

LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS*

DR. OCTAVIO RIVERA FARBER**

ÍNDICE

I. Introducción	21
II. Las nuevas circunstancias	24
El contrato de adhesión	24
La contratación electrónica	27
III. Las cláusulas abusivas	28
Lesión	29
Buena fe	33
IV. Las cláusulas abusivas en Europa	37
Canadá	42
Ley Federal de Protección al Consumidor	44
<i>Class Action</i>	46
Conclusiones	51

I. INTRODUCCIÓN

El Derecho romano sólo conoció los contratos reales o formales (*in re, lites o verbis*). Fue en la Edad Media bajo la influencia de los juristas de la Iglesia católica, los llamados canonistas, que se estableció el principio *moral* del respeto a la palabra dada, lo que naturalmente llevó a establecer la fuerza obligatoria de los convenios independientemente de toda formalidad y posteriormente el Código de Napoleón consagró al contrato como la fuente principal de las obligaciones y el principio de la libertad contractual (*art. 1154 del Cód. Civ. francés "Les conventions tiennent lieu de loi à ceux qui les ont*

* (Originalmente conferencia en Jornada organizada por el Consejo de Notarios del Edo. de Sinaloa).

** (Notario 73 de Mazatlán, Sin.)

faites): la ley sólo interviene para proteger esta libertad. A este respecto vale la pena meditar en el hecho de que ciento y pico de años antes de que Kelsen expusiera su teoría de la pirámide jurídica, en la base de la cual se encuentra la Constitución, enseguida las leyes reglamentarias de esa constitución, después las leyes, sus reglamentos hasta llegar al vértice de la pirámide que lo constituye el contrato, que él llama la norma jurídica individualizada, ya lo había hecho el legislador napoleónico en el artículo 1134 del Código Civil que acabamos de citar.¹

Pero esta libertad ha sido fuente de abusos: el más fuerte económicamente se impone; esa libertad para contratar, ese liberalismo jurídico (para emplear una terminología tan de moda) ha sido combatido desde hace más de un siglo; la preeminencia del contrato como fuente de las obligaciones se ha visto menguada en beneficio de las fuentes extracontractuales y, entre otras cosas, la teoría de la responsabilidad civil ha conocido un desarrollo inusitado, que aún no concluye y se ha convertido en mi opinión, en la parte más dinámica del derecho de las obligaciones.

Además, el catálogo de los contratos se ha transformado: los individuos se agrupan y la iniciativa individual ve su campo reducido; se desarrollan nuevas formas contractuales: la estipulación a favor de tercero, el seguro, las sociedades —inclusive en muchas partes la sociedad unimembre, tan ilógica en sus términos—, los sindicatos, los contratos de adhesión, los contratos tipo y un gran número de contratos importados, con los que tenemos que lidiar cotidianamente (management, leasing, know how, franquicia, technical assistance, etc.). La intervención del Estado se hace manifiesta, en los contratos de trabajo y necesaria, en la legislación de protección al consumidor.

La teoría de las obligaciones se encuentra, desde principios del siglo anterior, en el centro de dos tendencias: la liberal, en cuya cima se encuentra el individuo: libre de contratar o no y además, en principio, libre para convenir en el contrato las estipulaciones que más convengan a sus intereses, es decir, la autonomía de la voluntad; y por otra parte la corriente socialista, que coloca el interés colectivo por encima del interés individual y que a mi ver, a pesar de estar tan en boga el neoliberalismo y la globalización, dista mucho de haberse extinguido, sobre todo en el marco jurídico que nos ocupa.

¹ Los redactores del Código Civil francés “se inspiraron en un texto de Domat: ‘Les conventions étant formées, tout ce qui a été convenu tient lieu de loi à ceux qui les ont faites: et elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement commun...’ *Domat. Loix Civiles*, li. I, t. I, sect. II: VII, citado por H., L., y J. Mazeaud y F. Chabas, *Leçons de Droit Civil. Obligations: Théorie Générale*. Tome II-Premier Volume, 7^a ed., París, 1985, p. 25.

De todas las ramas de la ciencia jurídica, es el derecho de las obligaciones el que tiene el carácter lógico más marcado: las consideraciones sociológicas e históricas influyen en menor medida que en otros dominios del derecho; esto ha permitido que se gesticione una tendencia hacia la universalidad. Es un derecho, el de las obligaciones, que no varía esencialmente de un país al otro, de un sistema al otro; la fuerza obligatoria del contrato y la posibilidad de hacer cumplir coactivamente las obligaciones asumidas, prevalece en cualquier país y en cualquier sistema, de tal suerte que ha habido importantes esfuerzos para lograr acuerdos internacionales destinados a unificar el derecho de las obligaciones; ejemplo palpable y reciente son las numerosas directivas de la comunidad europea, cuyas consecuencias han sido la unificación de los derechos de los diversos países que la integran, en las materias que son objeto de esas directivas; hay que tomar en cuenta para apreciar la magnitud del logro, que dentro de la comunidad coexisten una mayoría de países con sistema jurídico romano, con el sistema anglosajón, el Derecho germánico, que si bien esencialmente romanista tiene sus características muy propias y países con sistema escandinavo.

El principio esencial para los redactores del Código napoleónico, en el cual, directa o indirectamente, se inspiraron todos los códigos de los países pertenecientes al llamado sistema jurídico romano, es la **autonomía de la voluntad**, es decir, la libertad contractual. En materia contractual, salvo casos excepcionales, todas las reglas que contiene el código son **supletorias** de la voluntad de las partes, tendientes a facilitar el comercio jurídico y basándose en la voluntad presunta de las partes.² "...la obligación contractual generalmente tiene como **fuerza única** la voluntad de las partes: la fuerza obligatoria no resulta de la autoridad de la ley; la autoridad pública se limita a prestar su concurso al acreedor para asegurar la ejecución de la promesa que le ha hecho el deudor. La voluntad humana es así el elemento esencial del acto contractual; éste toma sus efectos de esta voluntad cuya característica propia es querer vincularse..."³ Desde el punto de vista moral, la autonomía de la voluntad se justificaba aduciendo que "...ningún deudor puede quejarse de estar injustamente obligado puesto que él ha querido estar obligado. Cada individuo es el mejor defensor de su propio interés: no se concibe que un hombre normal busque con ciente lo contrario a su interés; se presume que el individuo contrata con conocimiento de causa y si no lo hace peor para él; vale la pena tomar algunos riesgos por la libertad..."⁴

² Cf. H., L., y J. Mazeaud y F. Chabas, *op. cit.*, p. 24.

³ Alex Weill y François Terré, *Droit Civil, Les Obligations*, 4^a ed., París. 1986, p. 48.

⁴ Alex Weill y François Terré, *op. cit.*, p. 49.

La confirmación de la fuerza de la autonomía de la voluntad la encontramos en las ideas en boga la víspera de la Revolución francesa, había que abatir un régimen económico fundado en la reglamentación y el corporativismo; el famoso *laissez faire, laissez passer* (dejar hacer, dejar pasar) equivale a *laissez contracter* (dejar contratar); recordemos a este respecto la frase lapidaria de Fouillée: “*Qui dit contractuel, dit juste.*”⁵

II. LAS NUEVAS CIRCUNSTANCIAS

Las circunstancias prevalecientes en la época en que se redactó el venerable Código de Napoleón, variaron sensiblemente a principios y a finales del siglo XX; fundamentalmente con motivo de la aparición de los llamados contratos de adhesión, a principios del citado siglo y por la contratación electrónica a finales del mismo.

El siglo XX fue testigo de “una transfiguración contractual. La rapidez de las transacciones hacía imposible la negociación de los convenios. El contrato debía de ser una herramienta eficaz al servicio del comercio. Esta necesidad iba a provocar el debilitamiento del contrato negociado y el notable surgimiento del contrato de adhesión”.⁶

El contrato de adhesión^{7, 8}

Es evidente que hay una serie de contratos que por su naturaleza misma, no son discutidos libremente por las partes, discusión que, en principio, el legislador considera normal antes del perfeccionamiento del contrato,⁹ pero cuando se compra un automóvil, un refri-

⁵ Citado por Jean CarbonniBandoit *Civil. 4/Les Obligations*, 12ª ed., París, 1956, p. 53.

⁶ Moore Benoit, <http://www.lexum.umontreal.ca/themis/94vol128n1/MOORE.html>

⁷ Sallé Edmond, *L'Evolution Technique du Contrat et ses Conséquences Juridiques*, París, 1930, p. 59, considera que la terminología (contrato de adhesión) es peligrosa, que abarca un conjunto de fenómenos económicos mal definidos e imprecisos, temporales y accidentales y que sería preferible proscribirla del vocabulario jurídico.

⁸ Friedrich Kessler en un artículo intitulado “Contracts of Adhesion-Some Thoughts About Freedom of Contract”, publicado en la *Columbia Law Review* (1943), pp. 629-642, expresa en nota No. 11, p. 632 que la expresión contrato de adhesión fué introducida al vocabulario jurídico por Patterson en “The Delivery of a Life Insurance Policy (1919) 33 Harv. L. Rev. 198, 222. Posiblemente en esa fecha la expresión haya sido introducida al vocabulario jurídico norteamericano, pero es conocido que desde 1901 en “De la Dedaration Unilaterale de Volonté”, París, Saleilles utilizó y criticó esa expresión.

⁹ “Cuando los autores del Código Civil francés formularon el título “De los contratos o de las obligaciones convencionales en general” tuvieron en considera-

gerador, una lavadora, o se contratan servicios proporcionados o concesionados por el estado, etc., no es posible discutir o regatear.

