

Cláusulas abusivas en los contratos de adhesión* *Abusive terms in adhesion contracts*

Enrique Guadarrama López**

RDP

Cuarta Época,
Año I, Núm. 2,
Julio-Diciembre
de 2012

RESUMEN

El autor plantea que el hecho de calificar una cláusula contractual como abusiva no es una tarea sencilla; por ello, realiza un estudio, tanto sobre sus beneficios prácticos, como acerca de la problemática jurídica que representan los contratos de adhesión. Asimismo, expone que los contratos de adhesión —en relaciones de consumo— no son competencia registral de la Profeco. Aunado a lo anterior, trata los principios generales que rigen los contratos de adhesión de consumo y propone su identificación con las cláusulas abusivas. Finalmente, elabora las conclusiones que considera responden al cuestionamiento de la resistencia al análisis jurídico de fondo al que se somete este modelo de contrato.

PALABRAS CLAVE: contratos de adhesión, relaciones de consumo competencia registral, cláusulas abusivas.

ABSTRACT

The author argues that construing a contractual clause as being abusive, is not a simple or straightforward task. Accordingly, the author studies both its practical dimensions as well as the legal problems adhesion contracts imply. The author also argues that adhesion contracts —in consumer relations— are not Profeco registration's competence matters. Additionally, he explores general legal principles of consumer adhesion contracts and suggests how to identify abusive clauses. Finally, he drafts the conclusions he considers that respond to the juridical analysis of this agreement model.

KEY WORDS: adhesion contracts, consumer relations, registral competition, abusive terms.

* Agradezco a la licenciada Laura Cortés Sánchez la investigación legislativa y jurisprudencial realizada, así como sus comentarios al trabajo.

** Director General de Asuntos Jurídicos de la UNAM. Egresado de la misma universidad.

Sumario

1. Introducción
2. Planteamiento
3. Beneficios prácticos y problemática jurídica de los contratos de adhesión

Espectro general de los CA

4. Situación de los contratos de adhesión en relaciones de consumo que no son competencia registral de la Profeco

5. Principios generales en materia de contratos de adhesión de consumo

A. *Principios generales lato sensu*

B. *Principios generales strictu sensu*

C. *Principios generales específicos de los CA*

D. *Principios generales derivados de interpretación doctrinal*

6. Propuesta de identificación de cláusulas abusivas en contratos de adhesión

A. *Prevenciones preliminares*

B. *Criterios jurídicos de calificación de las cláusulas abusivas*

C. *Criterios metajurídicos de calificación de las cláusulas abusivas*

D. *Actuación de las instituciones defensoras de los consumidores y usuarios para hacer valer la nulidad de las cláusulas abusivas*

E. *Análisis del tema de nulidad e ilicitud de las cláusulas abusivas de los modelos de CA*

7. Conclusiones

1. Introducción

La tarea de calificar una cláusula contractual como abusiva no es sencilla. Si tratándose de una relación contractual común celebrada entre dos personas (sean particulares o comerciantes) lo normal es que ambas partes busquen las mayores ventajas en la redacción del clausulado, más lo es en el caso de las relaciones de consumo —comerciales o financieras— en las que tanto los empresarios o proveedores, como las entidades financieras suelen tener detrás de sí un sólido respaldo económico, publicitario y jurídico, así como los conocimientos y la experiencia de la práctica empresarial. Ese respaldo los pone en situación de imponer las condiciones contractuales en los contratos de adhesión (en adelante, CA).

Es lógico imaginar que la redacción clausular de los modelos de CA elaborados por los proveedores y prestadores de servicios financieros no incurre de manera directa en las previsiones prohibidas en la ley para calificar de abusiva una cláusula. Más bien, los comerciantes y las entidades financieras intentan dar una apariencia de equilibrio y de equidad en las condiciones contractuales. Sin embargo, es frecuente que tales modelos de CA no resistan un análisis jurídico a fondo.

Los proveedores y las entidades financieras logran que la firma de tales contratos se realice sin mayor cuestionamiento por parte del consumidor o del usuario aprovechándose de diversas circunstancias:

- El desconocimiento de las implicaciones jurídicas que acarrearán las condiciones impuestas.
- La publicidad masiva y excesiva de productos o servicios con aparentes ventajas en su adquisición o utilización.
- El esquema de ventas persuasivas, pero sin información mínima o suficiente para una toma de decisión razonada.
- El esquema de necesidades sociales inducidas e impuestas por el consumismo.
- La utilización de formatos de CA con “letras chiquitas” y clausulado extenso.

Ante ese panorama de la práctica comercial emerge la relevancia de las instituciones garantes de los derechos de los consumidores. En nuestro país, tanto la Profeco como la Condusef tienen la responsabilidad en los casos específicos de los CA, de salvaguardar los intereses y los derechos de los consumidores y de los usuarios de los servicios financieros, por medio de una función preventiva y de una función resarcitoria de derechos.

El propósito del trabajo es exponer y analizar los elementos jurídicos, interpretativos y prácticos para lograr la identificación de cláusulas insertas en un CA que, con una apariencia de equilibrio jurídico, resultan ser abusivas por las condiciones excesivas, desiguales o desproporcionadas, en perjuicio de ingente cantidad de consumidores y usuarios que diariamente celebran relaciones de consumo comercial y financieras.

2. Planteamiento

En nuestro país, en materia de CA y de cláusulas abusivas, a diferencia de lo que ocurre en otros ámbitos, no se cuenta con un sólido respaldo jurisprudencial suficiente, ni con la tradición jurisdiccional de analizar los CA. Tampoco la de calificar la validez jurídica de las cláusulas contractuales insertas en tales contratos, que por miles son celebrados con consumidores y con usuarios de servicios financieros.

A pesar de que la figura del CA fue incorporada desde la original Ley Federal de Protección al Consumidor (en adelante, LFPC) de 1976,¹ la labor de los tribunales mexicanos a lo largo de los años había sido mínima en materia de cláusulas contractuales abusivas en las relaciones de consumo. Si acaso se habían referido a la definición de lo que son los CA,² pero

¹ El artículo 4 establecía: “Para los efectos de esta ley se entiende por contrato de adhesión aquellos cuyas cláusulas hayan sido aprobados por alguna autoridad o redactadas unilateralmente por el proveedor, sin que la contraparte, para aceptarlo, pueda discutir su contenido”. Al relacionar los términos de este precepto con el artículo 2, que establece que quedan obligados por la ley, los comerciantes, los industriales y prestadores de servicios, se concluye que en la original LFPC la competencia de Profeco en materia de CA era muy amplia e irrestricta, pues no se particularizaba qué tipo de CA podía ser revisado, ni cuáles proveedores estaban obligados a utilizar CA en sus relaciones de consumo. Además, la ley no preveía la instauración del RPCA.

² La SCJN estableció que “el contrato llamado de adhesión supone que de acuerdo con la doctrina, una de las partes fija las condiciones a que debe sujetarse la otra en caso de aceptarlo, por ello dicha circunstancia no afecta su validez, ya que no implica la ausencia de la alternativa para aceptarlo o rechazarlo en forma total o parcial por parte de quien no interviene en su elaboración, por lo que no puede decirse que la voluntad expresada por éste se encuentre viciada”. *SJF*, Octava Época, t. X, tesis 3ª/LVI/92, p. 145, Amparo en revisión 944/91, 6 de julio de 1992.

En otro criterio de los TCC se estableció que “los *contratos de adhesión* son definidos como aquellos cuyas cláusulas han sido redactadas por una autoridad o unilateralmente por las partes, sin que la contraparte, para aceptarlas, pueda discutir su contenido y se sostiene su naturaleza contractual, partiendo de la definición que ofrece el artículo 1793 del Código Civil para el Distrito Federal. Así pues, en todo contrato, si bien debe existir libertad en las partes, esta libertad sólo debe ser para celebrarlo, es decir, para producir o transferir derechos y obligaciones, o bien, para discutir su contenido o ambas cosas a la vez. De lo anterior se desprende que los *principios fundamentales que rigen la libertad en el contrato* son dos: 1. *Libertad de contratar*, que existe cuando se tiene la facultad para celebrar o no celebrar el contrato, así como para escoger a la persona con que se celebró, y 2. *Libertad contractual*, que se refiere a la facultad de las partes para convenir en cuanto a la forma y al contenido del contrato... y *habrá contrato cuando existan los dos principios o sólo uno...*”, *SJF*, Octava Época, TCC, t. I, p. 794, Amparo directo 1477/87, 7 de diciembre de 1987. En este último criterio lo que hace el TCC es reconocer validez jurídica a los CA, a pesar de que su característica fundamental es la ausencia de libertad contractual del consumidor —y

sin profundizar en su alcance y repercusión frente al consumidor, como ocurre en otros países.

Esa situación se repite en el ámbito de los CA financieros, pues si bien la inicial Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros (en adelante, LC) de 1999 los reguló, no ha habido eco suficiente en los tribunales que ayude a clarificar sus particularidades, el bien jurídico tutelado, las responsabilidades jurídico-económicas, etcétera.

Desde mi perspectiva, lo resuelto hasta ahora por el alto tribunal para los CA de consumo es aplicable a los CA financieros.

