

DISCURSO DE CONTESTACIÓN DEL ACADÉMICO JAMES OTIS RODNER

Dr. Carlos Eduardo Acedo Sucre, individuo de número electo;
Presidente y demás miembros de la junta directiva de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales;
Señores Académicos;
Señores Presidentes de otras academias;
Sra. Teresita Betancourt de Acedo; Teresita, Eduardo y Luisa Elena Acedo Betancourt, Niní Sucre de Acedo y demás miembros de la familia Acedo Sucre;
Miembros de la familia del Dr. Tomás Enrique Carrillo Batalla;
Invitados especiales;
Señoras, señores:

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

Conozco a Carlos Eduardo Acedo desde hace más de 35 años. En 1980 fue uno de mis mejores alumnos en el curso de obligaciones en la Universidad Católica Andrés Bello. Como estudiante demostraba una curiosidad por indagar y analizar problemas jurídicos nuevos en el campo de las obligaciones con una rigurosidad sorprendente. Esta inclinación y capacidad analítica en el campo de las obligaciones se refleja en su interés en la investigación jurídica, la cual aparece en su obra comprendida en tres libros y más de 46 artículos sobre temas jurídicos. Además del campo de las obligaciones y los contratos donde está concentrada la obra de Carlos Eduardo Acedo, el nuevo académico tiene obras de especial relevancia en el campo de los seguros. Este interés en la materia de seguros se refleja en el hecho de ocupar múltiples cargos directivos en empresas de seguros, así como director de la Asociación de Derecho de Seguros por más de 14 años. También tiene obras el nuevo académico en el derecho bancario, así como sobre temas de arbitraje que tanto se han desarrollado en Venezuela después de la aparición de la Ley de Arbitraje Comercial de 1998.

Carlos Eduardo tiene una educación con una influencia de los jesuitas como egresado del Colegio San Ignacio y luego de la Universidad Católica Andrés Bello, de donde se gradúa en 1982 con la mención Cum Laude, pero no se limita a una formación de pregrado. En 1982 toma unos cursos breves en Derecho Comercial, Créditos y Garantía en la conocida Queen’s Mary College de la Universidad de Londres. Más tarde,

en 1985, se traslada a Francia y cursa en la Universidad de París 2 y obtiene en 1986 el diploma superior de la Universidad en Derecho Civil con mención de distinción. Luego cursa el doctorado en la misma Universidad de París 2, obteniendo en 1988 el diploma de Estudios Doctorales igualmente con mención de honor. Es para su doctorado que Carlos Eduardo prepara su estudio sobre la *Función de la culpa en la Responsabilidad por Hecho Ilícito* (“*La place de la faute dans la responsabilité délictuelle en droit vénézuélien, comparé au droit français et au droit italien*”) con un jurado que incluyó a los conocidos juristas franceses André Tunc y Denis Tallon. Esta obra, originalmente en idioma francés, la traduce al castellano y publica en 1993 su obra titulada *La Función de la Culpa en la Responsabilidad por Hecho Ilícito* en el derecho venezolano comparado con los derechos francés e italiano. En Francia, Carlos Eduardo Acedo solidifica su interés en el campo de las obligaciones y los contratos como alumno, entre otros muchos, de los conocidos juristas Christian Larroumet y Gérard Cornu.

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

PERFIL FAMILIAR

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

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

Como señala Benito Raúl Losada en su prólogo de *Una semblanza de Manuel Acedo Mendoza*¹, éste no fue un superhombre o un héroe, sino un hombre normal, sencillo, pero con virtudes que todos podemos tratar de igualar. Virtudes que como escribía Benito Raúl Losada en 1990, son importantes para los momentos actuales. Manuel Acedo Mendoza tuvo una vida política, pero no partidista. Se afirma en su biografía que se iba a inscribir en Acción Democrática, pero después del golpe de 1945

¹ Una semblanza de Manuel Acedo Mendoza, por Adán Celis y Luisa Teresa Acedo de Lepervanche, Caracas (1991). Las referencias a Manuel Acedo Mendoza están tomadas básicamente de esta obra, así como de conversaciones con el nuevo académico.

