivel social, psicológico, económico, etc. Respecto de este último punto, el económico, cuando los individuos llegan a un acuerdo de voluntades y crean obligaciones, es lo que se conoce comúnmente en Derecho Civil como contrato¹.

En los contratos, el acuerdo de voluntades se da por medio del consentimiento², el cual es un elemento vital de todo contrato ya que es un requisito de la esencia del mismo³. Para que se genere el consentimiento, debe atravesar por dos etapas: la oferta y la aceptación⁴.

Estas dos etapas, la oferta y la aceptación, serán parte de los elementos a estudiar en el presente ensayo, puesto que la revolución industrial, el desarrollo tecnológico y las comunicaciones, entre otros factores han provocado una masividad en las contrataciones de productos y servicios⁵.

Para lograr la masividad de un producto o servicio, el oferente se ha visto en la necesidad de pasar de una negociación con cada cliente, que implica una redacción de condiciones según el consenso final, a la elaboración de documentos que contengan las condiciones de contratación y las cuales no pueden ser negociadas por el aceptante. Esto último es lo que se conoce como “contrato de adhesión”.

¹ Cfr. A. ALESSANDRI RODRÍGUEZ, M. SOMARRIVA U, MANUEL; A. VODANOVIC H., *Curso de Derecho Civil. Fuente de las Obligaciones*, 16.

² “El consentimiento es el acuerdo de dos o más declaraciones de voluntad sobre algo común que van a formar parte del contrato” (Cfr. M.C. GETE-ALONSO Y CALERA., *Contratos*, 549).

³ Vide: A. ALESSANDRI RODRÍGUEZ, M. SOMARRIVA U, MANUEL; A. VODANOVIC H., *Curso de Derecho Civil. Fuente de las Obligaciones*, 75-76 y M.C. GETE-ALONSO Y CALERA., *Contratos*, 549.

⁴ Las etapas del consentimiento no presentan inconvenientes entre las partes presentes visto que se dan casi simultáneamente, pero cuando son entre ausentes, se han generado teorías para decidir cuando se tiene perfeccionado el consentimiento. Para un mayor entendimiento del perfeccionamiento entre ausentes, vide: L. HERNÁNDEZ FERNÁNDEZ. «Consideraciones Teóricas Acerca del Momento y Lugar de Perfección del Contrato Concertado Vía Electrónica», 107-112.

⁵ Vide: R. L. LORENZETTI, *Tratado de los Contratos*, I, 138 e I. DE LA MAZA Y S. CRUZ. «Contratos por Adhesión en Plataformas Electrónicas», 1.

El “contrato de adhesión” es un término acuñado por Raymond Saleilles en su libro “*De la déclaration de la volante*” del año 1901⁶,

En los cuales hay predominio de una sola que actúa como voluntad unilateral, que dicta su ley no ya a un individuo, sino que a una colectividad indeterminada, obligándose por anticipado, unilateralmente, a la espera de la adhesión de los que querrán aceptar la ley del contrato, apoderándose de este compromiso ya creado sobre él mismo⁷.

Esta definición sigue vigente hasta la fecha y no ha variado mucho, visto que una de sus características principales es la unilateralidad en el establecimiento de las condiciones. A modo de ejemplo, J. Mosset Iturraspe, citado por R.L. Lorenzetti, indica que un contrato es por adhesión “cuando la redacción de sus cláusulas corresponde a una sola de las partes, mientras que la otra se limita a aceptarlas o rechazarlas, sin poder modificarlas”⁸.

M. Ossorio explica que el contrato de adhesión

Se caracteriza por el hecho de que es una de las partes la que fija las cláusulas o condiciones, iguales para todos, del contrato, cuya celebración se propone, sin que quienes quieran participar en él tengan otra alternativa que aceptarlo o rechazarlo en su totalidad; es decir, adherirse o no a los términos del contrato preestablecido, sin posibilidad de discutir su contenido. Los contratos de seguros, de transporte, de suministro de agua, electricidad y otros servicios públicos son ejemplo de esta índole⁹.

El Diccionario Jurídico Mexicano señala que: “En los contratos de adhesión se considera que de antemano ya están establecidas las cláusulas esenciales, sin que la contraparte tenga la oportunidad de discutir su contenido”¹⁰.

Ortiz Sánchez y Pérez Pino explican que “la totalidad de las cláusulas de un contrato han sido establecidas unilateralmente por una de las partes, la dominante o preponderante, limitándose la otra a aceptarlas en bloque”¹¹.