Tratándose de un automóvil, podrán las partes discutir el precio y la forma de pago, con el distribuidor o revendedor del automóvil, pero no lo relativo a la calidad de los componentes, garantía, etc.; lo mismo sucederá tratándose del refrigerador o de la lavadora; en tratándose de los servicios proporcionados o concesionados por el estado, la situación es totalmente de “tomar o dejar”, el billete de pasaje del transbordador, del metro o del avión lo compro en las condiciones que me lo ofrecen o no lo compro, lo que en última instancia hasta nos hace dudar de la naturaleza contractual del negocio celebrado.^{10, 11} Sin embargo, a pesar de que ese carácter contractual ha sido puesto en tela de juicio por la doctrina,¹² parece innegable

ción especialmente actos jurídicos cuyas cláusulas serían en su totalidad meditada, discutidas y, al otorgarse el acto, aceptadas y deseadas por las partes. Dentro de ese orden de ideas, la convención debía resultar de una especie de colaboración de dos o más personas, quienes desarrollarían un papel sensiblemente igual en la creación de la obra común”. Dereuux Georges, “Naturaleza jurídica de los Contratos de Adhesión”, trad. de Mariano Azuela Jr. en *Revista General de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo II, México, 1931, p. 515.

¹⁰ “Saleilles, a quien debemos el término de contrato de adhesión, expresaba ya el punto de vista de lo que más tarde fue la escuela publicista, al decir: “hay pretendidos contratos, que de contrato no tienen sino el nombre... hay predominancia exclusiva de una sola voluntad que dicta su ley a una colectividad indeterminada y que se obliga por adelantado unilateralmente, salvo la adhesión de los que querrán aceptar la ley del contrato... el contrato es en Derecho francés un acuerdo por medio del cual se logra una voluntad contractual, voluntad común e interna de los contratantes, la ausencia de discusión en los contratos de adhesión, suprime esta voluntad común, puesto que es por ella que los contratantes toman conciencia; es sólo gracias a esta discusión de los términos del convenio que podemos ver en él la expresión de su voluntad.” Sallé E., *op. cit.*, pp. 36 y 37.

¹¹ Al respecto Bejarano Sánchez M., *op. cit.*, p. 65 opina: “El contrato de adhesión ha llegado a ser, en nuestra época, un acto-institución de Derecho Público. Sigue siendo acto jurídico por tratarse de una manifestación exterior de voluntad tendiente a producir consecuencias de Derecho, pero es una institución porque las genera en la manera y términos establecidos ineludiblemente por la ley u otras normas obligatorias emitidas por la autoridad pública.”

¹² Principalmente por la llamada escuela de los publicistas que encabezan Duguit y Hauriou. Gutiérrez y González, *op. cit.*, pp. 332 y ss., considera que no son contratos sino “guiones administrativos” pero toma en consideración únicamente aquellos casos en que el Estado presta o concede un servicio, siendo que esto no es exacto ya que hay numerosos casos en que se da también el fenómeno de la adhesión sin que el Estado tenga siquiera una remota intervención, *v.g.* cuando compro una cajetilla de cigarros en una máquina automática de distribución de los mismos o cuando tomo un seguro de viaje a través de la inserción de monedas en una máquina similar (no en todos los países el seguro es una actividad concesionada por el Estado), o cuando tomo un taxi en el que la tarifa está fijada en un taxímetro (no necesariamente ese servicio es una actividad concesionada por el Estado), etc.

que su naturaleza jurídica es la de los contratos; para su perfeccionamiento es indispensable el acuerdo de voluntades sobre cosa y precio.¹³ Lo que sucede y confunde, es que algunos autores no se percatan del hecho de que no es de la esencia del contrato el que se discuta el contenido del mismo;¹⁴ es imprescindible el que se tenga la libertad de optar entre contratar o no contratar, pero no el que se tenga necesariamente la libertad de discutir el contenido del contrato; la vida moderna no lo permite y así como no se discute el precio y el contenido del contrato de transporte con una línea aérea, tampoco se discute el precio de una cajetilla de cigarros o del cuarto de un hotel o el billete de entrada al teatro o al cine; se compra la cajetilla o se alquila el cuarto o se compra el billete o no se contrata y se buscan cigarros, hotel o cine o teatro más económicos.¹⁵

La Ley Federal de Protección al Consumidor en su artículo 85 entiende “por contrato de adhesión el documento elaborado unilateralmente por el proveedor, para establecer en formatos uniformes los

Borja Soriano M., *op. cit.*, p. 135 basándose en que el Código Civil no los considera dentro del capítulo “De la Declaración Unilateral de Voluntad”, estima que debemos considerarlos como verdaderos contratos.

“Algunos jurisconsultos, impresionados por los caracteres peculiares de los contratos de adhesión, han pretendido hacer de ellos actos unilaterales, cuyos efectos, obtenida la adhesión de un tercero, se determinarían por la sola voluntad del oferente.

Este sistema nos parece peligroso. Reposa sobre una noción mal definida; por lo demás, si se admite, cualquiera que haga una oferta al público dispondrá de un verdadero poder reglamentario, es decir, habrá tantos gobernantes que no existiría Gobierno posible.” Dereux Georges, *op. cit.*, p. 550.

¹³ “Conviene advertir que, a nuestro juicio, y en atención al enfoque de nuestras reflexiones, desde el punto de vista del contrato como acto jurídico que se produce, o perfecciona, por el consentimiento, no ofrece diferencia alguna el caso de la oferta rígida formulada en atención a un singular, o único contrato, que la formulada con carácter general en atención a la posible celebración de numerosos contratos, que se desea resulten iguales los unos a los otros. En efecto, una vez perfecto cada contrato, su esencia radica en el consentimiento resultante de la aceptación de la oferta.” Blanquer Uberos Roberto, “Nuevos Esquemas Contractuales” en *Revista de Derecho Notarial* de la Asociación Nacional del Notariado Mexicano, Núm. 92, junio de 1985, pág. 61.

¹⁴ Sánchez Medal Ramón, *op. cit.*, p. 121 considera que en los contratos de adhesión no se discuten las condiciones del contrato. En el mismo sentido Lozano Noriega Francisco, *Cuarto Curso de Derecho Civil. Contratos*, México, 1970, p. 68.

¹⁵ La Ley Federal de Protección al Consumidor entiende por tales: “Artículo 85. Para los efectos de esta ley, se entiende por contrato de adhesión el documento elaborado unilateralmente por el proveedor, para establecer en formatos uniformes los términos y condiciones aplicables a la adquisición de un producto o la prestación de un servicio, aun cuando dicho documento no contenga todas las cláusulas ordinarias de un contrato. Todo contrato de adhesión celebrado en territorio nacional, para su validez, deberá estar escrito en idioma español y sus caracteres tendrán que ser legibles a simple vista.”

términos y condiciones aplicables a la adquisición de un producto o la prestación de un servicio, aun cuando dicho documento no contenga todas las cláusulas ordinarias de un contrato. Todo contrato de adhesión celebrado en territorio nacional, para su validez, deberá estar escrito en idioma español y sus caracteres tendrán que ser legibles a simple vista”.

Paradójicamente, se crea un clima de confianza entre el público al celebrar estos contratos, se piensa que, dado que todo mundo los celebra, no se incurre en riesgo alguno. Los problemas se presentan cuando frente a un incumplimiento, el adherente se enfrenta a una cláusula de irresponsabilidad que él ha sancionado con su aceptación y firma.¹⁶

Generalmente se admite en doctrina que son características del contrato de adhesión¹⁷ las siguientes;¹⁸ 1. Supone una desigualdad económica entre los contratantes;¹⁹ 2. La policitación reviste un carácter general; 3. El contrato es obra exclusiva de una de las partes, y 4. Es un contrato complejo, concebido en función del interés de una empresa.

La contratación electrónica

En numerosas ocasiones anteriores han tenido ustedes la paciencia y gentileza de escucharme disertar sobre este tema, por lo que me limitaré ahora a llamar su atención sobre el hecho de que la gran mayoría de los contratos concluidos por vía electrónica, implican el adherirnos a un cierto contenido contractual, que no podemos discutir o modificar. Esto sucede no solamente con los contratos concluidos por vía electrónica, sino también con muchos otros, que si bien son adquiridos mediante una compraventa tradicional, implican la necesaria aceptación en bloque de las condiciones establecidas por el autor.

¹⁶ Moore Benoit, *op. cit.*

¹⁷ Jossierand L., *op. cit.*, p. 20, considera más correcto designarlo como contrato por adhesión.

¹⁸ V. Weill y Terré, *op. cit.*, p. 91.

¹⁹ Flour y Aubert, *op. cit.*, pp. 130 y 131, hablan de “superiorité de puissance economique” y consideran a esta característica como la principal de la que se desprende el riesgo de cláusulas draconianas, el peligro de explotación del débil por el fuerte, lo que ha tratado de evitarse sometiendo este género de contratos a un régimen particular.

Blanquer Uberos R., *op. cit.*, p. 112, expresa: “Las circunstancias sociales y económicas de las partes son diferentes; el peso específico respectivo en la negociación contractual es desigual; el concepto técnico-jurídico de contrato es insensible a dichos factores diferenciales o diferenciadores; y el ordenamiento cree oportuno intervenir.”

Por ejemplo, en el momento en que hacemos “clic” para comprar un bien o recibir un servicio a través de la Internet, estamos aceptando una serie de condiciones prestablecidas por el vendedor del bien o por el prestador del servicio. **Encuentro que la situación es más grave aún que en el comercio tradicional**, porque la oportunidad de revisar las cláusulas del contrato y meditar sobre su contenido, es menor, entre otras razones por la ansiedad de concluir el negocio a la velocidad pasmosa que nos brinda la computadora.

Pero también estas circunstancias se presentan cuando se adquieren programas electrónicos mediante una operación de compraventa tradicional: acudo con el proveedor, escojo el programa que me interesa, un procesador de palabras por ejemplo y rápidamente voy a mi despacho con el propósito de instalarlo e iniciar su operación a la brevedad posible. Invariablemente nos vamos encontrar al principio del proceso de instalación del programa, con una ventana que dice “License Agreement” o una expresión similar, que tendremos que aceptar mediante el “clic” correspondiente, so pena de no lograr instalar el programa respectivo.