Es hasta 2005, con la resolución de la SCJN, del 16 de junio, que declaró la constitucionalidad de la reforma de febrero de 2004 a la LFPC, cuando el Pleno del máximo tribunal emitió diversas tesis de jurisprudencia relacionadas con los CA, aunque tales tesis se enfocaron al sustento constitucional de la obligación de los proveedores de inscribir los modelos de CA en el Registro Público de Contratos de Adhesión (en adelante, RPCA) de la Profeco y no se abordó en particular la temática de las cláusulas abusivas.³

En ese lento avance jurisprudencial que se ha dado en nuestro país, se destaca las resoluciones de diciembre de 2010 —publicadas en marzo de 2011—, cuando la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante, SCJN) emite los primeros criterios utilizando la expresión “cláusulas abusivas” en materia de CA.

En nuestros días, encontramos una doble circunstancia en el análisis del tema de los CA:

por extensión del usuario financiero—. El TCC no entra al fondo del problema de determinar la validez del CA que contiene cláusulas abusivas o, en todo caso, la consecuencia jurídica que acarrea para las partes una cláusula abusiva en particular.

³ En general, cinco tesis tienen relación con la obligación de los proveedores de inscribir en el RPCA los modelos de CA. De manera específica los temas analizados por la SCJN son:

- No violación a la soberanía de los estados en materia registral de los CA;
- Respeto a la libertad de comercio en la obligación legal de registrar los modelos de CA;
- Origen de la obligación de registrar los modelos de CA;
- Efectos de nulidad relativa en caso de no registrar el modelo de CA;
- Reconocimiento a la competencia en la vía administrativa de la Profeco para resolver las controversias derivadas de los CA.

Es claro que Profeco tiene facultad competencial para calificar como abusiva una cláusula de un CA. Véase el análisis temático desglosado que se hace a cada una de las 13 tesis que se aprobaron con motivo de la resolución del 16 de junio de 2005. Guadarrama López, E., *La protección jurídica de los consumidores en materia inmobiliaria*, pp. 189-230.

- Una aceptación generalizada, tanto doctrinal como legislativa, de las consecuencias jurídicas que implica para los consumidores o usuarios el firmar un CA, respecto del cual los propios consumidores no tienen ninguna posibilidad de discutir su clausulado.
- La aceptación generalizada desde mucho tiempo atrás, de que el CA es una figura propia de la disciplina del derecho de los consumidores. Aquí es donde surgió la expresión, donde se ha desarrollado legislativa, doctrinal y jurisprudencialmente y donde se presentan los mayores retos para una adecuada protección de los consumidores y usuarios financieros.

A manera de adelanto, puede decirse que la identificación de una cláusula abusiva reside en dos aspectos, por un lado, cuando se pretende atenuar o suprimir la responsabilidad del proveedor o trasladarla al consumidor ante cualquier incumplimiento del contrato (inobservancia de lo acordado en cuanto a las condiciones del bien o del servicio) y, por otro, cuando se buscan condiciones económicas ventajosas o excesivas en relación al valor comercial del bien o servicio ofrecido.

Respecto al primer supuesto de identificación de una cláusula abusiva, se trata del campo de acción propio de las instituciones defensoras de los consumidores o usuarios, cuya actuación resulta decisiva para poner o no un alto a los abusos contractuales y de práctica empresarial de los proveedores.

En cambio, el segundo supuesto encuentra mayor reticencia para ser reconocido como materia competencial de dichas instituciones, por referirse a cuestiones de libertad empresarial en la que el Estado tiene vedado intervenir. De hecho la mayor regla en el esquema de oferta y demanda económica consiste en la libre determinación del precio del bien, producto o servicio.⁴

⁴ Por mi parte, creo que la regla general de no injerencia del Estado en materia económico-empresarial puede tener excepción cuando involucra la afectación de grandes sectores de la población. Al respecto, adelante formulamos los razonamientos para sustentar un punto de vista de mayor protección a los consumidores, véase rubro 6.C.

3. Beneficios prácticos y problemática jurídica de los contratos de adhesión

A nadie escapa lo significativo que resulta en los actuales esquemas masivos de contratación contar con los CA. Es muy claro que la utilización de ese instrumento jurídico brinda grandes beneficios:⁵

- Simplificación de la contratación, lo que favorece mayormente al prestador del bien o servicio, sea comercial o financiero.
- Contar con un régimen contractual seguro, en el que están uniformadas y estandarizadas las prestaciones frente a la clientela.
- Fortalecer la posición económica del prestador del bien o servicio al reducir al máximo el valor de lo que ofrece a su clientela. En un esquema competitivo su posición se torna más difícil si aumenta el precio.

Frente a los evidentes beneficios para la práctica empresarial que acaorean los CA para los proveedores y prestadores de bienes y servicios, en el ámbito estrictamente jurídico emergen diversos aspectos problemáticos que requieren ser analizados.

Si se considera en una primera y muy general aproximación al CA como el instrumento consensual celebrado entre dos partes, en el que una de ellas cuenta con un formato de contrato elaborado previamente, incluso impreso o en archivo electrónico, y solicita a su contraparte que únicamente proporcione sus datos generales y estampe su firma —a lo sumo le concede la opción de definir modalidades en el cumplimiento *v. gr.* fecha de pago, número de mensualidades—, se pueden identificar dos tipos de problemas con los modelos de CA.

a) De índole dogmática jurídica, en cuanto a que la moderna y masiva contratación en las relaciones de consumo muestra la dificultad de analizar en lo particular cada contrato que celebra un consumidor o usuario con el proveedor o prestador de servicio.

⁵ Chuliá, F., *Compendio crítico de derecho mercantil*, t. II, p. 51. Serra Rodríguez, A. señala que las ventajas son evidentes: el perfil de la conclusión (rapidez, uniformidad) y de la ejecución del contrato (posibilidad de control, prevención de litigios, previsibilidad de su éxito), el cálculo de riesgos y costes, y la elaboración de una regulación contractual más funcional que legal, *Cláusulas abusivas en la contratación. En especial, las cláusulas limitativas de la responsabilidad*, p. 19.

Ante esa circunstancia queda en entredicho o, mejor dicho, se pulveriza el principio general de la autonomía de la voluntad, pues se está en presencia de la modificación de facto en el acuerdo de voluntades,⁶ con la consecuente desventaja para el consumidor o usuario. Éste, por lo general, al no analizar a detalle el contenido clausular del contrato que firma tiene pocas posibilidades de exigir al proveedor o prestador de servicio cualquier incumplimiento.

Para contrarrestar ese problema surge como una fórmula de política jurídica de Estado elaborar el diseño legal adecuado para identificar dentro de los contratos masivos utilizados por los proveedores o prestadores de servicios aquellas cláusulas que resultan abusivas y lesivas en contra de los consumidores creando una disciplina jurídica especial para estandarizar el contenido del clausulado. Esto no significa suprimir la libre determinación empresarial de los proveedores y prestadores de bienes o servicios (nada les impide elegir la actividad empresarial, ni la cobertura de negocios ni la cobertura geográfica, entre otras decisiones estrictamente de empresa), sino restringir y delimitar las relaciones contractuales que celebren con el público consumidor en general.

b) De seguridad jurídica en el ámbito práctico comercial. Frente a la búsqueda de los empresarios de abatir costos y economizar en los volúmenes altos de su actividad comercial, así como de ahorrar tiempo en la celebración de las relaciones de consumo, emerge la obligación y responsabilidad del Estado de formular el diseño institucional que garantice la certeza y seguridad jurídica en la celebración de las relaciones de consumo, mediante un esquema de equidad e igualdad en las condiciones contractuales masivas.

El diseño institucional atraviesa por el establecimiento y el fortalecimiento de las instituciones protectoras de los derechos de los consumidores. La eficacia de tales instituciones se mide con tres parámetros:

- Por el alcance de las facultades legales otorgadas.
- Por la autonomía de su actuación frente a autoridades y proveedores.

⁶ Se alega que más que una crisis del modelo clásico del contrato, lo que hay es una crisis del modelo de consentimiento, basado en la negociación entre las partes, Lorenzetti, R., "Concepciones sobre el modelo de contrato", *Derecho privado. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, p. 226.

- Por la ejemplaridad de su actuación a favor de las grandes mayorías de consumidores, frente a pocos, pero grandes proveedores empresariales de enorme poderío económico.

Así, la medición de la eficacia institucional no debe partir de la actuación que tenga la institución protectora de derechos de los consumidores en asuntos individuales frente a muchos prestadores de bienes y servicios que tienen poco representatividad en el espectro empresarial del país, *v. gr.* tintorerías, lavanderías, talleres mecánicos. En este caso, el criterio muestra un enfoque meramente numérico y cuantitativo, siendo que lo relevante es que sea un criterio sustantivo y cualitativo.

Lamentablemente, en nuestro país predomina el criterio numérico en la evaluación institucional de las dos instituciones defensoras de derechos de los consumidores y de usuarios de servicios financieros, a pesar de que tales instituciones se convierten en garantes del debido respaldo jurídico para los consumidores y usuarios en las relaciones de consumo plasmadas en los CA.

Nuestra exigencia debe ir en un doble plano. Por un lado, que haya eficacia institucional cualitativa en asuntos de relaciones de consumo de mayor repercusión social, entre ellos las de aquellos CA de fuerte impacto entre los consumidores y usuarios, *v. gr.* los inmobiliarios, los tiempos compartidos, el autofinanciamiento, los de servicios telefónicos, los de televisión por paga y los de mutuo con garantía. Por otro lado, es preciso mejorar la metodología de revisión y de aprobación de esos modelos de CA por parte de las instituciones protectoras de derechos de los consumidores (véase la propuesta que formulamos adelante, rubro 6).