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

Al igual que su hijo, que hoy se incorpora a esta Academia, Manuel Acedo Mendoza quiso siempre compartir sus experiencias y conocimientos, para lo cual desarrolló una obra escrita. Su libro más importante, el cual sigue siendo una referencia obligatoria en el derecho mercantil, fue el de *La Sociedad Anónima*, publicado originalmente en 1976², con una segunda edición preparada conjuntamente con su hija Luisa Acedo de Lepervanche.³

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

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

Esta novela descubre lo profundamente artificial de una parte importante de nuestra sociedad actual, donde algunos gozan de una riqueza fácil que nace de una falta absoluta de ética y donde la inercia es producto de la falta de coraje. La historia estudia los eventos viendo su individualidad propia y no como eventos que pertenecen a una clase o categoría.⁴ Para conocer y juzgar un hecho, nos decía el conocido filósofo italiano Benedetto Croce, hay que pensarlo en su propia esencia, en su carácter propio en la esfera del hacer humano.⁵ La obra de Manuel Acedo Sucre, hermano de nuestro nuevo académico, nos ayuda a conocer la naturaleza propia de la experiencia, por la cual estamos atravesando, el hacer humano de esta experiencia, cosa que es más importante que tratar de encuadrarla en una clase o categoría.

El perfil de la familia de nuestro nuevo académico explica la inclinación de Carlos Eduardo Acedo para producir obras novedosas en el campo del derecho, donde a

² Acedo Mendoza, Manuel, *Temas sobre la sociedad anónima*, Caracas (1976).

³ Manuel Acedo Mendoza y Luisa Teresa Acedo de Lepervanche, *La sociedad anónima*, Caracas (1985).

⁴ Patrick Gardiner, *The nature of historical explanations*, Oxford (1952), p. 40.

⁵ Benedetto Croce, *La storia como pensiero e come azione*, Nápoles (2003), pp. 45 y 299.

pesar de que ya tiene una bibliografía importante, estoy seguro que se seguirá expandiendo después de su incorporación a esta Academia.

EL CONTRATO DE ADHESIÓN

El discurso que acabamos de disfrutar del nuevo miembro de la Academia nos introduce al tema difícil del derecho civil moderno relativo a las Cláusulas Abusivas y el Contrato de Adhesión. El contrato de adhesión es un tema en el derecho de las obligaciones aún en un proceso de evolución. A pesar de que apareció en la doctrina francesa en 1901⁶, adquiere su importancia en el desarrollo de la economía del consumidor de la segunda mitad del siglo XX.⁷ El discurso del nuevo académico sobre los contratos de adhesión es un sumario de un trabajo más extenso que se materializa en su nuevo libro *Las cláusulas abusivas y el contrato de adhesión* que preparó para su incorporación en esta Academia y el cual está en proceso de publicación (por cierto, lo recomiendo como pieza importante en la biblioteca de cualquier abogado en ejercicio, especialmente los que están dedicados a la redacción y revisión de contratos y los que deban defender a sus clientes contra cláusulas abusivas).

A pesar de que en los últimos años notables juristas en Venezuela han publicado artículos y comentarios sobre diferentes aspectos del contrato de adhesión⁸, la obra de Carlos Eduardo Acedo, nuestro nuevo académico, es la primera obra completa sobre el tema, desde la aparición en 1981 del conocido trabajo *El contrato de adhesión*⁹ del hoy desaparecido jurista Gert Kummerow. Con licencia de Carlos Eduardo Acedo, voy a dar una muy breve reseña sobre Gert Kummerow. Gert Kummerow nació en Valencia en 1930. Descendía de una familia alemana originaria de Hamburgo. Constituyó uno de los mejores investigadores del derecho en Venezuela en la segunda mitad del siglo XX, además de un docente dedicado. Fue profesor de la Universidad Central de Venezuela por más de 30 años. Gert Kummerow fue abogado compilador del Instituto de Codificación y Jurisprudencia del Ministerio de Justicia, participando en la extraordinaria obra en la jurisprudencia de los tribunales de instancia, lamentablemente discontinuada a partir de