Una definición legal se presenta en la “Ley 19.496 Establece Normas Sobre Protección de los Derechos de los Consumidores” de Colombia que define al contrato de adhesión como “aquel cuyas cláusulas han sido propuestas

⁶ Vide: I. DE LA MAZA. «Contratos por Adhesión y Cláusulas Abusivas ¿Por qué el Estado y no Solamente el Mercado?», 111, M.A. MORENO NAVARRETE, *DERECHO-e. Derecho del Comercio Electrónico*, 48 y P.J. VELA TORRES, *La Contratación a Través de Condiciones Generales y Clausulados Negociales Predispuestos*, 362.

⁷ Cfr. I. DE LA MAZA. «Contratos por Adhesión y Cláusulas Abusivas ¿Por qué el Estado y no Solamente el Mercado?», 111.

⁸ Cfr. R. L. LORENZETTI, *Tratado de los Contratos*, I, 140.

⁹ Cfr. M. OSSORIO, «Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales», 219.

¹⁰ Cfr. UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MÉXICO, «Diccionario Jurídico Mexicano», II, 298.

¹¹ Cfr. M. ORTIZ SÁNCHEZ Y V. PÉREZ PINO, «Léxico Jurídico Para Estudiantes», 96.

unilateralmente por el proveedor sin que el consumidor, para celebrarlo, pueda alterar su contenido”.

El anteproyecto del Código Civil argentino presentado el 18 de diciembre de 1998 en su artículo 899 define el contrato de adhesión como el “contrato predispuesto en que la parte no predisponente ha estado precisada a declarar su aceptación” ¿Qué es un contrato predispuesto? El mismo artículo lo define como “aquél cuyas estipulaciones han sido determinadas unilateralmente por alguna de las partes” y en ese mismo sentido define a las cláusulas predispuestas.

Vale aclarar que P.J. Vela Torres afirma que si bien es cierto que el término “contrato de adhesión” adquirió una rápida expansión en algunos países europeos, se terminó imponiendo el término “condiciones generales de contratación”, por ser más flexible que el primero¹². Por su parte, el anteproyecto del Código Civil argentino de 1998 distingue entre “contratos celebrados por adhesión” y “condiciones generales” en el artículo 899, definiendo éstas últimas como “las cláusulas predispuestas por alguna de las partes, con alcance general y para ser utilizadas en futuros contratos particulares, sea que estén incluidas en el instrumento del contrato, o en otro separado”. El lector puede apreciar que los términos del anteproyecto son complementarios, en los cuales el contrato celebrado por adhesión se concentra en la aceptación de la otra parte, y las condiciones generales se enfocan en la aplicación de condiciones uniformes en futuros contratos.

El Diccionario Jurídico Mexicano expresa un debate interesante respecto de la naturaleza jurídica de los “contratos” de adhesión. Explica que existen dos posturas: unos que afirman que es un acto unilateral y los otros apoyan que es un contrato¹³. Siguiendo con el texto referido, los primeros afirman que hay un predominio de una parte (el oferente) que ha redactado las cláusulas y la otra parte (el adherente) solo acepta o rechaza las condiciones. Esto es apoyado por P.J. Vela Torres, al decir que la autonomía de la voluntad es aparente ya que no hay verdadera negociación al no poder participar en la redacción del contenido contractual¹⁴. La segunda postura expresa que la voluntad del adherente conforma un acto jurídico bilateral¹⁵, lo cual “implica

¹² Cfr. P.J. VELA TORRES, *La Contratación a Través de Condiciones Generales y Clausulados Negociales Predispuestos*, 362.

¹³ Cfr. UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MÉXICO, «Diccionario Jurídico Mexicano», II, 298.

¹⁴ Cfr. P.J. VELA TORRES, *La Contratación a Través de Condiciones Generales y Clausulados Negociales Predispuestos*, 360.

¹⁵ “Actos jurídicos bilaterales son aquellos que para nacer a la vida jurídica requieren la manifestación de voluntad de dos partes. Por ejemplo, los contratos; la tradición; el pago efectivo o solución; la novación; el matrimonio” (Cfr. V. VIAL DEL RÍO, *Teoría General del Acto Jurídico*, 37).

consentimiento y basta para formar el contrato” según Castán, citado por M.A. Moreno Navarrete¹⁶.

El autor de la presente investigación apoya que los contratos de adhesión son actos bilaterales visto que los actos unilaterales no podrían generarles obligaciones a otras personas, incluso si éstas no tienen suficiente poder para negociar en igualdad de condiciones porque falta su consentimiento. Sin el consentimiento, no hay efectos jurídicos. V. Vial del Río define los actos jurídicos unilaterales como “aquellos que para nacer a la vida jurídica requieren solamente la manifestación de voluntad de una parte”¹⁷ y menciona como ejemplos la oferta, la aceptación y el testamento entre otros.