Espectro general de los CA

Es cierto que donde mayormente se ha analizado la problemática de los CA es en el terreno del derecho de los consumidores. Aquí ha encontrado el terreno natural de desarrollo legislativo y doctrinal, al grado de considerar que el tema de los CA es un tópico propio del derecho de los consumidores. Se puede aseverar que es aquí donde ha adquirido *carta de naturalización*, pues hablar de CA conlleva la identificación con los con-

tratos celebrados entre proveedores y consumidores, tanto en el ámbito comercial como financiero.

Esta identificación temática no otorga exclusividad al derecho de los consumidores, pues nada impide ni excluye la utilización de CA en relaciones jurídicas distintas a las relaciones de consumo, reguladas en otras disciplinas jurídicas.

Por añadidura, en esos CA que plasman diversas relaciones jurídicas en general, pero no relaciones de consumo en particular, también se presenta la posibilidad de que haya cláusulas abusivas. Sin embargo, por tratarse de relaciones jurídicas que no son de consumo no son del conocimiento de las instituciones protectoras de los derechos de los consumidores.

Con independencia de que en cada ámbito de aplicación jurídica se establecen reglas de salvaguarda para las partes signantes, lo cierto es que donde mayor impacto jurídico y social tienen los CA es en el terreno económico-financiero, por involucrar a un mayor sector poblacional, un mayor número de operaciones jurídicas, una mayor cantidad de contratos firmados, una mayor incidencia en el público, una mayor publicidad de bienes y servicios y una mayor búsqueda y obtención de ganancias económicas.

4. Situación de los contratos de adhesión en relaciones de consumo que no son competencia registral de la Profeco

Existen múltiples relaciones de consumo que se plasman en CA y que repercuten en el público consumidor, entre otros, las de telecomunicaciones (televisión de paga, telefonía móvil), las de servicios aéreos y las de suministro de gas,⁷ cuyas leyes reguladoras nada establecen respecto a la utilización de CA —aunque comúnmente los usan—, ni a la obligación de inscripción registral, tampoco al control del clausulado contractual, ni a una protección específica reconocida a una institución en particular.

⁷ En su momento las relaciones de consumo de carácter financiero y las de préstamo con mutuo no eran de la competencia de Profeco. Por decisión de política jurídica se determinó que Condusef conociera de los CA financieros, y que los CA de préstamo con mutuo recayera en la competencia de Profeco (reforma a la LFPC del 6 de junio de 2006). En este momento, la Profeco está analizando y proyectando la NOM en las materias de telecomunicaciones, de aviación y de suministro de gas.

En el caso de relaciones de consumo plasmadas en CA que no son de inscripción obligatoria en el RPCA, la interrogante a dilucidar es si la Profeco puede pronunciarse sobre el contenido clausular de esos modelos de CA utilizados por los proveedores, para determinar si hay o no cláusulas abusivas que puedan violentar derechos específicos de los consumidores reconocidos en la LFPC.

Ante la obligada búsqueda de una efectiva protección de los derechos de los consumidores frente a proveedores que no están obligados a someter su modelo de CA a escrutinio de Profeco ni a inscribirlo en el RPCA, el camino es recurrir al criterio de interpretación que más favorezca a los intereses del público consumidor. Se puede construir y establecer como un principio general en materia de consumo el principio *in dubio pro consumidor*, a partir de la aplicación *mutatis mutandi* del principio penal,⁸ lo que se traduce en aplicar la norma jurídica que resulte con mayor cobertura de protección al público consumidor, esto implicaría que en una relación de consumo en la que el consumidor denunciara una actuación abusiva de un proveedor corresponderá a éste la carga de la prueba de que no hay tal abuso.

En el caso específico de los modelos de CA el *principio in dubio pro consumidor* se traduciría en que ante cualquier duda en el clausulado del contrato se resolverá en función de lo que mejor convenga al público consumidor.

En ese sentido, habría correspondencia con la resolución del TCC de diciembre de 2010, en la que se estableció que al analizar los CA, la interpretación debe ser la más favorable al consumidor, para lo cual se debe recurrir a los principios *favor libertatis* y *favor debilis*.⁹

El primero se traduce en que “en caso de duda, una cláusula debe interpretarse contra quien ha estipulado algo y en liberación de quien aquél

⁸ La aplicación *mutatis mutandi* del principio penal desarrollado jurisprudencialmente sería el siguiente: en lo penal “el principio *in dubio pro reo*... goza de jerarquía constitucional... el acusado no está obligado a probar la licitud de su conducta cuando se le imputa la comisión de un delito, en tanto que no tiene la carga de probar su inocencia, sino que incumbe al Ministerio Público acreditar la existencia de los elementos constitutivos del delito y la culpabilidad del inculpaado”. *Semanario Judicial de la Federación*, Novena Época, TCC, Tesis 1.4º.P.36 P, t. XXV, enero de 2007, p. 2295.

⁹ *Semanario Judicial de la Federación*, Novena Época, TCC, t. XXXI, diciembre de 2010, p. 1748, Tesis 1.7º.C.154 C.

ha obligado”. El segundo se traduce en “proteger a la parte débil, deudor o acreedor”.

De esa manera, además de recurrir a ese principio general propuesto, como al establecido en la resolución jurisprudencial, es dable reconocer a la Profeco la atribución de analizar CA que no están señalados en la LFPC ni en alguna NOM.

Por si fuera poco hay otros argumentos para hacer valer esa atribución:

- Existe una relación de consumo que no tiene establecida una competencia específica en favor de una autoridad. Debido a que no puede haber un vacío jurídico en el esquema protector de los consumidores, se requiere determinar cuál es la instancia que debe asumir el rol de carácter general en la defensa de los consumidores.
- El carácter de instancia protectora de carácter general lo asume la Profeco por tres razones: histórica, legal y sustantiva.

En lo histórico, se trata de la primera institución a la que el legislador mexicano reconoció la función de velar por la defensa de los derechos de los consumidores en las relaciones de consumo entabladas con los proveedores.

En lo legal, el artículo 3 de la LFPC precisa que “a falta de competencia específica de determinada dependencia de la administración pública federal, corresponde ...a la Profeco vigilar se cumpla con lo dispuesto en la propia ley y sancionar su incumplimiento”.

En lo sustantivo, la LFPC no sólo fue la primera ley en la materia, sino que establece los principios generales que rigen las relaciones de consumo, así como las características, las condiciones y las consecuencias jurídicas de la utilización de los CA. Además, fija las reglas procedimentales para la investigación y resolución de las quejas y denuncias de los consumidores.

- Existe un doble criterio jurisprudencial que precisa lo establecido en los artículos 1, 3, 5, 6 y 24 de la LFPC.¹⁰ De ambas tesis se desprende lo siguiente:

¹⁰ Se transcribe en lo conducente lo establecido en ambos criterios: “...la inserción de los entes de las administraciones públicas federal, estatal o municipal como sujetos obligados de la ley en su calidad de proveedores, no debe entenderse bajo la connotación literal de la fracción II del indicado artículo 2 (LFPC), esto es, como la persona física o moral que

- a) La frase “a falta de competencia específica de determinada dependencia del Ejecutivo Federal” del artículo 3 de la LFPC no implica que las controversias derivadas de relaciones de consumo de una dependencia gubernamental sean resueltas por la propia dependencia aplicando las reglas de la LFPC. Se requiere que tal atribución le sea reconocida en ley de manera expresa.
- b) Profeco tiene facultades para resolver las controversias derivadas de relaciones de consumo celebradas por un consumidor y una dependencia gubernamental, a la que se asigna para esos efectos el carácter de proveedor.
- c) La relación de consumo lleva aparejada una actividad lucrativa —que no especulativa— por parte de la dependencia de gobierno, lo que genera la posibilidad de obtener ganancias económicas. Esto no significa que lo característico para la dependencia gubernamental sea la intención lucrativa, lo que dificultaría acreditar el carácter de acto de comercio y, por ende, de relación de consumo. En este sentido, el criterio jurisprudencial es claro al señalar que se trata de una “relación comercial con actividades que generan lucro”, que es distinto a una “relación comercial con intenciones lucrativas o especulativas”.

habitual o periódicamente ofrece, distribuye, vende, arrienda o concede el uso o goce de bienes, productos y servicios, sino que para que tengan tal carácter y, por tanto, sus actos sean regulados por dicho ordenamiento, deben llevarse a cabo dentro de una relación comercial con actividades de lucro y no en un plano de Estado-gobernado, pues en este caso su proceder como autoridad puede impugnarse mediante los respectivos recursos o medios de defensa (ordinarios o extraordinarios), instituidos al efecto. Por tanto, la citada procuraduría carece de competencia para conocer y resolver las quejas promovidas contra las señaladas entidades gubernamentales, cuando el conflicto derive de la prestación de un servicio en ejercicio de su función pública”. *Semanario Judicial de la Federación*, Novena Época, TCC, t. XXIX, Tesis II.T.Aux.1 A, p. 1939. El otro criterio establece “la frase «a falta de competencia específica de determinada dependencia del Ejecutivo Federal» está restringida a la «aplicación y vigilancia en la esfera administrativa de las disposiciones de la presente ley (Ley Federal de Protección al Consumidor)», esto es, la competencia específica de determinada dependencia del Ejecutivo Federal se refiere única y exclusivamente a la *facultad expresa para aplicar y vigilar el cumplimiento de la ley invocada, no para aplicar la ley de la materia que rija a la dependencia* del Ejecutivo Federal que corresponda, puesto que ésta es una facultad inherente a la propia existencia de todo órgano del Estado que se rija por un ordenamiento legal específico. En efecto, la Secretaría de Comunicaciones y Transportes no tiene facultad expresa (competencia específica) para aplicar y vigilar el cumplimiento de las disposiciones de las disposiciones de la Ley Federal de Protección al Consumidor, sino que goza de una competencia totalmente distinta...”. *Semanario Judicial de la Federación*, Séptima Época, TCC, vols. 217-228, Sexta parte, Tesis, 97/2005, p. 469.