Ese “clic” al que he hecho referencia, es la exteriorización de nuestro consentimiento adhiriéndonos al contenido del contrato pre-redactado, por esa contraparte que no vemos ni escuchamos. Microsoft, Corel, Adobe, Sun Microsystems, etc., nos imponen sus condiciones e invariablemente limitan su responsabilidad, generalmente a la reposición del programa. Puede ser que un programa defectuoso nos impida cumplir oportunamente con una obligación profesional: *v.g.* un procesador de palabras que no funciona y que me impidió redactar oportunamente una escritura o un programa de cálculo de impuestos defectuoso, que nos conduzca a pagar una suma distinta a la debida.

Los contratos de adhesión, ya sean del comercio tradicional o electrónico, son los más proclives a contener cláusulas abusivas en perjuicio del adherente. La modificación de la tipología de los contratos ha obligado al legislador de numerosos países a adoptar medidas protectoras tendientes a reestablecer la justicia contractual y es entonces cuando aparece la noción de las cláusulas abusivas.²⁰

III. LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS

La codificación napoleónica, partiendo del supuesto de que el contrato, al ser libremente convenido por las partes es intrínsecamente justo, recordábamos antes a este respecto la frase lapidaria de

²⁰ Moore Benoît, *op. cit.*

Fouillée: “*Qui dit contractuel, dit justé*”, rodeó al contrato de una sólida estructura, **lo convirtió en una fortaleza amurallada impenetrable**: solamente las propias partes pueden modificarlo, siempre y cuando, por supuesto, ambas estén de acuerdo, lo que en última instancia equivale a celebrar un nuevo contrato, cuyo objeto es el anterior, pero por regla general ni los terceros ni el juez pueden arrogarse ese privilegio.

El legislador establece ciertas condiciones indispensables para la eficacia y la validez del contrato; es decir, para que el contrato exista y sea plenamente válido, debe satisfacer ciertas condiciones, requisitos podríamos decir: así el contrato se reputa inexistente cuando carece de alguno de sus elementos de definición, a saber consentimiento, objeto y forma en los contratos solemnes; o puede ser sancionado con nulidad absoluta cuando su objeto motivo o fin son ilícitos o con nulidad relativa en los casos de falta de forma, error, dolo, violencia o incapacidad.

Lesión

Pero hay otras circunstancias en las que, si bien se satisfacen los requisitos que mencionaba y por ende el contrato es eficaz, se aprecia iniquidad, desproporción entre las prestaciones. Para remediar esto, el legislador introdujo, tímidamente por cierto, el concepto de lesión, que funciona, en última instancia, no siéndolo, como un vicio del consentimiento y en los casos taxativamente previstos por el legislador da lugar a una acción que tiene consecuencias similares a las que produce la nulidad del contrato por vicios del consentimiento.²¹

Comúnmente se entiende por lesión el perjuicio material que sufre una de las partes por la falta de equivalencia, al momento de contratar, entre las prestaciones pactadas.

El Código Civil Federal en su parte Introductoria intitulada Disposiciones Preliminares, reglamenta lo relativo a la lesión en su artículo 17, cuya actual redacción es como sigue:

ART. 17.—Cuando alguno, explotando la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria de otro, obtiene un lucro excesivo que sea evidentemente desproporcionado a lo que él por su parte se obliga, el perjudicado tiene derecho a elegir entre pedir la nulidad del contra-

²¹ En términos generales los párrafos siguientes relativos a la lesión, se han tomado de un artículo del autor “La Lesión en los Contratos Civiles”, publicado en la *Revista de Derecho Notarial* de la Asociación Nacional del Notariado Mexicano, México, D.F., No. 103, febrero de 1993, pp. 173-196.

to o la reducción equitativa de su obligación, más el pago de los correspondientes daños y perjuicios.

El derecho concedido en este artículo dura un año.

Para el ejercicio de las acciones de nulidad o de *quantum minoris* previstas por el artículo 17 del Código Civil, se requiere que se den tres elementos: a) un elemento subjetivo, consistente en la explotación por un contratante de la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria del otro; b) un elemento objetivo, consistente en una evidente desproporción entre las prestaciones, y c) una relación de causa a efecto entre la explotación y el lucro desproporcionado.

Los supuestos más frecuentes de lesión, no encuadrarán, sin embargo, en el concepto de lesión que nos proporciona el Código, a pesar de que la intención evidente de los redactores fue otra. Supongamos que una persona de condición económica desahogada y de conocimientos y experiencia normales, requiere comprar con urgencia a altas horas de la noche, por cuenta de un familiar cercano, una medicina; el propietario de la única farmacia abierta se la expende a un precio muy superior a su valor normal. De acuerdo con la reglamentación de los códigos anteriores, que consideraban a la lesión como un “vicio objetivo” del contrato, no habría problema para rescindir el contrato del ejemplo citado; en efecto, bastaba con demostrar que se había pagado dos tantos más del justo precio. De acuerdo con la reglamentación vigente, sin embargo, el contrato sería inatacable, puesto que no hubo explotación de la suma ignorancia, extrema miseria o notoria inexperiencia de uno de los contratantes. La Suprema Corte de Justicia ha sostenido reiteradamente este criterio,²² y

²² LESIÓN CIVIL, REQUISITOS PARA QUE SE PRODUZCA LA.—Nuestra legislación admite que la lesión se actualiza cuando una persona, explotando la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria de otro, obtiene un lucro excesivo que sea, evidentemente, desproporcionado a que él por su parte se obliga. Por tanto, para que se produzca la lesión, se necesita que haya una desproporción manifiesta entre la prestación y la contraprestación; pero, además de esa desproporción objetiva, debe darse un elemento subjetivo, consistente en la explotación de la ignorancia, de la inexperiencia o de la suma necesidad de la otra parte; esto es, se requiere que un elemento objetivo representado por la desproporción de las prestaciones y otro subjetivo representado por un aspecto interno de la voluntad. De ahí que el significado de la lesión corresponda al de perjuicio sufrido por uno de los contratantes, por falta de equivalencia o proporcionalidad entre las prestaciones recíprocas, debida al abuso de la ignorancia, inexperiencia o miseria, por parte del otro contratante.—Amparo Directo 3270/1959.—Sala Auxiliar. Séptima Época, Vol. 59, Séptima Parte, p. 17. En el mismo sentido Amparo Directo 4608/59. *Semanario Judicial de la Federación*. Sexta Época. Cuarta Parte. Vol. LXVI. p. 48 y Amparo Directo 4829/62. *Semanario Judicial de la Federación*. Sexta Época. Cuarta Parte. Vol. CI. p. 27.

también la tesis de que la acción de rescisión a que se refería el código en su artículo 17 hasta antes de la modificación del mismo, era en realidad una nulidad relativa.²³

Nuestro Código Civil, a diferencia del alemán que lo inspiró en esta materia, no reglamenta el estado de necesidad. El Código Civil alemán en su artículo 138 dispone a este respecto: “Un acto jurídico que ataca las buenas costumbres, es nulo. Es nulo en particular, un acto jurídico por el cual alguno, **explotando la necesidad**, la ligereza o la inexperiencia de otro...”. Nuestro derecho penal sí tomó en cuenta este concepto de estado de necesidad, conforme al cual, ante una situación de peligro, no queda otro remedio que la violación de los intereses de otro.²⁴ El Código Penal del Distrito Federal dispone en su artículo 15 lo siguiente:

Son circunstancias excluyentes de responsabilidad penal:... IV.—El miedo grave o el temor fundado e irresistible de un mal inminente y grave en la persona del contraventor o la **necesidad** de salvar su propia persona o sus bienes o la persona o bienes de otro, de un peligro real, grave e inminente, siempre que no exista otro medio practicable y menos perjudicial...

Hay casos en los que es inevitable contratar: el ejemplo ya citado de la medicina que se requiere con urgencia o el ejemplo típico de la asistencia y el salvamento²⁵ en el Derecho Marítimo, caso en el

²³ LESIÓN COMO CAUSA DE RESCISIÓN DE CONTRATO, INEXISTENCIA DE LA (LEGISLACIÓN DE MICHOACÁN).— “...Por otra parte en el Código Civil vigente, se suprimió la acción de nulidad por la lesión objetiva, que circunscrita al contrato de compraventa, contenía el Código anterior, ya derogado, para ser substituido por la lesión extensiva a todos los contratos, motivada por causas tanto objetivas como subjetivas, según fácilmente se aprecia de la letra del artículo 14, concordante con los artículos 2084 y 2086 que se refieren a la lesión, como causa de nulidad relativa, nulidad que sólo puede hacer valer el que se ha perjudicado por la lesión, y ello, dentro de los plazos establecidos al respecto y que por ser extensiva la lesión a todos los contratos, no puede ser otro que el un año, fijado a todo aquel que haya celebrado un contrato leonino o haya contraído obligaciones evidentemente desproporcionadas a lo que recibió; sin que obste que tal término de prescripción, para su ejercicio, rige tanto para la acción de nulidad como para la rescisión, porque la interpretación jurídica de la ley y la doctrina, llevan a admitir que atentos los textos legales, tanto la palabra rescisión, como la de nulidad, están tomadas como sinónimas”.—Amparo Directo 2636/58.—*Semanario Judicial de la Federación*, Sexta Época. Cuarta Parte. Vol. XX, p. 156.

²⁴ Véase Octavio Rivera Farber, *op. cit.*, p. 37.

²⁵ Por asistencia se entiende la ayuda prestada, desde el exterior del buque, a una persona o a una cosa en peligro de mar, y por salvamento, la superación de ese peligro o el rescate de la persona o cosa ya naufragadas”. Cervantes Ahumada Raúl, *Derecho Marítimo*, México, 1970, p. 684.

que se pueden imponer al capitán de la nave en peligro de naufragio condiciones leoninas, normalmente inaceptables y sin que podamos argumentar, para ejercitar la acción de nulidad, ignorancia, inexperiencia o miseria del capitán.