⁶ R. Salleilles, De la déclaration de volonté, contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code Civil Allemand, 1901, G. Dereux, De la nature juridique des contrats d'adhésion, RT DCIV, 1910, 593, citas tomadas de F. Terré, P. Stimler e Y. Lequette, Droit des obligations, 9a. Ed., París (2005), sec. 196, p. 202.

⁷ Jacques Ghestin, Grégoire Loisseau e Yves Marie Serinet, La formation du contrat, Tomo 1, 4a. Ed., París (2013), sec. 385, p. 290.

⁸ Entre los cuales se destacan, Alfredo Morles Hernández, La total desaparición del contenido dispositivo en los contratos de adhesión, Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, UCV, No. 132 (2008), pp. 131 et seq; Sheraldine Pinto Olivera, Notas sobre la protección (contractual) del consumidor en América del Sur, publicado en Sistema Jurídico Romanista y Subsistema Latinoamericano, Bogotá, Universidad Externado de Colombia (2013), pp. 421 et seq; La protección del consumidor en el derecho venezolano, Revista de Direito do Consumidor, Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor, Año 21, Vol. 81 (2012), pp. 79 et seq; Luis Corsi, Contribución al estudio de las cláusulas de exoneración y limitación de la responsabilidad contractual, Revista de Derecho TSJ (2002), Vol. 7; José Melich Orsini; La naturaleza del contrato de adhesión considerado en las leyes que lo regulan, en el libro homenaje a Alfredo Morles Hernández, UCAB, Caracas (2010), Vol. 1, Capítulo 19, pp. 761 et seq y Doctrina general del contrato, 4ª Ed., ACPS, Serie Estudios No. 61, 2006, secciones 344 B y C, p. 539, 539 et seq.

⁹ Kummerow, Gert, Algunos problemas fundamentales del contrato por adhesión en el derecho privado, Caracas (1981), correspondiente a la tesis de Gert Kummerow a la Universidad Central de Venezuela en 1956.

1978 y que es la mejor compilación de jurisprudencia en Venezuela. También fue secretario de la conocida biblioteca de los tribunales del Distrito Federal (conocida como la Biblioteca Rojas Astudillo).

Su obra jurídica fue extensa e incluye los contratos de adhesión, tema que retoma nuestro académico hoy. Igualmente, entre muchas otras obras, se puede mencionar *La dimensión del débito pecuniario*, *El daño contractual resarcible* y *Bienes y derechos reales*.

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

No existe una definición única sobre el contrato de adhesión. El nuevo académico, en su nuevo libro (capítulo 1) hace un análisis exhaustivo de las diferentes definiciones que han aparecido, inclusive en las normas de protección al consumidor en Venezuela, muchas de las cuales se contradicen, así como en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (capítulo 1). Simplificando estas definiciones y buscando los elementos esenciales para la identificación de un contrato de adhesión, éste se puede entender como el contrato con cláusulas establecidas unilateralmente por uno de los contratantes sin que el adherente pueda discutir o modificar sustancialmente su contenido.¹⁰ Una definición simplificada aparece en el nuevo Código Civil francés de 2016, donde el contrato de adhesión se define como aquel “donde las condiciones generales del contrato, las cuales no se pueden negociar, están determinadas anticipadamente por una de las partes” (CC.Fr, art. 1110, primer aparte).¹¹

Las disposiciones se imponen a la contraparte por alguna forma de dominación o posición superior que tiene el redactor de las cláusulas y el mismo contrato, por lo que a veces contienen cláusulas abusivas. Entonces, en el contrato de adhesión tenemos: cláusulas no negociadas y no negociables que están preestablecidas por una de las partes. Si las cláusulas tienen un carácter abusivo, o sea, en alguna forma lesionan o constituyen una desproporción en beneficio de la persona que las impone y son aceptadas por la otra