- d) Aunque no haya referencia específica en ambas tesis de jurisprudencia a los CA, lo cierto es que de recibir quejas —en lo individual o de forma colectiva— relacionadas con cláusulas abusivas en modelos de CA utilizados por las entidades gubernamentales, la Profeco está obligada a conocer del tema. No es dable evadir su responsabilidad mediante la falacia de un procedimiento de conciliación. Es preciso exigir a la Profeco entrar al fondo del problema consistente en la calificación de una cláusula abusiva de un modelo de CA “público”.
- Si la actuación de la Profeco opera bajo un sistema de competencia incluyente (ex artículo 5, LFPC), por mayoría de razón la Profeco tiene competencia para analizar y calificar las cláusulas abusivas de CA no previstos en la LFPC ni en una Norma Oficial Mexicana en adelante, NOM) en particular. Esto no significa que tales CA que derivan de la competencia incluyente de la Profeco deban inscribirse en el RPCA de la propia institución. La inscripción registral no es un criterio exclusivo para reconocer competencia a la Profeco en materia de CA.¹¹
- El que la Profeco pueda analizar el contenido clausular de un CA, sea público —el utilizado por una entidad gubernamental federal, local o municipal- o privado -el utilizado por un empresario o comerciante-, no implica, como se dijo, la exigencia al proveedor (empresario o dependencia gubernamental) de registrar el modelo de CA en el RPCA, cuando no hay obligación legal al respecto, aunque tampoco está impedido para hacerlo de manera voluntaria.
- En esa situación, lo único que se exige —aunque es fundamental— es que la Profeco deba pronunciarse sobre el modelo de CA y optar por alguna de estas alternativas:

¹¹ Surge la interrogante en CA en materia de arrendamiento de inmuebles, en que el arrendador tiene el carácter de proveedor al ser una empresa mercantil con fines lucrativos. La materia de arrendamiento quedó excluida de la competencia de la Profeco en junio de 1993 (véase Guadarrama López, E., *La protección...*, op. cit., pp. 26 y 27), sin embargo, no habría impedimento para que la Profeco analizara e hiciera un pronunciamiento general respecto a cláusulas abusivas en modelos de CA que se utilizan masivamente por empresas arrendadoras de inmuebles, pues lo que no es competencia de la Profeco es resolver las controversias derivadas del contrato de arrendamiento.

1. Solicitar a las autoridades competentes en la materia del CA en cuestión que tomen cartas en el asunto cuando haya cláusulas abusivas, a fin de superar la desventaja que padecen los consumidores.
2. Plantear el ajuste legal que corresponda, recurriendo a los medios a su alcance, como lo puede ser el cabildeo legislativo o la presencia en los medios de comunicación.
3. Recurrir ante tribunales para demandar la declaratoria judicial de cláusula abusiva de un modelo de CA, haciendo valer la acción colectiva en representación de grupos de consumidores afectados (artículos 24, fracción III, y 26 LFPC).

5. Principios generales en materia de contratos de adhesión de consumo

El desarrollo de este rubro tiene la finalidad de generar elementos argumentativos para la tarea de calificación de las cláusulas abusivas en los CA.

Los principios generales en materia de CA en el ámbito de consumo son los criterios de razón jurídica que se deben tener como referente obligado en situaciones específicas derivadas de la relación de consumo plasmada en un modelo de CA.

El fundamento de los principios generales deriva de la esencia, los fines y el espíritu de la ley y de la normatividad protectora de los derechos de los consumidores.

El carácter de principio general lo determina el legislador, pero puede ser precisado por el juzgador y, en su caso, por el intérprete de la norma jurídica.

Para la determinación de los principios generales en el ámbito de la protección de los consumidores es necesario acudir a los primeros artículos de la LFPC, en los que se enuncian los llamados principios básicos en las relaciones de consumo encaminados a procurar un equilibrio jurídico y de conocimiento sobre el alcance y consecuencias derivadas de la celebración de la relación de consumo.

Los principios generales en materia de CA derivados de la LFPC se pueden distinguir en:

- Principios generales *lato sensu*. Tienen correspondencia con lo establecido de manera similar en otras disciplinas jurídicas.
- Principios generales *strictu sensu*. Se establecen como principios básicos en la LFPC.
- Principios generales específicos de los CA.
- Principios generales derivados de interpretación doctrinal.

A. Principios generales *lato sensu*

Las normas reguladoras en el ámbito de los consumidores son de orden público e interés social. Para su explicación se recurre a los conceptos vertidos en diversos criterios jurisprudenciales.

Los TCC emitieron una resolución en la que desarrollan los conceptos de interés social y el orden público aplicados al ámbito del derecho de los consumidores.¹²

El contenido de la resolución aprobada recoge lo que en diversas tesis la SCJN ha delimitado para los conceptos generales de orden público e interés social, esto es, que en ambos se debe procurar la salvaguarda de los beneficios que las leyes reconocen a la colectividad social y evitar en su contra afectaciones que pueden resultar de difícil resarcimiento. En la hipótesis de una contraposición de intereses colectivos e intereses particulares, las disposiciones legales precisan la prevalencia de aquéllos.

Lo que hace la tesis de jurisprudencia de los TCC al aplicar tales conceptos a la protección de los consumidores es realizar una concatenación de supuestos:

- La LFPC tiene por objeto proteger los intereses de los integrantes de la sociedad en su carácter de consumidores. En virtud de que la universalidad del grupo social puede tener en todo momento el carácter de consumidor, el legislador reconoce en los consumidores el interés social predominante en la relación de consumo.
- Se busca que las disposiciones de la ley sean un instrumento ágil y eficaz para salvaguardar los derechos de los consumidores. Por ello,

¹² *Ibidem*, pp. 226-230.

la facilidad en el acceso a la institución, la gratuidad de los servicios que presta, las reglas encaminadas a la debida información y a generar una relación de consumo equilibrada y equitativa.

- Mediante de la seguridad jurídica en las relaciones de consumo que se entablan entre proveedores y consumidores para la adquisición de bienes, productos y servicios se alcanza el equilibrio en las transacciones comerciales.

En función de esos supuestos, el orden público en materia de protección de los consumidores está determinado por las restricciones que la LFPC impone a los comerciantes, siempre que sean necesarias para asegurar la eficacia de los derechos de los consumidores como colectividad. De no hacer la restricción se corre el riesgo de que los derechos de la colectividad resulten deteriorados o disminuidos con clara afectación del bienestar e interés colectivo. En suma, los TCC resuelven que las disposiciones de la LFPC son de orden público porque son benéficas para la colectividad.

En una relación de consumo prevalece el interés social por encima del interés de los proveedores, que si bien pueden ser identificados como grupo social (pueden constituir cámaras o asociaciones empresariales por sectores económicos especializados), lo cierto es que representarían un componente minoritario respecto al grupo de consumidores, a quienes va destinada la eficacia de los preceptos legales.

Las normas protectoras de los consumidores son irrenunciables para éstos. Esto significa que es nula de pleno derecho cualquier argucia o artimaña reflejada en una cláusula en la que un consumidor “voluntariamente” acepta “por así convenir a sus intereses” la no aplicación al contrato o una aplicación menguada de disposiciones de la LFPC.

Contra la observancia de las normas protectoras de los consumidores no puede alegarse costumbre, usos, prácticas convenios o estipulaciones en contrario. Se trata de un principio general del ámbito civil que alcanza mayor amplitud en el ámbito de los consumidores, particularmente en el rubro de los CA. La práctica empresarial, que es de clara inclinación lucrativa no puede estar encima del interés social de los consumidores, por lo que no se puede pretextar la existencia de tal práctica para hacer una inserción en el clausulado de un CA.

Equidad en las relaciones de consumo. Esto se corresponde con la búsqueda de proporcionalidad y racionalidad en las obligaciones y beneficios para las partes. Este principio, en materia de CA, juega un papel fundamental al momento de hacer la calificación del clausulado.

B. Principios generales strictu sensu

Relación de consumo con la mayor y adecuada información. Este principio tiene una doble vertiente: información respecto de los productos, bienes o servicios que se ofrecen al consumidor e información para la adecuada defensa de los intereses de los consumidores ante las instituciones protectoras de los derechos de los consumidores y ante instancias jurisdiccionales.

Acceso expedito y sin mayores formalidades a instituciones protectoras de los consumidores. Este principio genera la obligación a las instituciones defensoras de los derechos de los consumidores de brindar asistencia y asesoría jurídica, así como el establecer procedimientos ágiles para la presentación de quejas y denuncias y para la investigación y resolución de las mismas.