Los contratos de adhesión son aplicados por compañías, tanto grandes como pequeñas, pero ¿por qué son tan populares? ¿qué ventajas ofrecen para que se diseminen en diversos rubros, incluso en contratos electrónicos? P.J. Vela Torres¹⁸ explica que la ventaja es reducir los costes de celebración y permite una mejor coordinación y división de tareas en el interior de la empresa. I. de la Maza Gazmuri¹⁹ profundiza esta respuesta afirmando que los costos de elaborar un contrato (honorarios profesionales del abogado y tiempo para la elaboración y redacción del mismo entre otros), llamados costos de transacción, son elevados, especialmente si se toma en cuenta que cada contrato pasaría a ser único si varían las condiciones de contratación entre cliente y cliente, pero si una de las partes ha redactado las cláusulas y la aplica a todos los contratos relacionados con un producto o servicio, reduce costos puesto que los servicios legales serán solicitados solamente para la redacción de las condiciones generales. Agrega además que el contrato sirve para la distribución de riesgos entre los contratantes, asignándose a quien está en mejores condiciones de soportarlos²⁰.

Respecto de la segunda ventaja, la coordinación y distribución de tareas en el interior de la compañía, Rakoff, citado por I. de la Maza Gazmuri²¹, afirma que el elaborar los contratos de adhesión permite conocer de antemano las tareas que se realizarán en el interior de la empresa y la comunicación entre departamentos se hace más fluida ya que no varían los contratos. Por otra

¹⁶ Cfr. M.A. MORENO NAVARRETE, *DERECHO-e. Derecho del Comercio Electrónico*, 48.

¹⁷ Cfr. V. VIAL DEL RÍO, *Teoría General del Acto Jurídico*, 37.

¹⁸ Cfr. P.J. VELA TORRES, *La Contratación a Través de Condiciones Generales y Clausulados Negociales Predispuestos*, 358.

¹⁹ Vide I. DE LA MAZA. «Contratos por Adhesión y Cláusulas Abusivas ¿Por qué el Estado y no Solamente el Mercado?», 112-119.

²⁰ Cfr. I. DE LA MAZA. «Contratos por Adhesión y Cláusulas Abusivas ¿Por qué el Estado y no Solamente el Mercado?», 114.

²¹ Cfr. I. DE LA MAZA. «Contratos por Adhesión y Cláusulas Abusivas ¿Por qué el Estado y no Solamente el Mercado?», 118.

parte, las costosas capacitaciones de los subordinados que atienden directamente a los clientes disminuyen, porque se reduce su discrecionalidad de negociación y asimismo las probabilidades de que realicen una mala negociación.

Con lo expresado hasta este punto se pueden deducir las características de los contratos de adhesión, las cuales son: a) la redacción de las cláusulas por una de las partes, b) la aceptación o rechazo por la otra parte, c) es un acto jurídico bilateral, d) puede emplearse en cualquier tipo de contrato, e) aplicación en masa, f) inserción de cualquier tipo de cláusulas.

Hasta este momento se ha explicado en que consiste el contrato de adhesión, las ventajas que tienen para las personas que lo utilizan y además de diversa terminología relacionada con el tema, pero ¿cómo se presentan los contratos de adhesión a la parte adherente? Una forma interesante es a través de los “contratos envueltos” (*shrink wrap*)²² y otra es por medio del “contrato click” (*click-wrap contract*)²³ similar al anterior, pero con la diferencia que el adherente debe dar clic en un botón que dice “Acepto los términos” o con expresiones similares para tener acceso al contenido²⁴.

Utilizando estos dos ejemplos, se plantea la siguiente situación para ambos: usted reside permanentemente en El Salvador y compra un software que destruye la información de su computadora y que valora en \$250,000. Por este motivo desea demandar a la compañía fabricante del software llamada “*Black Light*”. En tabla la respectiva demanda en El Salvador, pero *Black Light* alega que según el contrato que aceptó, si hay litigios se llevará por medio de arbitraje, cuyas oficinas se encuentran en Los Ángeles, California, Estados Unidos de Norteamérica ¿Existe ilegalidad en esta cláusula para ambos ejemplos? La respuesta es afirmativa debido a que los contratos de adhesión, utilizados maliciosamente por parte del ofertante, pueden generar “cláusulas abusivas” que serán el objeto de estudio de la segunda parte del presente ensayo.

