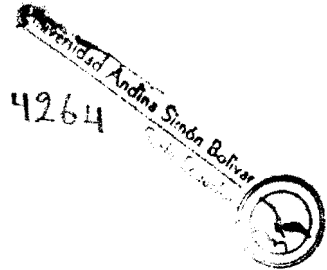


Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Area de Derecho



Programa de Maestría
En Derecho Económico

Claúsulas Abusivas para el consumidor,
Contenidas en los contratos por adhesión a condiciones
generales, previstas en la legislación boliviana.

Gabriel Moisés Palenque Dencker

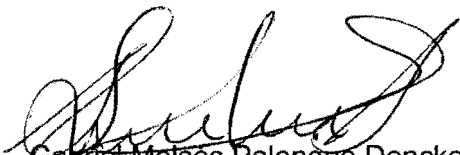
2000

COMPROMISO

Al presentar esta tesis como uno de los requisitos previos para la obtención del grado de magister de la Universidad Andina Simón Bolívar, autorizo al centro de información o a la biblioteca de la universidad para que haga de esta tesis un documento disponible para su lectura según las normas de la universidad.

Estoy de acuerdo en que se realice cualquier copia de esta tesis dentro de las regulaciones de la universidad, siempre y cuando esta reproducción no suponga una ganancia económico potencial.

También cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar los derechos de publicación de esta tesis, o de partes de ella, manteniendo mis derechos de autor hasta por un período de 30 meses después de su aprobación.



Gabriel Moisés Palenque Dencker

Sucre, 12 de junio de 2000

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Area de Derecho

Programa de Maestría

en Derecho Económico

Cláusulas abusivas para el consumidor,
contenidas en los contratos por adhesión a condiciones generales,
previstas en la legislación boliviana.

Gabriel Moisés Palenque Dencker

Tutor de tesis

Magíster Wilfredo Cervantes Ortiz

Tesis escrita en al ciudad de Sucre,
Capital de la República de Bolivia

2000

RESUMEN

El presente trabajo, intenta demostrar la indefensión legal en la que se encuentra el consumidor de bienes y servicios en Bolivia, frente a las cláusulas abusivas contenidas en los contratos por adhesión a condiciones generales.

Para alcanzar dicho objetivo, comenzamos por revisar brevemente los cambios económicos y sociales que se han producido en el mundo a partir de la Revolución Industrial y la Revolución Francesa, como referentes históricos imprescindibles para entender la adopción del sistema filosófico y económico del individualismo liberal hasta llegar a la sociedad de la información y del consumo, que se caracteriza por el tráfico masivo de bienes y servicios.

El tráfico masivo referido origina la utilización de nuevas técnicas contractuales por parte del proveedor, técnicas que le permiten comercializar los productos de forma rápida y masiva.

Como respuesta a dichos requerimientos, surge el contrato por adhesión a condiciones generales como técnica contractual que abrevia el proceso de negociación previa entre las partes contratantes, reduciendo el consentimiento a una simple adhesión a condiciones preestablecidas por el proveedor en el contrato y, que además, facilita la inserción de cláusulas abusivas que causan, en detrimento del consumidor, un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato.

Ante la problemática planteada, se revisan los recursos legales con los que se cuenta actualmente en Bolivia para la defensa del consumidor frente a las cláusulas abusivas. Dicho estudio, resalta la insuficiente protección de los consumidores en el ámbito contractual.

Tal situación nos impulsa a elaborar una propuesta teórica y normativa que estructure un sistema de control administrativo previo a la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos por adhesión a condiciones generales a fin de que se constituya en un aporte para la promulgación de una ley que proteja los derechos del consumidor boliviano.

DEDICATORIA

Este trabajo está dedicado a todas las personas que me brindaron su amistad sincera y honesta durante mi estadía en Quito, a todos ellos mi amistad eterna.

Está dedicado también a mis profesores y compañeros, con los que compartí mucho tiempo y de los cuales aprendí bastante en el aspecto académico, pero mucho más en el aspecto humano.

AGRADECIMIENTO

Mi agradecimiento eterno a mis queridos padres y a mi adorada hermana, sin cuyo incentivo no hubiera sido posible la elaboración y conclusión del presente trabajo.

TABLA DE CONTENIDO

| | |
|------------------------------|----|
| I. Compromiso | 1 |
| II. Portada | 2 |
| III. Resumen | 3 |
| IV. Dedicatoria | 4 |
| V. Agradecimiento | 5 |
| VI. Tabla de contenido | 6 |
| VII. Introducción | 14 |

CAPITULO I

| | |
|---|----|
| 1. El contrato por adhesión a condiciones generales | 16 |
| 1.1. El tránsito de la ideología liberal a la sociedad | |
| consumista | 16 |
| 1.1.1. El individualismo liberal | 16 |
| 1.1.1.2. La Revolución Industrial de 1740 | 16 |
| 1.1.1.3. La Revolución Francesa de 1789 | 17 |
| 1.1.1.4. El contrato en el Código Napoleón de 1804 | 19 |
| 1.1.1.5. Consolidación del sistema liberal | 20 |
| 1.1.2. La crisis del sistema liberal | 20 |
| 1.1.2.1. Principales causas que desencadenaron la crisis | |
| del sistema individualista liberal | 21 |
| 1.1.2.2. Respuestas frente a la crisis del sistema | |
| individualista liberal | 21 |
| 1.1.3. El tráfico masivo | 23 |
| 1.1.3.1. Elementos caracterizantes del trafico masivo | 24 |

| | |
|--|----|
| 1.1.3.2. Efectos del tráfico masivo | 24 |
| 1.1.4. Nuevas formas de contratación | 25 |
| 1.2. Formación y elementos característicos del contrato | |
| por adhesión a condiciones generales | 27 |
| 1.2.1. Denominación | 27 |
| 1.2.2. Concepto y caracteres del contrato por adhesión a condiciones generales | 28 |
| 1.2.3. Causas para su aparición | 30 |
| 1.2.4. Naturaleza jurídica del contrato por adhesión a condiciones generales | 31 |
| 1.2.4.1. La posición anticontractualista | 31 |
| 1.2.4.2. La posición contractualista | 32 |
| 1.2.4.3. Nuestra posición | 33 |
| 1.2.5. Análisis desde un punto de vista subjetivo del problema: libertad contractual, adhesión y consentimiento | 34 |
| 1.2.6. Análisis desde el punto de vista objetivo del problema: el desequilibrio económico y de medios técnicos y jurídicos | 35 |
| 1.2.7. Ventajas y desventajas del contrato por adhesión a condiciones generales | 36 |
| 1.3. Las políticas de defensa y protección del consumidor y el derecho del consumidor | 37 |
| 1.3.1. El movimiento del consumerismo | 37 |
| 1.3.2. Noción de consumidor y proveedor | 38 |
| 1.3.3. El derecho del consumidor | 40 |
| 1.3.4. El derecho del consumidor en Bolivia | 41 |
| 1.3.5. Los derechos del consumidor y la protección de la | |

| | |
|---|----|
| libre competencia | 41 |
| 1.3.6. Proyecto de Ley del Código Ordenador del Mercado | 43 |
| 1.3.7. El derecho del consumidor en la integración regional andina | 44 |

CAPITULO II

| | |
|---|----|
| 2. Cláusulas abusivas contenidas en los contratos por adhesión a condiciones generales | 46 |
| 2.1 Relación entre las cláusulas abusivas y los contratos por adhesión a condiciones generales | 46 |
| 2.2 Concepto de cláusula abusiva: legislación comparada | 49 |
| 2.3 Concepto de cláusula abusiva: doctrina | 49 |
| 2.4 Características de las cláusulas abusivas para el consumidor contenidas en los contratos por adhesión | 51 |
| 2.5 Mecanismos de control de las cláusulas abusivas: cláusulas abiertas y particulares | 52 |
| 2.5.1. Mecanismos de control de las cláusulas abusivas: cláusulas abusivas abiertas o generales | 52 |
| 2.5.2. Mecanismos de control de las cláusulas abusivas: cláusulas abusivas en particular | 54 |
| 2.6. Cláusulas abusivas en particular utilizadas con mayor frecuencia en los contratos por adhesión a condiciones generales | 54 |
| 2.6.1. Cláusulas abusivas limitativas de responsabilidad | 54 |
| 2.6.2. Noción de responsabilidad civil y sus diferencias con la responsabilidad moral y penal. La responsabilidad | |

| | |
|---|----|
| contractual | 54 |
| 2.6.3. Concepto de cláusula limitativa de responsabilidad | 57 |
| 2.6.4. Cláusulas exonerativas de responsabilidad en el | |
| Código Civil boliviano | 57 |
| 2.6.4.1. Elementos de la responsabilidad civil | 58 |
| 2.6.4.2. Cláusulas exonerativas de responsabilidad por | |
| incumplimiento contractual doloso en el Código | |
| Civil boliviano | 61 |
| 2.6.4.2. Elementos de la responsabilidad civil | 61 |
| 2.6.4.3. Cláusula limitativa de responsabilidad por | |
| incumplimiento contractual verificado por culpa | |
| grave | 64 |
| 2.6.4.4. Cláusulas exonerativas de responsabilidad para | |
| los casos en que un hecho del proveedor o de sus | |
| auxiliares viola obligaciones establecidas por | |
| normas de orden público | 66 |
| 2.7 Prórroga de la competencia territorial | 67 |
| 2.8 La inversión convencional de la carga probatoria | 70 |

CAPITULO III

| | |
|--|----|
| 3. La precaria defensa del consumidor en Bolivia | 73 |
| 3.1. La insuficiente protección del consumidor boliviano: la | |
| Constitución Política del Estado | 73 |
| 3.1.1. La defensa de los derechos del consumidor y el | |
| Recurso de Amparo Constitucional | 75 |
| 3.1.2. La protección del consumidor: el papel del Defensor | |
| del Pueblo y del Ministerio Público | 75 |

| | |
|---|----|
| 3.2. El contrato por adhesión en el Código Civil Boliviano | 76 |
| 3.2.1. Medios y argumentos válidos para la protección actual del adherente consumidor en el ordenamiento jurídico boliviano | 76 |
| 3.2.2. El contrato por adhesión en el Código Civil boliviano: un contrato innominado | 76 |
| 3.2.3. La noción de contrato en el Código Civil boliviano | 77 |
| 3.2.4. Requisitos de formación del contrato | 78 |
| 3.2.4.1. Requisitos de formación del contrato: el consentimiento | 79 |
| 3.2.4.2. Los vicios del consentimiento y el contrato por adhesión a condiciones generales | 79 |
| 3.2.4.3. Vicios del consentimiento: error esencial, sustancial y de cálculo | 79 |
| 3.2.4.4. El error en el Código Civil boliviano y la protección del consumidor frente a las cláusulas abusivas contenidas en los contratos por adhesión a condiciones generales | 82 |
| 3.2.4.5. Vicios del consentimiento: la violencia | 83 |
| 3.2.4.6. La violencia en el Código Civil boliviano y la protección del consumidor frente a las cláusulas abusivas contenidas en los contratos por adhesión a condiciones generales | 84 |
| 3.2.4.7. Vicios del consentimiento: el dolo | 84 |
| 3.2.4.8. El dolo en el Código Civil Boliviano y la protección del consumidor frente a las cláusulas abusivas contenidas en los contratos por adhesión a | |

| | |
|---|-----|
| condiciones generales | 85 |
| 3.2.4.9. Elementos de formación del contrato: la causa | 86 |
| 3.2.4.10. La causa en el Código Civil boliviano y la protección del consumidor frente a las cláusulas abusivas contenidas en los contratos por adhesión a condiciones generales | 88 |
| 3.2.4.11. Requisitos de formación del contrato: el objeto | 88 |
| 3.2.4.12. El objeto en el Código Civil boliviano y la protección del consumidor frente a las cláusulas abusivas contenidas en los contratos por adhesión a condiciones generales | 89 |
| 3.2.4.13. Requisitos de formación del contrato: la forma | 89 |
| 3.3. La interpretación de los contratos en el Código Civil boliviano | 89 |
| 3.3.1. La interpretación de los contratos en el Código Civil boliviano y la protección del consumidor frente a las cláusulas abusivas contenidas en los contratos por adhesión | 94 |
| 3.4. Efectos de los contratos | 95 |
| 3.5. La insuficiente protección del consumidor boliviano: el Código de Comercio | 96 |
| 3.6. La insuficiente protección del consumidor boliviano: el Código Penal | 96 |
| 3.7. La insuficiente protección del consumidor boliviano: la normativa administrativa | 97 |
| 3.7.1 Contexto general | 97 |
| 3.7.2. Sistema de Regulación Sectorial (SIRESE) | 98 |
| 3.7.3. Sistema de Regulación Financiera (SIREFI) | 101 |

| | |
|---|-----|
| 3.7.4. Ley de Seguros | 102 |
| 3.7.5. Sistemas de control de calidad: Sistema Boliviano de Normalización, Metrología, Acreditación y Certificación | 104 |
| 3.8. La insuficiente protección del consumidor boliviano: necesidad de promulgar una ley de defensa y protección de los derechos del consumidor | 106 |

CAPITULO IV

| | |
|---|-----|
| 4. Propuesta teórica y normativa para la defensa y protección de los consumidores frente a las cláusulas abusivas contenidas en los contratos por adhesión | 107 |
| 4.1. Modelo administrativo para la defensa y protección de los consumidores frente a las cláusulas abusivas contenidas en los contratos por adhesión | 107 |
| 4.1.1. Generalidades | 107 |
| 4.1.2. Control previo administrativo y judicial de las cláusulas abusivas para el consumidor contenidas en los contratos por adhesión a condiciones generales | 108 |
| 4.1.3. Creación de un órgano administrativo | 109 |
| 4.1.4. Organos del INDECOM: el Instituto Nacional de Defensa del Consumidor | 109 |
| 4.1.5. Organos del INDECOM: los Institutos Departamentales de Defensa del Consumidor | 110 |
| 4.1.6. Organos del INDECOM: la Secretaría Técnica | 111 |
| 4.1.7. Las Asociaciones de Consumidores y las Organizaciones | |

| | |
|---|-----|
| Territoriales de Base | 111 |
| 4.1.7.1. Las Asociaciones de Consumidores | 112 |
| 4.1.7.2. Las Organizaciones Territoriales de Base | 113 |
| 4.1.8. Derecho de Retracto | 113 |
| 4.1.9. Procedimiento Administrativo | 114 |
| 4.1.10. De la protección administrativa de los contratos por adhesión y de las cláusulas abusivas para el consumidor | 116 |
| 4.2. Propuesta normativa para la defensa y protección de los consumidores frente a las cláusulas abusivas contenidas en los contratos por adhesión. Creación y competencia | 117 |
| CAPITULO V | |
| 5. Conclusiones y recomendaciones | 131 |
| Bibliografía Consultada | 134 |

INTRODUCCION

El vertiginoso desarrollo económico, científico y tecnológico del mundo contemporáneo, ha generado la necesidad de revisar los principios sobre los que se levanta el contrato liberal clásico para adaptarlos a las nuevas exigencias del actual tráfico masivo.

Los cambios producidos han superado la negociación individual y detallada entre proveedores y consumidores, y necesitan de técnicas de contratación masiva que respondan a los principios económicos de racionalidad y eficiencia empresarial. Así, surge el contrato por adhesión a condiciones generales como técnica económica y jurídica para responder a las demandas del comercio masivo.

Sin embargo, el contrato por adhesión a condiciones generales ha potenciado el predominio de los proveedores frente a los consumidores en el mercado. Mientras los primeros se constituyen en grandes conglomerados económicos que operan dentro y fuera de los países y que cuentan con un amplio conocimiento e información de las condiciones de los mercados, en contrapartida los segundos, los consumidores, se identifican como individuos desorganizados y al mismo tiempo despersonalizados en su calidad de consumidores.

Pero, el contrato por adhesión a condiciones generales como técnica contractual del comercio masivo provoca un desequilibrio mayor, cuando en los mismos se insertan cláusulas consideradas como abusivas para el consumidor que mantienen la situación de predominio de los proveedores en el mercado, existente antes de la celebración del contrato por adhesión y que se ratifica en la etapa de ejecución y cumplimiento del mismo.

En la actualidad y con el objeto de proteger al consumidor como parte débil del contrato frente a los abusos del proveedor, ha evolucionado el derecho del consumidor, en cuya extensión están incluidos los contratos por adhesión y las cláusulas abusivas insertadas en los mismos.

En este contexto, el presente trabajo intenta hacer evidente la indefensión, que resulta del actual ordenamiento jurídico nacional con referencia a la protección del consumidor boliviano frente a las cláusulas abusivas contenidas en los contratos por adhesión y, en consecuencia, demostrar la

necesidad de contar en el país con normas expresas para la defensa del consumidor en el ámbito contractual que terminen con la inseguridad jurídica en la que se encuentra.

CAPITULO I

EL CONTRATO POR ADHESIÓN A CONDICIONES GENERALES

1.1 EL TRÁNSITO DE LA IDEOLOGÍA LIBERAL A LA SOCIEDAD CONSUMISTA.

Empezamos este capítulo exponiendo en forma breve los variados cambios que el contrato ha experimentado a lo largo de la historia, a partir de su formulación liberal clásica hasta llegar a los nuevos conceptos que responden al actual tráfico masivo y que configuran sus propias formas de contratación.

1.1.1. EL INDIVIDUALISMO LIBERAL.

Las transformaciones políticas, económicas y sociales producidas en el siglo XVIII y que se plasmaron primero en la Revolución Industrial de 1740 y, luego, en la Revolución Francesa de 1789, marcaron la decadencia del sistema absolutista con su sistema económico mercantilista imperante hasta entonces, y dieron paso al florecimiento del individualismo liberal como una nueva concepción filosófica y económica.

El derecho no se mantuvo aislado de éstos acontecimientos y más aún, fue el soporte teórico a través de la doctrina, y práctico en la codificación de Constituciones y Códigos de la inmensa estructura edificada por el individualismo liberal.

Pero, dentro de la estructura del derecho, el contrato fue la institución jurídica en la que enraizaron mayormente los principios tanto individuales como liberales de este tiempo. Por tanto, el contrato liberal clásico se constituyó en una de las instituciones jurídico-económicas más importantes y necesarias para el buen funcionamiento de la ideología liberal imperante.

Por lo dicho, creemos necesario mencionar las causas y características esenciales, útiles para el objeto de nuestro estudio, tanto de la Revolución Industrial como de la Revolución Francesa para comprender mejor los efectos producidos en el derecho y más propiamente en el contrato.

1.1.1.2. LA REVOLUCION INDUSTRIAL DE 1740.

La Revolución Industrial constituye uno de los acontecimientos que han orientado el curso de la historia de la humanidad, siendo la introducción de la máquina a vapor en la producción de bienes y servicios sólo el inicio del magnífico desarrollo científico y sobre todo tecnológico que se ha ido

gestando hasta nuestros días, llegando a la era digital computarizada sin la cual no se hubiera podido alcanzar la sociedad de la información, en la que hoy se vive.

La introducción de las máquinas tuvo varios efectos: primero el desempleo, como consecuencia del despido de un gran número de trabajadores que fueron reemplazados por ellas; segundo, la producción en serie y consecuentemente el aumento de bienes producidos y de servicios prestados que amplían el mercado de la oferta; tercero, los bajos costos que benefician en el mediano y largo plazo al productor y que le permiten ampliar sus instrumentos de trabajo tecnificados, produciendo cada vez en mayor cantidad y con mejor calidad, buscando reducir sus costos y conseguir el mayor beneficio posible, aumentando sus ganancias.

Los efectos descritos fueron alcanzados gradualmente en el tiempo y en la medida en que la revolución de las máquinas se expandía y se constituía en un factor determinante para el empresario.

Paralelamente a los cambios descritos, se resalta la expansión de los medios de comunicación, la utilización y el desarrollo de las operaciones bancarias y en especial del crédito como lógica reacción de las necesidades económicas de los productores.

Pero, la evolución no sólo se produjo en los aspectos tecnológicos y económicos sino también en el ideológico; así, el pensamiento filosófico del hombre se inclinó por los valores de la libertad y la igualdad, es decir, porque se respete su autodeterminación en todos los aspectos de su actuación, preparando el camino para su posterior consolidación en la Revolución Francesa.

1.1.1.3. LA REVOLUCION FRANCESA DE 1789.

Los efectos que desató la Revolución Industrial sumados a las corrientes ideológicas predominantes fueron las principales causas que desencadenaron la reacción popular, materializada en la Revolución Francesa de 1789. Los fundamentos sobre los cuales se inspiró el movimiento revolucionario fueron el individualismo como concepción filosófica y el liberalismo como concepción económica y política que, paralelamente en este proceso se fusionaron hasta consolidar la estructura del individualismo liberal.

A continuación y de manera resumida se resaltan las características del individualismo como del liberalismo.

El individualismo como ideología filosófica representa la máxima expresión de la libertad del hombre. El hombre nace libre y vive libre, por tanto es capaz de autodeterminarse en todos sus actos; su autonomía e independencia personal son los aspectos más valorados del ser humano. Así, el individualismo resulta ser la exaltación del poder de acción del individuo en su vida pública y privada de modo que opaca el interés colectivo, al cual se desplaza a un segundo plano.

De forma paralela se fueron desarrollando los fundamentos políticos y económicos del liberalismo que tuvieron como su principal representante a Adam Smith con su principal obra: "La riqueza de las naciones", en la que postula el desarrollo de las naciones en función de sus ventajas comparativas, la división internacional del trabajo y la ley de la oferta y de la demanda en el mercado como el mecanismo más eficiente para el desarrollo económico equilibrado entre las naciones y entre sus ciudadanos.

Así, de la fusión del individualismo como doctrina filosófica y del liberalismo como doctrina política y económica, surgió el individualismo liberal que proclamó el mandato de una ideología económica y social, que adicionó, además de las características mencionadas, la competencia entre los individuos considerados como actores económicos para el pleno desarrollo de sus aptitudes y capacidades, con la firme creencia de que el éxito de un individuo incita a competir a otro individuo por su propio éxito y, así al de los demás.

Toda esta estructura socioeconómica necesitaba un soporte material en el cual descansar, además necesitaba un instrumento con características de generalidad y obligatoriedad para sus postulados. El derecho se constituyó en el medio idóneo para canalizar y plasmar los postulados del individualismo liberal y, dentro del derecho, fue el contrato la institución con mayor importancia en el sistema idealizado.

De modo que comenzaron a codificarse las Constituciones y los Códigos liberales empezando por el Código de Napoleón de 1804 que luego inspiró a un gran número de legislaciones en países europeos como Italia, Alemania y España, así como en la mayoría de los países latinoamericanos.

1.1.1.4. EL CONTRATO EN EL CODIGO NAPOLEON DE 1804.

Los principios que se constituyen en la base del contrato liberal, son los siguientes:

- a) el principio de la autonomía de la voluntad, que configura la unión entre la libertad de contratación del hombre y la igualdad de las partes contratantes frente a la ley;
- b) el principio de la libertad de contratación, asumida en sus dos formas, a saber: como libertad de contratar, entendida como la autodeterminación del hombre para contratar o para no contratar por voluntad propia y; como libertad contractual, entendida como la posibilidad libre, independiente y voluntaria de determinar el contenido del contrato;
- c) El principio de la igualdad de los contratantes, manifiesta la igualdad jurídica de las partes contratantes frente a la ley, independientemente de su condición económica, social, política, religiosa, etcétera;
- d) El principio de la fuerza obligatoria de los contratos, establece que los contratos constituyen ley entre las partes; por tanto el Estado debe controlar y, si es necesario, hacer efectivo por sus propios medios el cumplimiento obligatorio del contrato. Así, la función del Estado es de policía y guardián del fiel cumplimiento de los contratos.

Aunque fundado en los principios indicados, el contrato liberal también estuvo limitado desde sus inicios por el orden público, las buenas costumbres y la legalidad.

Ahora bien, el contrato así dispuesto proclama el postulado de la autonomía de la voluntad, cumpliendo el pensamiento liberal del hombre libre que se autodetermina solo por su propia y libre voluntad obligándose a cumplir sus acuerdos; por tanto, en términos jurídicos, los principios mencionados del contrato liberal están concentrados en el consentimiento como elemento de formación vital para el contrato. Se entiende por consentimiento el acuerdo de voluntades generador de derechos y obligaciones que para ser válido debe ser libre y no estar viciado por error, dolo o violencia.

De esta manera, el consentimiento de las partes es el elemento fundamental para que nazcan o se extingan las obligaciones; sólo la voluntad de las partes es suficiente para legitimar el contenido de los contratos.

1.1.1.5. CONSOLIDACIÓN DEL SISTEMA LIBERAL.

Tanto la Revolución Industrial, como la Revolución Francesa fueron el resultado de factores políticos, económicos y sociales que repercutieron fuertemente en el derecho y en especial en el

contrato. Triunfaron los ideales filosóficos junto con las nuevas concepciones económicas de la iniciativa privada y la competencia en el mercado. El Estado se convirtió en el guardián del cumplimiento de la ley de la oferta y de la demanda, en el entendido de que el mercado y sus leyes eran suficientes para distribuir las riquezas entre todos sus actores sin que existan grandes diferencias económicas entre ellos; en efecto, el Estado no debería entrometerse sino era para corregir las distorsiones a las que el mercado estaba expuesto.

1.1.2. LA CRISIS DEL SISTEMA LIBERAL.

La estructura liberal individualista que se levantó magníficamente bajo los postulados de la Revolución Francesa y que fueron plasmados prácticamente en nuestras Constituciones y nuestros Códigos, vertiginosamente comenzó a declinar.

Es en la segunda mitad del siglo XIX y a principios del siglo XX cuando el hombre expresa su descontento del sistema político, social y económico en el que vivía, a causa de las diferencias económicas y sociales que separaban de manera continua y permanente a un grupo mayoritario deprimido económicamente, de un grupo minoritario económicamente poderoso. Es decir se había formado una clase dominante en lo político y en lo económico, constituida por los empresarios poseedores de grandes capitales y una clase dominada, constituida por pequeños productores, comerciantes y consumidores en general. Esta diferencia no solo era visible en el ámbito interno de cada país sino también en el ámbito externo al acentuarse las diferencias entre los Estados. Las empresas capitalistas transnacionales comenzaron a tener un mayor poder económico y por consiguiente, de decisión en asuntos internos y externos de los Estados, a tal punto que el poder político que ejercían o podían ejercer estos conglomerados económicos era mayor que el de muchos Estados en vías de desarrollo.

Ahora bien, para los fines trazados en la presente investigación, nos interesa identificar los factores que originaron la crisis del sistema liberal.

1.1.2.1. PRINCIPALES CAUSAS QUE DESENCADENARON LA CRISIS DEL SISTEMA INDIVIDUALISTA LIBERAL.

Son dos los principales factores que desencadenaron la crisis del sistema individualista liberal, a saber:

a) la distorsión del principio de libre competencia en el mercado por parte de las grandes empresas capitalistas que con su poder económico y político formaron monopolios y oligopolios, alterando el equilibrio entre la oferta y la demanda, imponiendo precios y distribuyendo sectores del mercado. Los afectados directos resultaron ser los consumidores, por el control de precios y productos, y los pequeños productores, que fueron separados del mercado o devorados por los grandes capitales. Si consideramos que el postulado de la libre competencia en el mercado constituye el principio básico sobre el cual se levanta la teoría liberal, entonces entendemos que su distorsión va a limitar profundamente la libertad económica;

b) la doble política del Estado; por una parte la política liberal, la cual se postulaba abiertamente, y por otra, la política proteccionista, aplicada cuando se hacía necesaria la adopción de medidas internas para privilegiar la industria nacional y beneficiarla frente al mercado internacional.

1.1.2.2. RESPUESTAS FRENTE A LA CRISIS DEL SISTEMA INDIVIDUALISTA LIBERAL.

Las respuestas frente a la crisis liberal se manifestaron de variadas formas y en muchos campos de acción; los frentes de acción que tuvieron mayor importancia fueron:

a) el socialismo, como antesala del comunismo, constituye la aparición de una nueva corriente política, económica y social que se contrapone a los postulados liberales. El socialismo postula la propiedad colectiva de los medios de producción y la desaparición de la burguesía como clase productora y dominante mediante la lucha de clases.

Esta corriente ideológica critica abiertamente el pensamiento liberal y se constituye en la antítesis de sus principios; en suma, postula una economía centralmente planificada y dirigida por el Estado, el cual se consolida como el único empresario capaz de distribuir la riqueza equitativamente entre sus ciudadanos. En consecuencia, los postulados socialistas conquistaron a varios grupos sociales, sobre todo los más empobrecidos y ganaron más adeptos en la medida del triunfo de esta ideología en los países de la Unión Soviética en la llamada Revolución de Octubre de 1917 liderizada por Lenin;

b) la iglesia también alzó la voz para hacer escuchar su palabra a través de las encíclicas papales Rerum Novarum, Cuadregesimo Anno y Mater et Magistra que contienen la posición social de la iglesia frente a los sistemas liberal y comunista.

La encíclica *Rerum Novarum* publicada en 1891 durante el papado de León XIII constituye la primera reacción de la iglesia frente a los excesos del sistema liberal que se identificó de manera especial con las reivindicaciones de los trabajadores, pidiendo la humanización del trabajo; al mismo tiempo criticó los postulados socialistas de la propiedad colectiva de los instrumentos de trabajo y la lucha de clases como medio para alcanzar este objetivo.

En 1931 se publicó la encíclica *Cuadragesimo Anno* en el papado de Pío XI que confirmó los postulados anteriores y acentuó la necesidad de una mayor y mejor participación del Estado para el bienestar general de los ciudadanos; además, afirma el carácter social e individual de la propiedad.

Durante el papado de Juan XXIII se publica la Encíclica *Mater Et Magistra* en 1961 que reafirma los postulados anteriores destacando la colaboración entre el Estado y los particulares en los aspectos económicos para paliar la profunda crisis que sacudía al mundo;

c) el mundo jurídico comienza a manifestar la necesidad de socializar el derecho; la doctrina de principios de siglo describe las contradicciones existentes entre los postulados liberales y la realidad social, que tienen como consecuencias el empobrecimiento de grandes masas a favor de pequeños grupos política y económicamente poderosos. En el ámbito contractual, los empresarios motivados por la producción en serie comenzaron a utilizar nuevas técnicas de negociación, como los contratos por adhesión a condiciones generales o similares que les permitía trasladar el mayor número de riesgos, responsabilidades y cargas procesales al consumidor.

Así pues, la crisis del sistema liberal se traduce en la crisis de los principios de libertad e igualdad sobre la base de los cuales se establece el contrato. La libertad contractual fundada en la igualdad de las partes contratantes tiene sólo una vigencia teórica y formal pero no así real. Así, el contrato ya no constituye el instrumento equitativo y proporcional para la negociación de bienes y servicios; sino que se convierte en un instrumento de desigualdad del que se beneficia unilateralmente la parte que cuenta con mayor información, mejores medios de organización y previsión, mayor poder económico, mejor posición coyuntural negocial y otras ventajas más.

Las partes contractuales eran formalmente iguales frente a la ley y sus convenios eran la manifestación de su libre voluntad; por tanto, el contrato se lo debería cumplir estrictamente en su contenido, aunque dicha igualdad y libre voluntad teóricas no coincidían con la realidad contractual en

la que la libre voluntad se limitaba a una simple adhesión a los contratos, distorsionando la igualdad de las partes frente a la ley del contrato, convirtiéndose por tanto en desigualdad de los adherentes frente a la ley del contrato previamente redactado por los proveedores.

La respuesta jurídica fue la introducción de mayores limitaciones, tanto a la autonomía de la voluntad como a la fuerza obligatoria de los contratos por medio de su revisión mediante la rescisión y la resolución de los mismos.