Contra la publicidad engañosa opera todo el sistema de protección jurídica y legal de los consumidores. Esto implica que se hagan valer no sólo las disposiciones legales en ese rubro específico, sino todo el andamiaje jurídico, legislativo y jurisprudencial al momento de analizar el clausulado de un modelo de CA.

Libre albedrío del consumidor para celebrar una relación de consumo. Este principio implica el reconocimiento a la facultad de autodeterminación del consumidor para decidir libremente cuándo, dónde, cómo y con quién celebra una relación de consumo.

El principio es fundamental al calificar el clausulado de un CA, porque es común la práctica comercial de presionar al consumidor bajo un esquema de venta agresivo para que adquiera el bien o contrate el servicio ofertado. Es posible reconocer como válido el esquema de venta, pues es parte de la estrategia empresarial, pero requiere estar acorde con cláusulas contractuales equilibradas y equitativas.

De manera casuística el esquema de venta debe ser ponderado y valorado en la calificación de una cláusula, pues está de por medio el princi-

pio de libre albedrío del consumidor, v. *gr.* contrato de tiempo compartido (cualquiera que sea su denominación), en el que se reconoce el derecho de cancelación del contrato dentro de los cinco días posteriores a su firma.

La interpretación tendría que ser favorable al consumidor en cuanto a que ese plazo empiece a correr a partir de que concluya la estancia en el hotel o estén de vuelta a su lugar de origen y no durante el tiempo en que permanecen en el lugar vacacional, pues es ahí donde se les presiona para la firma del contrato. Esa interpretación no aplicaría en caso de firma de contrato en oficina o casa del consumidor, pues se entiende que el consumidor está en condiciones ordinarias o normales para analizar y determinar el alcance de la firma contractual.

Esquema de educación y divulgación de un consumo adecuado. Este principio es acorde con la búsqueda de una cultura del consumo inteligente, consistente en la adquisición de bienes, productos y servicios que sean necesarios como satisfactores en la vida cotidiana de un consumidor. No se refiere a la inteligencia individual de cada consumidor, sino que se busca evitar el consumo inútil, absurdo o innecesario.

Privacidad de datos personales. Este principio se corresponde con el esquema del Registro Público de Consumidores en materia publicitaria —Profeco— (en adelante, RPC) que busca blindar los datos personales de los consumidores ante la embestida publicitaria de proveedores y comerciantes.

Se tiene el caso de la cláusula de autorización para el envío de publicidad incorporada en los CA financieros, al que los usuarios firman sin cuestionamiento alguno. En virtud del principio de privacidad de datos personales y de la irrenunciabilidad de derechos en materia de protección de consumidores, es posible calificar de abusiva tal cláusula.

Reconocimiento de derechos incorporados en tratados internacionales. Con la reforma constitucional en materia de derechos humanos publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 10 de junio de 2011, la materia de protección al consumidor también sale beneficiada para hacer valer lo establecido en los tratados internacionales, pues es claro que los derechos de los consumidores y usuarios en cuanto derechos sociales se ubican en la categoría de derechos humanos.

C. Principios generales específicos de los CA

Control clausular a través del RPCA. A pesar de que la LFPC establece para determinados proveedores un sistema de inscripción registral de los modelos de CA, surge la duda si se trata de un mecanismo de control de condiciones generales de contratación. En realidad, el RPCA cumple una doble función:

- a) Registrar modelos de CA. Esto siempre está relacionado con un proveedor, una empresa, un sector económico o un tipo de actividad empresarial determinada.
- b) Controlar las cláusulas de los modelos de CA para que lo inscrito no resulte abusivo o desproporcionado en perjuicio de los consumidores.

Aquí el problema es determinar si la Profeco puede exigir la inserción de determinadas cláusulas, es decir, que un proveedor presente un modelo de CA muy escueto, que no incluya ninguna cláusula abusiva, pero que no contemple diversas circunstancias propias de la actividad comercial relacionadas con el CA que sí impacte al consumidor y que el proveedor alegue que se estará a las condiciones generales civiles o mercantiles.

Podría pensarse en el esquema de suplencia legal. Empero, el problema estriba en la complejidad de aspectos específicos de una materia comercial determinada. En un afán de mayor cobertura de protección la Profeco puede exigir la inserción de determinadas cláusulas en los modelos de CA.

Efectos de la no inscripción registral. La LFPC de manera expresa establece en el artículo 87 que “los contratos que deban registrarse y no se registren, así como aquellos cuyo registro sea negado, no producirán efectos contra el consumidor”.

Ante lo que resulta aparentemente una tajante disposición legal, en realidad es una desproporción del legislador, pues no se dimensiona la repercusión que puede haber en la práctica comercial, al fijar una nulidad relativa generalizada. Aquí se debe considerar en un mismo plano de afectación tanto al proveedor, como al consumidor y a las relaciones de comercio.

El RPCA no tiene —ni se pretende que tenga— efectos constitutivos de derechos. Simplemente se busca que la inscripción de los modelos de CA

garantice el equilibrio y equidad jurídica que debe privar en las relaciones de consumo. Por ello, en determinados modelos de CA (inmobiliarios, tiempo compartido y autofinanciamiento) la LFPC exige un clausulado mínimo.

De esa manera la falta de inscripción de un modelo de CA o cuyo registro sea negado no debería provocar que el o los múltiples contratos celebrados en la práctica comercial al amparo de dicho modelo queden sin efecto, pues tales casos no tendrían que ubicarse en los supuestos de la nulidad contractual previstos en la legislación civil.

En cambio, para el proveedor que no registra su modelo de contrato le acarrea la imposición de una infracción administrativa por parte de la Profección en los términos de su ley.

Si bien la redacción de la última parte del artículo 87 no es la más afortunada y denota una imprecisión del legislador, lo cierto es que se debe considerar que la falta de inscripción registral no repercute en todos los contratos particulares que se celebren, sino que genera una sanción al proveedor que deja de observar la ley. Así, al tiempo en que se sanciona al proveedor infractor, se debe procurar el beneficio al consumidor no reconociendo efectos a las cláusulas que le resulten desfavorables.

Por fortuna, el artículo 47 del RLFPC aclara que lo dispuesto en el artículo 87 de la LFPC se refiere a disposiciones o cláusulas de los contratos (*infra*, rubro 6.E).

D. Principios generales derivados de interpretación doctrinal

Principio in dubio pro consumidor. Con base en el desarrollo jurisprudencial del principio penal *in dubio pro reo* se puede aplicar *mutatis mutandi* al ámbito de protección al consumidor.

En lo penal los TCC establecieron que:

el principio *in dubio pro reo*... goza de jerarquía constitucional... el acusado no está obligado a probar la licitud de su conducta cuando se le imputa la comisión de un delito, en tanto que no tiene la carga de probar su inocencia, sino que incumbe al Ministerio Público acreditar la existencia de los elementos constitutivos del delito y la culpabilidad del inculcado.¹³

¹³ *Semanario Judicial de la Federación*, Novena Época, TCC, Tesis 1.4º.P.36 P, t. XXV, enero de 2007, p. 2295.

En el ámbito de protección del consumidor el principio *in dubio pro consumidor* implicaría que en una relación de consumo, en la que el consumidor denunciara una actuación abusiva de un proveedor corresponderá a éste la carga de la prueba de que no hay tal abuso.

En el caso específico de los modelos de CA el principio se traduciría en que ante cualquier duda en el clausulado del contrato se resolverá en función de lo que mejor convenga al público consumidor.

Control general de las cláusulas de lo que no es obligatorio inscribir en el RPCA. Ya se desarrolló (*supra*, rubro 5) la argumentación jurídica para sustentar la facultad de la Profeco de analizar y calificar cláusulas de modelos de CA de no inscripción obligatoria en el RPCA.

Principio de interpretación de CA favorable a los consumidores. Este principio ya fue reconocido en la resolución del TCC de diciembre de 2010, en la que se estableció que al analizar los CA, la interpretación debe ser la más favorable al consumidor, para lo cual se debe recurrir a los principios *favor libertatis* y *favor debilis*.¹⁴

El primero se traduce en que “en caso de duda, una cláusula debe interpretarse contra quien ha estipulado algo y en liberación de quien aquél ha obligado”. El segundo se traduce en “proteger a la parte débil, deudor o acreedor”.

Este principio se fortalece con aspectos de lógica jurídica: el consumidor o usuario no es experto empresarial en la materia objeto del contrato que celebra, no es experto en materia jurídica contractual, no cuenta con respaldo empresarial, ni es su actividad profesional.

6. Propuesta de identificación de cláusulas abusivas en contratos de adhesión

Con lo analizado en los anteriores rubros es dable diseñar una suerte de protocolo de identificación de las cláusulas abusivas en los CA. Para ello, hay que formular prevenciones preliminares y enumerar los criterios jurídicos de calificación. Dado que estos aspectos pueden resultar insuficientes para determinar lo abusivo de una cláusula, en el protocolo de identifica-

¹⁴ *Semanario Judicial de la Federación*, Novena Época, TCC, Tesis I.7º.C.154 C., t. XXXI, diciembre de 2010, p. 1748.

ción se agregan los que denomino criterios metajurídicos de calificación de las cláusulas abusivas. Finalmente, planteo la operatividad para hacer valer la nulidad de las cláusulas que son calificadas de abusivas.