¹⁰ Definición tomada del Proyecto de Ley No. 6.960/2002, hoy PLN. 699/2011 de Brasil, tomado de María Helena Diniz, Curso de direito civil brasileiro, teoria das obrigações contratuais e extracontratuais, 32a. Ed., Sao Paulo (2016), p. 107. La definición completa del Proyecto de Ley se refiere a cláusulas aprobadas por la autoridad competente o establecidas unilateralmente por una de las partes. El problema de los contratos aprobados e inclusive impuestos por una autoridad es tratado por Carlos Eduardo Acedo en su libro *Cláusulas abusivas y contratos de adhesión*, capítulo III, sección 2 y presenta otra colección de problemas.

¹¹ Traducción libre del texto en francés “le contrat d’adhésion es celui dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l’avance par l’une des parties”. La referencia a las condiciones generales es a los términos del contrato que no se refieren al negocio en particular. Así, en un contrato de venta de un automóvil, el precio en particular, el color del carro, número de seriales, no son condiciones generales, sino términos particulares del contrato específico.

parte por la condición débil que tiene frente a contraparte en el contrato, es necesario proteger al adherente contra los efectos de estas cláusulas abusivas sin afectar la relación jurídica. El contrato es el producto del consentimiento.

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

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

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

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

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

(d) Carlos Eduardo Acedo nos propone, para resolver el problema de la ausencia de normas positivas, que se promueva una ley especial que regule los contratos de adhesión. La ley establecería normas sobre los contratos de adhesión en general y se incorporaría a las reglas del derecho de los contratos en general. Esta propuesta es especialmente importante porque el problema no solo se presenta en los contratos con

consumidores, sino, como ya lo ha señalado Acedo Sucre, en una multitud de nuevos contratos que se presentan en el comercio contemporáneo.

Vacío legislativo relativo al contrato de adhesión

Como nos señala el nuevo académico en su discurso, la derogación de las normas sobre los contratos de adhesión se produjo en 2014 con la adopción de la Ley Orgánica de Precios Justos (LOPJ-2014)¹² que deroga las Leyes de Protección al Consumidor.¹³ En efecto, la LOPJ-2014 no contiene un capítulo sobre los contratos de adhesión, limitándose a establecer que las personas tienen como derecho individual, *inter alea*, el derecho a la protección en los contratos de adhesión que sean “desventajosos” (LOPJ-2014, artículo 10, De los derechos individuales, No. 10). No define qué es un contrato de adhesión, no define qué es abusivo, y no define los efectos de una cláusula abusiva, a diferencia de lo que hacían las leyes anteriores.¹⁴ Esta derogación fue acompañada por la derogación de las normas sobre contratos de adhesión en la Ley del Contrato de Seguro.¹⁵ El efecto de esta reforma en 2014 es que parece que en Venezuela, en contratos de adhesión con una cláusula abusiva, la cláusula abusiva no es nula, o sea que es vinculante, resultado que a todas luces no se corresponde con el derecho contemporáneo.

La primera pregunta que queda abierta, además del problema que presenta este vacío legislativo creado por la reforma de 2014, es por qué el legislador optó por eliminar las protecciones al consumidor en los contratos de adhesión que tenía la ley desde 1992.¹⁶ Una de las razones parece ser que recientemente en la legislación venezolana el individuo no tiene importancia. La ley está dirigida a regular las actividades de los particulares, pero no a proteger a los particulares. La protección de una persona parecería que ya no es importante para la ley. Lo importante es la regulación de la actividad privada y la imposición de sanciones.