En este contexto, el derecho se convierte en el vínculo que adapta los principios liberales a la realidad social, limitándolos con una mayor participación del Estado que asume su papel de tutor de la sociedad y cuya principal función es la búsqueda del bienestar común.

Las reacciones en todos los campos frente a los abusos del liberalismo en su forma capitalista, sumados a las consecuencias que dejaron la primera y segunda guerra mundial, configuraron el nuevo pensamiento político, económico y social que dio origen al surgimiento del Estado Social de Derecho, un Estado cuyo papel no sólo es el de guardián de las libertades individuales privadas, sino que además se va a convertir en el Estado empresario, creando empleos y velando por la seguridad social de sus ciudadanos; al mismo tiempo adopta una política comercial proteccionista para sus industrias, preparándolas para la competencia internacional.

Con los cambios descritos se procuró una nueva sociedad en la que se proteja no sólo el interés individual sino también y fundamentalmente, el interés colectivo social, a la comunidad en general, disponiendo que el interés individual para ser protegido, tendrá que ser compatible con el interés colectivo.

1.1.3. EL TRAFICO MASIVO.

1.1.3.1 ELEMENTOS CARACTERIZANTES DEL TRAFICO MASIVO.

Algunos de los aspectos que dan origen, y a la vez caracterizan al tráfico masivo son, entre otros, el crecimiento poblacional global que continúa en ascenso y que genera la ampliación natural del mercado de consumo, la producción en serie, las políticas de libre mercado que tienden a abrir las fronteras, la creciente utilización de medios de comunicación y de otros medios electrónicos como la red Internet para publicitar los productos y servicios y la creciente tendencia de las personas a consumir por necesidades suntuarias o por conductas de imitación.

Bajo este contexto, el tráfico masivo que crece día a día, nos presenta un mercado abarrotado de una diversidad de productos y servicios ofertados mediante anuncios publicitarios generalmente agresivos y engañosos que sólo señalan las ventajas de los mismos y no así sus inconvenientes; así pues los medios de comunicación juegan un papel importante en la elección del consumidor porque son los sujetos que difunden de manera masiva las ventajas y desventajas de los productos o servicios, condicionando la elección final del consumidor. En el mismo sentido la publicidad crea en el consumidor la sensación de necesidad de nuevos productos o servicios ofertados, sensación que también amplía el mercado de la demanda.

Las fusiones empresariales son un mecanismo para aumentar el poder económico y político dentro el mercado. Además, amplían su propio mercado de consumidores, constituyéndose en gigantes organizaciones económicas que operan internacionalmente.

Los avances tecnológicos y la sociedad de la información imponen a los individuos ciertos requisitos para su inserción. Por ejemplo, hoy necesitamos tener una computadora y una línea telefónica para poder tener acceso a la red Internet; los sistemas de televisión por cable cada vez adquieren mayores derechos para la difusión de eventos que antes estaban a cargo de canales abiertos. Los ejemplos mencionados, entre otros, producen un cambio y, a la vez, una adaptación a nuevas costumbres.

1.1.3.2. EFECTOS DEL TRAFICO MASIVO.

La principal consecuencia del tráfico masivo es la desigualdad económica entre los individuos, que se agrava diaria y rápidamente, distanciando progresivamente a grupos cada vez más empobrecidos de los grupos económicamente poderosos.

En el mundo jurídico, tal situación nos debe conducir a reformular los conceptos liberales. El contrato no puede permanecer inmutable ante tal realidad; el postulado de la libertad contractual se presenta disminuido e incluso inexistente en el caso de los monopolios para la mayoría de la población.

Si los hombres son iguales frente a la ley y los contratos tienen fuerza de ley entre las partes, nos preguntamos ¿existe igualdad jurídica frente a un contrato preestablecido por una de las partes contratantes que dispone de una mayor información, rápido acceso a los medios de defensa y un mayor poder económico? Es necesario reformular los conceptos liberales que inspiraron al contrato. Se debe imponer limitaciones al abuso de la autonomía de la voluntad por parte de los poderosos, para tratar de equilibrar las fuerzas contratantes.

Por otra parte, nuestros procedimientos se constituyen en instrumentos poco efectivos, los trámites procesales son lentos y obsoletos, el acceso a la justicia es oneroso, existe un gran porcentaje de potenciales litigantes que desisten de la posibilidad de asumir la defensa de sus derechos por los excesivos gastos que les causaría entablar un proceso, existiendo la posibilidad cierta de perder más dinero del que está en juego.

Ahora bien, el tráfico masivo tiene como consecuencias, además de la desigualdad económica, la alteración del equilibrio entre las partes contratantes que ha generado la aparición y la utilización de nuevas formas contractuales entre las cuales están los contratos por adhesión a condiciones generales que crea un consumidor despersonalizado y anónimo con el que no se negocian las condiciones del contrato y en las cuales se insertan cláusulas abusivas que vulneran los derechos del consumidor.

1.1.4. NUEVAS FORMAS DE CONTRATACIÓN.

La dinámica del comercio actual requiere de nuevas modalidades de contratación que sean ágiles, baratas, generales y uniformes; en dicho contexto surge el contrato por adhesión a condiciones generales. La doctrina ha elaborado muchas modalidades de contratación con cláusulas prerredactadas que son celebradas en la mayoría de los casos mediante contratos por adhesión, entre otros los ejemplos más salientes son los siguientes:

a) aquellos contratos con cláusulas preelaboradas unilateralmente por el empresario o proveedor y que están contenidas en un documento físico como los contratos de transporte; los de servicios públicos como los de agua, electricidad, telefonía; los de seguros; los de bancos y la mayoría de contratos por adhesión previamente redactados;

b) los avisos y carteles también pueden ser incluidos dentro de los contratos por adhesión pues son prerredactados de manera unilateral, tienen un contenido uniforme para ser usados en contratos similares y están dirigidos a una generalidad indeterminada de personas; como ejemplos están los avisos colocados en parques de diversiones, piscinas públicas, restaurantes, servicios de lavado, entre otros. Para que dichos avisos o carteles surtan efecto deberán cumplir ciertos requisitos, como estar en lugares que llamen la atención del público y con una redacción clara y comprensible para el ciudadano de cultura media, conteniendo un resumen de todas las condiciones generales que se exigen y que no remita a otros textos para su lectura, indicando además la modalidad del servicio, la forma de adquirir los bienes, etcétera;

c) el uso de medios electrónicos, como avisos en pantallas gigantes o pantallas de televisión, deberá observar los requisitos exigidos en el anterior inciso; además, en el presente caso se tomará en cuenta el tiempo que se destina para la lectura, comprensión e interpretación del público, caso contrario serían cláusulas desconocidas;

d) las cláusulas generales también podrán ser difundidas mediante megáfonos, de manera verbal, como por ejemplo en teatros, coliseos, centros deportivos, etcétera y deberán ser claros y repetidos en un número racional, buscando la cabal comprensión del consumidor;

e) los contratos llamados de ventanilla, son aquellos en los que se presume que el empleado que está detrás de la ventanilla, mostrador o boletería está legitimado para cobrar un precio establecido y expedir la entrada o ticket que nos otorga el derecho de usar un determinado servicio, como en el caso de los transportes ferroviarios, terrestres e incluso aéreos o de disfrutar de algún espectáculo artístico, deportivo, cultural, etcétera. La presunción a que nos referimos libera al consumidor el averiguar la relación laboral o de distinta índole del empleado en su puesto de trabajo y la institución que lo contrató;

f) los contratos celebrados mediante medios electrónicos como la computadora, el teléfono o el fax crean algunos problemas que todavía no tienen solución por la dificultad que presentan los medios probatorios en este tipo de contratos. Uno de ellos es la forma en que se otorga el consentimiento y la determinación de las partes contratantes, pues dichos contratos se celebran entre personas que están en diferentes lugares en ese momento; otro es la formalidad que se requiere respecto de la

firma de los contratos, a pesar que muchos contratos celebrados mediante computadora en la red Internet son probados por una serie de artificios y se han ideado sistemas para que la misma máquina pueda comparar firmas, timbres de voz o huellas digitales, pero dichos mecanismos de prueba no son lo suficientemente confiables a causa de su manipulación por terceras personas, de las que pueden ser efecto los mismos sistemas. En especial la red Internet tropieza con el problema en el momento de definir el lugar del contrato cuando se trata de países diferentes con ordenamientos jurídicos diferentes que pueden dar lugar a la indefensión de cualquiera de las partes contratantes;

1.2. FORMACIÓN Y ELEMENTOS CARACTERÍSTICOS DEL CONTRATO POR ADHESIÓN A CONDICIONES GENERALES.

1.2.1. DENOMINACIÓN.

El fenómeno contractual que nos ocupa fue inicialmente bautizado por el profesor Saleilles con el nombre de *contrato de adhesión*, a falta de otra denominación, en efecto el renombrado jurisconsulto se refería a dicho fenómeno contractual diciendo que "...hay pretendidos contratos que no tienen de tales mas que el nombre, por ejemplo los contratos por adhesión..."¹ A partir de este momento la doctrina jurídica ha discutido el término empleado y en su intento de precisar dicho fenómeno contractual los ha denominado *contratos estándar*, *contratos predispuestos*, *contratos tipo*, *contratos formularios*, etcétera. Con el mismo objetivo algunos autores sostienen que en vez de utilizar la denominación de *contratos de adhesión* debemos utilizar la de *contratos por adhesión*, el primero se refiere a una forma jurídica contractual como por ejemplo los contratos de préstamo, seguro, transporte, arriendo, etcétera, en cambio el segundo se refiere a una técnica contractual, la cual puede manifestarse en cualquier forma jurídica contractual, así los contratos de seguro, transporte y otros podrán manifestarse mediante contratos por adhesión o mediante contratos libremente negociados.

Se considera que con la denominación de *contratos por adhesión a condiciones generales* se abarca gran parte de los contratos prerredactados unilateralmente en los cuales el consumidor solo

¹ Raymond Saleilles, *De la déclaration de volonté*, París, 1901, N° 89, p.229, citado por Rubén S. Y Gabriel A. Stiglitz, "Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección al consumidor", Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1985, p. 58

tiene la posibilidad de aceptar o rechazar su contenido mediante la adhesión. Por lo expresado se adopta dicha denominación para el desarrollo del presente trabajo.

1.2.2. CONCEPTO Y CARACTERES DEL CONTRATO POR ADHESIÓN A CONDICIONES GENERALES.

Muchos autores de renombre han caracterizado y más aún, han conceptualizado el contrato por adhesión a condiciones generales. Para avanzar en el presente estudio, creemos conveniente transcribir algunas de las conceptualizaciones que contienen los elementos que caracterizan el contrato por adhesión a condiciones generales, para luego adoptar una de ellas y enmarcar así, el trabajo posterior.

Comencemos por el mentor del término *contrato de adhesión*, el profesor francés Raymond Saleilles, quien en 1901 publica su obra: "La declaración de la voluntad", en la cual caracteriza al nuevo fenómeno, en palabras del profesor Vallespinos "...como aquel en el que hay un predominio exclusivo de una sola parte, que obra como una voluntad unilateral, que dicta su ley a una colectividad indeterminada y que espera la adhesión de aquellos que querrán aceptar la ley del contrato"²

Rescatamos también el concepto del profesor Guillermo Cabanellas que en su Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual define al *contrato de adhesión* como: "Aquel en que una de las partes fija las condiciones uniformes para cuantos quieran luego participar en él, si existe mutuo acuerdo sobre la creación del vínculo dentro de las inflexibles cláusulas".³

El profesor Carlos Gustavo Vallespinos en 1984 en su obra titulada " El contrato por adhesión a condiciones generales" en un magnífico desarrollo define el *contrato de adhesión* como "aquel en el cual el contenido contractual ha sido determinado con prelación, por uno solo de los contratantes al que se deberá adherir el co-contratante que desee formalizar una relación jurídica obligatoria".⁴

² Saleilles Raymond, *De la déclaration de volonté*, París, 1901, p.230, citado por Carlos Gustavo Vallespinos, "El contrato por adhesión a condiciones generales", Buenos Aires, Editorial Universidad, 1984, p.237

³ Guillermo Cabanellas, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, 25a. Ed., Tomo II, Buenos Aires, Editorial Eliasta, 1997, p.343

⁴ Carlos Gustavo Vallespinos, *El contrato por adhesión a condiciones generales*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 1984, ps. 237,238

No creemos necesario revisar otros conceptos, que si bien pueden ayudar a detallar el fenómeno contractual que estudiamos, también pueden generar algunas confusiones. En consideración a lo dicho, se adopta el concepto elaborado por el profesor Vallespinos, que como él mismo lo expresa, tiene la ventaja de ser un concepto *simple* que contiene los elementos caracterizantes del contrato por adhesión a condiciones generales, a saber: *condiciones generales, preelaboración o prerredacción y adhesión*,⁵ precisamos los conceptos mencionados a continuación:

a) condiciones generales; son aquellas cláusulas o conjunto de cláusulas prerredactadas sin negociación previa, impuestas de manera general, abstracta y uniforme a un sin número de relaciones contractuales;

b) prerredacción o preelaboración; otro elemento caracterizante es la prerredacción unilateral del estipulante que en la mayoría de los casos, no en todos, es el que posee el mayor poder económico entre las partes contratantes. La prerredacción supone la ausencia de una previa negociación particular;

c) la adhesión constituye el elemento que inicia la vida formal y real del contrato, presupone la aceptación de condiciones prerredactadas y rígidas, es decir sin posibilidad de ser modificadas en el fondo, razón por la cual el adherente disminuye su poder de negociación a un *si* o un *no* y a aceptar las condiciones o rechazarlas en conjunto.

1.2.3. CAUSAS PARA SU APARICIÓN.

Vivimos en un mundo interdisciplinario tanto en lo teórico como en lo práctico; el hombre puede calcular costos y beneficios en materias del saber humano, que antes de ahora ni siquiera se hubiera imaginado y menos aún formulado; así muchas disciplinas jurídicas se nutren de conceptos económicos y viceversa, estando entre ellas los derechos del consumidor, medio ambiente, de la competencia, de la propiedad intelectual, etcétera.

⁵ Carlos Gustavo Vallespinos, *El contrato por adhesión a condiciones generales*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 1984, p.238

El mundo de la economía ha creado una sociedad de consumo en la que el sujeto impulsor más importante es la *gran empresa* con su creciente tendencia a producir mayor cantidad de bienes y servicios.

En este contexto, la producción en serie de bienes y servicios requiere de condiciones contractuales generales, rígidas y uniformes que simplifiquen el proceso previo de negociación particular a una simple adhesión. Así, el empresario no puede discutir cada uno de los contratos celebrados; por ejemplo, sería casi imposible que las empresas que comercializan teléfonos celulares tengan que discutir cada una de las cláusulas de los contratos de venta y servicios que prestan, ya sea por la cantidad de transacciones realizadas al día, el tiempo que se destina, la cantidad de empleados que se necesitan, etcétera; en suma, porque la previa negociación particular cuesta mucho más dinero que la prerredacción de un contrato por adhesión a condiciones generales.

La realidad económica descrita, legitima en cierta manera la utilización por parte de los empresarios o proveedores de nuevas técnicas contractuales bajo los conceptos de racionalización empresarial, rapidez y eficiencia, legitimidad que nos conduce a aceptar la utilización de los contratos por adhesión a condiciones generales, lo que no supone aceptar la utilización abusiva de los mismos por parte de los proveedores que se aprovechan de la condición de predominio que poseen en el mercado en virtud de mayor poder económico y de los mejores medios técnicos y jurídicos que detentan para mantener su ventaja excesiva frente a un consumidor jurídicamente desprotegido y económicamente débil. Frente al avance económico descrito, el derecho ha quedado rezagado y continuará en el mismo estado si no se implementan políticas nacionales y comunitarias para la preservación, defensa y protección de los derechos de los ciudadanos frente a poderosos conglomerados económicos que imponen sus condiciones contractuales.

1.2.4. NATURALEZA JURIDICA DEL CONTRATO POR ADHESIÓN A CONDICIONES GENERALES.

La doctrina ha elaborado muchas tesis respecto a la naturaleza jurídica del contrato por adhesión. El tema estudia fundamentalmente la existencia de la autonomía de la voluntad, de la libertad de contratación y del consentimiento del adherente. Básicamente dichas tesis se han ido alineando en dos direcciones, la posición contractualista y la anticontractualista, cada una con

caracteres propios y diferentes. A continuación se comienza a examinar las distintas corrientes mencionadas.

1.2.4.1. LA POSICIÓN ANTICONTRACTUALISTA.

Los anticontractualistas representados por Raymond Saleilles, Leon Duguit, Garrigues y Hauriou entre los más conocidos, sostienen que la ausencia de discusión entre las partes contratantes suprime el consentimiento, porque solo mediante la libre negociación se puede apreciar la voluntad real de los contratantes. Así, se minimiza la adhesión del co-contratante, quitándole los efectos jurídicos como para formar el consentimiento y por ende el contrato. Por tanto solo una de las partes manifiesta su voluntad de contratar y establece unilateralmente las condiciones para tal contrato, sin que exista la posibilidad de modificarlas sustancialmente en el momento de su celebración.

De igual manera una parte importante de anticontractualistas, les otorgan carácter normativo al identificar entre sus caracteres la uniformidad en la aplicación de las mismas cláusulas a un sin fin de contratos, la generalidad en la aplicación de dichos contratos a muchas personas, y la rigidez en la imposibilidad de modificarlos sustancialmente en el momento de su celebración.

A continuación citamos la opinión de sus seguidores.

El profesor Saleilles afirma:

...hay pretendidos contratos que no tienen de tales más que el nombre, por ejemplo los contratos por adhesión...caracterizados por el predominio exclusivo de una sola voluntad, comportándose como voluntad unilateral que dicta su ley, no ya a un individuo, sino a una colectividad indeterminada, y que se compromete por adelantado, unilateralmente, salvo adhesión de aquellos que querrán aceptar la ley del contrato y ampararse de esa creación ya creada.⁶

⁶ Raymond Saleilles, *De la déclaration de volonté*, París, 1901, N° 89, p.229, citado por Rubén S. Y Gabriel A. Stiglitz, "Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección al consumidor", Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1985, p. 58

El profesor Duguit sostiene que, diferentes de los contratos, existen nuevos actos jurídicos "...que los civilistas quieren a todo trance comprender, de grado o por fuerza, en el antiguo cuadro del contrato, pero que en realidad son actos absolutamente diferentes, que son, quizá, actos unilaterales".⁷

Es interesante la posición del profesor Garrigues al sostener la tesis normativa cuando afirma que "...las condiciones generales de la contratación, por el dato de su obligatoriedad indiscutible para las partes y por su trascendencia al suplir las lagunas de la ley en sectores enteros del tráfico mercantil, singularmente en materia bancaria y de seguros, ofrecen un carácter muy semejante al de la ley".⁸ Mas adelante señala que "Para decidir sobre la naturaleza de estas condiciones generales de contratación habrá que considerar su grado de difusión y objetividad, y, cuando este sea muy amplio, dichas condiciones podrían asimilarse al uso mercantil normativo".⁹

1.2.4.2. LA POSICION CONTRACTUALISTA.

La postura contractualista representada por doctrinarios como Federico De Castro y Bravo y Garcia Amigo entre otros, afirman que no es necesaria la previa negociación del contenido de los contratos para ser tomados como tales; es suficiente que una y otra parte manifiesten la voluntad de celebrar un contrato, incluida la adhesión. Así, le otorgan el valor jurídico suficiente al acto de adhesión del co-contratante para formar el consentimiento y por ende el contrato.

En el mismo sentido afirman, que ni la ausencia de negociación, ni la desigualdad económica entre las partes, ni la desigualdad de información se constituyen en causas legítimas para quitarle a la parte adherente el valor de su voluntad para formar el consentimiento, por más que dicha voluntad esté limitada.

⁷ Leon Guguit, *Las transformaciones generales desde el Código Napoleón*, Madrid, 1926, pp. 119 y ss., citado por Rubén S. Y Gabriel A. Stiglitz, "Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección al consumidor", Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1985, p. 59

⁸ J. Garrigues, *Contratos bancarios*, Madrid, 1975, pp. 18 y ss., citado por Ruben S. Y Gabriel A. Stiglitz, "Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección al consumidor", Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1985, p. 60

⁹ Ibidem.

Frente a las posturas normativas, el profesor De Castro y Bravo sostiene: "...que las condiciones generales carecen de los caracteres internos y externos de la norma de derecho objetivo, pues -apunta-, dictadas en provecho de una de las partes, les falta "el motivo de la justicia" esencial para las reglas jurídicas..."¹⁰

1.2.4.3. NUESTRA POSICION.

Para adoptar una postura determinada, es importante resaltar los inconvenientes que genera esta técnica contractual para los adherentes; en efecto, la economía de mercado que impulsa el sistema capitalista de acumulación y el comercio internacional, debilitan cada vez más a los consumidores y fortifican la posición privilegiada en el mercado, de los proveedores, empresarios, comerciantes y todos aquellos que integran la cadena productiva. La diferencia significativa de los segundos frente a los primeros se debe a sus mejores posibilidades económicas, técnicas (información, posición en el mercado, influencias políticas, publicidad, etcétera.) y jurídicas (ausencia de normas, acceso a justicia, retardación de justicia, etcétera).

Ahora bien, el punto neurálgico de la discusión descansa en el poder de negociación y en la libertad de contratación que el adherente tiene en el momento en que presta su consentimiento; esta libertad está disminuida por la prerredacción de las cláusulas y por lo tanto, la ausencia de discusión de las mismas, dejando al adherente sólo el derecho de aceptar o rechazar dichos contratos.

Pues bien, la adhesión es una especie de la aceptación, es la forma más simple de asentir a una oferta prerredactada de antemano con la posibilidad de aceptarla o rechazarla. No obstante, el exceso de la libertad contractual por parte del que prerredacta las cláusulas limita la libertad contractual del adherente. El exceso expresado se traduce en la inserción de cláusulas abusivas para el adherente, quien no cuenta con los suficientes medios para enfrentar dichas cláusulas.

El adherente en el momento de formar el consentimiento expresa su libertad contractual que, por muy restringida que ella sea, tiene la posibilidad de aceptar o rechazar las condiciones insertas en los contratos por adhesión; por ende, la tarea del legislador es la de limitar el exceso de libertad del

¹⁰ F. De Castro y Bravo, *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes*, Madrid, Ed. Civitas, 1965 y 1975, p. 28, citado por Rubén S. Y Gabriel A. Stiglitz, "Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección al consumidor", Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1985, p. 61

que prerredacta las condiciones generales protegiendo los intereses de los futuros adherentes, ya que éstas generalmente se traducen en cláusulas abusivas.

1.2.5. ANALISIS DESDE EL PUNTO DE VISTA SUBJETIVO DEL PROBLEMA: LIBERTAD CONTRACTUAL, ADHESIÓN Y CONSENTIMIENTO.

Es indudable que el contrato liberal clásico se ha ido modificando conforme transcurre el tiempo y se producen las transformaciones económicas. Así, la imagen que tenemos del contrato clásico es la de dos personas que se sientan una frente a la otra alrededor de una mesa, para luego de una detallada negociación del contenido del contrato terminar con su suscripción de manera libre, voluntaria y con pleno conocimiento de sus cláusulas. Concluido el contrato de la manera expresada, es el consentimiento -entendido como la coincidencia de voluntades- el elemento imprescindible para la formación del contrato.

El esquema que nos plantea el contrato por adhesión no es el mismo, vale decir la parte que exterioriza la oferta de contrato no va a reunirse directamente con el destinatario de dicha oferta para negociar los términos (cláusulas) del contrato, por el contrario, son excepcionales e incluso inexistentes las ocasiones en que el empresario se reúne con el consumidor para estipular las condiciones contractuales. Así, las ofertas dirigidas al consumidor en general son prerredactadas en formularios, letreros, avisos, talonarios, etcétera, para que luego el destinatario acepte o rechace dichas condiciones sin posibilidad alguna de discusión previa y de negociación de los términos del contrato.

La negociación previa de igual a igual, entre las partes contratantes es la característica del contrato llamado clásico, pero esta característica no puede considerarse esencial para la otorgación de consentimiento y por ende del contrato; así, la discusión de la oferta no es requisito imprescindible para el consentimiento, en última instancia será el destinatario de la oferta el que decida si acepta o no las condiciones del contrato.

Por otro lado, la oferta mediante condiciones generales no está dirigida a un solo destinatario sino a un número indeterminado de sujetos, en cambio, la adhesión a los contratos por adhesión es individual, concreta y con un efecto transitorio. Por tanto, la parte que se adhiere expresa su voluntad que, aunque mínima, va a ser la que junto a la voluntad del predisponente formen el consentimiento y

por ende el nacimiento del contrato. Por lo dicho, la adhesión constituye la forma más sencilla de expresar el asentimiento en la nueva sociedad masificada.

1.2.6. ANALISIS DESDE EL PUNTO DE VISTA OBJETIVO DEL PROBLEMA: EL DESEQUILIBRIO ECONOMICO, DE MEDIOS TECNICOS Y JURIDICOS.

Visto el problema subjetivo de los contratos por adhesión, comencemos a explorarlo desde el punto de vista objetivo.

Primero, las transformaciones económicas, científicas y tecnológicas han generado la sociedad masificada en la que vivimos; segundo, el sistema capitalista de acumulación de capital imperante en casi todos los países del mundo ha generado grandes desigualdades económicas entre los individuos y entre los países.

Todo este panorama ha influido para que el contrato por adhesión a condiciones generales se constituya en el instrumento idóneo del sistema imperante. Lo dicho nos conduce a pensar que el contrato por adhesión se sustenta sobre las diferencias económicas y jurídicas.

Sin embargo, que existan diferencias económicas entre las partes contratantes no es nuevo, aun en el contrato liberal clásico las existían; en los contratos por adhesión usualmente el predisponente de las condiciones generales ostenta un mayor poder económico en relación al adherente; dicha diferencia determina, por lo general, un mejor conocimiento de las características del producto, de las ventajas y desventajas del mismo, de los mecanismos técnico jurídicos convenientes para su negocio y que son insertados previamente en los contratos, de las características del mercado como son los monopolios, oligopolios, posiciones dominantes, etcétera. Ahora bien, el esquema descrito no se cuestiona y además es útil tanto para el empresario como para el consumidor; lo que se cuestiona es el carácter abusivo que adquieren éstas características, es decir el mayor poder económico y los medios técnicos y jurídicos son utilizados para sacar ventajas excesivas a favor de los predisponentes y en detrimento del consumidor.

En suma, el mayor poder económico del predisponente, en sí mismo, no constituye un problema para los adherentes a un contrato por adhesión; es el carácter abusivo de quienes ostentan su poder económico y que se manifiesta en cláusulas abusivas lo que configura la razón de ser de la protección a la parte débil del contrato.

Hemos dicho que por lo general la parte contratante que cuenta con mayor poder económico es la que dispone de mayores conocimientos técnicos y jurídicos, pero excepcionalmente puede ocurrir lo contrario, que el que tenga menor capacidad económica sea el que prerredacte las cláusulas frente a un consumidor con mayor poder económico, como en el caso de un próspero industrial cuyo poder económico es mayor en comparación a cualquiera de los socios de un teatro que le presentan en su boleto de entrada condiciones generales. En este caso la diferencia económica no es relevante, sin embargo el predisponente puede elaborar cláusulas abusivas.

1.2.7. VENTAJAS Y DESVENTAJAS DEL CONTRATO POR ADHESIÓN A CONDICIONES GENERALES.

Entre las ventajas, se afirma que la eliminación de la previa negociación particular disminuye los costos y el tiempo que ella supone en la formación y la suscripción de los contratos, facilitando al mismo tiempo la posibilidad de aplicar las condiciones generales -por su carácter uniforme- a un número indeterminado de individuos identificados solamente conforme a las zonas geográficas en las que habitan. Además, el comercio de nuestros días es ágil, los bienes circulan rápidamente y en cierta manera las formalidades son un estorbo para las características mencionadas; así, las cláusulas prerredactadas se constituyen en una técnica jurídica para una necesidad económica. Asimismo, la prerredacción supone, en la mayoría de los casos, la descripción detallada de los derechos y obligaciones del contrato, así como de las características técnicas del objeto del mismo, lo que permite a las partes, pero sobre todo al predisponente, generar una mayor seguridad en el intercambio de bienes y servicios; de igual manera facilita el cálculo tanto de sus costos como de sus beneficios.

Entre las desventajas, es sabido que la parte que prerredacta las condiciones generales usualmente lo hace en su favor, ocultando los defectos que pueda tener el producto o servicio, flexibilizando e incluso liberándose de sus propias responsabilidades traspasando éstas a los consumidores; altera de manera rebuscada y maliciosa los términos de prescripción de garantías; invierte la carga de la prueba para que pese sobre el consumidor; usa tecnicismos ininteligibles propios del objeto del contrato, cláusulas oscuras, ambiguas y en letra pequeña; en caso de litigio establecen domicilio fuera de la residencia habitual del adherente con el objeto de que desista de cualquier

acción de reclamo por los costos que le significarían el viaje y la residencia en otro lugar; en suma, el predisponente se aprovecha de su condición para hacer prevalecer su posición contractual y debilitar la del adherente. Por otra parte existe el peligro de que las empresas distorsionen la libre competencia formando monopolios, oligopolios, cárteles, imponiendo así condiciones generales uniformes en el mercado y restringiendo las posibilidades de elección del consumidor en el mercado.

En resumen, podemos decir que si bien la utilización de contratos por adhesión a condiciones generales es necesaria y tiene sus ventajas, sobre todo para la parte predisponente, es también evidente que existe un exceso de libertad contractual que se traduce en la inserción de cláusulas abusivas en contra del consumidor adherente que no tiene el mismo poder, ni económico ni contractual, disminuyendo de esta manera su libertad de contratación por la ausencia de negociación.

1.3. LAS POLITICAS DE DEFENSA Y PROTECCION DEL CONSUMIDOR Y EL DERECHO DEL CONSUMIDOR.

1.3.1. EL MOVIMIENTO DEL CONSUMERISMO.

Podemos afirmar que el movimiento consumerista surge formalmente con la declaración del Presidente de los Estados Unidos de Norte América, John F. Kennedy ante el Congreso, el 15 de marzo de 1962; en el espíritu de su declaración decía que los consumidores constituían el grupo económico más importante y a la vez menos protegido en el mercado, de igual manera formuló cuatro derechos básicos de los consumidores y que hasta hoy siguen vigentes: el derecho a la información, el derecho a la seguridad, el derecho a escoger y el derecho a ser escuchado.

La importancia que tiene el consumidor en el mercado es trascendental no sólo porque escoge cual bien o servicio ha de adquirir o utilizar sino porque reclama calidad en los productos, menores precios, durabilidad, buen trato, garantías, facilidades de pago y es el que en última instancia decide qué se debe producir y qué no se debe producir.

En la evolución de los derechos de los consumidores han desempeñado un importante papel las Asociaciones de Consumidores formadas en países en donde el ciudadano y los órganos de

gobierno han creado conciencia de la importancia que significa la protección del consumidor para el desarrollo de los países en el campo social preservando la vida, salud, libertad, dignidad, información de sus ciudadanos y en el campo económico como elemento motivador para mejorar sus industrias frente a la gran competencia internacional. Pero no solo han sido esfuerzos aislados para difundir los derechos de los consumidores sino que muchas organizaciones internacionales han comenzado a elaborar normativas y políticas de consumo; así La Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó los lineamientos generales para la protección de los consumidores a nivel mundial a partir de 1985; de igual forma los procesos de integración como el de la Unión Europea, cuentan con una normativa de defensa y protección de los consumidores, obligatoria para los países que la integran; otro esfuerzo encomiable es el de los países que integran el MERCOSUR por tratar de brindar a los consumidores de sus países normas comunes para su protección; actualmente existen proyectos normativos para su aprobación.