²² “Proviene originariamente del mecanismo de distribución de los contratos de software, los que se encontraban al interior de las cajas, envueltas en celofán, que contenían el soporte físico del software. La naturaleza contractual de la licencia contenida en la caja suele ir avisada en forma impresa a través de un aviso en la caja. De esta manera, el consumidor puede saber que, una vez que ha abierto el celofán queda vinculado por los términos del contrato que esta presenta al consumidor los términos del contrato” (Cfr. I. DE LA MAZA Y S. CRUZ. «Contratos por Adhesión en Plataformas Electrónicas», 19-20).

²³ Cfr. I. DE LA MAZA Y S. CRUZ. «Contratos por Adhesión en Plataformas Electrónicas», 19-20. Aunque cabe aclarar que la onomatopeya *click*, en castellano, se escribe “clic” según la Real Academia Española (Cfr. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, «Diccionario de la Lengua Española»).

²⁴ Estas no son las únicas formas de aplicación de los contratos de adhesión, otra forma más sencilla sería el hecho de ir a un lugar de venta de productos que contengan un precio no negociable.

2. Las cláusulas abusivas.

Ya se ha mencionado en varias ocasiones el concepto de “cláusula” pero ¿qué es? Una cláusula es “cada una de las disposiciones de un contrato, tratado, testamento o cualquier otro documento análogo, público o particular”²⁵. Las cláusulas se clasifican en esenciales, de la naturaleza y accidentales, según el art. 1315 del Código Civil salvadoreño.

La cláusula es lícita cuando no viola la ley, el orden público o las costumbres. Si viola cualquiera de estos se considera que es ilícita. Dentro de estas últimas se encuentran las cláusulas abusivas.

La definición legal de “cláusulas abusivas” en la legislación salvadoreña no se encuentran en el Código Civil, sino en la Ley de Protección al Consumidor en su art. 17 que las define como: “todas aquellas estipulaciones que, en contra de las exigencias de la buena fe, causen en perjuicio del consumidor, un desequilibrio en los derechos y obligaciones de las partes”.

Interesante es el hecho de que además de dar esta definición presenta una serie de ejemplos²⁶, pero no deben aceptarse como únicos o taxativos visto que el propio artículo utiliza la expresión “tales como”.

Aunado a lo anterior se puede mencionar que el mismo artículo 17 inciso final presenta criterios de evaluación de las cláusulas abusivas, siendo estos: el analizar la naturaleza del bien o del servicio, las circunstancias en las cuales se perfeccionó el contrato y las demás cláusulas del mismo contrato o de otro documento anexo al mismo.

Otra definición la presenta la “Ley de Protección al Consumidor (Versión Comentada)” en la cual se profundiza un poco más la definición legal señalando que “son todas las condiciones, requisitos o consecuencias que el proveedor puede establecer en un contrato, que coloquen al consumidor en

²⁵ Cfr. UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MÉXICO, «Diccionario Jurídico Mexicano», II, 106. En este mismo sentido se expresa M. Ossorio (Vide M. OSSORIO, «Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales», 165).

²⁶ a) Exonerar, atenuar o limitar la responsabilidad de los proveedores en relación a los daños causados por el consumo o uso de los bienes o servicios prestados;
b) Permitir al proveedor modificar unilateralmente en perjuicio del consumidor las condiciones y términos del contrato, o sustraerse unilateralmente de sus obligaciones;
c) Desnaturalizar las obligaciones derivadas de la contratación a cargo de los proveedores;
d) Renunciar anticipadamente a los derechos que la ley reconoce a los consumidores o que, de alguna manera limiten su ejercicio o amplíen los derechos de la otra parte;
e) Invertir la carga de la prueba en perjuicio del consumidor;
f) Establecer la prórroga del contrato sin la voluntad del consumidor;
g) Estipular cargos por pago anticipado, salvo que se trate de proveedores de servicios financieros, en cuyo caso se implicará lo establecido en el Art. 19, literal m) de esta ley; y
h) Imponer cualquier medio alterno de solución de controversias en los contratos de adhesión.

una situación de desventaja, desigualdad o anulen sus derechos, es decir, vayan contra la buena fe, causándole un perjuicio”²⁷.

¿Será una decisión muy particular del legislador salvadoreño el definir las cláusulas abusivas en la Ley de Protección al Consumidor y no en el Código Civil? ¿Qué consecuencias se dan por su aplicación en una normativa especial? ¿Aplica esta ley para todas las personas o es un círculo más restringido?