Hay quienes asimilan el estado de necesidad a la violencia y consideran que el contrato concluido en esas circunstancias es anulable, ya que, se dice, el consentimiento está viciado, puesto que no se manifestó libremente, sino que sufrió la presión que las circunstancias le impusieron. Sin embargo, no parece estar abierta esa posibilidad en nuestro derecho positivo, puesto que el Código Civil requiere que la violencia sea producto del empleo, por una persona en contra de otra, de fuerza física o amenazas que importen peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud, o una parte considerable de los bienes del contratante, de su cónyuge, de sus ascendientes, de sus descendientes o de sus parientes colaterales dentro del segundo grado (art. 1819 del Cód. Civ.).²⁶ Este es el concepto clásico o tradicional

Actualmente la doctrina tiende a tratar como sinónimos a la asistencia y el salvamento y a considerarlos como el auxilio que un buque presta a otro que se encuentra en peligro de naufragar, "L'un se serait distingué de l'autre par l'état de fait du navire: le navire assisté aurait été en danger de perte; le navire sauvé aurait été perdu. Cette distinction conduisait à des difficultés sans fin. Il ne faut plus la faire". Rodiere René y du Pontavice Emmanuel, *Droit Maritime*, 10 ed., Paris, 1986, p. 558.

El Artículo 7º de la Convención sobre Abordaje y Salvamento Marítimo de Bruselas de 1910, establece al respecto: "Todo convenio de auxilio y salvamento estipulado en el momento y bajo el influjo del peligro, podrá ser, a petición de una de las partes, anulado o modificado por el juez, si estima que las condiciones estipuladas no son equitativas. En todos los casos en que se pruebe que el consentimiento de una de las partes ha sido viciado por dolo o engaño, o cuando la remuneración esté, por exceso o por defecto, fuera de proporción con el servicio prestado, el convenio podrá ser anulado o modificado por el juez, a requerimiento de la parte interesada."

²⁶ Es interesante hacer notar a este respecto, que a lo menos en una ejecutoria, la Corte ha reconocido el estado de necesidad en que se encuentra una de las partes para celebrar un contrato y que si en esas circunstancias se paga un precio superior al justo, se tiene derecho a recuperar el exceso, como pago de lo indebido: "VÍAS GENERALES DE COMUNICACIÓN. TARIFAS. ENRIQUECIMIENTO ILEGÍTIMO.—El artículo 8º de la Ley de Vías Generales de Comunicación... Estas disposiciones revelan que en servicios de esta clase, las partes no son libres para fijar las tarifas, sino que el Ejecutivo Federal interviene, fijándolas de acuerdo con el interés social. Ahora bien, el usuario no siempre está en la posibilidad de rechazar un servicio, sobre todo un servicio público, porque generalmente tiene la necesidad ineludible de utilizarlo de inmediato, y no hay otra persona que pueda prestarlo. Este es el caso del servicio de transportes o de comunicaciones, incluyendo el de practicaaje, amarre de buques y transporte de tripulantes. Es verdad que la Secretaría de Comunicaciones y Obras Públicas puede imponer multas u otras sanciones a quien eleve arbitrariamente las tarifas, pero también el que paga por necesidad un

de la violencia, contra el que se opone una fuerte corriente de la doctrina y la jurisprudencia extranjeras,²⁷ conforme a la cual hay que tomar en cuenta si la víctima ha expresado libremente su voluntad o bien si ha estado presionada por circunstancias exteriores, “sería socialmente nefasto reconocer la eficacia de un contrato celebrado bajo la presión de la necesidad, sobre todo porque lo más frecuente es que el cocontratante conocía esa situación”.²⁸ “...La asimilación del estado de necesidad a la violencia debe ser planteada como una regla general, pero solamente cuando el cocontratante se ha aprovechado de las circunstancias para estipular condiciones que le sean abusivamente favorables: cuando, por ejemplo, un cirujano reclama honorarios excesivos por una intervención urgente. En presencia de un contrato en el que las cláusulas permanecerían por lo contrario normales, encontraríamos también, en efecto, el equivalente de violencia, pero de una violencia legítima. En otros términos, tratándose de una presión resultado de los eventos, es el carácter excesivo de las obligaciones aceptadas por una de las partes, lo que traduce para la otra, una manera de actuar indebida”.²⁹

Buena fe

La buena fe es un principio general del derecho, al que hay constantes alusiones en el Código Civil, pero sin que nos proporcione un concepto de la misma aplicable a todas las situaciones previstas por el propio Código, es algo que debemos admitir como un presupuesto que informa a toda la normatividad del Código.³⁰ Las más de las veces, la ignorancia de ciertas circunstancias que hubiesen podido influir negativamente en la celebración del acto jurídico, hace que se considere al contratante como de buena fe. El artículo 255 se refiere al matrimonio contraído de buena fe, llamado matrimonio putativo,

precio mayor del que está autorizado, tiene derecho a recuperarlo por enriquecimiento sin causa, como pago de lo indebido: Amparo Directo 4657/56, *Semanario Judicial de la Federación*, Sexta Época, Cuarta Parte, Vol. VII, p. 319.

²⁷ Weill y Terré, *op. cit.*, pp. 204 y ss., y las diversas resoluciones de la Corte de Casación que citan.

²⁸ *Idem*, *op. cit.*, p. 205.

²⁹ Flour et Aubert, *op. cit.*, p. 175.

³⁰ VEHÍCULOS IMPORTADOS, COMPRAVENTA DE. Aplicación al respecto del principio de la buena fe.—Siendo indiscutible que una de las bases de sustentación de nuestro sistema jurídico es la buena fe, misma que debe existir tanto en la celebración cuanto en la ejecución de los contratos, y siendo además norma expresa de nuestro derecho que éstos, desde que se perfeccionan, obligan a los contratantes no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que, según su naturaleza, son conformes a la buena fe...—Amparo Directo 1188/1956. 3ª Sala. Boletín 1956, p. 514.

que aunque sea declarado nulo, produce todos sus efectos civiles en favor de los cónyuges mientras dure; la buena fe en este caso consiste en la ignorancia al celebrar el matrimonio de la causa que lo invalida. En materia posesoria, es poseedor de buena fe, de conformidad con lo previsto por el artículo 806, el que ignora los vicios de su título que le impiden poseer con derecho; se considera como tercero adquirente de buena fe al que ignora que su causante no estaba facultado para disponer de la cosa enajenada;³¹ en materia de vicios del consentimiento, de acuerdo con el artículo 1815, la mala fe es la disimulación del error de uno de los contratantes, por lo que, *a contrario sensu* hay buena fe cuando se ignora el error del cocontratante. Por otra parte, el Código presume la buena fe,³² la mala fe es necesario probarla.

No creo sin embargo, que podamos llegar hasta el extremo de considerar que un principio general de buena fe en la celebración de los contratos, conforme al cual se exigiría una cierta equivalencia de las prestaciones al contratar, pudiera utilizarse para invalidar un contrato leonino que no caiga dentro de los supuestos previstos por el artículo 17 del Código Civil.

En primer lugar, como es sabido, las ventas mercantiles no son rescindibles por causa de lesión,³³ lo que nos llevaría al absurdo de considerar que las ventas civiles son de buena fe y las mercantiles no, que la mala fe se tolera en materia mercantil.

Además ¿cuándo hay una desproporción evidente entre las prestaciones?, ¿pagar el doble es suficiente, o será necesario el triple o el cuádruplo? En otras palabras ¿si pago la mitad adquiero de buena fe, pero si pago un 1% menos de la mitad no? La redacción del artícu-

³¹ REGISTRO PÚBLICO, CASOS EN QUE NO PUEDE SER INVOCADA LA BUENA FE EN EL.—La buena fe registral protege los derechos adquiridos por tercero de buena fe... no puede ser invocada, ni el derecho del tercero protegido, entre otros casos:... cuando el tercero conocía el vicio de origen del título de su enajenante Jurisprudencia 316 (Sexta Época), p. 959.

³² El art. 257 del Código Civil, en relación con el matrimonio putativo, dispone que: "La buena fe se presume; para destruir esta presunción se requiere prueba plena."

El art. 807, en materia de posesión, expresa: "La buena fe se presume siempre; al que afirme la mala fe del poseedor le corresponde probarla."

³³ Art. 385 del Código de Comercio; "Las ventas mercantiles no se rescindirán por causa de lesión; pero al perjudicado, además de la acción criminal que le compete, le asistirá la de daños y perjuicios contra el contratante que hubiese procedido con dolo o malicia en el contrato o en su cumplimiento."

De acuerdo con este artículo como principio las ventas mercantiles no se rescinden por lesión; pero si medió una conducta fraudulenta o dolosa (maquinaciones o artificios para inducir al error), tendrá acción para recuperar los daños y perjuicios que esa conducta dolosa le haya ocasionado.

lo 17 del Código nos conduce a los mismos problemas que enfrentaron los canonistas y a nociones tales como el *justum contrapassum*, la *communis aestimatio*, el *summum justum pretium* y el *infimum justum pretium*. Sin duda estas cuestiones prácticamente insolubles llevaron al codificador napoleónico a la tarificación³⁴ y las mismas razones indujeron al codificador de 1870 y de 1884 a adoptar un sistema similar.

Podríamos, siguiendo un método *in abstracto*, considerar que se conduce de buena fe en la celebración y en la ejecución de los contratos, todo aquel que actúa como lo hace normalmente un hombre prudente y diligente, un *bonus pater familias*. Pero es esta una abstracción que nada resuelve; en efecto ¿cuándo se ha conducido como un hombre prudente y diligente un comprador?, ¿cuándo ha pagado la mitad y deja de serlo si paga la mitad menos uno? Por otra parte, no podemos dejar de tomar en cuenta que hay otros principios jurídicos igualmente atendibles, que entran en conflicto con el de la buena fe antes expuesto: me refiero a la seguridad, a la estabilidad de las transacciones y a la libertad contractual. El plazo de prescripción relativamente breve que establece el artículo 17 del Código Civil, más o menos armoniza el sistema con la necesaria seguridad que reclama el tráfico jurídico, pero parece ser que implica un atentado en contra del principio de la libertad contractual, merced al cual las partes son libres de contratar o no y de introducir en los contratos las cláusulas que les plazca, siempre y cuando no vayan en contra de una norma de orden público o de las buenas costumbres.