1.3.2. NOCION DE CONSUMIDOR Y PROVEEDOR.

Desde una perspectiva general son consumidores todas aquellas personas individuales o colectivas que compran o adquieren bienes o utilizan algún servicio, sin importar la calidad de las personas, su condición económica, su raza, inclinación política, religiosa, etcétera; tampoco importa si el consumidor acude a grandes establecimientos comerciales o pequeños, si adquiere el bien en una pequeña tienda de barrio o mediante servicios comerciales electrónicos como la red Internet; todos ellos son consumidores que acuden al mercado para satisfacer sus necesidades básicas o suntuarias.

Sobre la base de las consideraciones mencionadas, la doctrina ha intentado brindar una noción más precisa y clara respecto de la noción de consumidor, importante para identificar al consumidor que luego deberá ser protegido en las leyes de defensa del consumidor.

Comencemos afirmando que la palabra consumidor inicialmente se vincula a concepciones socioeconómicas antes que jurídicas; en efecto, en el proceso de intercambio de bienes y servicios en el mercado, el consumidor se convierte en tal, en el momento en que adquiere bienes que no volverán a circular en el mercado por el hecho de que quien los adquirió los usará; así el consumidor

puede ser entendido como un operador económico en el proceso de circulación que emplea valores de cambio que pueden ser dinero, bienes o servicios, para adquirir y utilizar valores de uso.

Pero el intercambio de bienes y servicios que se realiza mediante las reglas de la libre oferta y demanda en el mercado genera en muchos casos desequilibrios importantes entre consumidores y empresarios o proveedores que afectan los derechos de los primeros. En efecto, los consumidores en general no están organizados, no cuentan con el poder económico de los empresarios, la información del producto o servicio objeto del contrato muchas veces es engañosa, insuficiente o exagerada; no existen instancias para su protección, en suma las diferencias entre empresarios y consumidores es abismal, más aún si tomamos en cuenta los procesos de capitalización y privatización que incentivan a grandes empresas transnacionales a invertir en el país y ser parte de nuestro mercado interno o aquellas empresas que constituyen monopolios, oligopolios, posiciones dominantes, etcétera y frente a las cuales el consumidor se siente diminuto.

En este contexto ya no solo se habla del consumidor como operador económico del mercado sino que se ha ampliado su concepción social mediante la implementación de políticas y de leyes de defensa y protección de los intereses del consumidor.

Así, las legislaciones de defensa del consumidor, pero sobre todo la doctrina, se han encargado de delimitar la noción de consumidor en el campo jurídico, noción que comenzó muy restringida porque abarcaba en principio sólo la adquisición de bienes y que luego se amplió a los servicios hasta llegar a considerarlo no solo sujeto de un derecho concreto sino también de un derecho abstracto que incumbe a la colectividad en general.

La noción de consumidor que nos brinda "Consumers Internacional" en la ley modelo para la protección de los derechos del consumidor de América Latina y el Caribe, es la que predomina en la doctrina y en muchas legislaciones y considera al consumidor aquella "persona natural o jurídica que adquiera, utilice o disfrute como destinatario final, bienes o servicios de cualquier naturaleza", excluyendo del concepto la profesionalidad, es decir la posibilidad de reintegrar el bien o servicio al tráfico comercial. Como contrapartida, el proveedor será "toda persona natural o jurídica, de carácter público o privado, que desarrolle actividades de producción, fabricación, importación, distribución o comercialización de bienes o de prestación de servicios a consumidores, por los que se cobre precio".

1.3.3. EL DERECHO DEL CONSUMIDOR.

El derecho del consumidor se constituye en un conjunto de normas, disposiciones e instituciones que tienen por objeto la protección y defensa de los intereses del consumidor; a pesar de ser una materia interdisciplinaria que contiene conceptos económicos y jurídicos su finalidad primordial es social porque busca el bienestar de la colectividad en general, representada mediante un consumidor o un grupo de consumidores.

El derecho del consumidor ha ido ampliando su campo de acción a medida en que han evolucionado los conceptos económicos, jurídicos y las prácticas del mercado; así se ha inmiscuido en materias como el transporte, la banca, los seguros, los servicios públicos, las operaciones con empresas privadas entre otros, estableciendo normas que tienen que ver con los contratos, la publicidad, las operaciones de crédito, los productos peligrosos, la responsabilidad del proveedor, etcétera.

1.3.4. EL DERECHO DEL CONSUMIDOR EN BOLIVIA.

En nuestro país no contamos con una ley expresa que regule los derechos, deberes y obligaciones de consumidores y proveedores; sólo encontramos algunas normas dispersas en cuerpos legales como por ejemplo la Ley del Sistema de Regulación Sectorial (SIRESE) o la Ley del Sistema de Regulación Financiera (SIREFI) que no constituyen una protección eficiente para el consumidor. Si un consumidor se siente afectado en sus derechos, sólo tenemos la posibilidad de acudir al Código Civil, Código de Comercio o alguna norma administrativa para resolver su demanda, normas que son completamente insuficientes para accionar en su favor. Además de los inconvenientes mencionados, contamos con procedimientos lentos y onerosos que no responden a la necesidad de resolver rápida e inmediatamente los conflictos entre proveedores y consumidores.

1.3.5 LOS DERECHOS DEL CONSUMIDOR Y LA PROTECCION DE LA LIBRE COMPETENCIA.

Algunos países como Perú y Costa Rica regulan los derechos del consumidor y los derechos de la competencia en un solo cuerpo normativo, más aún, crean organismos de control conjunto que tienen ambas competencias.

El tema que se plantea es la relación que existe entre el derecho del consumidor y el derecho de la competencia y la conveniencia o inconveniencia de una regulación y control comunes para ambos.

Los países latinoamericanos están inmersos voluntaria o involuntariamente en la economía de mercado que tiene como principio fundamental la preservación de la libre competencia entre sus actores, así el Estado debe diseñar las políticas necesarias para dicho objetivo si no quiere apartarse del contexto económico y político internacional.

Para aclarar los conceptos comencemos por identificar los objetivos que buscan cumplir las leyes de defensa de la libre competencia que básicamente son los de mantener el libre juego de la oferta y la demanda en el mercado y que suponen el control de comportamientos entre competidores en el mercado, como por ejemplo el control de monopolios, oligopolios, posiciones dominantes, competencia desleal, etcétera o el control previo de estructuras que pongan en peligro dicha competencia, como la formación de fusiones, carteles y otros. Vemos que el derecho de la competencia regula las relaciones entre proveedores (empresarios, comerciantes, distribuidores, vendedores) en el mercado y no así entre consumidores y proveedores como una primera diferencia.

Es evidente que existe una relación muy próxima entre ambos derechos, en el entendido de que al preservar la libre competencia se beneficia en parte al consumidor; por ejemplo, si una empresa monopolizara el mercado de determinado producto o servicio, el consumidor no tendría mas opción que contratar con ella; el problema se agrava si dicha empresa presta un servicio público o vende artículos de primera necesidad, entonces el consumidor se siente obligado a contratar y la empresa podrá imponer precios altos, contratos con cláusulas abusivas, condiciones inequitativas y otras, a sabiendas de su posición de monopolio; en cambio, la competencia hace que el consumidor tenga varias alternativas, factor que condiciona el comportamiento de la empresa para ofrecer mejores productos y en condiciones menos gravosas que sus competidoras. Otra ventaja es la de incentivar la innovación de productos sobre la base de las particularidades que atraigan a los consumidores buscando la preferencia de éstos. Así la competencia obliga a los productores a competir entre ellos por las preferencias de los consumidores y en el afán de conquistarlos bajan precios, mejoran la calidad de los productos, ofrecen mejor servicios, etcétera.

La protección de la libre competencia en el mercado tiene consecuencias sociales que en su mayoría son benignas para el consumidor; por esto es necesario regular la libre competencia dentro del mercado, regulación que debe plasmarse en la promulgación de una Ley de Protección de la Libre Competencia en forma independiente de cualquier otra ley. Los procesos de capitalización y privatización que se han realizado en la última década y que hasta hoy no se han terminado, necesitan de normas acordes que impidan situaciones de monopolio que existían antaño en los organismos públicos y que se mantienen actualmente en manos privadas.

Pero como existen algunos puntos de contacto entre ambos derechos, existen muchos otros en los que se separan; en efecto, el derecho del consumidor es un derecho que tiene por objeto la tutela de los consumidores y no así de la libre competencia, aunque de manera secundaria ésta última se beneficia; así, la finalidad del derecho del consumidor es asegurar el cumplimiento de los derechos que el ordenamiento jurídico les reconoce a los consumidores; por tanto, el fin último en la defensa de los consumidores siempre será la defensa de un derecho social; al contrario, el derecho de la libre competencia se convierte en un medio para alcanzar una finalidad económica.

En síntesis, el derecho de los consumidores nace a partir del principio social de defensa y protección de los consumidores, en cambio la protección de la libre competencia nace a partir de un principio económico que controla el juego limpio en el mercado entre proveedores; en el primero, los sujetos tutelados son los consumidores en el segundo el libre mercado.

La tutela de ambos derechos mediante un órgano común, y más aún en forma de leyes que los combinen, puede resultar peligrosa, pues muchas veces los intereses económicos de los proveedores en competencia pueden presentarse de manera perjudicial a los intereses sociales de los consumidores, como es el caso de la contaminación del medio ambiente. Esta situación no altera para nada el derecho de la competencia, pero en cambio, vulnera los derechos de los consumidores; otro ejemplo concreto es el de los contratos por adhesión en los cuales pueden existir acuerdos entre proveedores respecto de las cláusulas a ser aplicadas, sin embargo dichas cláusulas pueden ser abusivas para los consumidores.

En resumen, ambas disciplinas son distintas y deben ser reguladas y controladas por leyes y órganos distintos, con independencia propia; claro está que aunque cada una mantiene su identidad, a la vez

se complementan buscando siempre cumplir con una función social antes que con una función económica en los momentos en los que se contraponen.

1.3.6. PROYECTO DE LEY DEL CODIGO ORDENADOR DEL MERCADO.

El Proyecto de Ley del Código Ordenador del Mercado fue elaborado por el Vice Ministerio de Industria y Comercio Interno en base a las directivas emanadas de la Organización de Naciones Unidas referidas a la defensa del consumidor; actualmente dicho Proyecto de Ley se encuentra archivado en el Parlamento sin que exista la voluntad política para su revisión y en su caso, la promulgación por el mismo órgano.

El Proyecto de Ley tiene cuatro partes fundamentales; estas son las siguientes: 1. Protección y defensa del consumidor. 2. Represión de la competencia desleal. 3. Defensa de la competencia y Propiedad Intelectual. 4. Procedimiento administrativo. Así, dicho proyecto engloba en un solo cuerpo legal, pero en diferentes capítulos, las materias antes mencionadas.

El proyecto es producto de un esfuerzo encomiable por brindar a la población normas relativas a la defensa de la competencia, del consumidor y de la propiedad intelectual; dicho proyecto sigue los lineamientos de países que establecen la protección de las tres materias en un solo cuerpo legal y bajo un mismo órgano administrativo de control, lo que conlleva como lo expresamos antes a confundir el objeto de protección de cada uno de ellos, pudiendo contraponerse en muchos casos los intereses sociales propios del consumidor con los intereses económicos que persigue la defensa de la competencia.

En materia de cláusulas abusivas el proyecto dispone que serán interpretadas siempre del modo más favorable al consumidor; prescribe también ocho cláusulas consideradas abusivas que se las reputa como nulas sin que puedan producir efecto alguno.

El mencionado proyecto lleva mucho tiempo archivado en el Parlamento sin ser considerado para su revisión y menos aún para su difusión y consulta a la población.

1.3.7. EL DERECHO DEL CONSUMIDOR EN LA INTEGRACIÓN REGIONAL ANDINA.

El proceso de integración de la Comunidad Andina de Naciones se inició con la puesta en vigencia del Acuerdo de Cartagena en 1969 y favoreció en un principio los grandes logros económicos y comerciales obtenidos por los cinco países andinos que lo conforman: Colombia,

Venezuela, Ecuador, Perú y Bolivia. Actualmente existe una Zona de Libre Comercio y una Unión Aduanera entre sus miembros; el próximo objetivo es el de lograr y consolidar un Mercado Común en la región.

A lo largo del proceso de integración se han privilegiado las políticas económicas y comerciales en detrimento de políticas sociales que puedan beneficiar a los ciudadanos de los países miembros; dicha preferencia ha ido cambiando en los últimos años en los que se evidencian esfuerzos por mejorar la calidad de vida de los ciudadanos, el respeto a los derechos humanos, los derechos de la mujer y de la niñez, las condiciones de vida de los pueblos indígenas, el medio ambiente, la ciencia, la cultura, la educación, el trabajo, la seguridad social, etcétera; sin embargo, dentro de las agendas sociales en que se manejan, los derechos del consumidor permanecen ausentes. Si bien se trabaja por el respeto de los derechos humanos, por mejorar la calidad de vida de los ciudadanos, por el medio ambiente, etcétera, dichos esfuerzos tienen que ver con la protección de la dignidad de las personas y de sus derechos fundamentales que incumben directamente a los derechos de los consumidores; pese a esto, los consumidores necesitan de leyes expresas y claras que además de reconocer sus derechos, postulen principios sociales inalterables en las relaciones proveedor y consumidor.

La defensa del consumidor además de ser un derecho de la ciudadanía, es un deber del Estado que no puede ser pasado por alto cuando los Estados se involucran en procesos de integración con otros Estados; así la promulgación de leyes o en su caso, la armonización de las mismas se vuelve un imperativo económico y social.

Bolivia es el único país entre sus homólogos que no cuenta con una normativa expresa para la protección de los consumidores; inicialmente sería el primer aventajado con la promulgación de dichas normas en la región. Los demás países, en el caso de una decisión política para contar con normas de protección del consumidor, entrarían en un proceso de armonización de sus legislaciones, ya sea sobre la base de un modelo de legislación o sobre la base de la legislación que se considere la más adelantada entre ellos.

El ejemplo a seguir debe ser el proceso de integración europeo creado en 1957 por el Tratado de Roma, que desde sus inicios hace referencia a los consumidores, para que luego en 1972 la

Asamblea Consultiva del Consejo de Europa publique la Carta de Protección al Consumidor que consolida en definitiva la política comunitaria europea de defensa del consumidor.

CAPITULO II

CLAUSULAS ABUSIVAS CONTENIDAS EN LOS CONTRATOS POR ADHESIÓN A CONDICIONES GENERALES.

2.1 RELACION ENTRE LAS CLAUSULAS ABUSIVAS Y LOS CONTRATOS POR ADHESIÓN A CONDICIONES GENERALES.

Antes, ya se ha afirmado que la producción en masa de bienes y servicios ha dado lugar al surgimiento de los contratos por adhesión a condiciones generales; en efecto, la racionalización empresarial necesita de dicho instrumento técnico, económico y jurídico para poder calcular por anticipado sus gastos e ingresos, los riesgos que asume y las responsabilidades que contrae, de manera tal que la empresa o en general el predisponente tenga todo el tiempo suficiente para buscar y encontrar los mecanismos legales, irregulares o abusivos para que el contrato por adhesión a condiciones generales se convierta en un instrumento de injusticia contractual.

Como es lógico, apreciar el tema de las cláusulas abusivas nos relaciona directamente con los contratos por adhesión a condiciones generales; sin embargo es importante señalar lo que expresa el profesor Ruben S. Stiglitz:

...el problema de las cláusulas abusivas atrapa, en su formulación a la contratación en general, discrecional o predispuesta. Pero acontece que la última, por la modalidad que adopta la formación del contrato, favorece la existencia y multiplicación de condiciones

generales onerosas. De allí que la materia sea examinada, predominantemente, en los dominios de los contratos por adhesión.¹¹

En este sentido el mismo doctrinario, citado por Guillermo E. Solsona y Gabriel P. Zapa, continúa diciendo:

...el poder de negociación generador del abuso no resulta atributo exclusivo ni excluyente de la contratación predispuesta...sino que está principalmente referido a la prevalencia técnica e informativa del profesional y al conocimiento que él dispone sobre el alcance, en ocasiones enigmático, del contenido del contrato propuesto (que en la mayoría de los casos es predispuesto al consumidor).¹²

En este punto la doctrina está dividida al igual que las legislaciones no adoptan criterios uniformes, mientras "una doctrina piensa que la protección no se aplica solo a los contratos de adhesión sino también a los contratos que se negocian libremente entre las partes. Al contrario, en derecho alemán y en derecho de Québec, la protección es otorgada solo cuando el contrato es un contrato de adhesión"¹³

Así, las cláusulas abusivas no son exclusivas de los contratos predispuestos sino también pueden estar presentes en contratos libremente negociados e incluso en aquellos contratos individuales en los que las condiciones generales no son utilizadas.

Ahora bien, se ha dicho que las cláusulas abusivas pueden estar insertas tanto en contratos predispuestos como en aquellos libremente negociados; sin embargo, son los contratos por adhesión,

¹¹ Rubén S. Stiglitz, "Régimen sobre cláusulas abusivas en la Ley de Defensa del Consumidor", en *Derecho del Consumidor N° 4*, Director Gabriel A. Stiglitz, Rosario, Argentina, Editorial Juris, 1994, p. 1

¹² Rubén S. Stiglitz, *Contrato de consumo y cláusulas abusivas*, en JA, 1997-II, p. 887, citado por Guillermo E. Solsona y Gabriel P. Zapa, "Principales características de las cláusulas abusivas en la Ley Argentina de Defensa del Consumidor (N° 24.240)", en *Derecho del Consumidor N° 9*, Director Gabriel A. Stiglitz, Rosario, Argentina, Editorial Juris, 1998, p. 127

¹³ Christian Larroumet, "La protección de los consumidores contra las cláusulas abusivas estipuladas en los contratos en derecho comunitario europeo y en derecho francés", en *Política y Derecho del Consumo*, Bogotá, Biblioteca Millennium, 1998, p. 174

por sus propias características, los instrumento idóneos para su inclusión y al mismo tiempo su multiplicación.

Esto no significa que la lucha contra las cláusulas abusivas se constituya en combate contra la negociación uniforme, siendo esta última el resultado de la producción y comercialización en masa y que no presupone necesariamente, la existencia de abuso en la contratación.¹⁴

En efecto, que los contratos por adhesión sean el medio óptimo para la inclusión de cláusulas abusivas no significa que la primera esté siempre acompañada de la segunda; pueden haber contratos por adhesión en los que no estén presentes cláusulas consideradas abusivas y en los cuales las partes contratantes estén plenamente conformes con su contenido. Así, "La celebración de un contrato con condiciones generales pre-redactadas por la parte fuerte de la negociación, no implica -sin más- estar frente a cláusulas a las que se podrá calificar como Abusivas, no siempre **cláusula predispuesta** es necesariamente **cláusula abusiva**".¹⁵

Por lo expuesto, "La lucha contra las cláusulas abusivas no debe ser confundida con la contratación predispuesta, pues las primeras sólo exhiben el aspecto patológico de la segunda".¹⁶ Tomando en cuenta lo señalado y en función del objetivo propuesto, nos abocaremos al estudio de las cláusulas abusivas incluidas en los contratos por adhesión a condiciones generales, sin perjuicio de abarcar la contratación libremente negociada.

En consecuencia, dentro de este contexto la gran protagonista de los contratos por adhesión es la: cláusula abusiva, vejatoria, leonina, gravosa, onerosa, inequitativa, etcétera.¹⁷

Y aún más preciso, si cabe, parece ser Enzo Roppo al respecto, cuando expresa que:

Nos hallamos entonces con una efectiva restricción a la libertad de configuración interna, no sólo en razón de que el adherente se halla impedido de participar en su

¹⁴ Rubén S. Stiglitz, "Régimen sobre cláusulas abusivas en la Ley de Defensa del Consumidor", en *Derecho del Consumidor N° 4*, Director Gabriel A. Stiglitz, Rosario, Argentina, Editorial Juris, 1994, p. 1

¹⁵ Carlos A. Ghersi, *Contratos: Problemática Moderna. Nulidades Contractuales y Cláusulas Abusivas*, Mendoza, Argentina, Ediciones Jurídicas Cuyo, 1998, p. 184

¹⁶ Rubén S. Stiglitz, "Defensa del consumidor y contratación bancaria y financiera", en *Derecho del Consumidor N° 9*, Director Gabriel A. Stiglitz, Rosario, Argentina, Editorial Juris, 1998, p. 10

¹⁷ Rubén S. Stiglitz y Gabriel A. Stiglitz, *Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección al consumidor*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1985, p.95

elaboración, sino de que ello trae aparejado, fatalmente, la introducción de cláusulas vejatorias por el empresario en su carácter de parte que retiene para sí la totalidad del poder de regulación y abusa de su posición de predominio, pues encuentra en el contrato un instrumento para expandir y potenciar el ejercicio de ese poder a expensas del consumidor.¹⁸

Por consiguiente, el objetivo para introducir las cláusulas abusivas en los contratos por adhesión a condiciones generales es el de *consolidar la posición contractual del predisponente* que genera una situación de desequilibrio entre las partes y en consecuencia, una falta de reciprocidad entre las prestaciones, en detrimento del adherente y en beneficio del predisponente¹⁹

2.2. CONCEPTO DE CLAUSULA ABUSIVA: LEGISLACION COMPARADA.

Con el objeto de comprender los alcances de las cláusulas abusivas en países con amplia experiencia en el tema, revisamos algunas definiciones legales:

En la Argentina, el Art. 37 del Reglamento de la Ley de Defensa del Consumidor 24.240, dispone que: "Se consideran términos o cláusulas abusivas las que afecten inequitativamente al consumidor o usuario en el cotejo entre los derechos y obligaciones de ambas partes".²⁰

La directiva 93/13 de la Comunidad Económica Europea del 5/4/93, en su Artículo 3.1, entiende como principio, que una cláusula predispuesta es abusiva cuando, ofendiendo la exigencia de buena fe, da origen a un desequilibrio significativo entre los derechos y obligaciones de las partes del contrato, que redunde en detrimento del consumidor.

La Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de España, establece que se "...entenderán como abusivas las cláusulas que perjudiquen de manera desproporcionada o no equitativa al consumidor, o comporten en el contrato una posición de desequilibrio entre los derechos

¹⁸ Enzo Roppo, *Il contratto*, Bologna, 1977, p. 281, citado por Rubén S. Stiglitz y Gabriel A. Stiglitz, *Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección al consumidor*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1985, p. 96

¹⁹ Rubén S. Stiglitz y Gabriel A. Stiglitz, *Ob. Cit.*, p. 96

²⁰ Rubén S. Stiglitz, *Contrato de consumo y cláusulas abusivas*, en JA, 1997-II, p. 887, citado por Guillermo E. Solsona y Gabriel P. Zapa, "Principales características de las cláusulas abusivas en la Ley Argentina de Defensa del Consumidor (N° 24.240)", en *Derecho del Consumidor N° 9*, Director Gabriel A. Stiglitz, Rosario, Argentina, Editorial Juris, 1998, p. 125

y las obligaciones de las partes, en perjuicio de los consumidores o usuarios (Art. 10, apartado 1º, inciso 3)".²¹

2.3 CONCEPTO DE CLAUSULA ABUSIVA: DOCTRINA

Se citan las opiniones de algunos autores con autoridad en el tema como el profesor Christian Larroumet, quien expresa:

...lo que caracteriza la cláusula abusiva es la falta de equivalencia entre las situaciones de las partes contratantes, una de las cuales se encuentra en una situación desventajosa frente a la otra. El análisis comparativo de la situación de ambas partes no debe ser cuantitativo sino cualitativo. De hecho, un análisis de tipo cuantitativo se acercaría a la lesión, la cual, como sabemos, no es admitida mas que en forma muy restringida por la mayoría de los sistemas jurídicos...El análisis cualitativo...supone que se compare la cláusula que una parte pretende abusiva, con el conjunto de los derechos y obligaciones generados por el contrato...De hecho, una cláusula aisladamente contemplada no puede ser abusiva, de una manera abstracta.²²

Otra definición importante es la que nos proporciona el profesor Rubén Stiglitz, cuando afirma que "...en la mayoría de las definiciones, se caracteriza como abusiva a toda cláusula o combinación de ellas que entrañen, en el contrato, un desequilibrio significativo y manifiesto de los derechos y obligaciones en perjuicio de los consumidores".²³

El concepto de cláusula abusiva que se adopte, es útil para identificar la misma mediante la interpretación que se realice sobre el contenido de los contratos por adhesión a condiciones generales. Mientras más posibilidades de protección resulten del concepto, más completo será; así

²¹ Guillermo E. Solsona y Gabriel P. Zapa, "Principales características de las cláusulas abusivas en la Ley Argentina de Defensa del Consumidor (Nº 24.240), en *Derecho del Consumidor* N° 9, Director Gabriel A. Stiglitz, Rosario, Argentina, Editorial Juris, 1998, p. 124

²² Christian Larroumet, "La protección de los consumidores contra las cláusulas abusivas estipuladas en los contratos en derecho comunitario europeo y en derecho francés", en *Política y Derecho del Consumo*, Bogota, Biblioteca Millennium, 1998, ps. 175,176

²³ Rubén S. Stiglitz, *Contrato de consumo y cláusulas abusivas*, en JA, 1997-II, p. 887, citado por Guillermo E. Solsona y Gabriel P. Zapa, "Principales características de las cláusulas abusivas en la Ley Argentina de

consideramos amplia y a la vez precisa la definición dispuesta en la normativa de la Comunidad Económica Europea (hoy Unión Europea), que requiere para calificar como abusiva a una cláusula o conjunto de ellas, un desequilibrio significativo y no un desequilibrio menor, entre los derechos y obligaciones de las partes del contrato, que redunde en detrimento del consumidor.

En suma, de los conceptos elaborados por la doctrina y dispuestos en la legislación comparada, se resaltan el perjuicio del consumidor y el beneficio del proveedor como común denominador en los mismos.

2.4. CARACTERÍSTICAS DE LAS CLAUSULAS ABUSIVAS PARA EL CONSUMIDOR CONTENIDAS EN LOS CONTRATOS POR ADHESION.

Si bien existe dificultad para definir la cláusula abusiva, también existe la misma dificultad para identificar sus características, debido a que las cláusulas abusivas pueden presentarse de forma muy variada y en circunstancias distintas. Así, una misma cláusula podrá ser considerada abusiva en determinados casos y no en otros; dicha calificación dependerá en especial de todas las circunstancias en el momento de la celebración del contrato e incluso en el momento previo a éste y, además, del resultado del análisis del contenido de todo el contrato.

Dicho esto, se intentará identificar sus características:

- a) La ausencia de negociación individual.- Carácter propio de los contratos por adhesión y que facilita la inclusión y multiplicación de cláusulas abusivas. Las cláusulas pueden estar redactadas por el empresario o por un tercero, no importa quien las haya redactado, lo que importa es quien las utiliza para beneficiarse de ellas.
- b) La ausencia del consumidor en la redacción de las cláusulas.- De lo anterior se desprende la ausencia de participación en la redacción de los contratos por adhesión y por ende en la inclusión de cláusulas abusivas. La participación en la confección de algunas cláusulas contenidas en contratos por adhesión, no quita a estos el carácter predispuesto o abusivo de sus cláusulas.
- c) Que su contenido no cumpla las exigencias de la buena fe.- La buena fe de los contratantes supone la ausencia de malicia, temeridad, intención de engañar o perjudicar. Es un principio

fundamental que las partes actúen de buena fe en las etapas de formación, celebración y ejecución de los contratos.

d) Perjuicio para el consumidor.- Se vulneran los derechos del consumidor, cuando de la cláusula o cláusulas de un contrato exista un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes derivadas del contrato que redunde en beneficio exclusivo del predisponente o perjuicio del consumidor;

2.5. MECANISMOS DE CONTROL DE LAS CLAUSULAS ABUSIVAS: CLAUSULAS ABIERTAS Y PARTICULARES.

En la legislación comparada encontramos un control abierto o general y particular de las cláusulas abusivas. En efecto, son tan variadas las formas en las que se pueden presentar las cláusulas abusivas que no basta con elaborar un listado de ellas como es el caso de las cláusulas particulares y declarar su nulidad sin más. Las cláusulas abusivas son variadas y cambiantes; así, un listado de ellas puede servirnos; sin embargo, el mismo listado nos puede resultar en algunos casos, insuficiente, en el entendido de que una cláusula deberá considerarse abusiva o no, en función a las circunstancias del contrato y al sentido que de ella resulte, integrada a las demás cláusulas incluidas en el contrato, como es el caso de las cláusulas abiertas.

2.5.1. MECANISMOS DE CONTROL DE LAS CLAUSULAS ABUSIVAS: CLAUSULAS ABUSIVAS ABIERTAS O GENERALES.

Hablamos de cláusula abusiva abierta, cuando del análisis de cada una de las cláusulas de un contrato con relación a las demás o de la combinación de las mismas, resulte en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato. La cláusula abierta al no especificar un acto concreto, como es el caso de la cláusula particular, tiene la ventaja de abarcar un sin fin de situaciones abusivas que pueden plasmarse en los contratos y que sin estar expresamente señaladas en ellos, están implícitamente presentes al realizar un estudio conjunto de todas las cláusulas del contrato, relacionadas entre sí. Para entender mejor las cláusulas abiertas o generales recurramos a la normativa Argentina; la Ley de Defensa del Consumidor N° 24.240 en su Art. 37 dispone: "Sin perjuicios de la validez del contrato, se tendrán por no convenidas: a) las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones...b) las

cláusulas que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte". Más adelante dispone: "En caso en que el oferente viole el deber de buena fe en la etapa previa a la conclusión del contrato o en su celebración o transgreda el deber de información o la legislación de defensa de la competencia o de lealtad comercial, el consumidor tendrá derecho a demandar la nulidad del contrato o la de una o más cláusulas".

El legislador argentino al referirse a cláusulas que desnaturalicen las obligaciones, "ha dicho que el derecho positivo propone un modelo que el legislador considera razonable, y que lo suministra a las partes para que lo tomen en cuenta y rijan sus relaciones contractuales sin apartarse del mismo"²⁴. En este sentido, Ruben S. Stiglitz expresa:

...cuando una cláusula se aparta de este modelo de razonabilidad, "desnaturaliza" lo normal, provocando un desequilibrio significativo de los derechos y las obligaciones recíprocas de tal entidad, quedando comprometido el principio de la máxima reciprocidad de intereses y alterada la relación de equivalencia, tornando ilusorios los derechos del consumidor.²⁵

El próximo inciso, referido a cláusulas que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o que amplíen los derechos de la otra parte, se constituye en una norma de resguardo de los derechos del consumidor consagrados en las leyes y en un caso específico de la norma anterior, de no desnaturalizar las obligaciones.

Otro ejemplo de cláusula abierta lo encontramos en el artículo 3 párrafo primero de la Directiva 93/13 del Consejo de la Comunidad Económica Europea del 5 de abril de 1993, que en su texto dispone: "Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se

²⁴ Rubén S. Stiglitz, *Contrato de consumo y cláusulas abusivas*, en JA, 1997-II, p. 887, citado por Guillermo E. Solsona y Gabriel P. Zapa, "Principales características de las cláusulas abusivas en la Ley Argentina de Defensa del Consumidor (N° 24.240)", en *Derecho del Consumidor N° 9*, Director Gabriel A. Stiglitz, Rosario, Argentina, Editorial Juris, 1998, p. 129.

²⁵ Rubén S. Stiglitz, *Contrato de consumo y cláusulas abusivas*, en JA, 1997-II, p. 887, citado por Guillermo E. Solsona y Gabriel P. Zapa, "Principales características de las cláusulas abusivas en la Ley Argentina de Defensa del Consumidor (N° 24.240)", en *Derecho del Consumidor N° 9*, Director Gabriel A. Stiglitz, Rosario, Argentina, Editorial Juris, 1998, ps. 130

considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato".