Respondiendo la primera pregunta, no es una coincidencia el regular las cláusulas abusivas en una normativa especial. En Colombia, la “Ley 19.496 Establece Normas Sobre Protección de los Derechos de los Consumidores” en su artículo 16 da una enumeración taxativa de lo que debe entenderse por cláusulas abusivas²⁸, pero, que a diferencia de El Salvador, no presenta una definición de cláusula abusiva, lo cual limita negativamente el ámbito de aplicación de las mismas porque no contempla todos los supuestos, según I. de la Maza y S. Cruz²⁹. España tiene la “Ley 7/1998 sobre Condiciones Generales de Contratación” que define tanto la cláusula como condición general³⁰ y cláusula abusiva³¹, en base a esta ley se creó el “Real Decreto 1906/1999, de 17 de diciembre, por el que se regula la contratación telefónica

²⁷ Cfr. DEFENSORÍA DEL CONSUMIDOR, *Ley de Protección al Consumidor (Versión Comentada)*, 51.

²⁸ Artículo 16º.- No producirán efecto alguno en los contratos de adhesión las cláusulas o estipulaciones que:

1. Otorguen a una de las partes la facultad de dejar sin efecto o modificar a su solo arbitrio el contrato o de suspender unilateralmente su ejecución, salvo cuando ella se conceda al comprador en las modalidades de venta por correo, a domicilio, por muestrario, usando medios audiovisuales, u otras análogas, y sin perjuicio de las excepciones que las leyes contemplen;

2. Establezcan incrementos de precio por servicios, accesorios, financiamiento o recargos, salvo que dichos incrementos correspondan a prestaciones adicionales que sean susceptibles de ser aceptadas o rechazadas en cada caso y estén consignadas por separado en forma específica;

3. Pongan de cargo del consumidor los efectos de deficiencias, omisiones o errores administrativos, cuando ellos no le sean imputables;

4. Inviertan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor;

5. Contengan limitaciones absolutas de responsabilidad frente al consumidor que puedan privar a éste de su derecho a resarcimiento frente a deficiencias que afecten la utilidad o finalidad esencial del producto o servicio, y

6. Incluyan espacios en blanco, que no hayan sido llenados o inutilizados antes de que se suscriba el contrato.

²⁹ Cfr. I. DE LA MAZA Y S. CRUZ. «Contratos por Adhesión en Plataformas Electrónicas», 14.

³⁰ “Una cláusula es condición general cuando está predispuesta e incorporada a una pluralidad de contratos exclusivamente por una de las partes”.

³¹ “Cláusula abusiva es la que en contra de las exigencias de la buena fe causa en detrimento del consumidor un desequilibrio importante e injustificado de las obligaciones contractuales y puede tener o no el carácter de condición general, ya que también puede darse en contratos particulares cuando no existe negociación individual de sus cláusulas, esto es, en contratos de adhesión particulares”.

o electrónica con condiciones generales en desarrollo del artículo 5.3 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación”³².

La Unión Europea creó la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993 sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores en su artículo 3 apartado 1 define lo que debe entenderse por cláusulas abusivas³³. Además da un tratamiento dependiendo si las cláusulas se han negociado individualmente o no, dando una explicación de cuando debe entenderse una negociación individual de las cláusulas³⁴. Aunado a lo anterior, la Directiva incluye un listado de ejemplos no exhaustivo de cláusulas abusivas en un anexo de la misma³⁵.

Argentina regula las cláusulas abusivas en el artículo 37 de la Ley 24.240³⁶, pero no da una definición, sino parámetros para saber cuando una cláusula es abusiva.

Finalmente Venezuela, al igual que Colombia, presenta en el artículo 87 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario³⁷, una serie de supuestos en los cuales se entiende que son cláusulas abusivas.

³² Dicho Real Decreto, según M.P. García Rubio, viola una norma de rango superior (Ley 7/1998 sobre Condiciones Generales de Contratación) dado que no regula las temáticas para las cuales se les dio autorización, según el art. 5.3 de la Ley 7/1998 y en cambio, regula otros temas para los cuales no tiene autorización (Vide: M.P. GARCÍA RUBIO, *La Absoluta Invalidez del RD 1906/1999, de 17 de diciembre, por el que se regula la contratación telefónica y electrónica con condiciones generales*, 325-337).

³³ Artículo 3 apartado 1 “Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato”.

³⁴ Artículo 3 apartado 2 “Se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión”.