Es frecuente que concientemente, por razones particulares, se adquiera un bien a un precio muy superior al que tiene corrientemente en el mercado. El derecho tolera esas operaciones; no se puede anular el contrato porque falta el elemento subjetivo de la explotación de la ignorancia, la inexperiencia o la miseria; pero al mismo tiempo, hay otros casos en los que se abusa de un contratante sin que medie ese elemento subjetivo y en los que por lo mismo tampoco se puede anular el contrato, como son los casos de los ejemplos previamente citados de la medicina que se requiere con urgencia o del buque en peligro de naufragio.

³⁴ El art. 1674 del Código Civil francés dispone que: "Si el vendedor ha sido lesionado por más de siete doceavos en el precio de un inmueble, tiene derecho a demandar la rescisión de la venta, aun cuando haya expresamente renunciado en el contrato a la facultad de demandar esta rescisión y que haya declarado donar la plusvalía".—La rescisión por lesión no se aplica a las ventas de muebles y es independiente de las circunstancias que la originen; el derecho del vendedor lesionado no está subordinado a la prueba de la violencia moral que se pueda haber sufrido (ejecutorias citadas a continuación del art. 1674 del Cód. Civ. francés, Librairie Dalloz, París, 1958.

Aparentemente no hay sino dos alternativas; la primera sería volver al sistema de tarificación de los códigos anteriores, haciendo extensiva la lesión a todo tipo de contratos y no exclusivamente a la compraventa, de tal suerte que, por ejemplo, un contrato de arrendamiento en el que se pactara una renta excesiva o inicua, fuera también anulable por lesión. La sanción sería la nulidad relativa del acto, estaría facultado para prevalerse de ella exclusivamente el perjudicado, podría ser confirmado y debería estar sujeto a un plazo de prescripción muy breve.³⁵

La otra posibilidad, tal vez la más adecuada, sería complementar el artículo 17 del Código Civil, añadiendo la noción del estado de necesidad; de esta manera cualquiera que por ignorancia, inexperiencia, miseria o **necesidad** se vea precisado a contratar, podría prevalerse de la nulidad, con las características indicadas.³⁶

He hecho alusión a estas nociones de la lesión y la buena fe, porque ante la ausencia de reglamentación específica eran posiblemente los únicos elementos de que disponía el jurista para combatir las cláusulas abusivas en los contratos. La libre circulación de los bienes, servicios y personas en los países que integran el mercado común europeo ha obligado a establecer una reglamentación común a este respecto, dado que de no hacerlo, se crearía una ventaja injusta en favor de aquellos países que no reglamenten la cuestión o bien que establezcan una reglamentación más favorable para el vendedor o para el prestador de servicios.

A las conocidas como cláusulas abusivas, se les denomina también vejatorias, exorbitantes, leoninas, ventajosas, excesivas, etc., al decir de William Namén Vargas³⁷ “para denotar la ruptura de la simetría, equilibrio, igualdad o equivalencia de las partes del negocio jurídico o del contrato, la ausencia de paridad en los derechos y prestaciones, deberes y poderes de los sujetos, la preeminencia de uno, el conferimiento o atribución de facultades mayúsculas, la exclusión o

³⁵ El reciente Código Civil del estado de Puebla (1985) contiene al respecto los siguientes artículos: 1477.—Habrà lesión en los contratos, cuando la parte que adquiere da dos tantos más o la que enajena recibe el cincuenta por ciento menos del precio o estimación del bien. 1478.—Es nulo el contrato en el que uno de los contratantes sufra lesión, haya o no mala fe en la otra parte. 1479.—Si la parte beneficiada por la lesión, al contestar la demanda se allana a pagar a la otra parte, la diferencia que resulte a favor de esta y hace el pago, se extingue la acción de nulidad. 1480.—La acción de nulidad por lesión sólo es procedente en los contratos conmutativos y prescribe en dos años, que se contarán desde que se celebre el contrato.

³⁶ Esta es la redacción del Código Civil del Estado de Sonora, promulgado en julio de 1949.

³⁷ <http://noticias.juridicas.com/articulos/index.htm><http://noticias.juridicas.com/articulos/index.htm>

restricción de las estatuidas por el ordenamiento, el escollo para su ejercicio, la ausencia de negociación, el abuso del poder en la formación, celebración, ejecución y terminación del acto dispositivo y, en general, el detrimento de su regulación normativa, con una generalización y confusión lamentable e inconveniente.” Desde luego no se puede pretender que haya *simetría, equilibrio, igualdad o equivalencia de las partes del negocio jurídico o del contrato* o que *la ausencia de paridad en los derechos y prestaciones, deberes y poderes de los sujetos*, haga al contrato o a ciertas cláusulas del contrato abusivo; las partes naturalmente tratan de obtener alguna ventaja al contratar y el derecho no sólo lo tolera sino que lo fomenta, al garantizar la estabilidad de los contratos. De acuerdo con el autor citado “se estiman abusivas las cláusulas ausentes de negociación individual, las determinantes de un desequilibrio ‘sustancial’ en las prestaciones de las partes, las contrarias a la buena fe o a la equidad, las insertas en condiciones generales de contratación, las impuestas, las indicativas de una posición jurídica o económica inequivalentes, las implicantes de ‘abuso’ de la posición dominante de una de las partes y, en general, las que cotejado el conjunto del contenido negocial evidencian una dicotomía normativa en los poderes y deberes de las partes, una situación de asimetría prestacional”.

IV. LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN EUROPA

El Consejo de la Comunidad Económica Europea expidió el 5 de abril de 1993 la Directiva 93/13/CEE, que en sus Considerandos, entre otras cosas, dice:

“...que el mercado interior implica un espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales está garantizada... que las legislaciones de los Estados miembros relativas a las cláusulas de los contratos celebrados entre, por una parte, el vendedor de bienes o el prestador de servicios y, por otra, el comprador son muy dispares, lo cual da lugar a que los mercados nacionales de venta de bienes y prestación de servicios a los consumidores difieran entre sí y a que puedan producirse distorsiones de la competencia entre los vendedores y los prestadores de servicios, en especial cuando la comercialización se realiza en otros Estados miembros... que para facilitar el establecimiento de un mercado único y para proteger al ciudadano en su papel de consumidor al adquirir bienes y servicios mediante contratos que se rigen por leyes de Estados miembros distintos del suyo es indispensable eliminar las cláusulas abusivas de esos contratos... que con arreglo al principio establecido en ambos programas en el título “Protección de los

intereses económicos de los consumidores”, los adquirentes de bienes y servicios deben estar protegidos contra el abuso de poder del vendedor o del prestador de servicios, en especial contra los contratos de adhesión y la exclusión abusiva de derechos esenciales en los contratos... que puede obtenerse una protección más eficaz del consumidor mediante la adopción de normas uniformes sobre cláusulas abusivas... que el consumidor debe gozar de la misma protección, tanto en el marco de un contrato verbal como en el de un contrato por escrito y, en este último caso, independientemente de que los términos de dicho contrato figuren en uno o varios documentos... que es necesario fijar de forma general los criterios de apreciación del carácter abusivo de las cláusulas contractuales... que la apreciación, con arreglo a los criterios generales establecidos, del carácter abusivo de las cláusulas, en particular en las actividades profesionales de carácter público de prestación de servicios colectivos teniendo en cuenta una solidaridad entre usuarios, necesita completarse mediante una evaluación global de los distintos intereses en juego; que en esto consiste la exigencia de buena fe; que en la apreciación de la buena fe hay que prestar especial atención a la fuerza de las respectivas posiciones de negociación de las partes, a si se ha inducido en algún modo al consumidor a dar su acuerdo a la cláusula y a si los bienes se han vendido o los servicios se han prestado a petición especial del consumidor; que los profesionales pueden cumplir la exigencia de buena fe tratando de manera leal y equitativa con la otra parte, cuyos intereses legítimos debe tener en cuenta... que... la apreciación del carácter abusivo no debe referirse ni a cláusulas que describan el objeto principal del contrato ni a la relación calidad/precio de la mercancía o de la prestación; que en la apreciación del carácter abusivo de otras cláusulas podrán tenerse en cuenta, no obstante, el objeto principal del contrato y la relación calidad/precio... que los contratos deben redactarse en términos claros y comprensibles, que el consumidor debe contar con la posibilidad real de tener conocimiento de todas las cláusulas y que, en caso de duda, deberá prevalecer la interpretación más favorable al consumidor... que los Estados miembros deben adoptar las medidas necesarias para evitar que se estipulen cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores por un profesional y que, si a pesar de ello figuraran tales cláusulas, éstas no obligarían al consumidor y el contrato seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que las cláusulas abusivas no afecten a su existencia... que las personas u organizaciones, que, con arreglo a la legislación nacional, tengan un interés legítimo en la protección del consumidor, deben poder presentar un recurso contra las cláusulas contractuales redactadas con vistas

a su utilización general en los contratos celebrados con consumidores, en especial las cláusulas abusivas, ya sea ante un órgano judicial o ante una autoridad administrativa con competencia para decidir sobre las demandas o para emprender las acciones judiciales adecuadas; que esta facultad, sin embargo, no supone el control sistemático previo de las condiciones generales...”.³⁸

Posteriormente, en el cuerpo del articulado de la Directiva, se precisa que su propósito es aproximar las legislaciones de los diversos Estados miembros de la CEE. **Se consideran abusivas:**³⁹ *“Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato”*. Se define como **consumidor** a *“toda persona física que... actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional”*⁴⁰ y como **profesional** a *“toda persona física o jurídica que... actúe dentro del marco de su actividad profesional, ya sea pública o privada”*.⁴¹ Se precisa que: *“En los casos de contratos en que todas las cláusulas propuestas al consumidor o algunas de ellas consten por escrito, estas cláusulas deberán estar redactadas siempre de forma clara y comprensible. En caso de duda sobre el sentido de una cláusula, prevalecerá la interpretación más favorable para el consumidor”*.⁴² Se dispone que los Estados miembros de la comunidad deberán incluir en sus legislaciones *“disposiciones que permitan a las personas y organizaciones que, con arreglo a la legislación nacional, tengan un interés legítimo en la protección de los consumidores, acudir según el derecho nacional a los órganos judiciales o administrativos competentes con el fin de que éstos determinen si ciertas cláusulas contractuales, redactadas con vistas a su utilización general, tienen carácter abusivo y apliquen los medios adecuados y eficaces para que cese la aplicación de dichas cláusulas”*.⁴³ Desde luego, se permite a los Estados miembros de la comunidad, tener disposiciones legales más estrictas que las previstas por la Directiva (art. 8º).