Otra cláusula abusiva abierta es aquella que infringe el principio de la buena fe en el trato previo de la celebración del contrato, durante el mismo y en su ejecución.

Así, mediante cláusulas abiertas que se constituyen en verdaderas normas interpretativas podrá calificarse una cláusula o conjunto de cláusulas como abusivas, en consideración a todas las circunstancias del contrato y al contenido del mismo en el momento de su celebración.

2.5.2. MECANISMOS DE CONTROL DE LAS CLAUSULAS ABUSIVAS: CLAUSULAS ABUSIVAS EN PARTICULAR.

Un gran número de legislaciones consideran abusivas a una gama de cláusulas que dependiendo de los países y su normativa sean consideradas nulas, ya por vía judicial o sujetas a revisión administrativa. Comencemos por enunciar algunas de estas cláusulas para luego detenernos en el análisis jurídico de las cláusulas abusivas más usadas en los contratos por adhesión:

- a) las que exoneran o limitan la responsabilidad del predisponente;
- b) las que invierten la carga de la prueba en perjuicio del consumidor, reduciendo al mínimo su derecho de defensa en juicio;
- c) las que prorrogan la competencia territorial del juez en perjuicio del consumidor;
- e) las que limitan al adherente consumidor de oponer algunas excepciones;
- f) las que le permiten al predisponente rescindir unilateralmente y sin causa justificada el contrato;
- g) las que le permiten al predisponente modificar unilateralmente el contenido del contrato;
- h) las que le permiten al predisponente suspender unilateralmente y sin causa justificada el contrato;
- i) las que establecen obligaciones para el adherente consumidor ajenas al objeto y a la causa del contrato;
- j) las que limitan la libertad del adherente consumidor de contratar con terceros.

2.6. CLAUSULAS ABUSIVAS EN PARTICULAR UTILIZADAS CON MAYOR FRECUENCIA EN LOS CONTRATOS POR ADHESIÓN A CONDICIONES GENERALES.

2.6.1. CLAUSULAS ABUSIVAS LIMITATIVAS DE RESPONSABILIDAD.

Una de las cláusulas frecuentemente utilizadas en los contratos por adhesión es aquella que limita o anula la responsabilidad del predisponente.

2.6.2. NOCIÓN DE RESPONSABILIDAD CIVIL Y SUS DIFERENCIAS CON LA RESPONSABILIDAD MORAL Y PENAL. LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL.

"Una persona es responsable **civilmente** cuando queda obligada a **reparar** un daño sufrido por otro. Entre el **responsable** y la **víctima** surge una relación obligatoria: el responsable es el **deudor de la reparación**; la víctima es la **acreedora de la reparación**".²⁶ Así, para que exista obligación se hace necesaria la existencia de un daño, un perjuicio y una víctima. La responsabilidad significa responder por algo, ya sea por un hecho propio o ajeno.

En primera instancia, se puede diferenciar la responsabilidad moral de la responsabilidad jurídica; la primera altera el orden interno del hombre, sea éste psicológico o espiritual, en función de las creencias que se tenga, así se obrara contra determinadas normas religiosas, contra Dios o contra la conciencia, la sanción será divina o elaborada en el plano interno del hombre, por tanto la responsabilidad moral actúa en el plano enteramente subjetivo; la segunda, la responsabilidad jurídica supone un perjuicio contra el orden social, el cual va a ser exteriorizado y susceptible de ser probado. La responsabilidad jurídica podrá ser civil o penal e incluso pueden presentarse ambas al mismo tiempo, como es el caso de los delitos cuya sanción penal trae aparejado el resarcimiento civil, por ejemplo el robo, el hurto, la malversación de fondos públicos y otros más, sólo a manera de ejemplo.

La sanción penal constituye una sanción por alterar el orden social, mientras que la responsabilidad civil se constituye en una reparación al daño causado a una persona en particular.

Dentro de la responsabilidad civil identificamos a la responsabilidad contractual y extracontractual o no contractual; la primera existe en virtud de la celebración de un contrato, en

razón de la relación jurídica formada por éste, por ejemplo el contrato de compra-venta, arriendo de inmuebles, etcétera; la segunda existe ante la evidencia de un daño ocasionado a otra persona con la cual no existe relación jurídica alguna, por ejemplo en el caso de una persona que atropella a un peatón, ente ambos previamente no existía ninguna relación jurídica, sin embargo nace una responsabilidad civil no contractual.

Delimitada la diferencia entre la responsabilidad contractual y no contractual nos abocamos en las líneas siguientes al desarrollo de la responsabilidad contractual.

Sabemos que de todo contrato celebrado entre partes, surgen responsabilidades; es así que mientras menos responsabilidades existan, para el empresario va a ser más beneficioso el negocio.

Dicha limitación de responsabilidad va a estar previamente establecida en el contrato por adhesión a condiciones generales antes de que surja la responsabilidad en sí; esto significa una renuncia anticipada al derecho de ejercer una demanda reparadora por el adherente.

La persona que prerredacta las cláusulas del contrato, intenta que el adherente preste su consentimiento a un contrato en el que están incluidas cláusulas desfavorables a sus intereses, que suponen renuncia a sus derechos.

Claro está que el objetivo del predisponente es el de consolidar su posición dominante en el contrato, que ya existía antes y que se intenta persista durante la ejecución y cumplimiento del mismo. Ya hemos dicho que el contrato por adhesión es el medio más idóneo para la inclusión de cláusulas como las mencionadas, por la ausencia de negociación previa y, agregamos para el caso concreto, que la inclusión de cláusulas excluyentes de responsabilidad son de carácter estrictamente técnico, pues se utilizan términos jurídicos y económicos poco claros para el contratante y por muy diligente que éste sea, en la lectura del contrato no podrá entenderlos, simplemente porque carece de suficientes conocimientos técnicos, que tampoco tiene obligación de conocer. Las cláusulas a las que nos referimos, muchas veces son entendidas por el adherente como cláusulas de forma, y éste no les otorga la importancia debida sino cuando se llega al caso extremo de un litigio; y otras causas ajenas a la buena fe del co-contratante, sin embargo son cláusulas que determinan desde ese momento la renuncia del derecho de poder accionar por una determinada responsabilidad; en otras ocasiones,

²⁶ Raúl Romero Sandoval, *Derecho de obligaciones*, La Paz, Editorial Los Amigos del Libro, 1990, p. 109

parecen cláusulas distintas del objeto del que se contrata y en efecto es así, son distintas del objeto del contrato porque son cláusulas abusivas.

Como se aprecia, el principal inconveniente que trae la inclusión de estas cláusulas es la liberación del deudor de su futura responsabilidad; en efecto, el deudor sintiéndose liberado de la natural responsabilidad que surge de los contratos, no será lo suficientemente diligente en sus actos y podrá mas bien comportarse de forma imprudente o negligente durante el cumplimiento y ejecución del contrato, en el entendido de que no se siente responsable.

2.6.3. CONCEPTO DE CLAUSULA LIMITATIVA DE RESPONSABILIDAD.

En el intento de definir la cláusula limitativa de responsabilidad, Gabriel Stiglitz señala:

...que los contratos por adhesión a condiciones generales contienen cláusulas limitativas de responsabilidad cuando el predisponente expresa que no responderá respecto del adherente por el daño que éste pudiera eventualmente sufrir, de tal suerte que debería responder, de no haberse insertado tal pacto, con abstracción del factor de atribución, en razón de que el móvil de la cláusula consiste en eliminar o disminuir los efectos generados en la responsabilidad civil²⁷

En el mismo sentido, Aguiar sostiene que la cláusula en estudio supone "la renuncia a un derecho eventual...que si bien normativamente es potestad del acreedor la renuncia a los derechos eventuales, ello es factible sólo en el ámbito de los intereses particulares, mas no cuando se halla comprometido el interés público".²⁸

De las nociones citadas, se entiende por cláusulas limitativas de responsabilidad, aquellas que de manera antelada son insertadas en los contratos por adhesión a condiciones generales para excluir o limitar la responsabilidad civil del proveedor de bienes y servicios en perjuicio del consumidor.

²⁷ Rubén S. Stiglitz y Gabriel A. Stiglitz, *Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección al consumidor*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1985, p 127

²⁸ Aguiar H., *Hechos y actos jurídicos*, Buenos Aires, Ed. Tea, 1950 y 1951, p. 537, citado por Rubén S. Stiglitz y Gabriel A. Stiglitz, Ob. Cit., p. 127

2.6.4. CLAUSULAS EXONERATIVAS DE RESPONSABILIDAD EN EL CODIGO CIVIL BOLIVIANO.

El Código Civil Boliviano en su Artículo 350 prescribe:

ARTICULO 350.- (Cláusulas exonerativas de responsabilidad).

Los pactos siguientes son nulos:

- 1) Los que anteladamente exoneren o limiten el deber de resarcir el daño que deriva de la responsabilidad del deudor por dolo o por culpa grave.
- 2) Los que anteladamente exoneren o limiten el deber de resarcimiento originado por la responsabilidad del deudor para los casos en que un hecho de él o de sus auxiliares viola obligaciones establecidas por normas de orden público.

Por tanto el Código Civil declara nulas de pleno derecho aquellas cláusulas que exoneren o limiten el deber de resarcir el daño originado por dolo o por culpa grave.

El segundo párrafo igualmente anula los actos propios o de sus representantes o auxiliares si violan normas de orden público.

2.6.4.1. ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL.

Seguimos la opinión de los profesores Romero Sandoval y Trabucchi al clasificar como elementos de la responsabilidad civil los siguientes:

a) La causalidad adecuada.- Para que exista responsabilidad civil, es necesario que exista una relación de causalidad entre el hecho ilícito y el daño producido por la persona imputable; es decir, debe existir un nexo causal entre hecho y daño, causalidad que podrá ser positiva, si la víctima del daño prueba dicha relación causal a la que la ley une la declaración de responsabilidad y; negativa, cuando el demandado alega una causa extraña e inimputable a su persona, como son los casos de la fuerza mayor, el caso fortuito o la culpa de la víctima en los cuales la responsabilidad civil es inexistente. El objetivo es que el daño a reparar debe ser proporcional y apropiado con la conducta de la persona autora del mismo, y en consecuencia ésta debe responder por el mismo e indemnizarlo.

b) La antijuridicidad del hecho dañoso.- "Antijuridicidad del hecho significa que es contrario a un deber jurídico, a una obligación en sentido más restringido...Si ese deber u obligación nace de un contrato, se dice que hay **ilícito contractual**; si nace de otra fuente se dice que existe **ilícito no contractual**."²⁹

El ilícito contractual está previsto por el Artículo 339 del Código Civil en los siguientes términos: "El deudor que no cumple exactamente la prestación debida está obligado al resarcimiento del daño..." El ilícito no contractual está previsto por el Artículo 984 del Código Civil: "Quien con un hecho doloso o culposo, ocasiona a alguien un daño injusto, queda obligado al resarcimiento". Aclaremos el caso con el siguiente ejemplo: una persona compra una lata de sardina cuya fecha de vencimiento expiró el año pasado y por tanto, es peligroso su consumo; la misma persona, distribuye la sardina a otras dos personas; en el caso propuesto la reparación civil es contractual frente a la persona que la compró y es no contractual frente a las otras dos personas que consumieron el producto.

En el primer caso para valorar la conducta del deudor cuya obligación es contractual, el Código Civil en su Artículo 302 párrafo primero dispone que "I. En el cumplimiento de la obligación el deudor debe emplear la diligencia de un buen padre de familia". Coincidimos con Carlos Morales Guillén cuando afirma que la expresión *padre de familia*, se la entiende como la cuidadosa diligencia para conservar bienes y derechos ajenos³⁰

Continúa el mismo autor diciendo:

La diligencia propia del *bonus pater familias*, según su noción romanística se aprecia *in abstracto*, es decir con relación a un tipo ideal, según criterio *objetivo y general*, que en la materia supone una persona que *tiene presente los propios compromisos y es conciente de las respectivas responsabilidades* (Messineo), concepto que se

²⁹ Raúl Romero Sandoval, *Derecho de obligaciones*, La Paz, Editorial Los Amigos del Libro, 1990, p. 129

³⁰ Carlos Morales Guillén, *Ob. Cit.*, p. 432

contrapone a la apreciación de la diligencia *in concreto*, que es la que el hombre medio pone en sus propios asuntos (*diligentia quam in suis*).³¹

Guillermo Cabanellas en un análisis doctrinal del término *diligencia*, expresa lo siguiente: "...en un sentido psicológico, es una *actitud* con vista a un resultado: La actitud del hombre que es diligente, que no es negligente. Ahora bien, cuando se habla de la *diligencia* de un *buen padre de familia* (v.), se considera esa actitud, esa tensión del deudor con la mira del resultado prometido, y no los actos por los cuales se manifestará".³²

Por lo manifestado, para establecer si hay error de conducta, imprudencia o negligencia, se tienen dos procedimientos: la apreciación *in concreto* y la apreciación *in abstracto*. Para determinar la primera, se debe examinar la conciencia del autor del daño: si ésta reprocha su conducta o no siente remordimiento alguno. Para determinar la segunda, se debe comparar la conducta del autor del daño con la de un tipo abstracto y preguntarse cómo se hubiera comportado este último en las mismas circunstancias, para decretar su culpabilidad o inculpabilidad; así, la culpa civil no intencional se apreciará *in abstracto*.³³

Un ejemplo ilustrativo: si una persona, en un área de mucho tráfico, maneja a gran velocidad un automóvil con la certeza de que no ocasionará ningún accidente por su pericia conductiva y, luego atropella a otra persona, su culpa deberá apreciarse no en función a sus características propias y personales, es decir, a su experiencia de manejo, su edad, su madurez o su presunta pericia conductiva, aunque esta última sea comprobada, (el caso de un corredor de rally) -apreciación *in concreto*-. La apreciación será *in abstracto*, si se compara el comportamiento de éste sujeto y a sus circunstancias con el comportamiento escrupuloso de otro sujeto en las mismas circunstancias para determinar su imprudencia o negligencia en su conducta.

En efecto, en primera instancia, la diligencia de un buen padre de familia supone una actitud cuidadosa y diligente, contraria a la negligencia o imprudencia; es así cómo el buen padre de familia

³¹ Carlos Morales Guillen, Ob. Cit., p. 432

³² Guillermo Cabanellas, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, 25a. Ed., Tomo III, Buenos Aires, Editorial Eliasta, 1997, p. 253

tiene en cuenta los riesgos y peligros que pueden existir en un determinado caso para su familia, en consecuencia toma una actitud cuidadosa y conciente de dichos peligros.

Por esto, el Código Civil boliviano presume en primera instancia la culpa del deudor por el solo hecho de su incumplimiento (Artículo 339, primer párrafo del Código Civil), a no ser que pruebe que dicho incumplimiento o el retraso en el cumplimiento es atribuible a imposibilidad de ejecutar la prestación por una causa que no le es imputable (Artículo 339, segunda parte del Código Civil), sea por fuerza mayor, caso fortuito o la culpa del acreedor.

En el hecho ilícito no contractual la presunción no existe y el que demanda el resarcimiento debe probar la culpa del presunto autor del daño (Artículo 984 del Código Civil).

c) La imputabilidad.- Sólo son responsables civilmente aquellas personas que en el momento de cometer el hecho dañoso tenían diez años cumplidos o más y aquellos que por alguna causa no podían entender el hecho imputable. Son atinentes los siguientes Artículos del Código Civil:

ARTICULO 988.- (Daño causado por persona inimputable).

Quien en el momento de cometer un hecho dañoso no tenía la edad de diez años cumplidos o estaba por otra causa incapacitado de querer o entender, no responde por las consecuencias de su hecho, a menos que su incapacidad derive de culpa propia.

ARTICULO 989.- (Resarcimiento del daño causado por persona inimputable).

I. El resarcimiento del daño causado por el menor de diez años o por el incapacitado de querer o entender, se debe por quien estaba obligado a la vigilancia del incapaz, excepto si se prueba que no se pudo impedir el hecho.

II. Si el perjudicado no ha podido obtener el resarcimiento de quien estaba obligado a la vigilancia, el autor del daño puede ser condenado a una indemnización equitativa.

d) La culpabilidad.- La culpabilidad en sentido general "...es el acto y omisión que constituye una falta intencional o no a la obligación contractual, a una disposición de la ley o al deber que incumbe a la persona de comportarse con diligencia y lealtad en sus relaciones. Supone el discernimiento, o sea,

³³ Raúl Romero Sandoval, Ob. Cit., p. 141, 142

la aptitud del individuo para comprender el alcance de sus acciones, de lo cual deriva la obligación de reparar el daño que en la culpa se causare a otro"³⁴.

La culpa se divide en dos partes: el dolo, que supone una manifiesta intención en el acto y omisión que se imputa; y, la culpa propiamente dicha, en la que no existe intención, sino más bien imprudencia, negligencia o impericia de la persona a quien se imputa el acto u omisión.

5) El daño injusto.- El daño ocasionado por el acto podrá ser patrimonial o extrapatrimonial. Respecto a este punto el Artículo 984 dispone que: "Quien con un hecho doloso o culposo, ocasiona a alguien un daño injusto, queda obligado al resarcimiento".

2.6.4.2. CLAUSULAS EXONERATIVAS DE RESPONSABILIDAD POR INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL DOLOSO EN EL CODIGO CIVIL BOLIVIANO.

No existe una definición expresa de dolo en nuestro Código Civil, sin embargo el dolo como vicio del consentimiento está entendido como *engaño* en el Artículo 482 del mencionado cuerpo legal. Ahora bien, Guillermo Cabanellas en su Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual define al dolo en su acepción genérica como engaño, fraude, simulación; más adelante, refiriéndose al dolo en el derecho civil afirma: "El *dolo* constituye la voluntad maliciosa que persigue deslealmente el beneficio propio o el daño de otro al realizar cualquier acto o contrato, valiéndose de argucias y sutilezas o de la ignorancia ajena; pero sin intervención de fuerza ni de amenazas, constitutivas aquélla y éstas de otros vicios jurídicos".³⁵

Pothier define el dolo como "toda especie de artificio de que se vale una persona para engañar a otra".³⁶ Para Mazeaud, "el dolo es un error provocado, un engaño: la víctima del dolo no sólo se engaña, sino que ha sido engañada".³⁷ Capitant le califica "como maniobras empleadas por una persona para engañar a otra y determinarla a que otorgue un acto jurídico".³⁸

Luego, Carlos Morales Guillen afirma que:

³⁴ Carlos Morales Guillen, Ob. Cit., p. 1254

³⁵ Guillermo Cabanellas, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, 25a. Ed., Tomo III, Buenos Aires, Editorial Eliasta, 1997, p.311

³⁶ Carlos Morales Guillen, *Código Civil: Concordado y Anotado*, 4a ed., La Paz, Editorial Gisbert y Cia. S.A., 1994, p. 669

³⁷ Ibidem.

³⁸ Ibidem.

En el fondo de todos los conceptos anotados, late la misma idea: engaño de una de las partes por artificios o medios falaces, que impulsan a la otra a celebrar un contrato. Y todas las legislaciones convergen hacia un mismo punto central: El principio cardinal de que el dolo no implica sanciones decisivas sino cuando actúa como palanca sobre la voluntad del engañado.³⁹

Así entendido, el dolo se constituye en una intención voluntariamente maliciosa para el beneficio propio o ajeno, o para el perjuicio de otra persona; podrá exteriorizarse mediante engaños, simulación, fraude, traición, crueldad, etcétera. En el dolo siempre existe mala fe en el acto y es esta característica la que lo distingue de la culpa. Así lo expresa nuestro Código Civil; son nulas las cláusulas que exoneren o limiten la responsabilidad del deudor por dolo.

Otra norma referida a la exclusión de la responsabilidad, es la dispuesta en el artículo 628 del Código Civil:

ARTICULO 628.- (Modificación convencional de la responsabilidad).

- I) Los contratos pueden gravar, disminuir o excluir la responsabilidad del vendedor.
- II) Aun cuando se pacte la exclusión de responsabilidad el vendedor está siempre sujeto a la responsabilidad por un hecho propio. Es nulo todo pacto en contrario.

De esta manera el código primero otorga a los contratantes la facultad de disminuir o excluir la responsabilidad del vendedor; sin embargo a continuación prescribe que aún cuando se hubiera pactado la exclusión o disminución de la responsabilidad del vendedor, ésta siempre persistirá por un hecho propio, sancionando con nulidad el pacto contrario. En concordancia a la normativa revisada, citamos los siguientes artículos:

³⁹ Carlos Morales Guillen, *Código Civil: Concordado y Anotado*, 4a ed., La Paz, Editorial Gisbert y Cia. S.A., 1994, p. 670

ARTICULO 698.- (Nulidad de la limitación de exclusión de responsabilidad).

Es nulo el pacto que excluye o limita la responsabilidad por los vicios de la cosa si el arrendador los ocultó de mala fe al arrendatario.

ARTICULO 629.- (Responsabilidad por los vicios de la cosa).

I. El vendedor es responsable ante el comprador por los vicios que hacen la cosa vendida impropia para el uso a que está destinada o que disminuyen su valor.

II. Es nulo el pacto que excluye o limita la responsabilidad del vendedor cuando éste oculta de mala fe los vicios al comprador.

ARTICULO 866.- (Exclusión de responsabilidad).

I. Es nulo todo convenio o aviso por el cual el hotelero o posadero excluya su responsabilidad, impuesta por los artículos precedentes.

II. Pero si el cliente no da aviso al hotelero o posadero tan pronto como ha descubierto el daño o pérdida, excluye la responsabilidad de éstos.

2.6.4.3. CLAUSULA LIMITATIVA DE RESPONSABILIDAD POR INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL VERIFICADO POR CULPA GRAVE.

El Código Civil Boliviano acierta al sancionar con la misma rigurosidad el dolo y la culpa grave, así se dispone que aquellos que anteladamente exoneren o limiten el deber de resarcir el daño que deriva de la responsabilidad por dolo o por culpa grave son nulos; esto es, nulos de pleno derecho.

Diferenciamos el concepto de la culpa, los grados en los que se presenta y el dolo. Comencemos por el significado general de *culpa* que nos brinda Guillermo Cabanellas: "En sentido amplio, se entiende por *culpa* toda falta, voluntaria o no, que causa mal o daño; es decir, causa humana de uno y otro."⁴⁰ Por lo que inferimos que la culpa puede ser voluntaria o involuntaria. La culpa voluntaria se la conoce como dolo, en el entendido de que en el comportamiento observado existe intención de causar algún mal o daño a otro; en cambio en la culpa involuntaria no existe

⁴⁰ Guillermo Cabanellas, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, 25a. Ed., Tomo II, Buenos Aires, Editorial Eliasta, 1997, p.440

intención premeditada para causar daño a otra persona, daño que si se presenta es el resultado de la negligencia, imprudencia o impericia de las personas. Como vemos, la diferencia entre las dos clases de culpabilidad como el dolo y la culpa propiamente dicha está en la intención de las personas.

La culpa propiamente dicha o como dice Cabanellas en sentido estricto "equivale a falta de diligencia, por cuanto toda persona se encuentra obligada a obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, para salvaguardia personal y por un sentido social de solidaridad..." así la diligencia es demandada por la sociedad en general como por cada uno de nosotros en especial.

Los hermanos Mazeaud definen la culpa como: "un error de conducta, que no se habría cometido por una persona cuidadosa, situada en las mismas circunstancias "externas" que el demandado".⁴¹

La culpa propiamente dicha podemos dividirla en tres desde el punto de vista de su gravedad, así tenemos la culpa grave o lata, la leve y la levísima.

Haciendo referencia Guillermo Cabanellas a la distinción que los romanos hicieron, cita las 3 clases de *culpa*:

- a) *lata* (grave), cuando no se emplea la diligencia que todos los hombres, aun los menos cuidadosos, suelen mostrar en sus cosas o en sus negocios;
- b) *leve*, cuando no se presta la atención o no se tiene el cuidado que ordinariamente se acostumbra o que, en general, pondría un buen padre de familia;
- c) *levísima*, cuando no se despliega la diligencia que pondría una persona vigilante y cuidadosa.⁴²

Así pues, sería poco coherente que fueran válidos aquellos pactos en los que previamente se excluye por anticipado la diligencia que hasta la persona menos cuidadosa observa al cumplir con sus

⁴¹ Henry, León y Jean Mazeaud, *Lecciones de derecho civil*, Parte I, Vol. I; Parte II, Vol. II; Parte II, Vol. III, Buenos Aires, Ejea, 1960, citado por Raúl Romero Sandoval, Ob. Cit., p. 143

⁴² Guillermo Cabanellas, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, 25a. Ed., Tomo II, Buenos Aires, Editorial Eliasta, 1997, p.441

obligaciones; si así fuera, dichos pactos serían susceptibles de cumplimiento o incumplimiento voluntario, perdiendo el carácter obligatorio para ambas partes e incluso diluyéndose en cierta forma la causa de los contratos, si una de las partes no va a tener la diligencia mínima para cumplir sus obligaciones.

Ahora bien, el Código Civil dispone la nulidad exonerativa de responsabilidad por dolo o culpa grave y no menciona la culpa leve ni levísima; como podemos observar, la *culpa leve* es aquella que se evitaría mediante la diligencia de un buen padre de familia, lo que quiere decir, en función a la inteligencia del Artículo 302, que sólo estaría excluida la responsabilidad de la culpa levísima, en principio, del predisponente en los contratos por adhesión.

2.6.4.4. CLAUSULAS EXONERATIVAS DE RESPONSABILIDAD PARA LOS CASOS EN QUE UN HECHO DEL PROVEEDOR O DE SUS AUXILIARES VIOLA OBLIGACIONES ESTABLECIDAS POR NORMAS DE ORDEN PÚBLICO.

El segundo inciso del Artículo 350 del Código Civil dispone la nulidad de aquellas cláusulas que anteladamente exoneren o limiten la responsabilidad del deudor para los casos en que un hecho de él o de sus auxiliares viola obligaciones establecidas por normas de orden público.

Pero, para saber cuándo se violan disposiciones de orden público, primero tratemos de determinar qué es el orden público. Uno de los autores citados por Cabanellas es Capitant:

...lo caracteriza -en la esfera nacional- como el conjunto de normas e instituciones cuyo objeto consiste en mantener en un país el buen funcionamiento de los servicios públicos, la seguridad y la moralidad de las relaciones entre los particulares; y de los cuales no pueden apartarse éstos, en principio, en sus convenciones.⁴³

Podemos decir que son de orden público las normas que preservan la vida, la libertad y la igualdad de las personas, normas previstas en la Constitución Política del Estado y que están

⁴³ Guillermo Cabanellas, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, 25a. Ed., Tomo V, Buenos Aires, Editorial Eliasta, 1997, p.697

presentes como principios rectores en todo cuerpo legal incluido el Código Civil y el Código de Comercio.

En concordancia a la norma estudiada, citamos los Artículos siguientes:

ARTICULO 698.- (Nulidad de la limitación o exclusión de responsabilidad).

Es nulo el pacto que excluye o limita la responsabilidad por los vicios de la cosa si el arrendador los ocultó de mala fe al arrendatario.

ARTICULO 392.- (Responsabilidad de la cesión a título oneroso).

I. Si la cesión es a título oneroso, el cedente está obligado a garantizar que el crédito transmitido le pertenece al tiempo de hacerse la cesión.

II. Si a tiempo de la cesión el crédito no existe o no pertenece al cedente, éste debe, al cesionario, el resarcimiento del daño.

2.7. PRORROGA DE LA COMPETENCIA TERRITORIAL.

Siguiendo a Rubén y Gabriel Stiglitz analizamos la cláusula que dispone la prórroga de la competencia como posible cláusula abusiva para el adherente.

Puede definirse la competencia "como **la atribución conferida a un juez o tribunal, de la potestad respecto de una litis o de un negocio determinado**, o como la **determinación de las causas sobre las cuales puede, el juez o tribunal, ejercer, según la ley, su fracción de jurisdicción.**"⁴⁴

El Artículo 22 de la Ley de Organización Judicial dispone que "...competencia es la facultad que tiene un tribunal o juez para ejercer la jurisdicción en un determinado asunto".

A continuación, el Artículo 23 del mismo cuerpo legal dispone: "La competencia de un juez o tribunal para conocer de un asunto, se determina por razón del territorio, de la naturaleza, materia y cuantía de aquél, y de la calidad de las personas que litigan."

⁴⁴ Carlos Morales Guillen, *Código de Procedimiento Civil y Ley de Organización judicial*, La Paz, Gisbert & Cia. S.A., 1978, p. 115

Seguidamente, el Artículo 24 de la Ley de Organización Judicial se refiere a la prorroga de la competencia, disponiendo que sólo la competencia en razón del territorio se puede prorrogar por consentimiento expreso o tácito de las partes litigantes. Por el expreso, cuando ellas convienen en someterse a un juez que para una o para ambas no es competente, y por el tácito cuando el demandado contesta el pleito ante un juez incompetente, sin oponer esta excepción.

En principio, afirmamos que la determinación de la competencia territorial es un asunto funcional y de orden útil para la organización judicial de los jueces y su trabajo y al mismo tiempo necesario para el universo de litigantes quienes se sujetarán a un solo juez, quien conocerá y resolverá los litigios que se planteen. Así, el conocimiento y resolución de un litigio no puede estar en manos de dos o más jueces competentes al mismo tiempo, sino que se debe definir la competencia de un solo juez.

Ahora bien, la competencia de un juez se abre con la citación que realice éste al demandado, luego no podrá ser citado por otro juez en el mismo asunto.

El Artículo 24 de la Ley de Organización Judicial citado antes, claramente dispone que la competencia territorial y solo ésta puede prorrogarse por consentimiento expreso o tácito, esto es por voluntad de las partes litigantes o en el ámbito contractual por voluntad de las partes contratantes.

Por tanto, las reglas de la determinación de la competencia territorial además de lo dispuesto por la ley, están en función de la autonomía de la voluntad de las partes contratantes.

La voluntad se manifestará en forma expresa o tácita; en la primera, cuando las partes convienen, acuerdan, consienten en someterse a un juez que para una o ambas no es competente, y en la forma tácita se manifiesta cuando una de las partes litigantes presenta su demanda a un juez que según las reglas de la competencia no les corresponde y la contraparte responde sin oponer la excepción de falta de competencia del juez que la citó con la demanda.

Fuera de los casos de prórroga expresa o tácita dispuestos por la ley, será aplicable el Artículo 10 del Código de Procedimiento Civil de Bolivia:

ARTICULO 10.- (Reglas de competencia).

Fuera de los casos de prórroga expresa o tácita de que trata el artículo 24 de la Ley de Organización Judicial, se seguirán las reglas de competencia siguientes:

1) En las demandas por acciones reales o mixtas sobre bienes en general:

a) Será competente el juez del lugar donde estuviere situada la cosa litigiosa o el del domicilio del demandado, a elección del demandante.

b) Si las cosas fueren varias y situadas en lugares diferentes, el de aquél donde se encontrare cualquiera de ellas

c) Si un inmueble abarcare dos o más jurisdicciones, será el que eligiere el demandante.

2) En las demandas por acciones personales, el juez del domicilio del demandado, el del lugar donde debe cumplirse la obligación, o de donde fue suscrito el contrato, a elección del demandante.

3) En las sucesiones será juez competente...

4) Quien no tuviere domicilio conocido, podrá ser demandado en el lugar donde fuere hallado.