Principios generales de derecho

Para llenar el vacío generado por la ausencia a partir de 2014 de norma positiva que anule o deje sin efecto una cláusula abusiva, Carlos Eduardo Acedo nos propone aplicar los principios generales del derecho, los cuales nos llevan a la protección del débil

¹² Ley Orgánica de Precios Justos, G.O. 39.715 del 18 de junio de 2014, reformada parcialmente por Decreto No. 1467, G.O. 6.156 del 18 de noviembre de 2014 (LOPJ-2014) y por la nueva Ley Orgánica de Precios Justos del 8 de noviembre de 2015, G.O. 40.787 del 12 de noviembre de 2015 (LOPJ-2015).

¹³ La última de las leyes de Protección al Consumidor tiene un nombre distinto: Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios.

¹⁴ Por ejemplo, la Ley de Protección al Consumidor de 1992 afirmaba que las cláusulas abusivas (para lo cual daba una definición) “no producían efecto alguno” (LPC-1992, art. 15, encabezamiento). En la LPCU de 2004, las cláusulas abusivas “se consideraban cláusulas nulas de pleno derecho” (LPCU-2004, art. 87, encabezamiento).

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

¹⁶ En 1992 se promulga la Ley de Protección al Consumidor (LPC-1992), G.O. 4.403 del 24 de mayo de 1992.

jurídico en la relación de adhesión, mediante el desarrollo de los principios relativos a la equidad, la buena fe y el orden público, ya contenidos en el Código Civil.

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

Los principios generales del derecho son una fuente de derecho (CC, art. 4). Por principios generales de derecho se entienden las reglas generales abstractas que se obtienen mediante la apreciación de las reglas particulares, específicas o circunstanciales, contenidas en el código y llevándolas a un contenido más amplio.¹⁷ Como lo define la jurisprudencia mexicana, los principios generales constituyen verdades jurídicas notorias, de modo que el juez puede dar una solución que el mismo legislador hubiera pronunciado si hubiera previsto el caso.¹⁸ Con la creación de principios generales de derecho se puede regular situaciones jurídicas no previstas expresamente por el legislador.¹⁹

No hay duda que si tomamos la buena fe, la equidad y el orden público, se identifica la naturaleza abusiva de una cláusula predispuesta por una de las partes, la cual no ha sido materia de negociación sino que es impuesta por la parte fuerte del contrato al débil de la relación jurídica. Más aún, de la norma del abuso de derecho (CC, art. 1185) una persona no puede celebrar un contrato (que es el ejercicio de un derecho) excediendo los límites fijados por la buena fe, imponiendo cláusulas abusivas nacidas de su condición fuerte en el proceso de negociación.

El recurso de casación

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

¹⁷ Guido Alpa, I principi generali, Milán (1993), p. 9. Igualmente citado en mi trabajo Los contratos enlazados, el subcontrato, 2ª. Ed., Caracas (2013).

¹⁸ La jurisprudencia mexicana contenía una sentencia de marzo de 1938 en el amparo promovido por Catalina Mesa de Díaz y coagraviado, jurisprudencia citada en el Tomo 5, pp. 26 y 41 del Seminario de la Federación 1938, cita tomada de Eduardo García Maines, Introducción al estudio del derecho, 1ª Ed. 1940, reimpresión México (1980), p. 384.

¹⁹ Francesco Carnelutti, Teoría general del derecho, traducción de Francisco Javier Osset, Madrid (1955), p. 117.

hipótesis de inobservancia de la norma de derecho positivo²⁰ que dará lugar a la declaratoria con lugar del recurso.

Un recurso, en el caso de un contrato de adhesión, cuando el tribunal de instancia no ha aplicado principios que limiten el uso de las cláusulas abusivas, no es un recurso contra una cuestión de hecho, la cual según nuestra jurisprudencia está reservada a los jueces de instancia que únicamente puede controlarse por la Sala de Casación de acuerdo con el artículo 320 del CC, cuando hay error en el establecimiento de los hechos, error en la valoración de los hechos, error en el establecimiento de las pruebas, error en la valoración de las pruebas y especialmente cuando se incurre en suposición falsa. También hay casación, pero en este caso de derecho a secas, cuando el juez califique erróneamente el negocio jurídico y lo subsuma en una norma que no le es aplicable.²¹