En un Anexo a la Directiva citada, se hace una enumeración de cláusulas que deberán ser consideradas *como* abusivas, de las cuales, las principales, en mi opinión, serían las siguientes:

- Las que tiendan a excluir o limitar la responsabilidad legal del profesional en caso de muerte o daños físicos del consumidor debidos a una acción u omisión del mencionado profesional.

³⁸ Directiva citada. Puede consultarse en <http://europa.eu.in/clab/>

³⁹ *Idem.*, artículo 3º.

⁴⁰ *Idem.*, artículo 2º.

⁴¹ *Idem.*

⁴² *Idem.*, artículo 5º.

⁴³ *Idem.*, artículo 7º.

- Las que pretendan excluir o limitar de forma inadecuada los derechos legales del consumidor con respecto al profesional o a otra parte en caso de incumplimiento total o parcial, o de cumplimiento defectuoso de una cualquiera de las obligaciones contractuales por el profesional, incluida la posibilidad de compensar sus deudas respecto del profesional mediante créditos que ostente en contra de este último.

- Cuando la ejecución de las prestaciones del profesional está supeditada a una condición cuya realización depende únicamente de su voluntad.

- Imponer al consumidor que no cumpla sus obligaciones una indemnización desproporcionadamente alta.

- Autorizar al profesional a rescindir el contrato discrecionalmente, si al consumidor no se le reconoce la misma facultad.

- Autorizar al profesional a poner fin a un contrato de duración indefinida, sin notificación previa con antelación razonable.

- Prorrogar automáticamente un contrato de duración determinada si el consumidor no se manifiesta en contra.

- Hacer constar de forma irrefragable la adhesión del consumidor a cláusulas de las cuales no ha tenido la oportunidad de tomar conocimiento real antes de la celebración del contrato.

- Autorizar al profesional a modificar unilateralmente sin motivos válidos especificados en el contrato los términos del mismo o las características del bien o del servicio.

- Estipular que el precio de las mercancías se determine en el momento de su entrega o de la prestación del servicio.

- Conceder al profesional el derecho a determinar si la cosa entregada o el servicio prestado se ajusta a lo estipulado en el contrato, o conferirle el derecho exclusivo a interpretar una cualquiera de las cláusulas del contrato.

- Obligar al consumidor a cumplir con todas sus obligaciones aun cuando el profesional no hubiera cumplido con las suyas.

- Prever la posibilidad de cesión del contrato por parte del profesional, si puede engendrar merma de las garantías para el consumidor sin el consentimiento de éste.

Como es bien sabido, así como se transmiten las cosas, también se pueden transferir los derechos o las deudas. La cesión de derechos es un contrato por virtud del cual una persona, cedente, transmite a otra, cesionario, un derecho personal de crédito: es una forma de transmitir la propiedad de los derechos y puede llevarse a cabo de la misma manera en que se transmite la propiedad de las cosas: compraventa, permuta, donación, etc. En última instancia al trans-

mitirse una cosa se transmite el derecho de propiedad sobre ella, sólo que en este caso se trata de un derecho personal de crédito y no de un derecho real. En principio todos los derechos pueden ser cedidos, a menos que la cesión esté prohibida por la ley, *v.g.* concesiones administrativas, o por su naturaleza: los personalísimos: derecho a una prestación alimentaria, los emergentes del matrimonio o de la adopción o los del profesionista en un contrato de prestación de servicios profesionales. Entre las partes produce el efecto de que el cesionario deviene nuevo titular, nuevo dueño del crédito, sin necesidad de conformidad o conocimiento del deudor (art. 2030 C. Civ. Fed.); sin embargo, frente al deudor cedido, la cesión no le es oponible mientras no le sea notificada fehacientemente (art. 2036 C. Civ. Fed.), mientras eso no suceda, se libera pagando al acreedor primitivo (arts. 2040 y 2041 C. Civ. D.F.), pero no puede impedir la, salvo que la deuda estuviere sujeta a ser extinguida por compensación por un crédito que tuviera el deudor en contra del acreedor original.

La Directiva introduce una derogación notable, a este respecto, de las reglas del derecho común, a las que acabamos de referirnos, tratándose de la materia de las cláusulas abusivas, ya que en el supuesto citado, la cesión no se puede llevar a cabo sin el consentimiento del deudor.

A partir de la Directiva citada, prácticamente todos los países miembros de la CEE, legislaron o modificaron la legislación vigente, para adoptar, cuando menos, los requerimientos mínimos que dicha Directiva establece.

En obvio de brevedad, he preferido seguir este camino y no referirme en especial a algunas de las legislaciones de esos países; sin embargo, si quisiera cuando menos apuntar, que en algunos casos, el de Francia por ejemplo, que ya había legislado en relación a este tema, muchos años antes de la promulgación de la multicitada Directiva⁴¹ Y en el que el *Code de la Consommation*, actualmente vigente es mucho más extenso y riguroso que la Directiva y es además una le-

⁴¹ En Francia la Ley No. 78-23 del 1º de enero de 1978 contiene un capítulo intitulado "De la protección de los consumidores contra las cláusulas abusivas" cuyas disposiciones se aplican a todos los contratos, cualquiera que sea su naturaleza, sin que exija que se trate de un contrato de adhesión. Esta actitud según Calais Auloy Jean en *Droit de la Consommation*, 2ª ed., París, 1986, p. 167 "evita muchas dificultades, ya que la noción de contrato de adhesión es una nebulosa cuyos contornos carecen de precisión.—Citado por Rivera Farber Octavio. "Análisis Respecto a la Validez de las Cláusulas de Irresponsabilidad Contractual en Derecho Mexicano", Ed. de la Asociación Nacional del Notariado Mexicano, México, 1988, p. 63, nota 101.

gislación casuística y profusa, un tanto cuanto Proustiana, que no parece obra del mismo legislador que creó la venerable codificación napoleónica. Otro tanto podemos decir de España, que reglamenta la cuestión en la Ley de Condiciones Generales de Contratación y su Reglamento de 13 de abril de 1998 y 3 de diciembre de 1999, respectivamente.

Como dato curioso transcribo a continuación el texto del artículo cuarto de la Ley de la República Popular China sobre Protección de los Derechos e Intereses de los Consumidores: *“Al celebrar transacciones productores y consumidores deberán observar los principios de buena voluntad, igualdad, justicia, honestidad y credibilidad.”*

El Tratado de Libre Comercio celebrado entre México, Canadá y los Estados Unidos de América, también prevé la libre circulación de mercancías y servicios entre los tres países, liberalización que se ha venido dando paulatinamente desde la entrada en vigor de dicho Tratado el 1º de enero de 1994. Esta circunstancia va a hacer necesaria la armonización de las legislaciones de los tres países, por las mismas razones que hicieron que los europeos adoptaran normas comunes a este respecto.

Canadá

El 1º de enero de 1994 se promulgó en Quebec un nuevo Código Civil. El artículo 1437 de ese nuevo Código dispone: *“La cláusula abusiva de un contrato de consumo o de adhesión es nula o la obligación que derive del mismo reducible.—Es abusiva toda cláusula que coloca en desventaja al consumidor o al adherente de una manera excesiva e irrazonable yendo en contra de la buena fe; es abusiva especialmente la cláusula que se aleja de tal manera de las obligaciones esenciales que derivan de las reglas que gobiernan habitualmente el contrato, que lo desnaturaliza.”*⁴⁵

Por su parte el Código del Consumo en Francia dispone en su artículo L 132-1 que: *“En los contratos concluidos entre profesionales y no profesionales o consumidores, son abusivas las cláusulas que tienen por objeto o por efecto crear, en detrimento del no profesional o consumidor, un*

⁴⁵ Art. 1437 C.C.Q.:

“La clause abusive d'un contrat de consommation ou d'adhésion est nulle ou l'obligation qui en découle, réductible.

“Est abusive toute clause qui désavantage le consommateur ou l'adhérent d'une manière excessive et déraisonnable, allant ainsi à l'encontre de ce qu'exige la bonne foi est abusive, notamment, la clause si éloignée des obligations essentielles qui découlent des règles gouvernant habituellement le contrat qu'elle dénature celui-ci.” Tomado de Chalifollx Danielle, *Clauses Abusives*, <http://www.rancourtlegault.com/budc0196.htm>.

desequilibrio significativo entre los derechos y obligaciones de las partes en el contrato."⁴⁶

Mediante los dispositivos citados, se pretende proteger al "consumidor", entendiendo como tal, como señalábamos antes a *toda persona física que... actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional*,⁴⁷ frente al profesional, que es *toda persona física o jurídica que... actúe dentro del marco de su actividad profesional, ya sea pública o privada*. Esto significa que los contratos celebrados entre profesionales o entre consumidores, es decir, cuando ambas partes son profesionales o consumidores, no estarán sujetos a la reglamentación especial prevista por los ordenamientos señalados; así por ejemplo si un médico vende a otro médico un automóvil, el contrato respectivo no está sujeto a la legislación protectora del consumidor, ni sus cláusulas, cualquiera que sea su contenido, podrán ser consideradas como abusivas. En este último supuesto, en caso de iniquidad entre las prestaciones, habrá de recurrirse al derecho común, a las nociones de lesión y buena fe antes comentadas. Según resolución relativamente reciente del Cuarto Tribunal Colegiado en materia civil del Primer Circuito "*Los actos jurídicos celebrados entre comerciantes, industriales o de unos con otros, en los cuales no se dé una relación de proveedor a*

⁴⁶ "Dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat".