Pues bien, está claro que la competencia territorial se puede prorrogar por acuerdo de partes, acuerdo formal que existe en los contratos por adhesión. La prórroga de competencia se manifiesta mediante una o varias cláusulas que frecuentemente se insertan por la parte que prerredacta el contrato por adhesión a condiciones generales con el objetivo de mantener su posición de predominio en el contrato, cláusula que podrá ser equitativa en determinadas circunstancias pero no en todas, pues así lo dicen M. Cappelletti- B. Garth y Ruben y Gabriel Stiglitz:

...estas se hallan estrechamente vinculadas al equilibrio procesal de las partes litigantes, pues si la prórroga predispuesta por el empresario importa ventaja excesiva en su favor y desemboca en una efectiva indefensión del adherente nos hallamos frente

a una condición general abusiva sujeta a una pretensión de invalidez y sustituida automáticamente por la norma dispositiva.⁴⁵

Siguen Rubén y Gabriel Stiglitz recogiendo las reflexiones de Cappelletti-Garth, cuando afirman que hay litigantes habituales y ocasionales; los primeros cuentan con las siguientes ventajas: "1) están en mejores condiciones para planificar sus juicios; 2) la mayor cantidad de pleitos les resulta más económica; 3) tienen oportunidad de relacionarse con el personal judicial; 4) pueden trasladarse los riesgos de la litigiosidad a mayor cantidad de juicios; 5) aprovechan la experiencia adquirida en juicios anteriores".⁴⁶ A todo ello, por nuestra parte, sumamos la posición dominante que pueda tener la empresa predisponente en el mercado, así su influencia económica y política será trascendental para que exista presión externa en el órgano jurisdiccional en el momento de fallar, más aun si hablamos de monopolios públicos o privados en cuyas manos están muchas veces servicios públicos o bienes necesarios de utilización masiva.

Como litigantes habituales están los bancos, aseguradoras, empresas de transportes, inmobiliarias, etcétera; los litigantes ocasionales son los consumidores.

En suma, las reglas de competencia atienden a distintas razones, entre las cuales está la de facilitar a las partes litigantes el acceso a la justicia de manera rápida y barata, el acceso a los medios de prueba para el órgano jurisdiccional y para las mismas partes, facilitar los medios materiales como litigar en su propio domicilio, en el lugar donde se encuentra la cosa o en el lugar donde puede ser habido el demandante.

Al contrario, la prerredacción que dispone la prórroga de competencia, si bien está permitida por la ley de acuerdo a la voluntad de las partes, muchas veces distorsiona la razón de la ley con el fin de trabar el acceso a la justicia de los adherentes o consumidores.

A lo dicho se suman la desigualdad y la debilidad procesal, desprotegiendo a quien más necesita de protección jurídica y favoreciendo la posición dominante del predisponente,

⁴⁵ M. Cappelletti-B. Garth, *El acceso a la justicia*, La Plata, 1983, ps. 115 a 121, citado por Rubén S. Stiglitz y Gabriel A. Stiglitz, Ob. Cit., p. 166

⁴⁶ *Ibidem*.

beneficiándose de dicha competencia predispuesta por él, en la que ha concentrado sus servicios jurídicos y controla el proceso cómoda y satisfactoriamente.⁴⁷

Por tanto, coincidimos con Rubén y Gabriel Stiglitz al considerar que la validez de la cláusula en examen está sujeta a la apreciación judicial de las circunstancias particulares de cada caso.⁴⁸ El juez podrá apreciar si la prórroga de competencia limita en exceso el acceso a la justicia por la contraparte haciendo muy oneroso el proceso, siendo muy distante el juez competente previsto, etcétera.

2.8. LA INVERSION CONVENCIONAL DE LA CARGA PROBATORIA.

La actividad probatoria es muy importante en el proceso, porque es la que define en última instancia la pretensión de las partes; así por ejemplo, lo que afirma una persona en su demanda tendrá que ser corroborado con los diferentes medios probatorios que la ley nos brinda y, en consecuencia el órgano jurisdiccional se fundamentará en dichas pruebas para resolver el litigio. En consecuencia la carga de la prueba incumbe a las partes, en principio, pues tendrán que probar sus afirmaciones ya sea en la demanda o en la contestación reconviendo o excepcionando; y luego al juez, quien es el destinatario de dichas pruebas y quien tiene la obligación de estudiar cada una de ellas para después sobre la base de éstas dictar su resolución.

Las partes, por tanto, voluntariamente deben probar los extremos que afirman si pretenden que sus derechos sean respetados.

Morales Guillén afirma: "*Prueba*, en su acepción común, es la acción y efecto de *probar*, cuya noción importa demostrar de algún modo la certeza de un hecho o la verdad de una afirmación (Couture)."⁴⁹ Continúa diciendo, "*Probar*, es establecer la existencia de la conformidad entre la idea que se tiene de la verdad y los hechos del orden físico o del orden moral que se desea conocer (Bonnier)".⁵⁰

Así, la carga probatoria en general, como ya lo mencionamos, incumbe a las partes; incumbe en unos casos al demandante y en otros al demandado en función de lo que dispone la ley.

⁴⁷ Rubén S. Stiglitz y Gabriel A. Stiglitz, Ob. Cit., p. 167

⁴⁸ Rubén S. Stiglitz y Gabriel A. Stiglitz, Ob. Cit., p. 168

⁴⁹ Carlos Morales Guillen, Ob. Cit., p. 1619

⁵⁰ Ibidem.

Comencemos con el análisis del Código Civil referente al tema en cuestión:

ARTICULO 1283.- (Carga de la prueba)

I. Quien pretende en juicio un derecho, debe probar el hecho o hechos que fundamentan su pretensión.

II. Igualmente, quien pretende que ese derecho se ha modificado, extinguido o no es válido, debe probar los fundamentos de su excepción.

Como vemos, el que demanda alguna pretensión frente a otro debe probar los hechos y los actos sobre cuya base fundamenta dicha pretensión. El demandado podrá simplemente negar la pretensión demandada y, por lo tanto, no tiene que probar nada, si la carga de la prueba recae solamente en la parte que afirma algo y no sobre la que simplemente niega dicha afirmación; pero si el demandado a tiempo de responder pretende que el derecho demandado se ha modificado, extinguido o es inválido, debe probar los fundamentos de dicha pretensión; por lo tanto, toda reconvencción y excepción importa el interés jurídico de probar el derecho que se pretende.

Lo dicho nos conduce a afirmar que en principio la inversión de la carga de la prueba puede constituirse en una condición abusiva para el consumidor de acuerdo a las circunstancias de cada caso concreto. Así, será abusiva aquella cláusula que estipula la inversión de la carga probatoria al consumidor si ésta restringe o impide de alguna manera el derecho de defensa en juicio que está consagrado en la Constitución Política del Estado.

CAPITULO III

LA PRECARIA DEFENSA DEL CONSUMIDOR EN BOLIVIA.

3.1. LA INSUFICIENTE PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR BOLIVIANO: LA CONSTITUCION POLITICA DEL ESTADO.

La Constitución Política del Estado en Bolivia no hace expresa referencia al reconocimiento de los derechos de los consumidores; la última reforma constitucional data del 6 de febrero de 1.995, es decir, diez años después del Decreto Supremo 21060 mediante el cual el Estado deja su papel protector para dar paso a la desregulación y adoptar el papel de coordinador de las actividades privadas.

La reforma constitucional tuvo como objetivo adecuar la Constitución a las políticas de gobierno implementadas hasta entonces y las que estaban por implementarse. La realidad nacional no coincidía con la normativa constitucional que se había quedado inmutable ante los trascendentales cambios ocurridos en la última década; sin embargo, la reforma constitucional producida no abarcó todos los aspectos políticos, sociales y económicos que nuestra realidad demandaba, y es así como se dejó de lado el reconocimiento expreso de los derechos del consumidor.

En efecto, es necesario un reconocimiento expreso de los derechos de los consumidores en la Constitución Política del Estado; sólo mediante su enunciado podrán conocerse y aplicarse sin dar lugar a dudas. Sin embargo en la normativa actual, los derechos de los consumidores los clasificamos como aquellos derechos y garantías no enunciados que nacen de la soberanía del pueblo y de la forma Republicana de Gobierno.

Pese a lo dicho de la actual normativa constitucional, podemos, aunque no expresamente enumerados como derechos de los consumidores, identificar como derechos que protegen a los consumidores, los previstos como derechos y deberes fundamentales de las personas; así el Artículo 6 en su párrafo primero, dispone que todo ser humano goza de los derechos, libertades y garantías constitucionales, sin distinción de raza, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra

índole, origen, condición económica o social, u otra cualquiera. Por tanto, no se discrimina a las personas bajo ningún concepto para el goce de los derechos, libertades y garantías reconocidas por nuestra Constitución.

El segundo párrafo del mismo Artículo, dispone que la dignidad y la libertad de la persona son inviolables. Respetarlas y protegerlas es deber primordial del Estado. Los derechos de los consumidores están relacionados íntimamente con la dignidad y libertad de las personas, por tanto es deber primordial del Estado su protección; en dicha norma se encuentra -a nuestro criterio- la protección amplia de los derechos del consumidor, protección que se la puede hacer efectiva mediante los procedimientos adjetivos y las normas sustantivas con las que actualmente contamos, claro realizando una interpretación siempre favorable a los intereses del consumidor.

El Artículo 7 de la Constitución dispone que toda persona tiene los siguientes derechos fundamentales, en concordancia con la declaración universal de los derechos humanos del 10 de diciembre de 1948, el derecho a la vida, salud, seguridad, emitir libremente sus ideas y opiniones por cualquier medio de difusión, reunirse y asociarse para fines lícitos, trabajar y dedicarse al comercio, formular peticiones individual y colectivamente, etcétera. Así, los derechos fundamentales de los hombres tienen relación directa con los derechos de los consumidores; de hecho los segundos nacieron de los primeros, pues más que un fin económico tienen un fin social en su concepción general.

El Artículo 8 se refiere a los deberes fundamentales de las personas y entre otros, cita al deber de cooperar con los órganos del Estado y la comunidad en el servicio y la seguridad sociales y al resguardo y protección de los bienes e intereses de la colectividad. Esto quiere decir que cualquier persona podrá denunciar a los órganos correspondientes o accionar judicialmente en resguardo y protección de los bienes e intereses de la colectividad, aunque la acción y omisión que se ataca no afecte directamente a dicha persona; en una interpretación amplia podríamos entender como el reconocimiento constitucional que se otorga a cualquier persona para que el resultado de su acción, si tiene interés colectivo, tenga también efectos colectivos; es decir, que la sentencia no sólo surta efectos para el que acciona sino también para la colectividad en su conjunto si es afectada eventualmente. Pero, en la Constitución no están reconocidos expresamente los derechos colectivos;

y, por tanto se constituye en una institución de importancia para la efectiva defensa de los derechos de los consumidores.

3.1.1. LA DEFENSA DE LOS DERECHOS DEL CONSUMIDOR Y EL RECURSO DE AMPARO CONSTITUCIONAL.

El Artículo 19 de la Constitución Política del Estado, dispone que "...se establece el recurso de amparo contra los actos ilegales o las omisiones indebidas que los funcionarios o particulares que restrinjan, supriman o amenacen restringir o suprimir los derechos y garantías de la persona reconocidos por esta Constitución y a Leyes".

El Recurso de Amparo Constitucional es un recurso extraordinario que puede ser interpuesto por cualquier persona que se creyere agraviada en sus derechos constitucionales, ante las Cortes Superiores en las capitales de departamento o ante los Jueces de Partido en las provincias, tramitándose en forma sumarísima. El Recurso de Amparo se le concederá al solicitado, siempre que no hubiere otro medio o recurso legal para la protección inmediata de los derechos y garantías restringidos, suprimidos o amenazados, elevando de oficio su resolución ante el Tribunal Constitucional para su revisión, en el plazo de veinticuatro horas.

Así, en la ausencia de una ley expresa que proteja los derechos de los consumidores, el Recurso de Amparo se constituye en uno de los pocos instrumentos efectivos para un reducido número de derechos básicos de los consumidores, derechos que hemos citado y que excepcionalmente pueden ser usados para la protección contractual de los consumidores.

3.1.2. LA PROTECCION DEL CONSUMIDOR: EL PAPEL DEL DEFENSOR DEL PUEBLO Y DEL MINISTERIO PUBLICO.

El Defensor del Pueblo de acuerdo con el Artículo 127 de la Constitución Política del Estado "...vela por la vigencia y el cumplimiento de los derechos y garantías de las personas con relación a la actividad administrativa de todo el sector público. Asimismo, vela por la defensa, promoción y divulgación de los derechos humanos". Nos parece que el Defensor del Pueblo se debe constituir en un órgano que capte los reclamos de los ciudadanos frente a los abusos y la ineficacia de la Administración Pública, convirtiéndose en un supervisor y contralor del buen funcionamiento de dicha actividad. Por otra parte debe velar por la defensa de los derechos humanos, aquí su papel es

protagónico en la defensa de los derechos de los consumidores cuya base son los derechos humanos.

Otro órgano más antiguo que el anterior es el Ministerio Público que tiene por finalidad promover la acción de la justicia, defender la legalidad, los intereses del Estado y la sociedad. Así, el Ministerio Público tiene obligación de defender a la sociedad frente a aquellos actos que alteren su orden; el problema en muchos casos se presenta cuando existen intereses estatales combinados con intereses privados que interfieren en una efectiva defensa de los intereses de la sociedad y que en última instancia dejan desamparados a éstos últimos. La práctica forense muestra a un Ministerio Público que sólo actúa mediante denuncias o por instancia de parte, teniendo una conducta pasiva frente a excesos manifiestos contra la sociedad y que son de dominio popular y por ende deberían ser atendidos de oficio por dicho órgano. Por tales motivos, el Ministerio Público no aporta para una efectiva defensa de los consumidores.

3.2. EL CONTRATO POR ADHESION EN EL CÓDIGO CIVIL BOLIVIANO.

3.2.1. MEDIOS Y ARGUMENTOS VALIDOS PARA LA PROTECCION ACTUAL DEL ADHERENTE CONSUMIDOR EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO BOLIVIANO.

La ausencia de una ley expresa, que proteja los derechos de los consumidores, nos obliga a realizar una búsqueda exhaustiva de todas aquellas normas que de una u otra manera protejan al adherente consumidor y que estén previstas en nuestro ordenamiento jurídico nacional vigente.

El objetivo de dicho estudio, es el de averiguar el grado de protección de los consumidores bolivianos frente a las cláusulas abusivas contenidas en los contratos por adhesión.

Dicho esto, comencemos por revisar lo dispuesto en nuestro Código Civil.

3.2.2. EL CONTRATO POR ADHESION EN EL CÓDIGO CIVIL BOLIVIANO: UN CONTRATO INNOMINADO.

Comencemos por afirmar que el Código Civil, en la parte que trata de los contratos, está inspirado en el Código de Napoleón y en consecuencia por los principios del individualismo liberal.

De acuerdo a lo dicho y tomando en cuenta los cambios sociales y económicos que se han producido a lo largo del tiempo en el mundo y, por ende en nuestro país, creemos necesario hacer una revisión de la normativa con la que contamos para la protección de los consumidores de bienes y

servicios cuando contratan mediante contratos por adhesión a condiciones generales y así, de esta manera determinar el grado de protección al consumidor en el Código.

En el Código Civil, vigente desde el día 2 de abril de 1976, no encontramos dentro de su normativa, mención expresa a los contratos por adhesión a condiciones generales, por tanto los debemos ubicar dentro de los llamados contratos innominados, que son aquellos que carecen de disciplina legislativa particular o que no tienen una denominación expresa en la ley; sin embargo, el que no tengan una expresa denominación en el Código Civil boliviano, no supone que estén ausentes de pautas legislativas, al contrario, la normativa civil dispone que son aplicables a todos los contratos, sean nominados e innominados, estando incluidos los contratos por adhesión a condiciones generales como lo dispone el Artículo 451 del Código Civil:

ARTICULO 451.- (Normas generales de los contratos. Aplicación de otros actos).

I. Las normas contenidas en este Título (de los contratos en general) son aplicables a todos los contratos, tengan o no denominación especial, sin perjuicio de las que se establezcan para algunos de ellos en particular y existan en otros códigos o leyes propias.

II. Son aplicables también, en cuanto sean compatibles y siempre que no existan disposiciones legales contrarias, a los actos unilaterales de contenido patrimonial que se celebran entre vivos así como a los actos jurídicos en general.

3.2.3. LA NOCION DE CONTRATO EN EL CODIGO CIVIL BOLIVIANO.

Comencemos por revisar la noción de contrato que nos brinda el Código Civil en su Artículo 450: "Hay contrato cuando dos o más personas se ponen de acuerdo para constituir, modificar o extinguir entre sí una relación jurídica".

La noción expuesta es amplia al requerir sólo el acuerdo de las personas y no otro formalismo para constituir el consentimiento.

Ahora nos preguntamos ¿Cómo dos o más personas se ponen de acuerdo?. De la noción expresada, se deduce que las partes contratantes pueden estar una frente a la otra en el momento previo a la celebración del contrato y negociar libremente cada una acerca de las condiciones del

contrato, o prestar su consentimiento sobre la base de cláusulas prerredactadas unilateralmente por el proveedor, es decir sobre la base de contratos por adhesión; así sólo es necesario que exista coincidencia en la declaración de voluntarios de las partes para que se forme el consentimiento.

Lo dicho muestra claramente que en el Código Civil la base del contrato es el consentimiento como tal y no la forma previa de negociación que se adopte; en otros términos, puede o no haber negociación previa, lo que interesa es solamente la manifestación de voluntades coincidentes para la formación del consentimiento.

3.2.4. REQUISITOS DE FORMACION DEL CONTRATO.

Los requisitos de formación de los contratos son aquellos elementos necesarios para la existencia de los contratos en general, es suficiente que falte uno de ellos para que los contratos sean declarados nulos. Los requisitos de formación están dispuestos en el Artículo 452 del Código Civil:

ARTICULO 452.- (Enunciación de requisitos).

Son requisitos para la formación del contrato:

- 1) El consentimiento de las partes.
- 2) El objeto.
- 3) La causa.
- 4) La forma, siempre que sea legalmente exigible.

Vale hacer notar que el legislador boliviano ha adicionado el requisito de forma, siempre que sea exigible; es decir, no es un elemento imprescindible de formación porque no está presente en todos los contratos constituyéndose en un requisito que no cuenta con el carácter general presente en los anteriores.

Creemos necesario realizar un estudio comparativo entre los requisitos de formación de los contratos en general, pues los mismos son indispensables tanto para contratos libremente negociados como para contratos por adhesión a condiciones generales; la interrogante que nos planteamos es: ¿Cómo nos pueden servir los requisitos de formación del contrato para una efectiva defensa del consumidor en los contratos por adhesión?. Nuestro objetivo es fundamentalmente

desmitificar la creencia de que son suficientes las causas de nulidad y anulabilidad de los contratos para defender al consumidor adherente.

Revisemos a continuación los requisitos de formación de los contratos, pues su ausencia o su ilegalidad conllevan la nulidad o anulabilidad de los contratos.

3.2.4.1. REQUISITOS DE FORMACION DEL CONTRATO: EL CONSENTIMIENTO.

El consentimiento es el acuerdo de voluntades entre dos o más personas que crea entre éstas un vínculo contractual, vínculo que genera derechos y obligaciones para las partes contratantes. El Código Civil no define el consentimiento, entrando directamente a señalar las formas en que éste se exterioriza; de manera que el consentimiento será expreso si se manifiesta verbalmente, por escrito o por signos inequívocos y, será tácito si resulta presumible de ciertos hechos o actos, por ejemplo: subir a un microbús. En este sentido, evidenciamos que el consentimiento no es un hecho jurídico unilateral; en otras palabras, hecha una oferta no obliga al ofertante mientras no haya aceptado el ofertado; dicha regla es aplicada en cualquier tipo de contrato, incluido el contrato por adhesión a condiciones generales.

3.2.4.2. LOS VICIOS DEL CONSENTIMIENTO Y EL CONTRATO POR ADHESION A CONDICIONES GENERALES.

El Artículo 473 del Código Civil prescribe que los vicios del consentimiento son: el error, la violencia y el dolo, como elementos que invalidan el consentimiento y que pueden dar lugar a la nulidad o anulabilidad del contrato.

Estando los vicios del consentimiento previstos en el Código Civil, la pregunta es, si la normativa referente a estos vicios del consentimiento es suficiente para controlar el abuso de libertad contractual que se produce en los contratos por adhesión a condiciones generales; en otras palabras ¿el problema del consentimiento en los contratos por adhesión podrá solucionarse mediante la aplicación prevista para los vicios del consentimiento?. Para dar una respuesta adecuada, corresponde revisar detalladamente los artículos precedentes, conforme se pasa a explicar:

3.2.4.3. VICIOS DEL CONSENTIMIENTO: ERROR ESENCIAL, SUSTANCIAL Y DE CALCULO.

El error en general supone creer algo que no concuerda con la realidad; es una creencia falsa que vicia la manifestación de voluntad y por ende del consentimiento; cabe diferenciarlo de la

ignorancia, que supone la ausencia de cualquier tipo de conocimiento y en la cual no existía la consideración de veracidad o falsedad de un conocimiento que no se tiene.

Ahora bien, el Código Civil boliviano diferencia tres tipos de errores, siendo el primero, el *error esencial* que está prescrito en el Artículo 474 y que dispone: "El error es esencial cuando recae sobre la naturaleza o sobre el objeto del contrato".

El artículo transcrito hace referencia en primera instancia, al error que recae sobre la naturaleza del contrato, es decir aquella idea equivocada en la que una de las partes del contrato, o ambas, creen celebrar un determinado tipo de contrato mientras el que celebran es otro; por ejemplo cuando se contrata con la intención de prestar dinero a una persona, mientras ésta (el prestatario) cree que se le hace una donación, o cuando se vende un determinado bien y el co-contratante cree que se le está haciendo un depósito.

También existe error esencial cuando se tiene una idea equivocada acerca del objeto del contrato; en otras palabras, acerca de aquel bien o servicio que se va a constituir, modificar o extinguir en la relación jurídica; por ejemplo, cuando se compra una pintura con la certeza de que su autor es Leonardo Da Vinci; sin embargo es una réplica del original y el autor es anónimo, o cuando se compra un caballo destinado exclusivamente para competencias ecuestres y luego resulta ser un animal sin ninguna preparación para ello.

Como podemos observar, el error esencial destruye el consentimiento porque ataca a los elementos por los que se contrata y se otorga el consentimiento; el Artículo 543 del Código Civil declara nulo el contrato celebrado por error esencial sobre la naturaleza o sobre el objeto del contrato.

El segundo, es el *error sustancial* que está caracterizado de forma diferente por el Código Civil en su Artículo 475 cuando dispone:

ARTICULO 475.- (Error sustancial).

El error es sustancial cuando recae:

- 1) Sobre la sustancia o sobre las cualidades de la cosa, siempre que tales cualidades sean determinantes del consentimiento. Este error debe ser compartido por las partes.

2) Sobre la identidad o sobre las cualidades del otro contratante, siempre que aquélla o éstas hayan sido determinantes del consentimiento.

El error sustancial requiere: primero, que exista una falsa creencia sobre las cualidades de la cosa; segundo, que dichas cualidades sean las que determinen el consentimiento; y, tercero, que este error sea compartido por las partes contratantes; si falta alguno de los requisitos mencionados, no existe tal error; por tanto, el error sustancial en su primer inciso es compatible con el principio de la buena fe contractual porque la falsa creencia es compartida; por ejemplo, una persona de buena fe vende un anillo de cobre bañado en oro y el comprador, por error, cree que el objeto es de oro macizo. La cualidad del objeto es la causa del contrato y si las partes contratantes hubieran aclarado el asunto, el contrato no se hubiera celebrado.

El segundo inciso del artículo en estudio se refiere a: primero, la identidad o cualidades del otro contratante y, segundo, que sean éstas las determinantes del consentimiento; este precepto obedece a contratos que se celebran *intuitus personae*, es decir por las cualidades de la persona, sus características, habilidades, conocimientos, técnicas, experiencias, etcétera; por ejemplo, cuando se contrata los servicios de un auditor especialista en auditoría pública y resulta ser un auditor sin experiencia en el campo público.

Por tanto el error sustancial es un vicio del consentimiento que impide que el contrato surta sus efectos, pues es de tal magnitud que si éstos se hubieran sabido antes, no se hubiera contratado.

El Artículo 554, inciso 4 del Código Civil dispone que el contrato será anulable si existe error sustancial sobre la materia o sobre las cualidades de la cosa, es decir se dispone la nulidad relativa del contrato.

El tercero, es el error de cálculo, que luego de verificado, sólo da lugar a la rectificación; en tal sentido no tiene mayor relevancia para los fines de nuestro estudio.

3.2.4.4. EL ERROR EN EL CODIGO CIVIL BOLIVIANO Y LA PROTECCION DEL CONSUMIDOR FRENTE A LAS CLAUSULAS ABUSIVAS CONTENIDAS EN LOS CONTRATOS POR ADHESIÓN A CONDICIONES GENERALES.

Vistos los distintos errores tipificados en el Código Civil, veamos en qué grado facilita la protección de los consumidores bolivianos frente a las cláusulas abusivas contenidas en los contratos por adhesión a condiciones generales.

Como ya mencionamos, el error supone creer algo que no está de acuerdo con la realidad, es un choque entre lo que se cree que existe y lo que realmente existe; por tanto, el error así entendido de manera general puede ser útil en algunos casos para encontrar algunos mecanismos de protección del adherente frente a los contratos por adhesión.

En efecto, el hombre sólo expresa su voluntad negativa o positiva respecto de lo que conoce y no así de lo que desconoce o le causa duda e incertidumbre, impidiéndole llegar a comprender el alcance o contenido del asunto; así, cuando una persona se apresta a suscribir un contrato por adhesión tiene la creencia errónea de que va a comprender las cláusulas que están contenidas en dicho contrato; y, si no las entiende está seguro de que con la explicación técnica o jurídica que la contraparte haga, podrá comprender en su totalidad dichas cláusulas. Lo que quiero hacer notar es que el adherente, engañándose a sí mismo, tiene el cuidado previo y la disposición psicológica para comprender el contenido de un contrato por adhesión a condiciones generales sin que su creencia choque con la realidad del contrato, o sea con el verdadero entendimiento y alcance de éste; si dicha situación ocurre, estamos frente a un adherente que ha cometido un error, por entender el contenido del contrato de forma diferente al que lo entienden el predisponente y la ley.

Ahora bien, hemos visto que el error está tipificado en el Código Civil; sin embargo, el error está delimitado en su comprensión y aplicación, por el propio Código; es decir, no es cualquier tipo de error el que podemos hacer valer para la defensa de nuestros derechos en los tribunales, sino algunos específicos.

El Código Civil de Bolivia nos habla del *error esencial, sustancial y de cálculo* como *vicios del consentimiento*; los tres tipos de errores deben ser declarados judicialmente pues el primero conlleva la nulidad del contrato, el segundo la anulabilidad del mismo y el tercero solamente la rectificación del contrato; estas disposiciones pueden servir al adherente para proteger sus derechos.

Ahora bien, en el entendido de que el Código Civil delimita el concepto de error, analicemos los alcances y la utilidad práctica de los tipos de errores que le reconoce nuestro Código al adherente.

El *error esencial* que recae sobre la naturaleza o sobre el objeto del contrato es un elemento de protección general de las partes contratantes, sean contratos libremente negociados o con contenido predispuesto como los contratos por adhesión; por tanto el error esencial siendo útil para todos los contratos, no equipara el desequilibrio significativo entre los derechos y obligaciones de las partes contratantes, derivadas del contrato.

El *error sustancial* tampoco es una norma que proteja los intereses del adherente, tomando en cuenta que dicho error debe ser compartido por las partes contratantes, cosa que no ocurre en los contratos por adhesión pues siempre la parte predisponente conoce las cualidades y características de dichos contratos; no podría ser de otra manera, pues son ellos los que prerredactan el contrato y la parte adherente es la perjudicada en caso de que dichas cualidades no sean las imaginadas o buscadas al momento de adquirir el bien o usar el servicio.

El *error de cálculo* previsto por el Artículo 476 del Código Civil sólo da lugar a la rectificación, lo cual no conlleva la nulidad ni la anulabilidad de los contratos, por tanto no consideramos necesario su desarrollo.

3.2.4.5. VICIOS DEL CONSENTIMIENTO: LA VIOLENCIA.

La violencia es a la coacción física o a la presión psicológica ejercida sobre la voluntad de una persona para celebrar un acto o un contrato o no celebrarlo. La violencia puede ser física o psicológica; la primera es aquella que se presenta mediante la fuerza sobre el físico de una persona; la segunda es aquella que se manifiesta mediante amenazas o intimidación y que implica para el destinatario de ellas poner en riesgo o de hecho perder la libertad, la dignidad, la honra, la vida o sus bienes.

La violencia debe ser de tal naturaleza que impresione a una persona razonable, tomando en cuenta para esta consideración su edad y condición.

El Código Civil en su Artículo 477 dispone que: "La violencia invalida el consentimiento aunque sea ejercida por un tercero". A continuación, el Artículo 478 especifica los caracteres que debe tener dicha violencia para ser considerada como tal, en los términos siguientes: "La violencia debe ser de tal naturaleza que pueda impresionar a una persona razonable y le haga temer exponerse o exponer

sus bienes a un mal considerable y presente. Se tendrá en cuenta la edad y la condición de las personas".

La violencia invalida el consentimiento y como prescribe el Artículo 554 inciso 4 del Código Civil, hace anulable el contrato y en consecuencia afecta su validez.

3.2.4.6. LA VIOLENCIA EN EL CODIGO CIVIL BOLIVIANO Y LA PROTECCION DEL CONSUMIDOR FRENTE A LAS CLAUSULAS ABUSIVAS CONTENIDAS EN LOS CONTRATOS POR ADHESION A CONDICIONES GENERALES.

Vistos los lineamientos normativos con relación a la violencia como vicio del consentimiento, no encontramos más que una protección a la voluntad general de las personas sin que exista directa relación con el fenómeno de los contratos por adhesión a condiciones generales, primero porque la violencia física no es el carácter saliente de dichos contratos y segundo porque la violencia psicológica tampoco alcanza a los contratos por adhesión, es decir, no existe ni coacción física ni amenazas para suscribir un contrato por adhesión; obviamente que pueden darse estos casos pero los mismos entran dentro de la protección general del consentimiento.

Por tanto, nos encontramos de nuevo con un elemento que vicia el consentimiento en forma general y que no constituye una solución para la protección del consumidor frente a las cláusulas abusivas contenidas en los contratos por adhesión.

3.2.4.7. VICIOS DEL CONSENTIMIENTO: EL DOLO.

Otro vicio del consentimiento lo constituye el dolo previsto por el Artículo 482 del Código Civil en los siguientes términos: "el dolo invalida el consentimiento cuando los engaños usados por uno de los contratantes, son tales que sin ellos el otro no habría contratado".

En el derecho civil, a decir del profesor Cabanellas en su Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual: "El *dolo* constituye la voluntad maliciosa que persigue deslealmente el beneficio propio o el daño de otro al realizar cualquier acto o contrato, valiéndose de argucias o sutilezas o de

la ignorancia ajena; pero sin intervención de fuerza ni de amenazas, constitutivas aquélla y éstas de otros vicios jurídicos".⁵¹

El dolo, en sentido general, significa engaño, mentira, maquinación, fraude, malicia, simulación; en suma, la intención de perjudicar al otro.

El Código Civil en su Artículo 482 dispone: "El dolo invalida el consentimiento cuando los engaños usados por uno de los contratantes, son tales que sin ellos el otro no habría contratado".

De lo mencionado, identificamos como característica principal del dolo, la utilización por una de las partes de diversos medios engañosos para conseguir de la otra parte su consentimiento y así la celebración del contrato.

El Artículo 554 inciso 4 del Código Civil, dispone la anulabilidad de los contratos celebrados con dolo.

3.2.4.8. EL DOLO EN EL CODIGO CIVIL BOLIVIANO Y LA PROTECCION DEL CONSUMIDOR FRENTE A LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS CONTENIDAS EN LOS CONTRATOS POR ADHESION A CONDICIONES GENERALES.