A. Prevenciones preliminares

A manera de aproximación inicial hay que considerar que la identificación de una cláusula abusiva deviene fundamentalmente de dos situaciones: la pretensión del proveedor de evadir su responsabilidad contractual o de trasladarla al consumidor y la búsqueda del propio proveedor de conseguir condiciones económicas ventajosas o excesivas en relación al valor comercial del bien o servicio objeto del CA.

La redacción del clausulado siempre tendrá una apariencia de claridad jurídica, por lo que se debe hacer un análisis detallado de cada cláusula

El análisis particular de cada cláusula para determinar si es abusiva debe realizarse en el contexto integral de todo el CA, pues no puede haber contradicción ni diferencias entre cláusulas del mismo contrato.

Al cotejar la cláusula frente al resto del clausulado se puede apreciar, entre otras cosas, cuando hay facilidad para firmar el contrato, pero trabas y exceso de trámite y de tiempo para la cancelación del mismo. Por supuesto ésta sería una cláusula inequitativa.

También se puede apreciar cuando el proveedor incluye diversos mecanismos para no incurrir por su parte en incumplimiento contractual, sin que se reconozca el mismo beneficio al consumidor *v. gr.* fijar un plazo adicional al establecido para cumplir la obligación de reembolsar cantidades a favor del consumidor, aunque en otra cláusula se fije un mismo porcentaje por concepto de pena convencional para ambas partes.

La justificación o explicación de un proveedor respecto a una cláusula que tiene visos de ser abusiva puede servir para entender el propósito de su contenido, sin que ello signifique que basta con que la entienda el analista de los CA para ser autorizada, sino que la claridad y la comprensión del clausulado debe ser para el consumidor o usuario.

Los encargados de analizar las cláusulas deben asumir que su labor se corresponde con la de asesores de los múltiples consumidores que habrán de firmar el CA, por lo que su función es fundamental en el cumplimiento

de las funciones de las instituciones defensoras de derechos de los consumidores y usuarios de promover relaciones de consumo equilibradas y equitativas.

B. Criterios jurídicos de calificación de las cláusulas abusivas

De manera particular, a continuación se enumeran los aspectos de índole jurídico que conllevan a identificar una cláusula abusiva:

Ser contrarias o evasivas de disposiciones legales. Es frecuente que el proveedor recurra a mecanismos para eludir obligaciones legales *v. gr.* recabar firma de autorización del consumidor o usuario para recibir publicidad o utilizar sus datos personales para efectos publicitarios.

También se recurre a los contratos vinculantes entre dos o más proveedores, en que uno es quien aparece en la relación de consumo frente al consumidor o usuario, mientras el otro evade su responsabilidad en caso de incumplimiento. Se debe precisar el nexo entre ambos y fijar la obligación solidaria ante el consumidor o usuario, en términos de los artículos 73 y 79 de la LFPC.

Otra cláusula es la que establece la negativa ficta en las solicitudes de aclaración de cargos en el estado de cuenta bancarios cuando no se resuelva en el término legal de 45 días hábiles (artículo 23-III, LTOSF).

En general, el artículo 90 LFPC recoge el esquema de la directiva comunitaria europea de enumerar los supuestos de cláusulas abusivas. Las califica de nulas y se consideran no puestas.¹⁵ Este precepto es el sustento para la reclamación individual y para la acción institucional de cancelación en términos del artículo 90 bis.

¹⁵ El artículo 90 de la LFPC establece: “No serán válidas y se tendrán por no puestas las siguientes cláusulas de los contratos de adhesión ni se inscribirán en el registro cuando:

I. Permitan al proveedor modificar unilateralmente el contenido del contrato, o sustraerse unilateralmente de sus obligaciones;

II. Liberen al proveedor de su responsabilidad civil, excepto cuando el consumidor incumpla el contrato;

III. Trasladen al consumidor o a un tercero que no sea parte del contrato la responsabilidad civil del proveedor;

IV. Prevengan términos de prescripción inferiores a los legales;

V. Prescriban el cumplimiento de ciertas formalidades para la procedencia de las acciones que se promuevan contra el proveedor; y

VI. Obliguen al consumidor a renunciar a la protección de esta ley o lo sometan a la competencia de tribunales extranjeros.

Ser contrarias a los principios generales en materia de CA. Basta que una cláusula no respete alguno de los principios generales expuestos en el rubro 5, para que se califique de abusiva. Es importante conocer y tener presente todos y cada uno de tales principios generales para hacerlos valer en la calificación del clausulado de los modelos de CA. A guisa de ejemplo:

- a) Ser contrarias al orden público e interés público, *v. gr.*, cláusula de pena convencional o de pago de daños y perjuicios en caso fortuito o de fuerza mayor o en la que se establezcan las dos obligaciones con exigencia simultánea.
- b) Ser contrarias al libre albedrío del consumidor para celebrar una relación de consumo, *v. gr.* cláusula de exclusividad en que más que “cliente consentido” se obligue al consumidor o usuario a ser un “cliente cautivo”.¹⁶
- c) Ser contraria al acceso expedito a instituciones protectoras de los derechos de los consumidores, *v. gr.* establecer un procedimiento conciliatorio o arbitral ante la unidad especializada de quejas y reclamaciones del proveedor como requisito de procedibilidad para acceder a la Profeco o a la Condusef.

Que provoquen confusión en el público consumidor. Es el caso de la denominación de un tipo de contrato cuando en realidad se trata de otro y que arroje consecuencias distintas a las propias del contrato en cuestión, *v. gr.*, que se trate de una compraventa de inmueble y se pretenda ubicarlo como una asociación en participación;¹⁷ que sea un contrato de tiempo compartido y se presente como de hospedaje; que se trate de un contrato de prestación de servicio de reparación y se denomine de extensión de garantía.

¹⁶ En el caso de la relación del consumidor intermedio-proveedor es frecuente la inserción de la cláusula de exclusividad en el respectivo CA. Sin embargo, aunque no hay obligación de inscripción del modelo de CA. en el RPCA, ya señalamos que la Profeco sí podría analizar y resolver sobre el contenido clausular del modelo de CA. *Cfr.* Guadarrama López, E., *La protección...*, *op. cit.* pp. 65 y 66, en donde señalo que el artículo 2 de la LFPC delimita el alcance de aplicación de la Ley al Consumidor intermedio.

¹⁷ Se conoció el caso de una desarrolladora inmobiliaria que pretendía que el propietario de un inmueble firmara un contrato de A. en P. para construir condominios y, por otro lado, ofrecer al público la transmisión de la propiedad.

Que sean desproporcionadas las obligaciones entre las partes. Se presenta cuando es excesiva la carga al consumidor para cumplir sus obligaciones contractuales, v. gr., exigir la firma de pagaré como garantía de cumplimiento con el monto total del contrato —caso de contrato inmobiliario o de adquisición de un vehículo—.

Cabría el caso de establecer mayores hechos por los cuales cobrar comisiones (en ocasiones empezar ofreciendo un servicio de manera gratuita y luego establecer la comisión, así sea baja, ejemplo pagos domiciliarios). Si bien el artículo 17 de la LTOSF prohíbe más de una comisión por un mismo hecho nada impide establecer más hechos con cobro de comisión. El punto es determinar dentro del servicio derivado del contrato todos los hechos que de manera lógica y obligatoria debe cumplir la entidad financiera para estar en una situación de equidad contractual. De lo contrario sería desproporcionado aumentar los hechos objeto de cobro de comisiones. Sería una cláusula abusiva la simple enumeración de hechos y el monto de la comisión. Tendría que haber un análisis jurídico y económico del alcance de la obligación a cumplir por la entidad financiera en cuanto al servicio que se obliga a realizar.

Que sean inequitativas las obligaciones entre las partes. Se presenta cuando hay trato desigual entre las partes en situaciones similares, esto es, se rompe el equilibrio jurídico, lo que provoca consecuencias distintas, v. gr., plazo distinto de cumplimiento, porcentajes diferentes por concepto de pena convencional, cláusula de aceptación tácita por transcurrir un tiempo determinado y no rechazar de manera expresa un servicio que primeramente se ofrece gratis.

Aquí se engloban las situaciones de la práctica comercial en las que los proveedores y prestadores de servicios de manera paralela a las condiciones jurídicas obtienen mayores ventajas económicas en la relación de consumo.

C. Criterios metajurídicos de calificación de las cláusulas abusivas

Se corresponden con situaciones fácticas que se relacionan con la firma del CA y colocan al proveedor en una posición abusiva frente al consumidor y son:

Existencia del binomio publicidad engañosa-esquema agresivo de ventas. En el análisis integral del CA se debe considerar que este binomio puede jugar decididamente en contra del buen juicio del consumidor o usuario que firma un CA. El consentimiento del consumidor si bien no está coaccionado al plasmar la firma en el contrato si está condicionado o influenciado por la manera cómo le venden el bien o producto y cómo recibe información respecto a las condiciones contractuales de lo que está por firmar, así como a lo que ha recibido publicitariamente previo a la firma del contrato.

Nadie cuestiona que los empresarios recurran al binomio publicidad-esquema de ventas como estrategia empresarial para obtener mejores ganancias, pero al hacerlo, ese binomio debe desarrollarse de manera sana tanto en el ámbito de competencia empresarial como de transparencia comercial.

Igualmente, para que el binomio publicidad-esquema de ventas tenga validez a la luz de los CA debe tener plena correspondencia con las características reales del bien, producto o servicio ofertado a los consumidores o usuarios y con las cláusulas contractuales, que deben ser equilibradas y equitativas.