⁴⁷ LA LEY FEDERAL DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR, dispone: "Artículo 2º. Para los efectos de esta ley, se entiende por: 1. Consumidor: la persona física o moral que adquiere, realiza o disfruta como destinatario final bienes, productos o servicios..."

La LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR N° 24.240 Argentina, dispone al respecto: "Art. 1º... Se consideran consumidores o usuarios, las personas físicas o jurídicas que contratan a título oneroso para su consumo final o beneficio propio o de su grupo familiar o social: a) La adquisición o locación de cosas muebles; b) La prestación de servicios."

LA LEY DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR Y AL USUARIO venezolana preceptúa: "Art. 2º—A los efectos de esta Ley, se consideran consumidores y usuarios a las personas naturales o jurídicas que, como destinatarios finales, adquieran, usen o disfruten, a título oneroso, bienes o servicios cualquiera sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva, de quienes los produzcan, expidan, faciliten, suministren, presten u ordenen."

No tendrán el carácter de consumidores o usuarios quienes, sin ser destinatarios finales, adquieran, almacenen, usen o consuman bienes y servicios con el fin de integrarlos en proceso de producción, transformación y comercialización."

La Ley chilena N° 19.496 ESTABLECE NORMAS SOBRE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES, establece: "Para los efectos de esta ley se entenderá por: 1. Consumidores: las personas naturales o jurídicas que, en virtud de cualquier acto jurídico oneroso, adquieran, utilicen o disfruten, como destinatarios finales, bienes o servicios."

consumidor, no se encuentran regulados por la Ley Federal de Protección al Consumidor...”;⁴⁸ la precisión no es inútil porque no hay disposición expresa en la Ley en cuanto a este punto.

Ley Federal de Protección al Consumidor

Dicha Ley en su artículo 2º La Ley considera como consumidor a “la persona física o moral que adquiere, realiza o disfruta como destinatario final bienes, productos o servicios” y como proveedor a “la persona física o moral que habitual o periódicamente ofrece, distribuye, vende, arrienda o concede el uso o disfrute de bienes, productos y servicios”.

Pero la propia Ley Federal de Protección al Consumidor, no nos brinda un concepto de cláusulas abusivas; el artículo 90 del expresado ordenamiento está redactado en los siguientes términos:

“No serán válidas y se tendrán por no puestas las siguientes cláusulas de los contratos de adhesión ni se inscribirán en el registro cuando:

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

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

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

IV. Prevengan términos de prescripción inferiores a los legales;

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

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

La redacción del artículo parece taxativa, fuera de los casos previstos, ninguna cláusula, para los efectos de la Ley Federal de Protección al Consumidor, podrá ser considerada como abusiva; entonces, si en un contrato de adhesión se incluye una cláusula por virtud de la cual se imponga al consumidor que no cumpla sus obligaciones una indemnización desproporcionadamente alta o se prorrogue automáticamente un contrato de duración determinada si el consumidor no se manifiesta en contra, la cláusula no podrá ser considerada como abusiva.

Parece más adecuado el sistema seguido por la Directiva de la CEE, que proporciona un criterio general para interpretar cuándo una cláusula es abusiva: “Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la

⁴⁸ Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Parte: IV, agosto de 1996. Tesis: 1.4.C. J/8. Página: 475.

buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato”, además de que, como vimos antes, incluye en un anexo, una enumeración de cláusulas que deberán ser consideradas como abusivas. El legislador de la provincia de Quebec siguió un sistema semejante en el artículo 1437 del nuevo Código Civil, conforme al cual: *“Es abusiva toda cláusula que coloca en desventaja al consumidor o al adherente de una manera excesiva e irrazonable yendo en contra de la buena fe; es abusiva especialmente la cláusula que se aleja de tal manera de las obligaciones esenciales que derivan de las reglas que gobiernan habitualmente el contrato, que lo desnaturaliza.”*

Hay que tomar en cuenta que el legislador al reglamentar lo relativo a las cláusulas abusivas, no pretende fijar un precio justo; todo lo relativo al precio acordado por las partes es algo que no forma parte del ámbito regulatorio de la Ley; recordemos que en los Considerandos de la Directiva de la CEE se dice: *la apreciación del carácter abusivo no debe referirse ni a cláusulas que describan el objeto principal del contrato ni a la relación calidad/precio de la mercancía o de la prestación. Es más, en Francia de acuerdo con lo preceptuado por el artículo L 113-1 del Código del Consumo los precios de los bienes, productos y servicios, son libremente determinados por el juego de la competencia.*⁴⁹ El carácter abusivo de una cláusula debe apreciarse refiriéndose al momento de la conclusión del contrato, a todas las circunstancias que rodean su conclusión y a todas las demás cláusulas del contrato.⁵⁰

La parte anglosajona de Canadá y los Estados Unidos de América no han legislado de una manera general en esta materia. En los Esta-

⁴⁹ Article L. 113-1

Les règles relatives à la détermination des prix sont fixées par les dispositions de l'article 1er de l'ordonnance n° 86-1243 du 1er décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, reproduites ci-après: “Les prix des biens, produits et services sont librement déterminés par le jeu de la concurrence. Toutefois, dans les secteurs ou les zones où la concurrence par les prix est limitée en raison, soit de situations de monopole ou de difficultés durables d'approvisionnement, soit de dispositions législatives ou réglementaires, un décret en Conseil d'Etat peut régler les prix après consultation du conseil de la concurrence. Les dispositions des deux premiers alinéas ne font pas obstacle à ce que le Gouvernement arrête par décret en Conseil d'Etat, contre des hausses excessives de prix, des mesures temporaires motivées par une situation de crise, des circonstances exceptionnelles, une calamité publique ou une situation manifestement anormale du marché dans un secteur déterminé. Le décret est pris après consultation du Conseil national de la consommation. Il précise sa durée de validité, qui ne peut excéder six mois”.

⁵⁰ Código del Consumo. Article L 132-1... “le caractère abusif d'une clause s'apprécie en se référant, au moment de la conclusion du contrat, à toutes les circonstances qui entourent sa conclusion, de même qu'à toutes les autres clauses du contrat”.

dos Unidos de América existen diversas leyes relativas a situaciones concretas, en las que más o menos se contempla la protección de los consumidores: Consumer Credit Protection Act, Truth in Lending Act; Consumer Leasing Act of 1976; Consumer Product Safety Act of 1972 Dolphin Protection Consumer Information Act. En Canadá —salvo la provincia de Quebec, como ya vimos— prevalece una situación semejante.

Sin embargo, a lo menos por lo que se refiere a los Estados Unidos de América, hay una institución de creación relativamente reciente, pero que ha tenido un amplísimo desarrollo, que indirectamente contribuye en forma eficaz a la protección de los derechos de los consumidores y al combate contra las cláusulas abusivas. Me refiero a la *Class Action*.

Class Action

Supongamos que en Estados Unidos de América una persona al verificar sus cuentas, sus estados de cuenta, inversiones, propiedades, etc., encuentra un cargo que considera improcedente. Se pone en contacto, por teléfono generalmente, con la compañía que efectuó ese cargo y recibe, como es costumbre, respuestas evasivas. El afectado plantea el caso a sus amigos y vecinos, quienes se encuentran en una situación semejante. Deciden contratar un abogado, que acepta e investiga el caso y se percata de que no únicamente los clientes originales sino que también hay muchas otras personas que se encuentran en una situación similar, que han sido también víctimas de un error, voluntario o involuntario, que les causa perjuicio. En este momento, por lo general, el abogado tratará de resolver el problema extrajudicialmente; de no llegar a un arreglo presentará una demanda colectiva (*class action*), en representación de sus clientes y de todos aquellas personas que se encuentren en una situación semejante y que no manifiesten expresamente su deseo de no formar parte de la acción colectiva. Posteriormente el abogado ocurre ante el juzgado competente para solicitarle que certifique que el caso encuadra dentro de lo previsto para ser considerado como una demanda colectiva (*class action*), por virtud de la cual, todos aquellos que se encuentran en las mismas circunstancias obtendrán, en su caso, reparación. Esta *class action* es una excepción al principio conforme al cual una persona no puede ser obligada por una resolución en un procedimiento en el cual no fue parte. Previamente al inicio del procedimiento, el juez tiene que “certificar” que se satisfacen los llamados prerrequisitos para iniciar un procedimiento de esta naturaleza,

a saber: 1. Que la “clase” sea tan numerosa que haga impráctico el que todos los miembros de esa clase litiguen en conjunto; 2. Que se diriman cuestiones de hecho o de derecho comunes a la “clase”; 3. Que las reclamaciones o defensas de los representantes de la “clase” sean similares a las de todos los miembros de la “clase”, y 4. Que el representante de la “clase” protegerá en forma adecuada los intereses comunes.⁵¹ “Como tantos otros instrumentos de procedimiento, la moderna class action encuentra sus raíces en la práctica inglesa de equidad... La equidad desarrolló una práctica... basada no únicamente en relaciones legales sino en la eficiencia para decidir cuestiones relacionadas con transacciones aun cuando comprendieran partes múltiples”.⁵² Sucintamente podemos decir que esta doble jurisdicción, el Common Law y la Equity, tiene su origen en la insuficiencia de la Common Law para resolver satisfactoriamente todas las cuestiones que se le planteaban, permitiéndose a los súbditos recurrir a la justicia del Rey a través de su Canciller, quien resolvía las cuestiones que se sometían a su consideración basándose no en la Common Law sino en principios de conciencia y equidad. La Common Law está integrada por precedentes establecidos por decisiones judiciales, que en principio reflejan las costumbres “comunes” del reino. Este doble sistema de justicia, que en sus orígenes estaba inclusive administrado por tribunales distintos, es difícil de asimilar para un jurista de corte latino como nosotros. Sin embargo no es algo ajeno a nuestra tradición, puesto que entre los romanos coexistieron el *ius prætorium* y el *ius civile*,⁵³ y en la Europa medioeval coexistieron el Derecho Romano, el Derecho Canónico y el Derecho Consuetudinario y después de la conquista de México coexistieron el derecho autóctono y el importado de España.