El dolo como vicio del consentimiento se constituye, a nuestro criterio, en uno de los pocos instrumentos jurídicos que parcialmente y de manera eventual puede ser útil para la protección del consumidor frente a las cláusulas abusivas contenidas en los contratos por adhesión. En efecto, el Código Civil utiliza la palabra engaños para hacer referencia a la intención de perjudicar que tiene una de las partes frente a la otra. El engaño se hace efectivo mediante la utilización de instrumentos o medios falaces, con la sola intención de inducir al otro a otorgar su consentimiento para la suscripción del contrato.

Así, las cláusulas contenidas en los contratos por adhesión pueden ser calificadas, en muchos casos, como engañosas; es decir, dichas cláusulas pueden expresar cualidades inexistentes del producto que crean falsas expectativas en el consumidor, estipulaciones de garantía del producto cuando las mismas son difíciles de probar o reclamar, etcétera. Por tanto, el dolo debe afectar al

⁵¹ Guillermo Cabanellas, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, 25a. Ed., Tomo III, Buenos Aires, Editorial Eliasta, 1997, p.311

objeto o a la causa del contrato, requiriendo además que los engaños usados, sean tales que sin ellos la parte afectada no habría contratado.

Por lo expresado, si bien el dolo puede ser utilizado parcialmente para la protección del consumidor en algunos casos y en forma eventual mientras el país no cuente con una normativa expresa sobre el tema, el dolo no alcanza a proteger al consumidor frente a cláusulas abusivas que disponen la inversión de la carga probatoria, exención o limitación de la responsabilidad del proveedor y otras que implican un desequilibrio significativo entre los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato en perjuicio del consumidor.

3.2.4.9. ELEMENTOS DE FORMACION DEL CONTRATO: LA CAUSA.

El término *causa* a decir de Guillermo Cabanellas en su diccionario enciclopédico Derecho Usual, expresa: "Motivo que lleva o razón que inclina a hacer alguna cosa".⁵² En el mismo sentido, refiriéndose a las causa del contrato, expresa:

...existen dos órdenes de conceptos en la materia: la *razón jurídica* de contratar se encuentra en las prestaciones típicas de cada especie, completadas, variadas, aumentadas o restringidas por las cláusulas, que le dan fisonomía individual a cada convenio. Pero hay algo más en la conducta y en los actos de los hombres: la *razón personal*, y ése es el móvil para proceder.⁵³

Compramos porque nos venden, y vendemos porque nos compran; ahí está la *causa o razón jurídica*. Pero compramos o vendemos por una necesidad, conveniencia o capricho; por una *razón personal*, y ése es el móvil.⁵⁴

Así el profesor Cabanellas distingue la causa del móvil o motivo de los contratos; por ejemplo, la causa de un vendedor será recibir el dinero y al contrario, la causa del comprador será recibir el

⁵² Guillermo Cabanellas, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, 25a. Ed., Tomo II, Buenos Aires, Editorial Eliasta, 1997, p.109

⁵³ Guillermo Cabanellas, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, 25a. Ed., Tomo II, Buenos Aires, Editorial Eliasta, 1997, p.111

objeto; y, consecuentemente, el motivo del primero será el para qué necesita el dinero y el motivo del segundo será el para qué necesita dicho objeto. De lo que resulta que la causa de los contratos tiene menos variantes que el motivo, pues el último puede tener un sin fin de posibilidades, tantas cuantos contratos y personas celebren los mismos.

Pero, en la celebración siempre existen una causa y un motivo, el uno conlleva al otro.

Ahora bien, el Código Civil en su Artículo 489 bajo el nombre de causa ilícita prescribe que: "La causa es ilícita cuando es contraria al orden público o a las buenas costumbres o cuando el contrato es un medio para eludir la aplicación de una norma imperativa".

A continuación, el Artículo 430 del mismo cuerpo legal, con el nombre motivo ilícito prescribe que: "El contrato es ilícito cuando el motivo que determina la voluntad de ambos contratantes es contrario al orden público o a las buenas costumbres".

Como vemos el Código distingue la causa del motivo. No obstante, la causa contractual viene siempre acompañada de un motivo. Así, cuando una persona vende un bien, la causa será recibir el valor del bien, mientras que los motivos de la venta podrán ser los diversos empleos que se hagan de ese valor obtenido; siguiendo este razonamiento, la causa es siempre la misma, el motivo varía de un sujeto a otro.

El Código, sin dar una definición de causa, prescribe directamente la causa ilícita como aquella que es contraria al orden público o a las buenas costumbres o cuando se intenta eludir mediante el contrato la aplicación de una norma imperativa; en suma, la legalidad. Solamente es necesario que se cumpla uno de estos elementos para afirmar la ilicitud de la causa; en cambio, son necesarios todos los elementos para declarar su licitud.

A continuación se tendrá como motivo ilícito aquel que es contrario a las buenas costumbres o al orden público y aunque no lo dice, a la legalidad, adicionando que estos elementos deben existir en ambos contratantes; de lo que se infiere que el sólo motivo ilícito en uno de ellos es insuficiente para declararlo como tal.

El Artículo 543 del Código Civil, dispone que el contrato será nulo por ilicitud de la causa y por ilicitud del motivo que impulsó a las partes a celebrar el contrato.

⁵⁴ Ibidem.

3.2.4.10. LA CAUSA EN EL CODIGO CIVIL BOLIVIANO Y LA PROTECCION DEL CONSUMIDOR FRENTE A LAS CLAUSULAS ABUSIVAS CONTENIDAS EN LOS CONTRATOS POR ADHESIÓN A CONDICIONES GENERALES.

Si bien en primera instancia podemos tener la sensación de que las cláusulas abusivas contenidas en los contratos por adhesión podrían ser atacadas mediante nulidad por tener una causa engañosa, confusa, con mala fe, etcétera, esto no es así; la causa de los contratos, incluidos los motivos, no nos sirven para proteger al adherente porque la causa y el motivo ilícito perjudican por lo general a terceras personas que resultan afectadas por el contrato; en cambio los contratos por adhesión por lo general perjudican al co-contratante quien es el que se adhiere a dichos contratos y no a terceras personas.

Por lo dicho, en la formación de un contrato, la causa constituye un requisito susceptible de anular el mismo si se prueba su ilicitud; sin embargo no es útil para proteger al adherente quien no tiene en este elemento un medio de protección.

3.2.4.11. REQUISITOS DE FORMACIÓN DEL CONTRATO: EL OBJETO.

En todo contrato existe un objeto que se presenta mediante una obligación, tal obligación supone una prestación del deudor, de dar, hacer o no hacer algo o alguna cosa. En efecto, el objeto del contrato es la prestación que un deudor está obligado a cumplir a favor de su acreedor.

Dicho esto, entendemos que el Artículo 485 del Código Civil al disponer que todo contrato debe tener un objeto posible, lícito y determinado o determinable, se está refiriendo al objeto de la obligación, que es la prestación, la cual deberá cumplir con los requisitos mencionados.

No existen contratos sin objeto, luego dicho objeto debe ser posible; esto es que no tenga una imposibilidad natural o jurídica; por ejemplo no podemos comprar la luna o alquilar la soberanía del país. La licitud del objeto se refiere a prestaciones contractuales que no alteren la legalidad vigente; por ejemplo, no podrá ser objeto de los contratos atentar contra la vida, la libertad o la dignidad de las personas. El objeto de los contratos debe ser determinado o determinable; se debe entonces, especificar la clase, calidad y cantidad de los bienes o servicios contratados. Por ejemplo si alguien desea comprar un poco de arroz corriente y no especifica la cantidad y el tipo del producto que necesita, corre el riesgo de recibir grandes cantidades de arroz, de distinta especie.

El Artículo 543 del Código Civil dice que el contrato será nulo si faltan en el objeto del mismo los requisitos señalados por ley.

3.2.4.12. EL OBJETO EN EL CODIGO CIVIL BOLIVIANO Y LA PROTECCION DEL CONSUMIDOR FRENTE A LAS CLAUSULAS ABUSIVAS CONTENIDAS EN LOS CONTRATOS POR ADHESION A CONDICIONES GENERALES.

Todo contrato tiene un objeto que deberá ser posible, lícito y determinado o determinable. En resguardo del carácter lícito del objeto del contrato se prohíben por ejemplo la aplicación de intereses usurarios o que admitan anatosismo, pactos que admitan términos superiores a los fijados para el rescate en la venta, pactos de renuncia anticipada a la prescripción y otros que pueden estar presentes en los contratos por adhesión; sin embargo, son ejemplos aislados que no solucionan el problema general de las cláusulas abusivas. En consecuencia si el objeto del contrato es contrario a lo dispuesto por el ordenamiento jurídico, dicho contrato es susceptible de ser anulado; los ejemplos citados constituyen algunos de los pocos casos en los que pueden anularse los contratos por la inclusión de cláusulas abusivas en los mismos alegando objeto ilícito. No obstante debemos tomar en cuenta que para anular un contrato por objeto ilícito es necesario iniciar un proceso ordinario largo, oneroso y con gran porcentaje de incertidumbre de que el resultado del proceso sea negativo para el consumidor adherente, dado que en nuestra cultura jurídica esta muy arraigado el principio de: "El contrato es ley entre las partes".

3.2.4.13. REQUISITOS DE FORMACIÓN DEL CONTRATO: LA FORMA.

El legislador boliviano ha introducido junto a los requisitos esenciales de los contratos, la forma como requisito externo, obligatorio sólo para cierto tipo de contratos que deben ser celebrados mediante instrumento público bajo el control de los Notarios de Fé Pública, por ejemplo los contratos de donación o de anticresis.

Así, respecto al tema que nos ocupa, sería inútil legalizar la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos por adhesión por el solo hecho de que el Notario les otorgue Fé Pública y en consecuencia formalidad y solemnidad a los mismos, en el entendido de que ambas partes se comprometan a cumplir la ley del contrato, en otras palabras estaríamos desprotegiendo aún mas al

consumidor adherente que tendría que cumplir un contrato celebrado con la formalidad requerida por ley pero en el que están insertas cláusulas abusivas.

3.3. LA INTERPRETACION DE LOS CONTRATOS EN EL CODIGO CIVIL BOLIVIANO.

Gran parte de los códigos civiles y mercantiles de nuestra época han insertado como normas obligatorias para los jueces y magistrados una serie de pautas interpretativas que intentan desentrañar la verdadera intención de las partes contratantes, siempre y cuando dichos contratos se presenten con contenido obscuro, ambiguo o contradictorio.

Son los recursos de interpretación de los contratos los que han servido de protección al adherente en los contratos por adhesión en aquellos países en cuyos ordenamientos jurídicos no existen leyes que protejan al contratante débil, al adherente o al consumidor en general; en efecto, a falta de una normativa específica que intente el equilibrio entre las partes en los contratos por adhesión, los jueces, los fiscales, los abogados y litigantes han recurrido a la norma interpretativa para intentar hacer prevalecer la equidad, el equilibrio y la justicia en contratos que se presentan leoninos o abusivos, como permanentemente lo son los contratos por adhesión a condiciones generales.

Nuestro país integra el grupo de países en los cuales no existe una ley de defensa del consumidor y menos aún una normativa que se refiera a contratos por adhesión a las condiciones generales.

Para introducirnos en el tema de la interpretación de los contratos civiles comencemos por entender lo que es la interpretación; así, el profesor Guillermo Cabanellas en su Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual dice que la *interpretación* se entiende como:

La declaración, explicación o aclaración del sentido de una cosa o un texto incompleto, obscuro o dudoso. La obscuridad, la duda o la laguna legal puede encontrarse en las palabras o en el espíritu de las normas positivas, en los contratos, en los hechos, en las demandas, en las sentencias, en cualquiera de los actos o de las relaciones jurídicas; de ahí la amplitud y variedad de la *interpretación*, para aclarar la situación real o la

voluntad verdadera, que por ello mismo se considera en voces separadas e inmediatas a ésta.⁵⁵

Entonces, la interpretación no sólo es exclusiva de los actos o de los contratos, sino también de las normas o de los hechos, siempre y cuando se intente o se busque aclarar términos o textos ambiguos, oscuros o contradictorios.

Así, interpretar un contrato es llegar a comprender el verdadero contenido y alcance que quisieron otorgarle las partes contratantes; es intentar averiguar el querer de ambos contratantes que los motivó a celebrar un contrato, como dice Carlos Morales Guillen: "Interpretar un contrato, es fijar su sentido y alcance. Determinar en qué términos y hasta qué grado se obligaron las partes".⁵⁶

Comprendido el significado de la interpretación en general, veamos el carácter obligatorio en su aplicación. En efecto, cuando apenas la doctrina desarrollaba normas interpretativas, muchos jurisconsultos discutían el carácter obligatorio de las mismas en el entendido de que sólo se trataban de consejos facultativos para el juez sin que sea obligatoria su aplicación.

Superada la posición descrita, los códigos civiles, como el italiano, fuente del Código Civil Boliviano, han dispuesto articulados referidos a la interpretación contractual, asimismo la doctrina ha apoyado y enriquecido el tema; para ilustrar el mismo tomamos las palabras de Messineo, quien expresa:

Estas reglas (contenidas en los arts. 1.362 a 1.371 - se refiere al Código Civil italiano) son -como actualmente se considera, de manera indiscutida, después de haber superado la opinión que veía en ellas meros consejos, o criterios, confiados al arbitrio

⁵⁵ Guillermo Cabanellas, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, 25a. Ed., Tomo IV, Buenos Aires, Editorial Eliasta, 1997, p.472

⁵⁶ Carlos Morales Guillen, *Ob. Cit.*, p. 721

del interés en general y del juez en particular - **verdaderas normas jurídicas** coactivas, cuya observancia por tanto, es obligatoria.⁵⁷

De igual manera, el profesor Messineo divide las reglas de la interpretación en dos grupos: primero, con un criterio objetivo que intenta determinar claramente el contenido efectivo de la declaración⁵⁸ y segundo, con un criterio subjetivo que intenta averiguar la intención del sujeto o del contrato con independencia de lo establecido en este último.⁵⁹

En efecto, la tarea del juez es doble; por una parte investigar la voluntad efectiva de las partes, como el *por qué y para qué* contrataron, cuáles fueron sus motivaciones y qué pretendieron y, por otra parte investigar la inteligencia del contrato, qué es lo que realmente se ha declarado y se ha plasmado en un contrato. Como se observa, se han elaborado dos sistemas de interpretación, uno subjetivo y otro objetivo que a la vez constituyen dos escuelas de interpretación y que no son contrapuestas como podemos ver, sino más bien complementarias.

Como expresa Oscar Frerking Salas "La cuestión se sitúa y actualiza en la siguiente interrogación: En la interpretación de la voluntad es primordial y debe atenderse, en primer lugar, a la voluntad real de las partes o principal o exclusivamente a la declaración de esa voluntad?".⁶⁰

Continúa diciendo que, el primer sistema es el llamado teoría de la voluntad en el cual se intenta descubrir el verdadero significado de la intención de las partes; el segundo sistema es el llamado teoría de la declaración de la voluntad en el que importa la declaración de la voluntad plasmada en el contrato.⁶¹ Pero como dijimos, ambas teorías deben complementarse y no separarse, porque en una de ellas convive la otra y viceversa; en el contrato están expresadas las voluntades y sólo habrá que averiguar cuáles fueron las verdaderas intenciones de las partes; en este orden el

⁵⁷ Francisco Messineo, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, t. II, N° 46-1, ps. 483-84, citado por Oscar Frerking Salas, "Interpretación de los contratos. Sus nuevas normas y correlaciones" en *Estudios Jurídicos* 5, Vol. I, a cargo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Sucre, Biblioteca Jurídica, 1977, p. 127

⁵⁸ Ibidem.

⁵⁹ Francisco Messineo, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, t. II, N° 46-1, ps. 483-84, citado por Oscar Frerking Salas, "Interpretación de los contratos. Sus nuevas normas y correlaciones" en *Estudios Jurídicos* 5, Vol. I, a cargo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Sucre, Biblioteca Jurídica, 1977, p. 128

⁶⁰ Oscar Frerking Salas, "Interpretación de los contratos. Sus nuevas normas y correlaciones" en *Estudios Jurídicos* 5, Vol. I, a cargo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Sucre, Biblioteca Jurídica, 1977, p.

130

⁶¹ Oscar Frerking Salas, Ob. Cit., p. 131

contrato sin la manifestación de las voluntades no es relevante y al mismo tiempo las voluntades sin que se plasmen en un contrato tampoco son factores relevantes.

Para aclarar mejor el tema, citamos al jurisconsulto Alfredo Orgaz, quien expresa que:

Las dos teorías extremas no pueden mantenerse en toda su estrictez en una disciplina que, como el derecho, atiende tanto a las circunstancias concretas de la vida. No puede darse, por consiguiente, una regla absoluta y cualquiera que se dé exige la limitación de algunas excepciones. El pensamiento dominante en la actualidad acepta una conciliación de las teorías subjetivas y objetivas...⁶²

Claro ejemplo de lo que expresa el autor mencionado es la normativa dispuesta en el Código Civil Boliviano respecto de la interpretación de los contratos:

ARTICULO 510.- (Intención común de los contratantes).

I. En la interpretación de los contratos se debe averiguar cuál ha sido la intención común de las partes y no limitarse al sentido literal de las palabras.

II. En la determinación de la intención común de los contratantes se debe apreciar el comportamiento total de éstos y las circunstancias del contrato.

ARTICULO 511.- (Cláusulas ambiguas).

Cuando una cláusula es susceptible de diversos sentidos, se le debe dar el que puede producir algún efecto, nunca el que ninguno.

ARTICULO 514.- (Interpretación por la totalidad de las cláusulas).

Las cláusulas del contrato se interpretan las unas por medio de las otras, atribuyendo a cada una el sentido que resulta del conjunto del acto.

ARTICULO 517.- (Sentido menos gravoso; sentido que importa mayor reciprocidad).

⁶² A. Orgaz, *Hechos y actos o negocios jurídicos*, N° 33, Buenos Aires, 1963, p. 60, citado por Oscar Frerking Salas, "Interpretación de los contratos. Sus nuevas normas y correlaciones" en *Estudios Jurídicos 5*, Vol. I, a cargo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Sucre, Biblioteca Jurídica, 1977, p. 135

En caso de duda, el contrato a título gratuito debe ser interpretado en el sentido menos gravoso para el obligado y el contrato a título oneroso en el sentido que importe la armonización equitativa de las prestaciones o la mayor reciprocidad de intereses.

ARTICULO 518.- (Interpretación contra el autor de la cláusula).

Las cláusulas dispuestas por uno de los contratantes o en formularios organizados por él se interpretan, en caso de duda, a favor del otro.

Se evidencia que las normas citadas se nutren tanto de la escuela subjetiva como de la objetiva, porque mandan a averiguar la intención común de las partes y no limitarse al sentido literal de las palabras (sentido subjetivo); pero dicha intención común debe ser apreciada según el comportamiento total de estos y las circunstancias del contrato (sentido objetivo).

Como expresa Morales Guillen "La primera regla de la interpretación...es que si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, debe estarse al sentido literal de sus cláusulas".⁶³

Afirma también que: "El principio fundamental de la interpretación es *a tanto se obliga el hombre, a cuánto quiso obligarse*. En ese *a cuánto quiso* está toda la clave: la necesidad de la interpretación y la subjetividad de la misma".⁶⁴

3.3.1. LA INTERPRETACION DE LOS CONTRATOS EN EL CODIGO CIVIL BOLIVIANO Y LA PROTECCION DEL CONSUMIDOR FRENTE A LAS CLAUSULAS ABUSIVAS CONTENIDAS EN LOS CONTRATOS POR ADHESIÓN.

⁶³ Carlos Morales Guillen, Ob. Cit., p. 722

⁶⁴ Ibidem.

Lo que nos interesa saber en esta parte es, si las normas de interpretación de los contratos en general son suficientes para equilibrar las fuerzas entre el predisponente y el adherente en los contratos por adhesión a condiciones generales.

Pues bien, el Código Civil dispone que el juez al interpretar los contratos debe averiguar la intención común de las partes; esto es, averiguar la intención individual de cada una de ellas para luego entender su intención común; ahora, en dicha determinación se deberá, dice el Código Civil, apreciar el comportamiento total de éstos y las circunstancias del contrato. Cuando se aprecia el comportamiento total de los contratantes se debe averiguar la motivación que llevó a cada uno de ellos a prestar su consentimiento, asimismo el comportamiento durante y después de la celebración del contrato, pues en esta etapa se debe llegar a comprender qué quiso contratar, cómo quiso contratar y a qué condiciones se quiso obligar. También se deberá apreciar las circunstancias del contrato, esto es, la necesidad de contratar, por ejemplo, respecto de los servicios públicos; monopolios o condiciones generales uniformes en el mercado que no otorgan mas opción que aceptar o rechazar un contrato por adhesión; las circunstancias en el momento de la celebración; el poco tiempo que muchas veces se da al adherente para la suscripción del contrato; la ilegibilidad de las cláusulas sea, por la utilización de recursos técnicos propios de la naturaleza del contrato o tecnicismos jurídicos, dicha desventaja es muchas veces permanente, pues las cláusulas son solamente entendidas por quien las redactó; la posibilidad de elección del contratante, etcétera.

Como la interpretación solo es pertinente en caso de que el contrato presente un contenido oscuro, dudoso, ambiguo o contradictorio, no en todos los contratos será necesaria la interpretación; pero sucede que los contratos por adhesión a condiciones generales en su mayoría contienen cláusulas claras y precisas que no dan lugar a dudas ni a contradicción; por tanto, toda la estructura interpretativa se derrumba frente a contratos por adhesión prerredactados de forma clara y coherente y frente a los cuales no cabría interpretación judicial alguna.

Lo dicho sólo evidencia las pocas probabilidades que tiene el adherente consumidor para preservar sus derechos acudiendo a las normas de interpretación judicial.

3.4. EFECTOS DE LOS CONTRATOS.

El profesor Carlos Morales Guillen expresa:

Principio dominante del derecho moderno -a pesar de cualquier eufemismo sobre la relatividad de la autonomía de la voluntad individual en el negocio jurídico en general y en el contrato en particular- es conceder la mayor libertad a los contratantes, y, por esto mismo, la mayor eficacia a su voluntad, en todo aquello que es lícito.⁶⁵

Así, dicho principio constituye el pilar fundamental del contrato liberal clásico y del contrato liberal contemporáneo en nuestros días; de esta manera todo contrato debe ser cumplido por una obligación moral que se constituye en una garantía social y económica para los ciudadanos y sus relaciones.

El Artículo 519 del Código Civil dispone: "El contrato tiene fuerza de ley entre las partes contratantes, no puede ser disuelto sino por consentimiento mutuo o por las causas autorizadas por la ley". La norma expresa el carácter obligatorio del contrato para las partes contratantes, mientras que la segunda parte del artículo hace referencia a la disolución de los contratos, la que solo será posible por consentimiento mutuo o por las causas autorizadas por la ley, es decir aquellas disposiciones contrarias al orden público, a las buenas costumbres y a la legalidad.

3.5 LA INSUFICIENTE PROTECCION DEL CONSUMIDOR BOLIVIANO: EL CODIGO DE COMERCIO.

El Código de Comercio en Bolivia regula la problemática de los contratos por adhesión al disponer en el Artículo 817, lo siguiente:

ARTICULO 817..-(Contrato mediante formularios).

Los contratos celebrados mediante formularios se rigen por las siguientes reglas:

- 1) en caso de duda, se entiende en el sentido menos favorable para quién hubiera preparado el formulario;
- 2) cualquier renuncia de derechos solo será válida si apareciere expresa, clara y concretamente; y

3) las cláusulas mecanografiadas prevalecerán con relación a las impresas, aun cuando éstas no hubieran sido dejadas sin efecto.

Las cláusulas abusivas contenidas en los contratos por adhesión, por lo general son parte del contenido y expresan claramente su intención de perjudicar al adherente, por tanto son cláusulas que no dan lugar a duda sobre el sentido que importan; además de esto, la renuncia de derechos es clara, expresa y concreta como lo dispone la norma; sin embargo, las cláusulas abusivas sobreviven a dichas disposiciones como lo hemos explicado más ampliamente al referirnos a la interpretación de los contratos en el Código Civil; en consecuencia el Código de Comercio no brinda mayores aportes para la protección de consumidor boliviano frente a las cláusulas abusivas contenidas en los contratos por adhesión.

3.6. LA INSUFICIENTE PROTECCION DEL CONSUMIDOR BOLIVIANO: EL CODIGO PENAL.

La protección del consumidor en general debe estar dispuesta también, en normas penales con el objeto de sancionar con drasticidad a los infractores de los derechos que protejan a los consumidores.

El Código Penal en Bolivia, en el capítulo segundo referido a los delitos contra la industria y el comercio, establece preceptos para el control y la sanción de los monopolios, el fraude comercial, el desvío de clientela y otras prácticas que alteran la libertad de competencia en el mercado; si bien dichas disposiciones benefician a los consumidores de forma indirecta porque resguardan la competencia, la única disposición que puede proteger a los consumidores de las posibles cláusulas abusivas, es el Artículo 236, que dispone en su texto: "El que pusiere en venta productos industriales con nombres y señales que induzcan a engaño sobre su origen, procedencia, cantidad o calidad, será sancionado con privación de libertad de seis meses a tres años".

El precepto citado se refiere a nombres y señales que induzcan a engaño; dicho engaño podrá manifestarse en los contratos, publicidad o en las envolturas o envases de los productos; entonces podrán ser consideradas cláusulas abusivas.

⁶⁵ Carlos Morales Guillen, Ob. Cit., p. 733

A pesar del precepto citado no existen otras disposiciones que se aproximen a la defensa de los consumidores y menos aún que se refieran a los contratos por adhesión ó a las cláusulas abusivas, siendo insuficiente la actual normativa.

3.7. LA INSUFICIENTE PROTECCION DEL CONSUMIDOR BOLIVIANO: LA NORMATIVA ADMINISTRATIVA.

3.7.1. CONTEXTO GENERAL.

A partir de la implementación de La Nueva Política Económica en el país, puesta en marcha mediante los Decretos Supremos 21060, 21660, 22407 y con varias leyes promulgadas entre los años 1993 y 1997 que comenzaron la implementación del sistema político y económico neoliberal a partir de la segunda mitad de la década del ochenta en Bolivia, la desregulación de gran parte de la economía que estaba en manos del Estado y, sobre todo de sectores estratégicos que fueron capitalizados como telecomunicaciones, electricidad, agua, hidrocarburos y otros, dieron paso a la creación de Superintendencias en distintos sectores de la economía, sobre todo en aquellos en los que existía un marcado interés público y en los cuales se debería preservar, luego de la capitalización de las empresas, la función tutelar del Estado para con sus ciudadanos.

Así, se han promulgado y puesto en vigencia muchas Leyes y Decretos Supremos que crean Superintendencias en distintos sectores; veamos que recursos jurídicos nos proporciona dicha normativa para la protección de los consumidores en general y respecto de las cláusulas abusivas en particular.

3.7.2. SISTEMA DE REGULACION SECTORIAL (SIRESE).

La Ley N° 1600 de 28 de octubre de 1994, crea el Sistema de Regulación Sectorial (SIRESE) que regula, controla y supervisa las actividades de los sectores de telecomunicaciones, electricidad, hidrocarburos, transportes, aguas y otros. Vela porque los usuarios, empresas y demás entidades reguladas puedan acceder a éstos servicios y gocen de la protección prevista por la Ley en forma efectiva.

El SIRESE es parte del poder ejecutivo; bajo la tuición del Ministerio de Hacienda y Desarrollo Económico, está regido por la Superintendencia General y las Superintendencias Sectoriales que tienen su domicilio principal en la ciudad de La Paz.

El reglamento del SIRESE establece que la jurisdicción administrativa de las superintendencias general y sectoriales es de carácter nacional.

Entre algunas de las funciones encomendadas al Superintendente General, está la de conocer y resolver Resoluciones de los Superintendentes Sectoriales de acuerdo a la presente Ley, a las normas sectoriales legales y a las normas procesales aplicables.

Entre las atribuciones de las Superintendencias Sectoriales están la de *promover la competencia y la eficiencia* en las actividades de los sectores regulados por el SIRESE e investigar posibles conductas monopólicas, anticompetitivas y discriminatorias en las empresas y entidades que operan en dichos sectores, cuando considere que pueden ir en contra del *interés público*; *vigilar la correcta prestación de los servicios* por parte de las empresas y entidades bajo su jurisdicción reguladora y el cumplimiento de sus obligaciones contractuales; *aprobar y publicar precios y tarifas* de acuerdo a las normas legales sectoriales, vigilando su correcta aplicación y asegurando que la información sustentatoria esté disponible para conocimiento de personas interesadas; aplicar sanciones en los casos previstos por las normas legales sectoriales y por los contratos de concesión y licencia; *conocer y procesar las denuncias y reclamos* presentados por los usuarios, las empresas y entidades reguladas y los órganos competentes del Estado, con relación a las actividades bajo jurisdicción del SIRESE; conocer y resolver en primera instancia los recursos de revocatoria que le sean presentados de acuerdo con la presente Ley, las normas legales sectoriales y las normas procesales aplicables; requerir la información necesaria de las empresas sujetas a regulación en su sector.

Además, se dispone que las Superintendencias Sectoriales deben vigilar la correcta prestación de los servicios, aprobar y publicar precios y tarifas, conocer y procesar las denuncias y reclamos que presenten los usuarios.

La Ley de Electricidad, por su parte, dispone que la superintendencia del sector debe proteger los derechos de los consumidores y asegurar su defensa. Con este propósito funciona una Oficina del Consumidor (ODECO) tanto en la Superintendencia de Electricidad como en las empresas distribuidoras, y existen líneas telefónicas gratuitas para atender denuncias y reclamos; si los reclamos son formulados por escrito, deberá utilizarse el formulario VARD-04.

Respecto a las dependencias de las Superintendencias Sectoriales, el Reglamento de la Ley SIRESE, dispone que dichas Superintendencias podrán establecer oficinas regionales, las cuales tendrán las siguientes funciones: *recibir solicitudes, reclamaciones, denuncias y recursos*, debiendo remitirlos a conocimiento del Superintendente Sectorial, sin demoras injustificadas; *ofrecer información disponible al público* sobre las actividades de la respectiva Superintendencia Sectorial.

Las concesiones de servicios públicos y las licencias se otorgan mediante Resolución Administrativa y a nombre del Estado por el respectivo Superintendente Sectorial; dichas resoluciones podrán ser impugnadas por personas naturales o jurídicas, inclusive por los órganos competentes del Estado cuando demuestren razonablemente que han sido perjudicados en sus intereses legítimos o en sus derechos.

El título V de la Ley del SIRESE, *norma las conductas antimonopólicas y las políticas de defensa de la competencia*, disponiendo que salvo por lo dispuesto por las normas sectoriales respectivas, los sectores controlados por el SIRESE, adecuarán sus actividades a principios que garanticen la libre competencia, evitando actos que la impidan, restrinjan o distorsionen, por medio de la fijación conjunta, directa o indirecta de precios; el establecimiento de limitaciones, repartición o el control de la producción, los mercados, fuentes de aprovisionamiento o las inversiones; o el desarrollo de otras prácticas anticompetitivas similares.

El Reglamento de la Ley SIRESE, a su vez se refiere a las disposiciones antimonopólicas y de defensa de la competencia, disponiendo que cualquier persona, empresa o entidad puede presentar su consulta para obtener un pronunciamiento del Superintendente Sectorial con relación a: a) Un convenio, contrato, decisiones o prácticas concertadas que en caso de ser ejecutadas, podrán constituir una distorsión de la libre competencia b) Una fusión que, en caso de ser ejecutada, podría constituir una distorsión de la libre competencia.