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

Contenido de la cláusula abusiva

El estudio del contrato de adhesión es importante cuando en el mismo existe una cláusula abusiva o vejatoria.²² En efecto, se pueden presentar tres supuestos con efectos diferentes. El primero, y el cual es la materia que trata hoy nuestro académico, es un contrato de adhesión, o sea, con cláusulas predispuestas donde una o más de las cláusulas son abusivas. El efecto es la nulidad de la cláusula o el de considerar la cláusula no escrita.²³ El segundo supuesto es un contrato de adhesión que no contenga una cláusula abusiva. En este caso porque se trata de un contrato de adhesión, las cláusulas se

²⁰ Ver Sentencia SCC, 13 de junio de 1988, ponente Aníbal Rueda, Capero vs. Cantera Catia La Mar, OPT. 1988 No. 7, p. 95; R&G Tomo CV No. 667-88. Igualmente, SCC, 6 de abril de 1994k Alirio Abreu ponente, Elisa Pinchel vs. Bar Restaurante Ñu-Ñu, Expt.. 92-0631, OPT. 1994 No. 4 Tomadas de Patrick Bausdin, Código de Procedimiento Civil, 3ª Ed. Caracas (2011), pp. 455-457.

²¹ Sentencia SCC 29 de noviembre de 1995, ponente magistrado Alirio Abreu Burelli, juicio Universidad Central de Venezuela contra Banco Provincial S.A.C.A., expediente 940703SN0569OPT (1995) No. 11, p. 440, cita tomada de Patrick Baudin.

²² El término más usado hoy en día es el de cláusula abusiva. En la doctrina francesa de principios del siglo XX se usaba el término cláusula vejatoria, término que usó el Dr. Kummerow ídem pag.122.

²³ El nuevo Código Civil francés establece que en un contrato de adhesión toda cláusula que cree un desequilibrio significativo entre los derechos y obligaciones de las partes en un contrato (cláusula abusiva) se reputa como no escrita, CC.Fr. 2016, art. 1171.

interpretan a favor de la parte que las aceptó y no a favor de la parte que las redactó²⁴, pero las cláusulas no son nulas ya que no son abusivas. Solo es relevante la cláusula abusiva. El tercer supuesto es un contrato paritario negociado, que contenga cláusulas abusivas. En este supuesto, como lo señala nuestro nuevo académico, la cláusula es válida ya que es el producto de la negociación entre las partes.²⁵

De lo anterior es indispensable saber cómo identificar cuándo una cláusula es abusiva. La cláusula abusiva en general es la que produce un desequilibrio marcado entre las prestaciones de las partes. El método seguido para determinar que es una cláusula abusiva ha sido desarrollado por influencia del Código Civil italiano de 1942, el de elaborar una llamada lista negra²⁶ de cláusulas las cuales, si se incorporan en un contrato de adhesión, se consideran nulas. En el Código Civil italiano, entre otros, se consideran abusivas: las cláusulas que limitan la responsabilidad del proponente, la que le da la facultad de rescindir el contrato o de suspender su ejecución, entre otras (CC.Itl, artículo 1341, primer aparte).

Una lista de las cláusulas abusivas apareció en la Ley de Protección al Consumidor de 1992, y se mantuvo con variaciones hasta la Ley para Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios (LDPABS).²⁷ Algunas, no todas, de estas llamadas listas negras están tomadas del Código Civil italiano de 1942, incluyendo la nulidad de la cláusula por la cual se imponga obligatoriamente el uso del arbitraje sobre la cual haré un comentario luego.

Las listas de las sucesivas leyes mencionadas ya no están vigentes, por cuanto fueron derogadas y hoy en día no existe una lista de cláusulas abusivas en el derecho venezolano, con excepción de la norma en la Ley de Arbitraje Comercial venezolana (LAC)²⁸ relativa al convenio arbitral (LAC, art. 6). Dos conclusiones. En primer lugar, ya la lista no existe, por lo cual como nos señala el nuevo académico, hay que construirla usando principios generales de derecho contenidos en el Código Civil (incluyendo la buena fe y equidad). En segundo lugar y más complejo es preguntarse si debe existir una lista negra, o sea, un listado fijando lo que es abusivo.