³⁵ Debido a la extensión de dicho listado, solo se mencionan dos ejemplos a continuación, pero se recomienda fuertemente al lector la revisión del mismo:

- a) excluir o limitar la responsabilidad legal del profesional en caso de muerte o daños físicos del consumidor debidos a una acción u omisión del mencionado profesional;
- b) excluir o limitar de forma inadecuada los derechos legales del consumidor con respecto al profesional o a otra parte en caso de incumplimiento total o parcial, o de cumplimiento defectuoso de una cualquiera de las obligaciones contractuales por el profesional, incluida la posibilidad de compensar sus deudas respecto del profesional mediante créditos que ostente en contra de este último;

³⁶ Artículo 37. Interpretación. Sin perjuicio de la validez del contrato, se tendrán por no convenidas:

- a) Las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones o limiten la responsabilidad por daños;
- b) Las cláusulas que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte;
- c) Las cláusulas que contengan cualquier precepto que imponga la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor.

³⁷ 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.

Las consecuencias de la regulación de las cláusulas abusivas en leyes especiales y no en el Código Civil es que el ámbito de aplicación se restringe, gracias a elementos de carácter subjetivo y objetivo. Respecto del elemento objetivo, el acto jurídico se refiere a “distribución, depósito, venta, arrendamiento comercial o cualquier otra forma de comercialización de bienes o contratación de servicios”³⁸ y a esto se tiene que agregar el elemento subjetivo, es decir, las partes que intervienen: los usuarios o consumidores y los proveedores. La Ley de Protección al Consumidor de El Salvador³⁹, al igual que varias de las legislaciones antes referidas, da una definición legal tanto de consumidor como de proveedor⁴⁰ e incluso otras hacen una distinción entre usuario y consumidor como la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario⁴¹ de Venezuela.

La idea es similar en las diferentes legislaciones: que los “consumidores o usuarios” ocupen o utilicen los bienes como destino final y no como parte de

3. Inviertan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor o usuario.

4. Impongan la utilización obligatoria del arbitraje.

5. Permitan al proveedor la variación unilateral del precio o de otras condiciones del contrato.

6. Autoricen al proveedor a rescindir unilateralmente el contrato, salvo cuando se conceda esta facultad al consumidor para el caso de ventas por correo a domicilio o por muestrario.

7. Fijen el dólar de los Estados Unidos de América o cualquier otra moneda extranjera como medio de pago de obligaciones en el país, como mecanismo para eludir, burlar o menoscabar la aplicación de las leyes reguladoras del arrendamiento de inmuebles y demás leyes dictadas en resguardo del bien público o del interés social. En estos casos se efectuará la conversión de la moneda extranjera al valor en bolívares de conformidad con el valor de cambio vigente para la fecha de la suscripción del contrato.

8. Cualquier otra cláusula o estipulación que imponga condiciones injustas de contratación o exageradamente gravosas para el consumidor, le causen indefensión o sean contrarias al orden público y la buena fe.

9. Establezcan como domicilio especial para la resolución de controversias y reclamaciones por vía administrativa o judicial un domicilio distinto a la localidad donde se celebró el contrato, o el consumidor o usuario tenga establecida su residencia.

³⁸ Art. 2 de la Ley de Protección al Consumidor de El Salvador.

³⁹ Sujetos de la Ley. Art. 3. Para los efectos de la presente ley se entenderá por:

a) Consumidor o Usuario: toda persona natural o jurídica que adquiera, utilice o disfrute bienes o servicios, o bien, reciba oferta de los mismos, cualquiera que sea el carácter público o privado, individual o colectivo de quienes los producen, comercialicen, faciliten, suministren o expidan; y

b) Proveedor: toda persona natural o jurídica, de carácter público o privado que desarrolle actividades de producción, fabricación, importación, suministro, construcción, distribución, alquiler, facilitación, comercialización o contratación de bienes, transformación, almacenamiento, transporte, así como de prestación de servicios a consumidores, mediante el pago de precio, tasa o tarifa. Para efectos de esta ley, también quedan sujetas las sociedades nulas, irregulares o de hecho, respondiendo solidariamente cualquiera de sus integrantes. Así mismo, será considerado proveedor, quien, en virtud de una eventual contratación comercial, entregue a título gratuito bienes o servicios.

⁴⁰ Ejemplos: Arts. 1 y 2 de la Ley 24.240 (Argentina); art. 1 de la Ley 19.496 (Colombia); art. 2 de la Ley 7/1998 sobre Condiciones Generales de Contratación (España) aunque en esta se habla de profesional y adherente; etc.

⁴¹ Artículo 4 [...] Consumidor: Toda persona natural que adquiera, utilice o disfrute bienes de cualquier naturaleza como destinatario final.

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

un proceso para ofrecer dichos bienes o servicios a destinatarios finales. Por ejemplo: si José compra un automóvil para su uso personal y el vendedor es una sociedad cuyo giro comercial es este, se entenderá que José es un consumidor y por lo tanto aplica la Ley de Protección al Consumidor, pero si lo hace para incorporarlo a su empresa de turismo, no aplicaría dicha normativa.