Asimismo, queda *prohibido realizar prácticas abusivas* que tuvieran el propósito o efecto de *perjudicar a sus competidores, clientes y usuarios*, conduciendo a situaciones anticompetitivas en la concurrencia a uno o más mercados. Dichas prácticas abusivas podrán consistir en la imposición directa o indirecta de precios de compra o de venta y otras condiciones comerciales no equitativas; la limitación de la producción, de las fuentes de aprovisionamiento, de los mercados, o del desarrollo

técnico, en perjuicio de los consumidores; la aplicación de condiciones desiguales para operaciones equivalentes, que signifiquen para los clientes y usuarios una situación de desventaja; subordinar la suscripción de contratos a la aceptación por la contraparte de obligaciones adicionales que, por su naturaleza, o según las prácticas comerciales, no sean inherentes al objeto de dichos contratos; exigir que quien solicite la provisión de un servicio regulado, asuma la condición de socio o accionista.

Se dispone la prohibición de fusiones cuando tengan como efecto establecer, promover y consolidar una posición dominante en un mercado específico. Se entiende por posición dominante cuando una empresa o entidad como oferente o demandante es la única dentro del mercado, o cuando sin ser la única, no está expuesta a una competencia sustancial en el mismo. Los convenios, contratos y acuerdos que infrinjan éstas disposiciones son nulos de pleno derecho. Las sanciones a estas infracciones, serán de acuerdo a las normas legales sectoriales.

El Título VI referido a impugnaciones y recursos establece que las Resoluciones pronunciadas por los Superintendentes Sectoriales podrán ser impugnadas por cualquier persona natural o jurídica, o los órganos competentes del Estado, interponiendo recurso de revocatoria ante la misma Superintendencia Sectorial. Los recursos interpuestos contra éstas resoluciones tienen efecto devolutivo.

Frente a Resoluciones denegatorias o contrarias a los intereses de las partes, podrá ser presentado el recurso jerárquico, el cual se pronunciará mediante Resolución Administrativa, la misma que agota esta vía, quedando expedita la jurisdiccional contenciosa.

3.7.3. SISTEMA DE REGULACION FINANCIERA (SIREFI).

La Ley de Pensiones N° 1732 de 29 de noviembre de 1996, modifica la Ley de Bancos y Entidades Financieras y crea el Sistema de Regulación Sectorial SIREFI, cuyo objetivo es regular, controlar y supervisar las actividades, personas y entidades relacionadas con el seguro social obligatorio de largo plazo, bancos y entidades financieras, entidades aseguradoras y reaseguradoras y del mercado de valores en el ámbito de su competencia. Se encuentra bajo tuición del Ministerio de Hacienda y Desarrollo Económico y a la vez, regido por la Superintendencia General.

Posteriormente, el SIREFI es reglamentado por la Ley de Propiedad y Crédito Popular, en la cual se dispone que dicha institución está conformada por la Superintendencia de Recursos

Jerárquicos del SIREFI (SRJ); la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras (SBEF) normada por la ley de Bancos y Entidades Financieras; y, la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros (SPVS) creada por la ley de pensiones, como órganos autárquicos y personas jurídicas de derecho público con jurisdicción nacional.

Se crea la Superintendencia de pensiones, valores y seguros, fusionando a las ya existentes Superintendencias de Pensiones, Valores y Seguros, como órgano autárquico y persona jurídica de derecho público, con autonomía de gestión técnica y administrativa y jurisdicción nacional, bajo la tuición del Ministerio de Hacienda.

El Superintendente asignará funciones de carácter técnico y legal a los Intendentes de Pensiones, Valores y Seguros respectivamente, quienes las ejercerán con autonomía en el ámbito de sus competencias departamentales.

La Superintendencia General del SIREFI creada por la ley de Pensiones se transforma en la Superintendencia de Recursos Jerárquicos del SIREFI (SRJ), como órgano autárquico y persona jurídica de derecho público, con las atribuciones que le otorga la presente ley. La SRJ estará a cargo de un superintendente al que se le aplicará las disposiciones sobre nombramiento, estabilidad, requisitos, y prohibiciones establecidos en la ley SIRESE. El Superintendente de Recursos Jerárquicos será nombrado por un periodo de 8 años y gozará de caso de corte.

Entre sus atribuciones están las de conocer y resolver los recursos jerárquicos contra las resoluciones del Superintendente de Bancos y Entidades Financieras y del Superintendente de Pensiones, Valores y Seguros, excepto las que se refieren a la liquidación forzosa de las entidades sujetas a supervisión de la SBEF y la SPVS.

Por otra parte, son aplicables a los órganos que forman el SIREFI las disposiciones sobre recursos de revocatoria y jerárquicos determinados en la ley SIRESE. Excepto disposición legal en contrario, los recursos interpuestos contra las resoluciones del Superintendente de Bancos y Entidades Financieras y del Superintendente de Pensiones, Valores y Seguros, tendrán efecto devolutivo.

3.7.4. LEY DE SEGUROS.

La Ley de Seguros vigente N° 1883 de 25 de junio de 1998, establece dentro de su ámbito de aplicación, la protección a los asegurados, tomadores y beneficiarios de seguros; los objetivos perseguidos por la Ley son los de establecer los *principios de equidad y seguridad jurídica* para la protección a los *asegurados, tomadores y beneficiarios* del seguro. Cabe preguntarnos en éste punto, si las disposiciones en estudio cumplen con el primer objetivo mencionado, es decir, la ausencia de abuso del derecho por una de las partes en detrimento de la otra; en otras palabras, la sensación de que cada uno esté plenamente conforme con los derechos que adquiere y con las obligaciones a las que se somete, que supone para las partes la sensación de igualdad jurídica, aunque no económica. El principio de seguridad jurídica no sólo se refiere, a nuestro criterio, a contar con normas positivas en materia de seguros, sino también, a que estas normas sean el reflejo de las relaciones entre aseguradores y asegurados y, que además, protejan los intereses de ambas partes para alcanzar la equidad entre ellas. Particularmente la normativa de seguros debe complementarse con disposiciones que protejan al asegurado en la parte débil del contrato de seguro, prohibiendo el uso de cláusulas abusivas, ininteligibles, ambiguas, oscuras, con tecnicismos jurídicos o propias de su naturaleza, invocando disposiciones aisladas y ausentes expresamente en el contrato, etcétera; sólo así podremos acercarnos a la equidad entre los contratantes por medio de la seguridad jurídica.

Respecto a la protección a los asegurados, tomadores y beneficiarios del seguro se dispone que la equidad entre aseguradores y asegurados se concreta en la regulación del contrato de seguro por la Superintendencia General; disponiendo como nulas las estipulaciones que supongan renuncia de los derechos bilaterales previstos en el Código Civil, Código de Comercio y otras disposiciones; las cláusulas que permitan modificar unilateralmente las condiciones del contrato; las condiciones discriminatorias u otras que pongan en indefensión al asegurado. Asimismo, la Ley, garantiza la protección jurídica disponiendo que la oferta de productos y servicios, estará de acuerdo a las condiciones publicitadas tanto en el precio, la naturaleza, condiciones, etcétera, sin poder salir de estos márgenes en detrimento de los intereses de los asegurados; *el contrato en caso de duda, discrepancia o ambigüedad será interpretado a favor del asegurado*; las cláusulas que subordinen el contrato de seguro a la aceptación de otros productos o servicios, son ineficaces.

Las características de la información que deben prestar las empresas aseguradoras a los asegurados y a los no asegurados mediante la publicidad de sus productos o servicios no deben inducir a confusión o engaño, debiendo ser fácilmente comprensibles para el público en general. La publicidad deberá ser clara y legible para el ciudadano común, sin tecnicismos complicados, sin disposiciones no expresadas en el contrato y sobre todo, veraz y suficiente, de manera que no signifique más que leer, explicar y entender, de modo que el consentimiento del asegurado sea el resultado de la comprensión cabal del contrato en todas sus cláusulas. Sin embargo, el control de los contratos con condiciones generales por la Superintendencia no supone que tengan carácter irrevocable, al contrario dichas cláusulas aprobadas pueden tener carácter abusivo para el consumidor o usuario y podrán ser anuladas en la jurisdicción ordinaria.

De igual manera es obligación de las entidades aseguradoras promover el desarrollo de una mayor capacidad, racionalidad -entendimiento de las condiciones- y transparencia en las decisiones para la compra de seguros y, que estas decisiones estén fundadas en el precio y la calidad de los productos. Deberán difundir el conocimiento de normas, acciones e instituciones del sector y precautelarán de los riesgos derivados a los asegurados. Las últimas acciones son de carácter informativo a la población en general.

Para la solución de controversias de hecho sobre las características técnicas de un seguro, se recurre en primera instancia al peritaje; si persiste la discrepancia, se acude al arbitraje. De igual manera, para la solución de controversias de derecho referidas a la naturaleza y alcance del contrato, se recurre a la vía del arbitraje sin recurso ulterior.

La Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros es el ente controlador y fiscalizador tanto de las personas como de las entidades que contratan con seguros. Las funciones y objetivos de la Superintendencia son: proteger a los asegurados, tomadores y beneficiarios del seguro; supervisar la transparencia en la publicidad. Entre sus atribuciones están la de supervisar las actividades, pólizas de seguros y los contratos en general.

3.7.5. SISTEMAS DE CONTROL DE CALIDAD: SISTEMA BOLIVIANO DE NORMALIZACION, METROLOGIA, ACREDITACION Y CERTIFICACION.

Se crea el Sistema Boliviano de Normalización, Metrología, Acreditación y Certificación por Decreto Supremo N° 24498 de 17 de febrero de 1.997, con los siguientes objetivos, según lo dispone el Artículo 1 de dicho cuerpo legal:

- a) Promover en los mercados la calidad y la competitividad del sector productivo o importador de productos y servicios, fortalecer la capacidad exportadora y promover la inversión.
- b) Coadyuvar con las entidades competentes para garantizar la seguridad y la salud de la vida humana, animal y vegetal, la protección del medio ambiente y la protección de los intereses del consumidor.
- c) Organizar y establecer las directrices operativas para las actividades de normalización, metrología, acreditación, ensayos, certificación y todos los aspectos relacionados a la calidad de productos, procesos y servicios.

El presente Decreto Supremo crea el Consejo Nacional de la Calidad, que tiene como objetivo dirigir las actividades de normalización, metrología, acreditación y certificación; y, todas aquellas actividades que estén vinculadas a la calidad de productos, procesos y servicios en el país, de acuerdo al plan estratégico del Gobierno, al desarrollo del sector privado y a los intereses del consumidor.

Es importante la puesta en vigencia de la presente normativa para la protección de los intereses de los consumidores porque se busca una mejor calidad, tanto en productos nacionales como importados; por otra parte se crean mecanismos de control de calidad a los cuales el consumidor puede acudir en caso de que los productos o servicios que circulan en el mercado pongan en riesgo su salud o su vida.

A pesar de que la presente normativa está en plena vigencia, todavía no se tiene un cabal conocimiento de su existencia y el consumidor se siente desprotegido en los aspectos de control de calidad. Las razones son diversas: primero, que no existe en el país una cultura del reclamo y segundo, porque las instituciones creadas y las normas puestas en vigencia no tienen la suficiente

publicidad para su conocimiento; y, tampoco su aplicación es inmediata en todos sus alcances, ya sea por falta de infraestructura, de personal calificado o porque los medios procedimentales creados son lentos, onerosos y confusos. Por lo dicho, si bien la normativa en estudio está vigente, todavía existe un gran margen de distancia entre el consumidor y el efectivo control de calidad que proteja su salud.

3.8. LA INSUFICIENTE PROTECCION DEL CONSUMIDOR BOLIVIANO: NECESIDAD DE PROMULGAR UNA LEY DE DEFENSA Y PROTECCION DE LOS DERECHOS DEL CONSUMIDOR.

De la revisión de Códigos, Leyes y Decretos Supremos, se evidencia la ausencia de una efectiva protección de los consumidores. La realidad actual, provoca una situación de inseguridad jurídica que nos impulsa a elaborar los principales lineamientos para la protección de los consumidores frente a las cláusulas abusivas contenidas en los contratos por adhesión a condiciones generales que contribuyan a una futura ley de defensa y protección de los derechos de los consumidores en el país.

CAPITULO IV

PROPUESTA TEORICA Y NORMATIVA PARA LA DEFENSA Y PROTECCION DE LOS CONSUMIDORES FRENTE A LAS CLAUSULAS ABUSIVAS CONTENIDAS EN LOS CONTRATOS POR ADHESION.

4.1. MODELO ADMINISTRATIVO PARA LA DEFENSA Y PROTECCION DE LOS CONSUMIDORES FRENTE A LAS CLAUSULAS ABUSIVAS CONTENIDAS EN LOS CONTRATOS POR ADHESION.

4.1.1. GENERALIDADES.

La nueva política económica neoliberal aplicada a partir de 1985 mediante el Decreto Supremo 21060, ha generado hasta nuestros días, cambios en la estructura organizativa tanto en el ámbito público como privado. Medidas como la capitalización de empresas públicas, la descentralización administrativa, la participación popular, la nueva Ley de Pensiones, etcétera, han generado un nuevo organigrama administrativo para el control de muchas actividades que antes estaban en manos públicas. Hoy, están funcionando Superintendencias en sectores de interés público y a la vez estratégico para el desarrollo económico del país; así, sectores como electricidad, aguas, telecomunicaciones, hidrocarburos están agrupados en la Superintendencias del SIRESE, por otra parte, el sector bancario tiene su propia Superintendencia; de igual manera, el sector de seguros, pensiones y valores están regidos por una misma Superintendencia; todas ellas son el resultado del control que el Estado y la sociedad realizan de las actividades antes mencionadas.

Ahora bien, al proponer un modelo administrativo de defensa del consumidor, nos proponemos aliviar en parte la carga de trabajo que existe en nuestros tribunales de justicia y aquella que pueda existir a partir de la vigencia de una eventual ley de defensa del consumidor, considerando que el consumidor es actualmente el sujeto jurídico y económico más vulnerable en el mercado boliviano, por la falta de protección a sus derechos y porque aún no tiene una real conciencia de su importancia en el mercado.

Nuestra intención es la de elaborar un modelo administrativo teórico y práctico que tenga legitimidad popular más que política; me explico: las autoridades de mayor jerarquía que existen en el país dentro de las Superintendencias, son nombradas por el poder ejecutivo y dependen prácticamente del mismo, resultando una suerte de dependencia excesiva de las autoridades y de los órganos dependientes.

Creemos necesario cortar el vínculo excesivo entre el poder ejecutivo y los órganos de supervisión y control administrativos, eliminando en lo posible la existencia de órganos politizados y burocráticos que sólo practican una forma de clientelismo político y partidista muy arraigada en nuestra cultura.

Por otra parte, el consumidor debe tener la posibilidad de acceder a órganos que estén a su alcance para formular sus reclamos y demandas que estén en lo posible en sus barrios, en las ciudades y en sus provincias o cantones, hay que otorgarle al consumidor los instrumentos necesarios para hacer efectivos sus derechos.

4.1.2. CONTROL PREVIO ADMINISTRATIVO DE LAS CLAUSULAS ABUSIVAS PARA EL CONSUMIDOR CONTENIDAS EN LOS CONTRATOS POR ADHESIÓN A CONDICIONES GENERALES.

Se hace necesario crear mecanismos de control previo de los contratos por adhesión a condiciones generales que contengan cláusulas abusivas para el consumidor en Bolivia; para dicho objetivo, se necesita la creación de un órgano administrativo para la defensa y protección de los consumidores, cuyas atribuciones entre otras deberán ser: la revisión y rectificación, previas a su empleo, de las cláusulas abusivas contenidas en los contratos por adhesión y similares.

El sistema planteado previene la aplicación de contratos por adhesión a condiciones generales, disminuyendo la gran cantidad de litigios que pueden presentarse por estas causas.

A continuación se describe el sistema propuesto.

4.1.3. CREACIÓN DE UN ORGANO ADMINISTRATIVO.

Proponemos la creación de un órgano administrativo que goce de autonomía, personalidad de derecho público y jurisdicción nacional. Dicho órgano será denominado: Instituto Nacional de Defensa del Consumidor (INDECON) y será competente para dar cumplimiento, en la vía administrativa, a las

disposiciones establecidas en la Ley de Defensa del Consumidor; su principal tarea será la de difundir los derechos, deberes y obligaciones tanto de consumidores como de proveedores en el mercado; investigar y sancionar por la vía administrativa de oficio o a instancia de parte interesada, los actos contrarios a la ley.

El INDECON estará bajo la tuición del Ministerio de Desarrollo Sostenible y Planificación, pues la función primordial de dicho Ministerio es la de elaborar planes, programas y procesos de interés social, mediante los cuales se satisfacen las necesidades de la actual generación, sin poner en riesgo la satisfacción de necesidades de las generaciones futuras.

El Ministerio de Desarrollo Sostenible y Planificación incluirá en su estructura organizativa al INDECON con el objeto de hacer compatibles los programas de desarrollo sostenible con la defensa y protección del consumidor, sin que esto importe intromisión en las decisiones del INDECON o de alguna manera altere su autonomía funcional.

El INDECON tendrá su domicilio legal en la ciudad de La Paz y estará integrado por el Instituto Nacional de Defensa del Consumidor, los Institutos Departamentales y las oficinas departamentales dependientes de los últimos.

El INDECON tendrá como principal fuente presupuestaria una asignación del Tesoro General de la Nación.

4.1.4. ORGANOS DEL INDECON: EL INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR.

El INDECON estará compuesto por el Instituto Nacional de Defensa del Consumidor , integrado a su vez por 3 personas: la primera, que como representante del órgano ejecutivo será designada por el Presidente de la República; la segunda, será un representante de la Confederación de Empresarios Privados de Bolivia; la tercera, será un representante de las Organizaciones Territoriales de Base o de las Defensorías del Consumidor, elegida en un Congreso Nacional de representantes departamentales de las mismas. De esta manera el Instituto Nacional que es el organismo funcional de decisión y representación del INDECON, estará compuesto, en su máxima instancia, por dos personas libremente elegidas de sus bases y un representante gubernamental designado por el poder ejecutivo; así se corta, en gran parte, el clientelismo político y la excesiva intromisión del poder ejecutivo en el funcionamiento de dicho órgano.

El Instituto Nacional tendrá como funciones principales, además de otras, el conocimiento y resolución, en segunda y última instancia administrativa, de los procedimientos de defensa del consumidor; la adopción de medidas correctivas y sanciones a los infractores de la ley; la educación, publicación y difusión de los deberes, derechos y obligaciones, tanto de consumidores como de proveedores; llevará un registro de las Asociaciones de Consumidores legalmente autorizadas y de las Organizaciones Territoriales de Base en coordinación con los gobiernos municipales.

Las resoluciones del Instituto Nacional serán tomadas por un mínimo de dos votos favorables de sus miembros.

4.1.5. ORGANOS DEL INDECON: LOS INSTITUTOS DEPARTAMENTALES DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR.

Los Institutos Departamentales de defensa del consumidor estarán integrados por 3 personas: la primera, elegida por el Instituto Nacional, de terna propuesta por los Institutos Departamentales; la segunda, será un representante de la Confederación de Empresarios Privados de cada departamento; la tercera, será un representante de las Organizaciones Territoriales de Base o de las Defensorías del Consumidor, elegida en un Congreso Departamental de representantes de las mismas.

En el proceso de creación de los órganos del INDECON, la terna propuesta por los Institutos Departamentales será elaborada por los Prefectos de cada departamento, por primera y única vez.

Cada Instituto Departamental tendrá como funciones principales: el conocimiento y resolución en primera instancia administrativa de los procedimientos de defensa del consumidor; la adopción de medidas correctivas y sanciones a los infractores de la ley; la educación, publicación y difusión de los deberes, derechos y obligaciones tanto de consumidores como de proveedores; llevar un Registro Departamental de las asociaciones de consumidores legalmente autorizadas y de las Organizaciones Territoriales de Base en coordinación con su Gobierno Municipal; todo ello, entre otras funciones.

Las resoluciones de los Institutos Departamentales serán tomadas por un mínimo de dos votos favorables de sus miembros.

Cada Instituto Departamental contará con una Secretaría Técnica.

4.1.6. ORGANOS DEL INDECON: LA SECRETARIA TECNICA.

Cada Instituto Departamental deberá contar con una Secretaría Técnica, encargada principalmente de la investigación de denuncias y demandas presentadas a las dependencias de cada Instituto, a fin de acumular los suficientes elementos de juicio necesarios para emitir resoluciones. La investigación y el material probatorio acumulado, serán determinantes para la resolución final, sobre todo en aquellos casos en que los institutos actúen de oficio o por denuncia ante sus dependencias.

4.1.7. LAS ASOCIACIONES DE CONSUMIDORES Y LAS ORGANIZACIONES TERRITORIALES DE BASE.

En nuestro país no existe una conciencia individual ni colectiva respecto de los derechos, deberes y obligaciones de que son sujetos consumidores y proveedores, por una serie de factores, entre los cuales están:

- a) la falta de una ley expresa que proteja a los consumidores;
- b) la ausencia total de la difusión de los derechos fundamentales, como son el derecho a la vida, salud y dignidad que nuestra Constitución reconoce y que pueden ser utilizados en la defensa del consumidor actualmente;
- c) no existe una cultura del reclamo; el ciudadano boliviano ha perdido la credibilidad en sus instituciones; la excesiva politización de dichas instituciones públicas, incluido el Poder Judicial en su conjunto, crean en el ciudadano una inseguridad que se traduce en un sentimiento de desprotección de sus derechos;
- d) los procedimientos son largos y onerosos para los litigantes; antes de iniciar un proceso por una causa justa, primero se considera el gasto que ocasionaría el litigio y el tiempo excesivamente largo para que la responsabilidad en su caso sea satisfecha.

Con la organización de consumidores en asociaciones se otorga al consumidor una instancia de asesoramiento en materia de consumo, un mecanismo para la denuncia y el reclamo cuando los derechos son vulnerados, un órgano de difusión y educación de los derechos.

Por otra parte es conveniente otorgar a las Organizaciones Territoriales de Base (OTB) las mismas finalidades conferidas a las asociaciones de consumidores; por tanto, se les otorga el mismo papel para la defensa del consumidor, por las ventajas que dicha institución acarrea. Una de la

ventajas más importantes, la encontramos en la composición de las Organizaciones Territoriales de Base que como su nombre lo dice, están integradas por ciudadanos de base sin demasiado compromiso político partidista o comercial; las OTB, como sujetos de la Participación Popular en Bolivia, tienen personalidad jurídica reconocida y están facultadas para la defensa de los ciudadanos. Otra ventaja es el fácil acceso por parte del consumidor para formular un reclamo o una denuncia ante la OTB de su pueblo indígena, comunidad campesina o junta vecinal. Con la introducción de las OTB se democratiza y populariza en mayor medida la defensa de los consumidores.

En el mismo sentido, se vuelve imprescindible el reconocimiento Constitucional de los derechos colectivos para que las instituciones que nos ocupan, representen no sólo a sus integrantes de forma individual sino como un interés colectivo y puedan accionar colectivamente ante las instancias establecidas por el ordenamiento jurídico nacional.

4.1.7.1. LAS ASOCIACIONES DE CONSUMIDORES.

Las Asociaciones de Consumidores son organizaciones constituidas por personas naturales o jurídicas, independientes de todo interés económico, comercial o político y cuyo objeto es la defensa y protección de los derechos de los consumidores. El consumidor a través de su respectiva Asociación, tiene derecho a accionar en forma individual o colectiva cuando resultan afectados o amenazados sus derechos.

Las finalidades de las asociaciones de consumidores deberán, ser entre otras, las siguientes: velar por el fiel cumplimiento de las leyes, decretos y resoluciones dictadas para proteger al consumidor; promover y proteger los derechos de los consumidores ante las autoridades jurisdiccionales o administrativas, mediante el ejercicio de las acciones reconocidas por el ordenamiento jurídico nacional; representar los intereses de los consumidores ante las autoridades de gobierno, o ante los proveedores; realizar programas de difusión, capacitación y orientación de los derechos de los consumidores; recibir reclamaciones de consumidores y promover soluciones amigables entre ellos y los responsables del reclamo; asesorar a los consumidores sobre el consumo de bienes y/o uso de servicios, precios, condiciones de compra, calidad y otras materias de interés.

Las Asociaciones de Consumidores, para poder ser sujetos de los derechos y obligaciones que el ordenamiento jurídico les reconoce, deberán ser legalmente autorizadas y reconocidas por el INDECON.

4.1.7.2. LAS ORGANIZACIONES TERRITORIALES DE BASE (OTB).

La Ley de Participación Popular N° 1551 de 20 de abril de 1994, dispone que son sujetos de La Participación Popular las Organizaciones Territoriales de Base, expresadas en las comunidades campesinas, pueblos indígenas y juntas vecinales, organizadas según sus usos, costumbres o disposiciones estatutarias. Más adelante, dispone que se reconoce como representantes de las Organizaciones Territoriales de Base a los hombres y mujeres, Capitanes, Jilacatas, Curacas, Mallcus, Secretarios y Generales y otros designados según costumbres y disposiciones estatutarias.

Las OTB cuentan con personalidad jurídica reconocida y tendrán las mismas finalidades y atribuciones previstas para la Asociaciones de Consumidores.

4.1.8. DERECHO DE RETRACTO.

En el tráfico jurídico negocial, existen contratos por adhesión que presentan características singulares, como son los contratos entre no presentes; por ejemplo, las ventas por correspondencia, medios electrónicos, la venta domiciliaria o similares en las cuales los bienes o servicios que son objeto del contrato no son palpados, observados o sometidos a prueba por las partes. Dichos contratos son utilizados de forma masiva en nuestros días por la facilidad, comodidad y rapidez para ofertarlos mediante anuncios publicitarios en los medios de comunicación o mediante el llamado comercio electrónico en la red Internet.

En los casos mencionados, el consumidor muchas veces se siente defraudado en el momento en que el producto llega a sus manos; y, por tanto, tiene derecho a dejar sin efecto una venta o enajenación que no cumpla con las características y cualidades mencionadas en la publicidad, las garantías ofrecidas, etcétera, por ser consideradas como condiciones que inducen a engaño o equivocación al mismo; en tal caso, el consumidor debe poner la cosa a disposición del vendedor y los gastos de devolución serán por cuenta de este último.

La mayoría de los contratos mencionados son celebrados mediante contratos por adhesión a condiciones generales en los que, además de la indefensión que ya de por sí implican frente a dichos contratos, se suman las desventajas mencionadas que aumentan la indefensión del consumidor.

En los casos mencionados y otros similares, se faculta al consumidor el derecho a retractarse dentro del plazo de cinco días, contados desde la firma del contrato o desde la recepción del producto o servicio.

El vendedor tiene la obligación de informar por escrito al consumidor del derecho que le asiste.

4.1.9. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.

El INDECON es competente para conocer del procedimiento administrativo a través del Instituto Nacional de Defensa del Consumidor y de los Institutos Departamentales respectivamente. El procedimiento podrá comenzar de oficio o por denuncia de cualquier persona que sienta afectados los derechos propios o los ajenos; interpuesta la denuncia, la Secretaría Técnica tendrá un plazo de tres días hábiles para admitirla y dictar, al mismo tiempo, el Auto Inicial de Investigación. Así, con la denuncia y el Auto Inicial de la Investigación, deberá citarse personalmente al presunto responsable; las demás notificaciones se las hará conocer mediante cédula en las dependencias de los Institutos Departamentales.

El procedimiento de la investigación tendrá una duración de diez días hábiles, siempre y cuando existan posiciones contradictorias entre las partes y no existan los suficientes elementos de convicción para dictar resolución; caso contrario, deberá dictarse resolución dentro del plazo de cinco días hábiles. El plazo para la admisión de prueba podrá ser prorrogado en casos excepcionales por diez días más. Durante la investigación, las partes podrán presentar las pruebas de cargo y descargo que estimen necesarias y podrán participar del mismo de forma personal, por apoderado o asistidos por abogado. Los Institutos Departamentales deberán, además de las pruebas presentadas, ampliar las pruebas de oficio que estimen convenientes; para este efecto podrán requerir documentación a instituciones privadas o públicas; solicitar informes a las mismas; disponer la realización de inspecciones y pericias; requerir el auxilio de la fuerza pública, etcétera, en caso de que los presuntos responsables no comparecieran en la forma prevista y en la fecha y hora fijadas en la citación o no presentaran la documentación solicitada, se tendrán por ciertos los hechos denunciados o

investigados si se recurre de oficio, imponiéndoles una multa entre diez y cincuenta salarios mínimos; dicha multa será independiente de la sanción que podrá aplicarse por los actos denunciados o investigados. Concluida la investigación deberá ser elaborado un informe en conclusiones, el cual deberá contener las responsabilidades del caso y una recomendación de las medidas a tomarse; dicho informe podrá ser impugnado por las partes dentro del plazo de cinco días hábiles a partir de su notificación. Terminado el procedimiento el Instituto Departamental deberá dictar resolución en el plazo de cinco días hábiles. La resolución podrá imponer las siguientes sanciones:

- a) rectificación y contrapropaganda;
- b) multa del triple de la ganancia ilegal obtenida o que hubiera obtenido el infractor;
- c) destrucción de mercaderías, envolturas, envases, embalajes, empaques, material impreso, etiquetas o publicidad;
- d) prohibición de venta de producto o prestación del servicio;
- e) clausura del establecimiento o suspensión del servicio por un plazo mínimo de quince días.

En todos los casos se dispondrá la publicación de la resolución condenatoria a costa del infractor en el diario de mayor circulación de la jurisdicción donde se cometió la infracción. Las personas que presenten denuncias maliciosas serán pasibles a la sanción dispuesta en el inciso b) sin perjuicio de la acción civil o penal que corresponda.

Las acciones administrativas prescriben en el término de tres años, computables a partir de la comisión de las infracciones o a partir de la última actuación procesal. La prescripción se interrumpe por el inicio de las acciones procesales antes del vencimiento de los 3 años o por la comisión de nuevos actos contrarios a la presente ley.

En cualquier momento la Secretaría Técnica podrá solicitar al Instituto Departamental el cese de la actividad que se presume ilícita como medida precautoria.

Aquella persona o institución que se sienta perjudicada con la resolución podrá presentar el recurso de apelación en el plazo de diez días, siguientes a su notificación, ante el mismo Instituto Departamental, el cual la admitirá y dispondrá la remisión de los originales ante el Instituto Nacional de Defensa del Consumidor en el término de veinticuatro horas; el recurso será admitido en efecto devolutivo.

Recibido el expediente, el Instituto Nacional deberá dictar resolución en el plazo de diez días hábiles, con lo que termina el procedimiento administrativo. Con la Resolución del Instituto Nacional terminará el procedimiento administrativo, quedando expedita la vía jurisdiccional contenciosa-administrativa conforme a ley.

Sin perjuicio de lo dispuesto, el consumidor podrá iniciar la acción civil cuando sus intereses resulten afectados o amenazados. Si es perjudicado el consumidor, la acción corresponderá al mismo consumidor, a las Asociaciones de Consumidores con personalidad jurídica reconocida, a las Organizaciones Territoriales de Base, al Instituto Nacional del Consumidor y a los Institutos Departamentales. Se aplicarán las normas del Proceso Ordinario de hecho o de puro derecho según corresponda el caso para la defensa del consumidor.

Si se instaura acción penal por actos derivados del consumo, lo actuado en el procedimiento administrativo, servirá como prueba documental preconstituida.