Una alternativa a la elaboración de una lista de cláusulas abusivas es la de desarrollar una definición en la ley, de lo que significa abusivo. El nuevo Código Civil francés de 2016 tomó este paso al establecer que “en un contrato de adhesión, toda

²⁴ Es el principio *contra profetentem*, según el cual, en caso de ambigüedad el contrato se interpreta contra la parte que redactó la cláusula. El principio lo adopta la LPCU-2014, art. 36. La norma igualmente se encuentra en los Principios de Unidroit sobre Contratos Comerciales Internacionales, art. 4.6.

²⁵ En un sentido contrario, sostiene Melich Orsini, en la doctrina venezolana que se pueden adoptar criterios para anular las cláusulas abusivas en un contrato paritario, José Melich Orsini, Doctrina general del contrato, ídem, sec. 344-C, p. 546. Esto en algunos casos se puede producir en un contrato paritario cuando existe lesión objetiva, o sea, cuando existe un desequilibrio en las prestaciones recíprocas. La lesión casi siempre se refiere a un desequilibrio en las prestaciones en suma de dinero.

²⁶ Término tomado de Sheraldine Pinto O., La protección del consumidor en el derecho venezolano, ídem, p. 209.

²⁷ Ley de Protección al Consumidor de 1992; Ley de Protección al Consumidor y el Usuario de 2004 (LPC/2004) G.O. 37.930 del 4 de mayo de 2004.

²⁸ Ley de Arbitraje Comercial, abril de 1988.

cláusula que establece un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes del contrato se reputará como no escrita” (CC.Fr, art. 1171). Esta solución del código francés, como lo señala la nueva doctrina francesa, elevó al nivel de derecho común (el derecho de los contratos en general) la sanción contra las cláusulas que crean un desequilibrio²⁹, pero solo resuelve el contenido de lo que es abusivo en términos generales y deja a la apreciación del juez o el árbitro en un caso concreto la determinación de si una cláusula en concreto establece un “desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones” (CC.Fr, art. 1171).

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

La cláusula arbitral como cláusula abusiva

En la lista de cláusulas abusivas contenidas en el Código Civil italiano de 1942 se encuentran la cláusula compromisoria, o sea, el compromiso de someter las controversias a arbitraje. De acuerdo al código italiano, no tiene efecto la cláusula compromisoria en el contrato predispuesto por una de las partes (contrato de adhesión), excepto cuando ésta esté “específicamente aprobada por escrito”. Esta norma del código italiano de 1942 fue copiada en la Ley de Arbitraje Comercial venezolana de 1998 (LAC), la cual establece que “en los contratos de adhesión y en los contratos normalizados, la manifestación de voluntad de someter el contrato a arbitraje deberá hacerse en forma expresa e independiente” (LAC, art. 6, único aparte).

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

Ley de los contratos de adhesión; directiva europea

El nuevo académico trae como conclusión de su presentación hoy la conveniencia de adoptar una ley especial sobre los contratos de adhesión y nos expone un sumario de lo que debe contener esta ley. En muchos países, los contratos de adhesión

²⁹ Gaël Chantepie y Mathias Latina, La réforme du droit des obligations, París (2016), p. 363.

están sujetos a leyes especiales como es el caso de la directiva del Parlamento Europeo de 2011 (Directiva 2011/83 del 25 de octubre de 2011). Esta normativa europea sin embargo está dirigida “a la protección de los consumidores” (Directiva 2011/83). En efecto, las leyes que tratan las cláusulas abusivas, en su mayoría van dirigidas a la protección del consumidor, o sea que solo alcanzan las relaciones con el consumidor final en una cadena de elaboración y distribución de bienes y servicios.

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