Los dos componentes del binomio tienen reflejo en dos de los principios generales en materia de CA. Por un lado, el principio relativo a que “contra la publicidad engañosa opera todo el sistema de protección jurídica y legal de los consumidores”. Por otra parte, el principio de “libre albedrío del consumidor para celebrar una relación de consumo”.

De esa manera, al calificar el clausulado de los modelos de CA nada impide que se analice la correspondencia entre lo que anuncia la publicidad —en cualquiera de sus manifestaciones—, con lo establecido en el CA.

Igualmente, de forma casuística se puede hacer un ejercicio de ponderación y valoración del esquema de venta para calificar una cláusula, pues está de por medio el principio de libre albedrío del consumidor.

Existencia de la práctica comercial abusiva. En el análisis integral del CA se debe tener presente que el proveedor puede imponer a los consumidores y usuarios condiciones fácticas y no jurídicas. Hay que tener cuidado con situaciones en las que el contrato no tiene problema clausular, sin embargo, la aplicación real muestra un abuso de los proveedores, v. gr., el caso del redondeo en las relaciones de consumo telefónico, en las que

se cobra como consumo por minuto, las miles de llamadas cuya duración concluye en segundos o en minutos más segundos. No se puede alegar imposibilidad tecnológica, simplemente no se está cumpliendo ni garantizando el cumplimiento de lo ofrecido en el contrato.

Otro ejemplo de práctica comercial abusiva se tiene en los contratos de tiempos compartidos, en que hay un esquema agresivo de ventas, con ofrecimiento de supuestos obsequios o regalos para conseguir la firma del consumidor. Empero, cuando éste decide en el plazo de los cinco días cancelar el contrato,¹⁸ el camino para recuperar la cantidad en dinero inicialmente aportada resulta muy tortuoso.

En los casos de prácticas comerciales abusivas suele ocurrir que el CA es válido, pero hay situaciones excesivas en la práctica comercial y financiera, que deben considerarse al momento de calificar de abusiva la cláusula.

Existencia de beneficios económicos excesivos del proveedor. No se cuestiona el sistema de libre mercado y de no regulación de precios. Sin embargo, si consideramos que el espíritu de la LFPC y de la LC es que haya una relación de consumo equilibrada, se debe cuidar el esquema de sanciones económicas al consumidor por incumplimiento contractual, cuyo monto debe ser proporcional a la prestación económica principal.

Aunque no es factible la regulación de precios, ello no es impedimento para exigir al proveedor que derivado del CA no haya lucro excesivo o exorbitante. En la actualidad, los esquemas empresariales tienen en las penas convencionales y en la fijación de las tasas de interés mecanismos para obtener ganancias desmedidas. Aquí es donde se requiere precisar que si bien es libre la determinación de los intereses derivados del contrato, éstos no pueden estar por encima de manera desproporcionada, a lo que se establece en el mercado bancario y financiero.

Es cierto que no se puede fijar por concepto de ganancias una cifra máxima o una cantidad numérica específica o un porcentaje determinado, pero ello no impide calificar de excesiva la obtención de ganancias en

¹⁸ Es lo que se denomina como derecho de desistimiento del consumidor. Véase Costas Rodal, L., *Los derechos de aprovechamiento por turno*, pp. 131-134. Esta autora realiza un análisis de la directiva comunitaria y la incorporación en la ley española. Destaca en un comparativo con la legislación mexicana que el plazo para ejercer el derecho de desistimiento sea de diez días en Europa y sólo de cinco días en nuestro país.

un CA en concreto, en función del tiempo de duración del contrato, del monto total de la operación, de las causales de terminación imputables al consumidor y de los requisitos al consumidor para cancelar el contrato.

La regla se construye a partir del hecho de que el equilibrio jurídico de la relación de consumo debe presentarse al firmar el contrato, pero debe perdurar durante el tiempo de su vigencia y al momento de su conclusión por incumplimiento de alguna de las partes.

Un ejemplo se encuentra en los tiempos compartidos, cuyo contrato suele establecer que en caso de incumplimiento por parte del consumidor se aplicará por concepto de pena convencional el equivalente al 30% o 40% del total del precio de la operación en el contrato. Se puede dar el absurdo e inequitativa situación de que el contrato establezca cuatro o cinco años para pagar a plazos el monto total del contrato y que el incumplimiento sea a los dos o tres meses de firmado el contrato. Resulta excesiva la sanción económica al consumidor. Esa situación abusiva podría dar lugar a que el proveedor busque fórmulas para que el consumidor incurra en incumplimiento, pues le acarrea mayores ganancias.

Una fórmula de solución sería que se incluya en el contrato una tabla de valores o equivalencias cuyos parámetros sean: duración del contrato, fecha en que se presenta el incumplimiento, porcentajes por concepto de pena convencional con dos rubros como referentes: el monto total del contrato y el tiempo restante para el vencimiento del contrato.

Al respecto es importante identificar el riesgo empresarial y que éste no se traslade al consumidor o usuario. Debe quedar a cargo del proveedor la prueba del costo del proceso productivo, esto es, a cuánto asciende la inversión individual del producto o servicio plasmado en el CA, así como el margen de pérdidas en caso de incumplimiento. De esa manera, el empresario debe asumir parte de las pérdidas, para no trasladarlas en su totalidad al consumidor incumplido.

D. Actuación de las instituciones defensoras de los consumidores y usuarios para hacer valer la nulidad de las cláusulas abusivas

Las consecuencias jurídicas de calificación de cláusula abusiva de un modelo de CA difieren en función de la obligación o no de los proveedores y

entidades financieras de efectuar la inscripción registral en el RPCA y en el Registro de Contratos de Adhesión —Condusef— (en adelante, RCA). Esta circunstancia condiciona la actuación de las instituciones defensoras de los derechos de los consumidores y usuarios.

- a) Tratándose de modelos de CA de registro obligatorio, el paso siguiente a la calificación de abusiva de una cláusula dentro de un CA consiste en negar la inscripción registral. En este supuesto, el proveedor solicitante del registro tiene la opción de corregir el clausulado para obtener el registro o bien impugnar jurisdiccionalmente la resolución.
- b) Tratándose de modelos de CA de no registro obligatorio para proveedores particulares, cuando por una cuestión de imagen se solicita a la Profeco la inscripción voluntaria. La institución tiene la obligación de utilizar el mismo rigor de revisión como si se tratara de un modelo de CA de registro obligatorio.¹⁹

Al respecto, cabe señalar que se presentaron por parte de la Profeco tres demandas en contra de tres empresas de televisión de paga —Sky, Dish, Cablevisión—, las cuales habían solicitado el registro voluntario del modelo de CA, que les fue negado por presentar diversas cláusulas abusivas, entre otras, fijar el cobro del decodificador sin establecer un monto; fijar un plazo mínimo forzoso por el uso del equipo; obligar a aceptar el envío de publicidad aunque se hubiera dado de alta el número telefónico en el RPC.

Aunque se tiene reconocida la facultad de recurrir a la vía jurisdiccional, resulta altamente conveniente para el fortalecimiento de la función de la Profeco reconocerle la facultad de formular lo que se denominaría declaratoria general de cláusula abusiva, a la que se daría amplia

¹⁹ En los casos de registro voluntario de modelos de CA se aplican las disposiciones legales previstas para los modelos de registro obligatorio. Si bien no hay precepto que lo establezca de manera expresa, lo cierto es que sería ilógico suponer que se registran sólo para ostentarse frente a consumidores, pero no asumen ninguna consecuencia jurídica en cuanto a obligaciones derivadas del registro, por ejemplo, utilizar en la práctica un modelo de CA distinto al que fue registrado. En ese sentido, la Profeco hace el análisis del clausulado de un modelo de CA de registro voluntario con el mismo rigor jurídico que uno de registro obligatorio. Esa debe ser la interpretación del artículo 88 de la LFPC. *Cfr.* Guadarrama López, E., *La protección...*, *op. cit.*, p. 139.

- publicidad, para hacerla del conocimiento del público consumidor y se obligara al proveedor a retirarla del modelo de CA correspondiente.
- c) Tratándose de modelos de CA de no registro obligatorio para proveedores públicos, tendría que considerarse la opción legislativa de ampliar las facultades de la Profeco para revisar de oficio cualquier modelo de CA, sean de carácter privado o de carácter público; sean o no de registro obligatorio en el RPCA.

E. Análisis del tema de nulidad e ilicitud de las cláusulas abusivas de los modelos de CA

Un análisis en conjunto del capítulo X de la LFPC, relativo a los CA, permite distinguir tres supuestos en lo relativo a las cláusulas de los contratos que no se ajustan al contenido ni al propósito de la ley:

- Cláusulas que no producirán efectos contra el consumidor por contener alguna de las hipótesis a que se refiere el primer párrafo del artículo 86 de la ley.²⁰
- Cláusulas que no serán válidas y se tendrán por no puestas en los contratos por incluir algún punto de los enumerados en el artículo 90.²¹
- Cláusulas que no producirán efectos contra el consumidor al acreditarse que no se apegan a otras disposiciones de la Ley y a la normatividad aplicable, según se desprende del artículo 85.²²

²⁰ El precepto refiere a las cláusulas que impliquen o puedan implicar prestaciones desproporcionadas a cargo de los consumidores, obligaciones inequitativas o abusivas o que conlleven altas probabilidades de incumplimiento.