4.1.10. DE LA PROTECCION ADMINISTRATIVA DE LOS CONTRATOS POR ADHESION Y DE LAS CLAUSULAS ABUSIVAS PARA EL CONSUMIDOR.

Uno de los mecanismo que nos brinda la legislación comparada en varios países, entre ellos Argentina y España, es la protección del consumidor mediante un órgano administrativo. En efecto, el acceso a una instancia administrativa por parte del consumidor o del proveedor trae aparejada una serie de ventajas que por lo general se traducen en mecanismos populares para que el consumidor interponga denuncias y formalice reclamos en la provisión de bienes o en la prestación de servicios; en la implementación de mecanismos de solución, breves y alternativos; en aliviar el trabajo recargado de jueces y magistrados; en el control y prevención de conductas contrarias a los intereses del consumidor; en la implementación de políticas públicas o privadas de información; divulgación de las leyes, etcétera.

Ahora bien, nuestro estudio ha ido desarrollándose alrededor del tema planteado: los contratos por adhesión y las cláusulas abusivas para el consumidor. Sin apartarnos de nuestro objetivo primordial, intentaremos enfocar la importancia de un órgano administrativo para el control previo de los contratos por adhesión y las cláusulas abusivas, sin inmiscuirnos en lo posible con las demás atribuciones y competencias que la ley le pueda reconocer.

4.2. PROPUESTA NORMATIVA PARA LA DEFENSA Y PROTECCION DE LOS CONSUMIDORES FRENTE A LAS CLAUSULAS ABUSIVAS CONTENIDAS EN LOS CONTRATOS POR ADHESIÓN.

CREACION Y COMPETENCIA.

I. Se crea el Instituto Nacional de Defensa del Consumidor (INDECON) como entidad autárquica de derecho público, con personalidad jurídica propia y bajo la tuición del Ministerio de Desarrollo Económico. Goza de patrimonio propio, independencia técnica, financiera y administrativa y su funcionamiento se rige de acuerdo a las disposiciones de la presente Ley y sus reglamentos.

II. El INDECON es la entidad competente para dar cumplimiento en toda la República, por la vía administrativa, a las disposiciones establecidas por la presente Ley y sus reglamentos.

OBJETO.

El INDECON es la entidad competente para:

- a) definir y ejecutar políticas para promocionar los derechos de los consumidores;
- b) investigar de oficio o a denuncia de parte, los actos contrarios a las disposiciones establecidas en la presente ley;
- c) realizar publicaciones con el objeto de difundir e informar de los derechos, deberes y obligaciones que prescribe la presente ley;
- d) sancionar, por la vía administrativa, los actos que infrinjan las disposiciones de la presente ley;
- e) proponer al Poder Ejecutivo a través del Ministerio de Desarrollo Económico, la promulgación de normas, destinadas a promover el buen funcionamiento del mercado;
- f) proponer al Poder Ejecutivo a través del Ministerio de Desarrollo Económico, la modificación o derogación de normas jurídicas que no cumplan con el objeto de la presente ley;
- g) desempeñar otras competencias que le confiera la ley.

DOMICILIO.

El INDECON tendrá su domicilio en la ciudad de La Paz y deberá establecer dependencias regionales en el territorio nacional.

ORGANOS DEL INDECON.

El INDECON está compuesto por:

- a) el Instituto Nacional;

- b) los Institutos Departamentales; y
- c) las Secretarías Técnicas.

DE LOS ORGANOS DEL INDECON.

DEL INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR.

El Instituto Nacional estará compuesto por tres miembros designados de la siguiente manera:

- a) el primer miembro, será designado por el Presidente de la República, de la terna propuesta por dos tercios de votos de los miembros presentes en la Cámara de Senadores;
- b) el segundo miembro, será un representante de la Confederación de Empresarios Privados de Bolivia;
- c) el tercer miembro, será elegido en un Congreso Nacional de Defensorías del Consumidor y de las Organizaciones Territoriales de Base, previamente designados en cada departamento del país.

ESTABILIDAD.

Los miembros del Instituto Nacional ejercerán sus funciones a tiempo completo y dedicación exclusiva, con excepción del ejercicio de las funciones docentes universitarias, por un período de seis años, contados a partir de su designación.

FUNCIONES.

El Instituto Nacional tiene las siguientes funciones:

- a) conocer y resolver en segunda y última instancia administrativa, los procedimientos de defensa del consumidor;
- b) conocer y resolver en segunda y última instancia administrativa sobre la adopción de medidas correctivas y la imposición de sanciones por infracción a las disposiciones de la presente ley;
- c) proponer al Poder Ejecutivo a través del Ministerio de Desarrollo Económico, la promulgación de normas jurídicas, destinadas a promover el buen funcionamiento del mercado;
- d) proponer al Poder Ejecutivo a través del Ministerio de Desarrollo Económico, la modificación o derogación de normas jurídicas que no cumplan con el objeto de la presente ley;
- e) suscribir convenios de cooperación técnica y financiera con entidades públicas y privadas, nacionales y extranjeras para el cumplimiento de sus objetivos;
- f) nombrar y remover a su personal administrativo;

- g) crear las unidades y reparticiones que se requieran para el funcionamiento del INDECON y el cumplimiento de sus objetivos;
- h) aprobar, publicar y divulgar la memoria anual de actividades del INDECON;
- i) informar y divulgar los derechos, deberes y obligaciones tanto de consumidores como de proveedores;
- j) canalizar adecuadamente las políticas públicas de consumo;
- k) mantener un Registro Nacional de Asociaciones de Consumidores y de Organizaciones Territoriales de Base en coordinación con los gobiernos municipales;
- l) solicitar informes u opiniones a entidades públicas y privadas en relación con la materia de la presente ley;
- m) realizar publicaciones con el objeto de difundir e informar de los derechos, deberes y obligaciones que prescribe la presente ley;
- n) velar por el cumplimiento de la presente ley y sus respectivos reglamentos;
- o) decidir cualquier asunto relacionado con sus fines.

RESOLUCIONES DEL INSTITUTO NACIONAL.

I. Toda resolución del Instituto Nacional, será tomada por un mínimo de dos votos favorables de sus miembros.

II. En caso de ausencia o de impedimento de uno de los miembros del Instituto Nacional, para completar el quórum necesario, será reemplazado, por sorteo, por un miembro de los Institutos Departamentales. El reemplazante no podrá pertenecer al Instituto del cual se revisa la resolución.

DE LOS INSTITUTOS DEPARTAMENTALES.

CARACTERÍSTICAS.

Los Institutos Departamentales de Defensa del Consumidor, tienen, además de aquellas descritas en la presente ley, las siguientes características:

- a) autonomía técnica y funcional;
- b) resuelven, en primera instancia administrativa los procesos de su competencia, así como sobre la adopción de medidas correctivas y la imposición de las sanciones correspondientes;
- c) están integradas por tres miembros, uno de los cuales la preside;

d) para resolución se requiere de dos tercios de votos; y

e) cada una cuenta con una Secretaría Técnica.

COMPOSICION.

Los Institutos Departamentales de Defensa del Consumidor estarán compuestos por tres miembros, designados de la siguiente manera:

a) el primer miembro, será designado por el Instituto Nacional, de terna propuesta por dos tercios de votos de los miembros de cada Instituto Departamental;

b) el segundo miembro, será un representante de la Confederación de Empresarios Privados en cada departamento;

c) el tercer miembro, será elegido en un Congreso Departamental de las Defensorías del Consumidor y de las Organizaciones Territoriales de Base.

En el proceso de creación de los órganos del INDECON, la terna propuesta por los Institutos Departamentales será elaborada por los Prefectos de cada departamento por primera y única vez.

ESTABILIDAD.

Los miembros de los Institutos Departamentales ejercerán sus funciones a tiempo completo y dedicación exclusiva, con excepción del ejercicio de las funciones docentes universitarias, por un período de seis años, contados a partir de su designación.

FUNCIONES ESPECIFICAS DE LOS INSTITUTOS DEPARTAMENTALES.

I. Corresponde a los Institutos de Defensa del Consumidor, conocer y resolver en primera instancia administrativa, los actos que violen los derechos de los consumidores, velando por el cumplimiento de la presente ley y otras disposiciones sobre protección del consumidor; así como nombrar y remover a los agentes conciliadores de defensa del consumidor.

II. Aprobar, publicar y divulgar la memoria anual de actividades del INDECON.

III. Informar y divulgar los derechos, deberes y obligaciones tanto de consumidores como de proveedores.

IV. Mantener un Registro Departamental de Asociaciones de Consumidores y de Organizaciones Territoriales de Base, en coordinación con los gobiernos municipales.

V. Solicitar informes y opiniones a entidades públicas y privadas en relación con la materia de la presente Ley.

VI. Beneficiarse con el 70% de lo recaudado por concepto de sanciones pecuniarias por incumplimiento de la presente ley.

VII. Nombrar y remover a su personal.

VIII. Velar por el cumplimiento de la ley y sus respectivos reglamentos.

LAS SECRETARÍAS TÉCNICAS.

I. Cada uno de los Institutos Departamentales , cuenta con una Secretaría Técnica que tiene las siguiente características:

a) depende funcionalmente de su respectivo Instituto;

b) está compuesto por un Secretario Técnico y el personal subalterno que se requiere conforme a reglamento;

c) el Secretario Técnico será designado por el Instituto Nacional, de ternas propuestas por los Institutos Departamentales;

d) el personal subalterno será designado por cada Comisión, a requerimiento del Secretario Técnico;

II. Además de las funciones específicas establecidas en la presente ley, son funciones de las Secretarías técnicas:

a) prestar a las comisiones el apoyo que requieran para el normal funcionamiento de sus actividades, realizando para el efecto las coordinaciones necesarias con los demás órganos del INDECON;

b) realizar las investigaciones requeridas para que los Institutos Departamentales cuenten con los elementos de juicio necesarios para emitir las resoluciones correspondientes, conforme a los procedimientos específicos de cada materia; y

c) otras que los Institutos les encomienden.

PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.

NORMAS GENERALES.

INSTITUCION COMPETENTE.

Será competente para conocer el procedimiento administrativo derivado de la aplicación de la presente ley, el Instituto Nacional de Defensa del Consumidor (INDECON) con sus diferentes órganos, de acuerdo con sus funciones específicas establecidas en este cuerpo legal.

NOTIFICACIONES.

Deberá citarse en forma personal al presunto responsable, con la denuncia y el auto inicial de la investigación. Todas las demás actuaciones procesales y resoluciones serán notificadas a la parte interesada mediante cédula en las dependencias del INDECON.

APLICACIÓN SUPLETORIA.

En todo lo no previsto en la presente ley y sus reglamentos, se aplicarán supletoriamente las disposiciones del Código de Procedimiento Civil.

PRESCRIPCIÓN.

I. Las acciones administrativas previstas en esta Ley, prescriben en el término de 3 años, computables a partir de la comisión de las infracciones al presente cuerpo legal o a partir de la última actuación procesal.

II. La prescripción se interrumpirá por el inicio de las actuaciones procesales o por la comisión de nuevos actos contrarios a la presente ley.

DE LA INVESTIGACION

INICIO DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.

La Secretaría Técnica del Instituto de Defensa del Consumidor, según el caso, iniciará de oficio o a denuncia de cualquier persona que crea que son o puedan ser vulnerados sus derechos, el procedimiento administrativo por violación a las normas contenidas en la presente ley y disposiciones reglamentarias, para lo cual dictará el Auto Inicial de Investigación.

En caso de denuncia, la Secretaría Técnica tendrá un plazo de 3 días hábiles para admitirla y dictar el Auto Inicial de la Investigación.

PLAZO DE LA INVESTIGACIÓN.

El procedimiento de investigación tendrá un plazo de 10 días hábiles para la recepción de pruebas sólo en el caso de existir hechos controvertidos y cuando no existan los suficientes medios de convicción para dictar resolución; este plazo podrá ser prorrogado por 10 días más de manera

excepcional, caso contrario deberá dictarse resolución en el plazo 5 días hábiles a partir de la última notificación.

ADMISION DE PRUEBAS.

I. Se admitirán todos los medios de prueba reconocidos por el ordenamiento jurídico, a excepción de la confesión, salvo cuando fuere voluntaria, y de aquellos que fuesen manifiestamente improcedentes, superfluos o dilatorios. El número de testigos no podrá exceder de cinco.

II. Los libros o documentos profesionales serán considerados como declaraciones juradas.

PRESENTACION DE DESCARGOS.

Durante el procedimiento de la investigación las partes podrán presentar los descargos y aportar las pruebas que consideren necesarias; para ello, podrán solicitar la realización de las diligencias que estimen pertinentes para su descargo. El presunto infractor podrá participar personalmente o mediante apoderado en las diligencias que se practiquen y ser asistido por abogado.

AMPLIACION DE LA PRUEBA DE OFICIO.

La Secretaría del Instituto Departamental respectivo podrá, entre otros, solicitar al Instituto la autorización para controlar los libros y demás documentos profesionales o comerciales; hacer copias o extractos de los mismos; pedir a las dependencias del presunto responsable las explicaciones verbales correspondientes; acceder, incluso por allanamiento, a los locales, terrenos y medios de transporte del denunciado, para lo cual contará con el auxilio de la fuerza pública que le será concedida sin más trámite.

INCOMPARENCIA.

I. Si los presuntos responsables no comparecieren en la fecha y hora fijadas en la citación o no presentaren la documentación solicitada, se tendrán por ciertos los hechos denunciados y el Instituto respectivo, a solicitud de la Secretaría, podrá imponer multas entre 10 y 50 salarios mínimos por vulnerar la presente ley.

II. Las referidas en el párrafo anterior, no serán aplicables y en caso de ser impuestas a los presuntos infractores serán independientes de la sanción final que pudiera aplicarse y a la que se acumulará.

INFORME EN CONCLUSIONES.

I. Concluido el procedimiento de investigación, la Secretaría Técnica respectiva elaborará un informe en conclusiones que, sobre la base de la valoración de las pruebas determinará las responsabilidades del caso y recomendará las medidas a tomarse, debiendo remitirlo al Instituto con todos los antecedentes.

II. Los presuntos infractores o el denunciante en su caso, podrán presentar por escrito la impugnación o propugnación del informe en conclusiones dentro del plazo de 5 días hábiles a partir de su notificación.

RESOLUCION DE LA COMISION.

El Instituto de Defensa del Consumidor emitirá resolución dentro del plazo de 5 días hábiles sobre la base del informe de la Secretaría Técnica correspondiente determinando responsabilidades al infractor o liberándolo de ellas.

Si se determinaran responsabilidades, se impondrán las medidas sancionatorias previstas en la presente ley.

MEDIDAS PRECAUTORIAS.

En cualquier momento del procedimiento de investigación, la Secretaría podrá solicitar al Instituto respectivo la aplicación de las medidas precautorias que tengan por objeto cesar la actividad que se presume ilícita, pudiendo incluso solicitar el auxilio de la fuerza pública.

RECURSO DE APELACION.

I. Procederá el recurso de apelación, en el efecto devolutivo, a favor de aquel que hubiere sufrido algún agravio en la resolución y solicitare al Instituto Nacional de Defensa del Consumidor lo repare.

II. La resolución que dicte el Instituto Departamental correspondiente podrá ser apelada por el agraviado dentro del plazo perentorio de los 10 días siguientes a su legal notificación.

III. El Instituto admitirá el recurso y dispondrá el fotocopiado de los antecedentes para la ejecución de las medidas impuestas, debiendo remitirse los antecedentes en originales ante el Instituto Nacional para la resolución del recurso.

RESOLUCION.

I. Recibido el expediente, el Instituto Nacional, dentro del plazo de diez días hábiles, sin más trámite, pronunciará Resolución.

II. Con la Resolución del Instituto Nacional terminará el procedimiento administrativo, quedando expedita la vía jurisdiccional contenciosa-administrativa conforme a ley.

DE LAS MEDIDAS SANCIONATORIAS.

MEDIDAS SANCIONADORAS DERIVADAS DEL PROCESO DE LA PROTECCION Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR.

Con la resolución, el Instituto de Defensa del Consumidor podrá imponer, en forma concurrente o separada, las siguientes medidas:

- a) rectificación y contrapropaganda;
- b) multa del triple de la ganancia ilegal obtenida o que hubiera podido obtener el infractor;
- c) destrucción de mercaderías, envolturas, envases, embalajes, empaques, material impreso, etiquetas o publicidad;
- d) prohibición de venta del producto o prestación del servicio;
- e) clausura temporal del establecimiento o suspensión del servicio por un plazo mínimo de 15 días;
- f) clausura definitiva.

En todos los casos se dispondrá la publicación de la resolución condenatoria, a costa del infractor, en el diario de mayor circulación de la jurisdicción donde se cometió la infracción. Las personas que presenten denuncias maliciosas serán pasibles a la sanción dispuesta en el inciso b) sin perjuicio de la acción civil o penal que corresponda.

ACCIONES JUDICIALES.

DE LA ACCION CIVIL.

I. Sin perjuicio de lo dispuesto en la presente ley, el consumidor podrá iniciar la acción civil cuando sus intereses resultaren afectados o amenazados.

II. La acción corresponderá al consumidor, a las Asociaciones de Consumidores con personalidad jurídica legalmente reconocida, a las Organizaciones Territoriales de Base, al Instituto Nacional del Consumidor y a los Institutos Departamentales.

III. Se aplicarán las normas del Proceso Ordinario de hecho o de puro derecho según corresponda el caso para la defensa del consumidor.

DE LA ACCIÓN PENAL.

Quien instaure acción penal por actos derivados del consumo, lo actuado en el procedimiento administrativo servirá como prueba documental preconstituida.

DE LA PROTECCION CONTRACTUAL.

DEL CONTRATO POR ADHESION Y DE LAS CLAUSULAS ABUSIVAS.

I. Se entenderá por contrato por adhesión aquel cuyas cláusulas han sido aprobadas por la autoridad competente o establecidas unilateralmente por el proveedor de bienes o servicios sin que el consumidor pueda discutir o modificar sustancialmente su contenido al momento de contratar.

Todo contrato tipo o de adhesión, presentado en formularios, en serie o mediante cualquier otro procedimiento similar, deberá ser redactado en idioma español y con caracteres legibles a simple vista para una persona de visión normal.

Las cláusulas que impliquen limitación de derechos del consumidor, deberán ser redactadas en forma clara y destacada, permitiendo su inmediata y fácil comprensión.

De todo contrato celebrado entre proveedores y consumidores deberá darse copia a las partes.

Las cláusulas de los contratos de venta de productos y prestación de servicios, serán interpretadas siempre del modo más favorable para el consumidor.

II. Son nulas de pleno derecho y no producirán efecto alguno sin perjuicio de otras, las cláusulas o estipulaciones contractuales que:

a) causen en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato.

b) violen el deber de buena fe en los contratos, en la etapa previa a su conclusión o durante su celebración.

- c) exoneren, atenúen o limiten la responsabilidad de los proveedores por vicios de cualquier naturaleza de los bienes o servicios prestados;
- e) importen renuncia o a los derechos que esta ley reconoce a los consumidores o de alguna manera limite su ejercicio;
- f) inviertan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor;
- g) impongan la utilización obligatoria de vías alternativas de solución de conflictos;
- h) permitan al proveedor la modificación unilateral de las condiciones del contrato o precio del producto o servicio, así como su rescisión unilateral sin causa;
- i) se remitan a otros textos o documentos que no se facilitaron al consumidor en forma previa a la celebración del contrato;
- j) subordinen la conclusión de un contrato a la aceptación de prestaciones suplementarias que no guarden relación con la naturaleza o el objeto del contrato;

III. El carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurran en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa.

IV. La nulidad de una cláusula o estipulación no invalida al resto del contrato, salvo que las condiciones subsistentes mantengan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan de éste.

CONTROL ADMINISTRATIVO PREVIO.

I. El Instituto de Defensa del Consumidor mediante sus organismos dependientes revisará y verificará, previamente a su empleo en operaciones civiles, comerciales o de cualquier otra índole, que los contratos por adhesión o similares no contengan cláusulas abusivas.

II. Presentado el contrato por adhesión o similar ante el Instituto de Defensa del Consumidor, este lo aprobará ó en su caso lo rectificará en el plazo de 3 días hábiles.

III. El Instituto determinará específicamente las cláusulas consideradas como abusivas y dispondrá expresamente la exclusión de dichas cláusulas del contrato a quienes pretendan emplearlas.

IV. La persona que se sintiere afectada por la decisión deberá accionar por la vía administrativa dispuesta en el presente cuerpo normativo. Terminada la instancia administrativa podrá accionar por la vía judicial dispuesta por la presente ley.

V. En los contratos por adhesión o sus similares deberá insertarse obligatoriamente una cláusula que acredite la aprobación del contrato para su empleo y circulación por el órgano respectivo. Los infractores de estas disposiciones serán pasibles de las sanciones previstas en la presente ley.

VI. Los contratos por adhesión o sus similares que no cuenten con la aprobación administrativa o judicial no podrán ser empleados en ninguna relación jurídica. La Resolución Administrativa no impide a cualquiera de las partes contractuales que se sienta afectada iniciar la acción judicial prevista en la presente ley.

VII. El INDECOM llevará un registro público de cláusulas consideradas abusivas para el consumidor que deberá ser publicado periódicamente en la Gaceta Judicial.

LAS ASOCIACIONES DE CONSUMIDORES Y LAS ORGANIZACIONES TERRITORIALES DE BASE.

ASOCIACIONES DE CONSUMIDORES.

Se entenderá por asociación de consumidores y usuarios, toda organización constituida por personas naturales, independiente de todo interés, económico, comercial o político y cuyo objeto sea garantizar la protección y la defensa de los consumidores y usuarios y promover la información, la educación, la representación y el respeto de sus derechos.

Para poder actuar como tales en la promoción y defensa de los derechos que esta Ley consagra las asociaciones de consumidores deberán cumplir con los siguientes requisitos:

- a) estar completamente desinteresadas en la promoción de causas comerciales o políticas;
- b) no tener fines de lucro;
- c) no aceptar anuncios de carácter comercial en sus publicaciones;
- d) no permitir una explotación comercial selectiva en la información y consejo que ofrezcan al consumidor.

Las asociaciones de consumidores que tengan por finalidad la defensa de los consumidores, deberán requerir la autorización del INDECON para funcionar como tales.

Serán finalidades de las asociaciones de consumidores, entre otras:

- a) velar por el fiel cumplimiento de las Leyes, Decretos y Resoluciones que hayan sido dictadas para proteger al consumidor;
- b) promover y proteger los derechos de los consumidores;
- c) representar los intereses individuales o colectivos de los consumidores ante las autoridades administrativas o jurisdiccionales, mediante el ejercicio de las acciones reconocidas por el ordenamiento jurídico nacional;
- d) representar los intereses de los consumidores ante las autoridades de gobierno o ante los proveedores;
- e) realizar programas de difusión, capacitación y orientación de los derechos de los consumidores;
- f) recibir reclamaciones de consumidores y promover soluciones amigables entre ellos y los responsables del reclamo;
- g) asesorar a los consumidores sobre el consumo de bienes y/o uso de servicios, precios, condiciones de compra, calidad y otras materias de interés;
- h) realizar cualquier otra actividad tendiente a la defensa o protección de los intereses del consumidor.

ORGANIZACIONES TERRITORIALES DE BASE.

Se dispone que las Organizaciones Territoriales de Base actuarán como órganos colectivos para la defensa y protección del consumidor; para dicho objetivo cuentan con las mismas atribuciones y finalidades previstas para las Asociaciones de Consumidores, sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley de Participación Popular, su Reglamento y otras leyes.

DERECHO DE RETRACTO.

I. El consumidor tendrá derecho a retractarse siempre, dentro de un plazo de cinco días contados desde la firma del contrato o desde la recepción del producto cuando el contrato se hubiere celebrado fuera del establecimiento comercial, especialmente si ha sido celebrado en el domicilio del consumidor o por teléfono, correspondencia, medio postal, electrónico o similar.

II. El vendedor debe informar por escrito de esta facultad de revocación en todo documento que, con motivo de venta le sea presentado al consumidor. Tal información debe ser incluida en forma clara y notoria.

III. El consumidor debe poner la cosa a disposición del vendedor y los gastos de devolución son por cuenta de este último.

EFFECTOS CONTRACTUALES DE LA PUBLICIDAD.

Las precisiones formuladas en la publicidad o en anuncios, prospectos, circulares y otros medios de difusión de cualquier naturaleza obligan al oferente y se tienen como incluidas en el contrato con el consumidor.

CAPITULO V

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Las conclusiones a las que se arriba luego de elaborado y desarrollado el presente trabajo, son las siguientes:

5.1. En el derecho de los contratos se requiere una reforma profunda para la defensa y protección eficaz de los derechos de los consumidores. Los contratos por adhesión a condiciones generales son el género en la contratación actual y los contratos libremente negociados son la excepción. Pese a esto, nuestras normas contractuales se ocupan de los segundos antes que de los primeros.

5.2. El tráfico masivo de bienes y servicios requiere de técnicas contractuales como los contratos por adhesión a condiciones generales que respondan a principios económicos de racionalidad y eficiencia empresarial. Sin embargo, la utilización de contratos por adhesión a condiciones generales no legitima a los proveedores a insertar cláusulas abusivas para los consumidores en los mismos.

5.3. La inclusión de cláusulas abusivas en los contratos por adhesión a condiciones generales, produce un desequilibrio mayor del ya existente entre los derechos y las obligaciones de las partes, en detrimento de los derechos de los consumidores.

5.4. Existe una imperiosa necesidad de elaborar mecanismos de control previo administrativo y judicial de las cláusulas abusivas contenidas en los contratos por adhesión a condiciones generales; dichos mecanismos reducirán el empleo masivo e indiscriminado de cláusulas abusivas y disminuirán los porcentajes de litigiosidad por las mismas causas.

5.5. El órgano administrativo que proteja los derechos del consumidor debe estar desligado de la constante intromisión política partidaria y de la excesiva relación con el órgano ejecutivo, debiendo estar constituido por personas que conozcan de la problemática y sean parte de las Asociaciones de Consumidores y de las Organizaciones Territoriales de Base, así como de representantes de los empresarios privados para que dichos organismos cuenten con legitimidad y autoridad en el momento de tomar las decisiones.

5.6. El sistema capitalista predominante, tiende a vulnerar la competencia en el mercado en todos los ámbitos de su actuación; así las cláusulas abusivas son copiadas por varias empresas para ser

empleadas en los contratos por adhesión; dichas actitudes, hacen que se estandaricen las mismas y limiten el derecho a la libre elección de los consumidores.

5.7 Si bien la protección de la libre competencia y la protección de los derechos de los consumidores están relacionadas y se complementan en muchos aspectos, no deben confundirse ambas; pues, la primera tiene un fundamento económico y regula las relaciones de proveedores entre sí; en cambio, la segunda tiene un fundamento social y regula las relaciones entre proveedores y consumidores en el mercado; ambos derechos se complementan, pero en muchos casos pueden ser contrarios los intereses que los motivan. Por tanto, la regulación de ambas disciplinas debe ser independiente, en cuerpos normativos distintos y mediante organismos de control diferentes.

5.8. Se hace necesario legitimar a las Asociaciones de Consumidores y a las Organizaciones Territoriales de Base para la difusión de los derechos de los consumidores y para la defensa de los mismos ante las instancias administrativas o judiciales respectivas.

5.9. Toda política pública como la defensa de los consumidores, supone la elaboración de una estrategia de gobierno para la educación, implementación y difusión de los derechos de los consumidores, así como para el apoyo institucional y económico para las instancias constituidas.

5.10. El acceso a la justicia por parte de los consumidores, tiene características especiales que no son extensivas a otra materias del derecho; así, los procedimientos a los que se someten los consumidores deben ser abreviados, rápidos y sobre todo gratuitos; se debe implementar mecanismos especializados de solución alternativa de conflictos como la conciliación y el arbitraje, impulsados por los órganos administrativos para la defensa del consumidor.

5.11. En casi todos los Estados del mundo se ha iniciado la aplicación de políticas de evolución para la defensa de consumidor que abarcan desde el reconocimiento constitucional hasta la creación de instancias especiales para la protección y el fácil acceso a la justicia por parte de los consumidores. Bolivia ha descuidado por completo no sólo la protección de los consumidores frente a las cláusulas abusivas, sino también en todos los aspectos en los que se vulneran sus derechos. Por tanto, es imprescindible la elaboración y promulgación de una ley para la protección y defensa de los derechos de los consumidores.

BIBLIOGRAFIA

- Acosta Estévez, José B. *Tutela procesal de los consumidores*. Barcelona, José María Boch Editor, S.A., 1995.
- Arce Gargollo, Javier. *Contratos mercantiles atípicos*. 4a. Ed., México, Editorial Porrúa, 1997.
- Cabanellas, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. 25a. Ed., Buenos Aires, Editorial Eliasta, 1997.
- Corriente Córdoba, José Antonio y otros. *Estudios sobre el derecho de consumo*. Bilbao, Iberduero, S.A., 1991.
- De Reina Tartiere, Gabriel. *Cláusulas abusivas versus condiciones generales de la contratación*. Revista Doctrinal de Derecho. Org.
- Farina, Juan M. *Contratos comerciales modernos: modalidades de contratación empresaria*. Buenos Aires, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1997.
- Frerking Salas, Oscar. "Interpretación de los contratos. Sus nuevas normas y correlaciones" en *Estudios Jurídicos 5*, Vol. I, a cargo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Sucre, Biblioteca Jurídica, 1977.
- García Amigo, Manuel. *Condiciones generales de los contratos: civiles y mercantiles*. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1969.
- García Amigo, Manuel. *Lecciones de derecho civil II: Teoría general de las obligaciones y contratos*. Madrid, McGraw-Hill, 1995.

- Ghersi, Carlos A. *Contratos: Problemática Moderna. Nulidades Contractuales y Cláusulas Abusivas*. Mendoza, Argentina, Ediciones Jurídicas Cuyo, 1998.

- Morales Guillen, Carlos. *Código Civil: Concordado y Anotado*, 4a ed. La Paz, Editorial Gisbert y Cia. S.A., 1994.

- Morales Guillen, Carlos. *Código Penal*. La Paz, Editorial Gisbert y Cia. S.A., 1981.

- Larroumet, Christian. "La protección de los consumidores contra las cláusulas abusivas estipuladas en los contratos en derecho comunitario europeo y en derecho francés", en *Política y Derecho del Consumo*, Bogotá, Biblioteca Millennium, 1998.

- Pérez-Serrabona González, José Luis. *El contrato de seguro: interpretación de las condiciones generales*. Granada, España, Editorial Comeres, 1993.

- Rezzónico, Juan Carlos. *Contratos con cláusulas predispuestas*. Buenos Aires, Editorial Astrea, 1987.

- Romero Sandoval Raúl. *Derecho de obligaciones*. La Paz, Editorial Los Amigos del Libro, 1990.

- Solsona Guillermo E. y Gabriel P. Zapa. "Principales características de las cláusulas abusivas en la Ley Argentina de Defensa del Consumidor (N° 24.240)", en *Derecho del Consumidor N° 9*, Director Gabriel A. Stiglitz, Rosario, Argentina, Editorial Juris, 1998.

- Stiglitz, Rubén S., y Gabriel A. Stiglitz. *Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección al consumidor*. Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1985.

- Stiglitz, Gabriel A. *Protección jurídica del consumidor*. Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1986.

- Stiglitz, Rubén S. *Cláusulas abusivas en el contrato de seguro*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1994.

- Stiglitz, Gabriel A. Y otros. *Derecho del consumidor* N°9. Rosario, Provincia de Santa Fe, Argentina, Editorial Jurial, 1998.

- Stiglitz, Rubén S. "Régimen sobre cláusulas abusivas en la Ley de Defensa del Consumidor", en *Derecho del Consumidor* N° 4, Director Gabriel A. Stiglitz, Rosario, Argentina, Editorial Juris, 1994.

- Vallespinos, Carlos Gustavo. *El contrato por adhesión a condiciones generales*. Buenos Aires, Editorial Universidad, 1984.

- Zago, Jorge Alberto. *El consentimiento en los contratos y la teoría de la lesión*. Buenos Aires, Editorial Universidad, 1981.