¿Qué sucede si se declara que una cláusula es abusiva? La legislación salvadoreña solventa esta situación dictando que si una cláusula es abusiva, se tendrá por no escrita⁴² e igual solución toma la legislación argentina en el artículo 87 de la Ley 24.240. Colombia expresa que no producirán efecto alguno según el artículo 16 de la Ley 19.496. Venezuela establece la nulidad de pleno derecho en el artículo 87 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario y España se dirige en esta misma línea según el artículo 8 de la Ley 7/1998 sobre Condiciones Generales de Contratación, pero tiene una variante interesante respecto de las cláusulas oscuras, aplicando la regla *contra proferentem*, donde la interpretación más favorable para el adherente es la que prevalecerá⁴³. Esta misma regla aplica el Código de Comercio salvadoreño en su art. 978⁴⁴.

¿Qué pasa con el resto del contrato al ser eliminada una o más cláusulas que son consideradas abusivas? Subsiste, sin embargo, si con la eliminación de las cláusulas se deforma en otro distinto o no puede llevarse a cabo, entonces se tendrá por no escrito.

3. Conclusiones

Los contratos de adhesión han tenido un mayor auge después de la revolución industrial y más aún, con el actual desarrollo tecnológico y las comunicaciones, en donde las relaciones comerciales entre clientes y proveedores se han masificado. Estos últimos, para adaptarse a este ritmo, se vieron en la necesidad de crear condiciones generales para ser aplicados a todos los contratos.

En los contratos de adhesión, una de las partes (el ofertante), decide unilateralmente las condiciones esenciales del contrato, dejándole como únicas opciones al adherente el aceptar o rechazar.

⁴² Artículo 17 inciso final de la Ley de Protección al Consumidor.

⁴³ Cfr. P.J. VELA TORRES, *La Contratación a Través de Condiciones Generales y Clausulados Negociales Predispuestos*, 366.

⁴⁴ Art. 978. Los contratos redactados en formularios impresos o preparados por una de las partes, se interpretarán en caso de duda, en el sentido más favorable al otro contratante.

Una de las cuestiones más importante relativas a los contratos de adhesión, no solo tiene que ver con la forma en la cual se presenta al adherente (por ejemplo: los contratos envueltos y los contratos clic), sino que cuando se causa un desequilibrio importante entre las partes, usualmente a favor del oferente, se debe a las cláusulas abusivas.

Las cláusulas abusivas, según el artículo 17 de la Ley de Protección al Consumidor, son “todas aquellas estipulaciones que, en contra de las exigencias de la buena fe, causen en perjuicio del consumidor, un desequilibrio en los derechos y obligaciones de las partes”. Las legislaciones extranjeras analizadas tienen similares definiciones, con ciertas excepciones como Colombia que no tiene una definición, sino una enumeración de cláusulas abusivas, lo cual es negativo visto que no regula todos los posibles supuestos. Argentina es otra excepción porque no tiene una definición, pero sí parámetros para considerar cuándo una cláusula es abusiva y esta misma línea sigue la legislación venezolana.

Otro punto a tomar en consideración es que las diversas legislaciones estudiadas, tanto extranjeras como la nacional, regulan los contratos de adhesión y las cláusulas abusivas, no en el Código Civil o su equivalente, sino en leyes especiales dirigidas a las relaciones entre consumidores y proveedores. Esto es muy importante visto que restringe el ámbito de aplicación a las relaciones entre consumidores y proveedores por medio de dos elementos: uno subjetivo y otro objetivo. El subjetivo consiste en lo que se entenderá por proveedor y consumidor o usuario y el segundo regula el tipo de relaciones entre estos, por ejemplo: el art. 2 de la Ley de Protección al Consumidor trata de “distribución, depósito, venta, arrendamiento comercial o cualquier otra forma de comercialización de bienes o contratación de servicios”, por lo que se puede deducir que un contrato de libre discusión o discrecional, en donde hay negociación entre las partes, no se aplica la Ley de Protección al Consumidor.

Muy importante es que la legislación defina las cláusulas abusivas, de parámetros o supuestos y ejemplos que guíen al juzgador para identificarlas, pero también lo es el decidir que hacer una vez finalizada esta tarea. En el caso de El Salvador y Argentina se tienen por no escritas; en Colombia no producen efectos; y en Venezuela y España son nulas de pleno derecho. En España y en El Salvador (pero en el Código de Comercio) se aplica también la regla *contra proferentem*, donde la interpretación más favorable para el adherente es la que prevalecerá. Una vez eliminadas, se verifica si el contrato puede subsistir, con lo cual se dará cumplimiento a las prestaciones, y en caso negativo, se entenderá que nunca existió.