²¹ El precepto enumera seis supuestos: I. Permitan al proveedor modificar unilateralmente el contenido del contrato, o sustraerse unilateralmente de sus obligaciones; II. Liberen al proveedor de su responsabilidad civil, excepto cuando el consumidor incumpla el contrato; III. Trasladen al consumidor o a un tercero que no sea parte del contrato la responsabilidad civil del proveedor; IV. Prevengan términos de prescripción inferiores a los legales; V. Prescriban el cumplimiento de ciertas formalidades para la procedencia de las acciones que se promuevan contra el proveedor; y VI. Obliguen al consumidor a renunciar a la protección de esta ley o lo sometan a la competencia de tribunales extranjeros.

²² El precepto establece dentro de las características de los CA que sus cláusulas no violen las disposiciones legales. Sin embargo, con un criterio analógico, la disposición se aplica a la normatividad relacionada con la materia a que se refiere el contenido del contrato en específico.

En los dos primeros supuestos ya se señaló que subsiste la relación jurídica contractual celebrada por las partes y que lo controvertido es la o las cláusulas que encuadran en los supuestos anteriores. En el tercer supuesto, con independencia de la responsabilidad del proveedor por la infracción a la ley, el consumidor tiene la opción de que se pueda subsanar en su favor la cláusula en cuestión (nulidad relativa), en cuyo caso el proveedor está obligado a entregar el bien o suministrar el servicio de acuerdo con los términos y condiciones ofrecidos o implícitos en la publicidad o información desplegados (artículo 42, LFPC).

Sin embargo, la interrogante estriba en determinar si hay sinonimia entre una cláusula que no produce efectos contra el consumidor, una cláusula nula por ir en contra de disposiciones legales o normativas y una cláusula que no es válida y se tiene por no puesta en el contrato. Para dilucidar la duda se requiere analizar el contenido y alcance de los artículos 85, 86 y 90:

a) Una cláusula que sea contraria a la ley o a la normatividad aplicable es ilegal y, por ende, es nula. Los efectos entre las partes quedan supeditados al tipo de nulidad.²³

b) Lo ilegal de una cláusula puede derivar de cualquier aspecto de la LFPC y no sólo de lo relativo a los CA, v. gr., la renuncia de un consumidor a la información que debe proporcionarle un proveedor inmobiliario o la no coincidencia de lo ofertado por el proveedor a través de la publicidad, con las características del bien o producto estipulado en el contrato.

c) Una cláusula ilegal generalmente se encontrará en contratos que no se exige sean inscritos en el RPCA, pues los que son inscritos son sometidos a un análisis detallado. De cualquier manera el artículo 90 bis prevé la posibilidad de que un modelo de CA registrado incluya cláusulas contrarias a la ley, en cuyo caso se procederá a su cancelación.

d) Una cláusula nula se referirá a cualquier aspecto contrario a la ley que sea diferente a los enumerados en el artículo 90, ya que en los casos que enumera dicho precepto no se reconoce validez a la cláusula contractual que incluya tales puntos.

²³ Para determinar la nulidad de una cláusula se siguen las reglas de las nulidades previstas en el artículo 1812 y ss. del CCF. Por supuesto, la nulidad de una cláusula puede repercutir en la nulidad del contrato.

e) El tener por no puesta una cláusula debe interpretarse como que no forma parte del contrato y no surte efectos entre las partes. En ese sentido el artículo 86 quarter establece que de haber diferencias entre el texto de un modelo de CA inscrito y el utilizado en la práctica se tendrá por no puesta. Aquí simplemente se hace el cotejo entre los dos textos y se aplica el que está inscrito en el RPCA. No hay repercusión en la validez de la cláusula diferente a la registrada.²⁴

f) En el artículo 90 se enumeran los casos en que se tiene por no puesta una cláusula y se considera como no válida. Aquí el legislador pensó en la generalidad de los contratos que reflejan una relación de consumo, es decir aquellos que no son de registro obligatorio en el RPCA.²⁵ La paradoja está en que para hacer valer la no validez de la cláusula corresponderá al consumidor presentar la queja o denuncia ante la Profeco, ya que la verificación que ésta hace se circunscribe a que el modelo de CA, en su caso, esté registrado, pero no a la verificación del contenido del contrato respectivo.

g) Ante el señalamiento de que no son válidas las cláusulas que incluyan alguno de los aspectos previstos en el artículo 90, el problema estriba en la corrección de la cláusula que esté en ese supuesto. Una posibilidad para que no se afecte al contrato correspondiente es que se considere a *contrario sensu* lo establecido en la cláusula, por ejemplo, si se establece que el proveedor pueda modificar unilateralmente el contrato, se considere que no lo puede hacer; si se pretende liberar de responsabilidad civil al proveedor, lo contrario sería que se aplican las reglas de responsabilidad para el proveedor; los términos de prescripción inferiores a los de la ley, se consideran aplicables los previstos en la ley. Claro que se trata de un criterio de interpretación que sólo podría aplicarse en la Profeco cuando se presente una queja.

h) En suma, no hay sinonimia entre una cláusula nula con una cláusula no válida. Empero, en ambos casos no se producen efectos jurídicos contra el consumidor.

²⁴ Claro que en ese supuesto se genera responsabilidad del proveedor a quien se puede iniciar un procedimiento por infracciones a la ley. Si la Profeco tuvo conocimiento de esa situación con motivo de una verificación, es procedente lo dispuesto en el artículo 98 bis de que se publicite por cualquier medio la situación de anomalía del proveedor para hacerlo del conocimiento de los consumidores, quienes harán valer el texto inscrito en el RPCA.

²⁵ En caso de modelos de CA registrados, que por alguna circunstancia contuvieran alguna cláusula prevista en el artículo 90, se aplica lo dispuesto por el artículo 90 bis, esto es, procede la cancelación.

i) Por otra parte, en cuanto a la expresión “contratos”, a que alude la última parte del artículo 87, se tienen dos opciones de interpretación:

- Que la referencia a “contratos” con la que inicia el párrafo en cuestión se entendiera como modelo de CA lo cual implicaría que al no estar inscritos en el RPCA no podrían ser utilizados por los proveedores.
- Que la expresión “contratos” se refiere al instrumento jurídico que sustenta la relación proveedor-consumidor y que la previsión “no producirán efectos contra el consumidor”, se entendiera referida a las cláusulas del contrato celebrado entre un proveedor y un consumidor que afectarán a éste, pero sin dejar sin efecto jurídico al contrato en sí.

De optarse por la primera opción el problema que se generaría sería la imposibilidad de imponer una sanción para la relación de consumo en particular, ya que sólo se podría aplicar la sanción al proveedor por concepto de infracción a la ley, pero no habría ninguna repercusión favorable al consumidor.

En cambio en la segunda opción, además de la sanción por infracción a la ley, al no inscribir el modelo de CA o al negarse su registro, se tiene la posibilidad de dejar sin efecto jurídico aquellas cláusulas que resulten contrarias a los intereses jurídicos del consumidor.²⁶ Esta opción es la más conveniente para la debida protección de los consumidores. Sin embargo, la SCJN interpretó tal precepto legal antes de la aprobación del Reglamento de la Ley Federal de Protección al Consumidor (en adelante, RLFP) estableciendo una nulidad relativa de los contratos que celebre el proveedor con sus clientes cuando no cumple con la obligación de inscribir su modelo de CA en el RPCA.

En estricto sentido jurídico, la fórmula del artículo 47 del RLFP evita el debate sobre la última parte del artículo 87 al acotar que no se trata de una declaratoria de nulidad por disposición legal, sino de una repercusión

²⁶ La decisión legislativa recae en la segunda opción. En efecto, el artículo 47 del RLFP establece: “A las disposiciones o cláusulas en los contratos que debiendo registrarse no hayan sido registrados y que contravengan los intereses o derechos de los consumidores, les será aplicable lo dispuesto por el artículo 87 segundo párrafo de la Ley”.

a ciertas cláusulas del contrato que sean contrarias a los intereses que la ley protege a los consumidores.

7. Conclusiones

1. El desarrollo jurisprudencial, a partir de la LFPC de 1976, respecto a la relación CA-cláusulas abusivas muestra poco avance. Los tribunales han tenido mayor inclinación por la figura del CA. Hasta hace poco tiempo se planteó la temática de las cláusulas abusivas. El recorrido jurisprudencial aún es largo.

2. Ante la problemática jurídica de las cláusulas abusivas en los CA se requiere recurrir a una doble fórmula de solución. De política jurídica, a través del diseño legal adecuado para la mejor identificación de las cláusulas abusivas y para la estandarización del contenido del clausulado. De diseño institucional, mediante el fortalecimiento competencial de las instituciones defensoras de los derechos de los consumidores y usuarios financieros.

3. Para la identificación de las cláusulas abusivas en los CA es preciso una interpretación legislativa favorable a los consumidores —tal como lo han reconocido los TCC—, la cual se consigue, por una parte, con la conformación de los principios generales en materia de CA, que obligadamente deben ser observados por todo modelo de CA y, por otra parte, con los que denominamos criterios metajurídicos, en los que primordialmente se incorporan cuestiones económicas, publicitarias y de riesgo empresarial.

4. Para el fortalecimiento institucional es necesario reconocer a la Profecho la facultad de revisar el clausulado de cualquier modelo de CA, sea de índole público o privado, sin importar que sean o no de registro obligatorio en el RPCA.