Bibliografía

- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, A., SOMARRIVA U., M., Y VODANOVIC H., A., *Curso de Derecho Civil. Fuente de las Obligaciones*, IV, A. Vodanovic H. ed.
- ASAMBLEA LEGISLATIVA, Decreto Legislativo N° 776, *Ley de Protección al Consumidor*, 31 de agosto de 2005, *Diario Oficial* 166, Tomo 368 (2005).
- COMISIÓN HONORARIA DESIGNADA POR DECRETO DEL PODER EJECUTIVO NACIONAL N° 685/95, *Anteproyecto del Código Civil Argentino de 1998*, Buenos Aires 1998.
- CONGRESO DE DIPUTADOS Y DEL SENADO, *Ley 7/1998, de 13 de abril, Sobre Condiciones Generales de Contratación*, 13 de abril de 1998, *Boletín Oficial del Estado* 89 (1998) 12304-12314.
- CONGRESO DE LA NACIÓN ARGENTINA, Ley N° 24.240, 13 de octubre de 1993, *Boletín Oficial* 27744 (1993).
- CONGRESO NACIONAL, Ley N° 19.496, *Establece Normas Sobre Protección de los Derechos de los Consumidores*, 7 de febrero de 1997, *Diario Oficial* (1997).
- CONSEJO DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, Directiva 93/13/CEE, *Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores*, 5 de abril de 1993, *Diario Oficial* L 095 (1993) 0029-0034.
- CONSEJO DE MINISTROS, *Real Decreto 1906/1999, de 17 de diciembre, por el que se regula la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales en desarrollo del artículo 5.3 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación*, 17 de diciembre de 1999, *Boletín Oficial del Estado* 313 (1999) 46411-46413.
- DE LA MAZA GAZMURI, I. «Contratos por Adhesión y Cláusulas Abusivas ¿Por qué el Estado y no Solamente el Mercado?», en *Revista Chilena de Derecho Privado* 1 (2003) 109-147.
- DE LA MAZA GAZMURI, I. Y CRUZ, S. «Contratos por Adhesión en Plataformas Electrónicas», en *AR: Revista de Derecho Informático* 59 (2003) 1-49.
- DEFENSORÍA DEL CONSUMIDOR, *Ley de Protección al Consumidor (Versión Comentada)*, San Salvador 2008.
- GARCÍA RUBIO, M.P., «La Absoluta Invalidez del RD 1906/1999, de 17 de diciembre, por el que se regula la contratación telefónica y electrónica

- con condiciones generales», en *Comercio Electrónico en Internet*. Madrid-Barcelona 2001.
- GETE-ALONSO Y CALERA, M.C., «Contratos», en *Manual de Derecho Civil II. Derecho de obligaciones. Responsabilidad civil. Teoría general del contrato*. Madrid-Barcelona 2000.
- HERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, L. «Consideraciones Teóricas Acerca del Momento y Lugar de Perfección del Contrato Concertado Vía Electrónica», en *Vniversitas* 107 (2004) 102-135.
- LA ASAMBLEA NACIONAL DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA, Ley N° 37.930, *Ley de Protección al Consumidor y al Usuario*, 30 de abril de 2004, *Gaceta Oficial* (2004).
- LORENZETTI, R. L., *Tratado de los Contratos. Cesión de derechos, Factoring, Mandato, Comisión, Corretaje, Locación de cosas, Transferencia de uso, Leasing, Contratos de obra y servicio, Servicios profesionales, Construcción de obras materiales*, I, Santa Fe 1999.
- MORENO NAVARRETE, M.A., *DERECHO-e. Derecho del Comercio Electrónico*, Madrid-Barcelona 2002.
- ÓRGANO EJECUTIVO, *Código Civil*, 23 de agosto de 1859, *Gaceta Oficial* 85, tomo 8 (1860).
- ORTIZ SÁNCHEZ, M. Y PÉREZ PINO, V., *Léxico Jurídico Para Estudiantes*, Madrid 2004.
- OSSORIO, M., *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, Buenos Aires 1994.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, Madrid 2001.
- UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MÉXICO, *Diccionario Jurídico Mexicano*, II, México, D.F. 1984.
- VELA TORRES, P.J., «La Contratación a Través de Condiciones Generales y Clausulados Negociales Predispuestos», en *La Contratación Mercantil. Disposiciones Generales. Protección de los Consumidores*. Madrid-Barcelona 2006.
- VIAL DEL RÍO, V., *Teoría General del Acto Jurídico*, Santiago 2006.