La *Class Action* no ha dejado de ser una cuestión controvertida, con defensores y detractores y ha sido motivo de abuso por demandantes y demandados; pero sus bondades parecen evidentes y ha aca-

⁵¹ Se trata aquí de dar una idea muy general de este procedimiento. La información de esta naturaleza que se proporciona en el texto, fue obtenida principalmente de las siguientes fuentes: “Class Action Dilemmas” (en citas posteriores *Class Action*) por Deborah R. Hensler, Nicholas M. Pace, Bonita Dombey-Moore, Beth Giddens, Jennifer Gross y Erik K. Moller. Rand Institute for Civil Justice. Santa Monica, California, 2000. [Http://www.classactionlitigation.com/newpage91.htm](http://www.classactionlitigation.com/newpage91.htm) “Federal Class Action Practice Manual” (en citas posteriores *Federal Class Action*) y “Civil Procedure. Cases, Materials, and Questions” (en citas posteriores *Civil Procedure*) por Richard D. Freer y Wendy Collins Perdue, 2ª ed., Anderson Publishing CO., Washington 1997 (en citas posteriores *Civil Procedure*).

⁵² Civil Procedure, p. 806.

⁵³ Floris Margadant Guillermo, *El Derecho Privado Romano como Introducción a la Cultura Jurídica Contemporánea*, 13ª ed., México, 1985, p. 72.

bado por imponerse e incluso es de suponerse que en un futuro próximo será exportada a sistemas jurídicos como el nuestro.

El artículo 26 de la Ley Federal de Protección al Consumidor dispone: "La Procuraduría tendrá legitimación procesal activa para ejercer ante los tribunales competentes acciones de grupo en representación de consumidores, para que dichos órganos, en su caso, dicten: I. Sentencia que declare que una o varias personas han realizado una conducta que ha ocasionado daños o perjuicios a consumidores y, en consecuencia, proceda la reparación por la vía incidental a los interesados que acrediten su calidad de perjudicados. En este caso la procuraduría deberá contar previamente con mandato de los consumidores perjudicados...". La exigencia de que la Procuraduría cuente con mandato, hace nugatorio el beneficio que pretendía otorgar e inútil el artículo de que se trata, en la parte transcrita. Supongamos que 1,000,000 de personas somos víctimas de cargos improcedentes por parte de Teléfonos de México y que dichos cargos promedian \$100.00 por persona, cantidad que desde luego no compensa los gastos y pérdida de tiempo que implica el otorgamiento de una simple carta poder. ¿Cuántas veces, en efecto, no nos conformamos con los cargos abusivos por servicio medido? Pero otras serían las circunstancias, si Teléfonos de México a través de una acción colectiva, de clase o de grupo, tuviese que enfrentar una reclamación de cien millones de pesos.⁵⁴

En opinión de juristas anglosajones, de no ser por la Class Action, los proveedores de bienes y servicios podrían llevar a cabo conductas o acciones ilegales, sin tener que responder civilmente por los daños y perjuicios que ocasionen.⁵⁵

Señalaba antes que se ha abusado de la Class Action y por ende ha sido acremente criticada por los propios juristas anglosajones.⁵⁶

⁵⁴ Tuve una experiencia de esta naturaleza en E. U. A. Recibí en una ocasión una comunicación de un despacho de abogados del Estado de Colorado, en la que me notificaban que la compañía telefónica había venido realizando cargos injustificados, que si deseaba sumarme a la class action no tenía que hacer nada y sólo que quisiera quedar excluido debería de regresar firmada la comunicación anexa en el sobre con porte pagado que se adjuntaba. Tiempo después, al resolverse el asunto, la compañía telefónica, durante varios meses me estuvo abonando una cantidad.

⁵⁵ Civil Procedure, p. 807.

⁵⁶ http://www.manhattan-institute.org/html/cjm_30.htm. Class Actions: The New Ethical Frontier by Lawrence W. Schonbrun. "Controversy keeps mounting over class actions, yet the discussion often seems to take place in a historical vacuum. In particular, it isn't always realized to what extent shrewd lawyering in recent years has transformed this type of litigation in ways the drafters of Rule 23 never foresaw or intended. Over the past decade or so, the class action bar has taken advantage of gaps in judicial and public oversight to develop entirely new techniques for prosecuting and settling class action suits, techniques that offer unprecedented

Consideremos, se dice, por ejemplo, que una demanda de “clase”, es intrínsecamente débil. Si el tribunal competente la acepta, el demandado enfrentaría una posible responsabilidad conjunta enorme, de millones de dólares. Aun cuando el demandado concluya con sus abogados que tiene muchas y muy buenas posibilidades de obtener una resolución favorable, dada la cuantía de la remota responsabilidad, se inclinará normalmente por lograr una transacción,⁵⁷ lo que ha llevado a un autor a calificarlo como “chantaje legalizado”.⁵⁸ Por otra parte, los litigantes que intervienen en este tipo de procedimientos, están motivados, se dice, no por principios de justicia y equidad, sino por el substancial beneficio que esperan obtener; si el litigante transige, recurriendo al “chantaje legalizado”, obtendrá pingües utilidades, sin necesidad de llevar un juicio. En otros casos, en cambio, serán los demandados los que preferirán que el litigio se lleve a cabo, con la casi certeza de que se resolverá por transacción, que resultará menos onerosa si hay responsabilidad de su parte. Hay pues serios problemas deontológicos a considerar. Debido a estos potenciales abusos, las normas que reglamentan la cuestión en los Estados Unidos de América, imponen una gran responsabilidad al juzgador en cuanto a la admisión de las demandas y a la aprobación de los convenios de transacción que celebran las partes.

Antes señalé que el juzgado que conoce del asunto debe “certificar” que el caso encuadra dentro de los lineamientos de la “class action”, que satisface los prerrequisitos mencionados; en caso contrario, el juicio podrá proseguir como un juicio normal, no de grupo, pero el interés (mejor habría que decir el desinterés), se verá de tal forma mermado, que es poco probable que el litigante continúe atendiendo el negocio. Por otra parte, el hecho de que el juzgado admita el caso como “class action”, sin duda incrementa notablemente el deseo de transigir del demandado, por las razones previamente expuestas. De tal manera que la resolución interlocutoria que decide si se tramitará o no el procedimiento como “class action”, es tal vez la que reviste más importancia, la que en definitiva decide la suerte del negocio.⁵⁹

opportunities for abuse. If the class action device is under attack as never before, one reason may be that it's being abused as never before.”

⁵⁷ Civil Procedure, pp. 807 y 808.

⁵⁸ Civil Procedure, p. 808.

⁵⁹ A continuación se transcribe el texto de la Regla 23 del Código de Procedimientos Civiles de los Estados Unidos de América:

“FEDERAL RULES OF CIVIL PROCEDURE

IV. Parties

Rule 23 - Class Actions

(a) Prerequisites to a Class Action. One or more members of a class may sue or be sued as representative parties on behalf of all only if

(1) the class is so numerous that joinder of all members is impracticable,

(2) there are questions of law or fact common to the class,

(3) the claims or defenses of the representative parties are typical of the claims or defenses of the class, and

(4) the representative parties will fairly and adequately protect the interests of the class.

(b) Class Actions Maintainable. An action may be maintained as a class action if the prerequisites of subdivision (a) are satisfied, and in addition:

(1) the prosecution of separate actions by or against individual members of the class would create a risk of

(A) inconsistent or varying adjudications with respect to individual members of the class which would establish incompatible standards of conduct for the party opposing the class, or

(B) adjudications with respect to individual members of the class which would as a practical matter be dispositive of the interests of the other members not parties to the adjudications or substantially impair or impede their ability to protect their interests; or

(2) the party opposing the class has acted or refused to act on grounds generally applicable to the class, thereby making appropriate final injunctive relief or corresponding declaratory relief with respect to the class as a whole; or

(3) the court finds that the questions of law or fact common to the members of the class predominate over any questions affecting only individual members, and that a class action is superior to other available methods for the fair and efficient adjudication of the controversy. The matters pertinent to the findings include:

(A) the interest of members of the class in individually controlling the prosecution or defense of separate actions;

(B) the extent and nature of any litigation concerning the controversy already commenced by or against members of the class;

(C) the desirability or undesirability of concentrating the litigation of the claims in the particular forum;

(D) the difficulties likely to be encountered in the management of a class action.

(c) Determination by Order Whether Class Action to be Maintained; Notice; Judgment; Actions Conducted Partially as Class Actions.

(1) As soon as practicable after the commencement of an action brought as a class action, the court shall determine by order whether it is to be so maintained. An order under this subdivision may be conditional, and may be altered or amended before the decision on the merits.

(2) In any class action maintained under subdivision (b)(3), the court shall direct to the members of the class the best notice practicable under the circumstances, including individual notice to all members who can be identified through reasonable effort. The notice shall advise each member that

(A) the court will exclude the member from the class if the member so requests by a specified date;

(B) the judgment, whether favorable or not, will include all members who do not request exclusion; and

(C) any member who does not request exclusion may, if the member desires, enter an appearance through counsel.

(3) The judgment in an action maintained as a class action under subdivision (b)(1) or (b)(2), whether or not favorable to the class, shall include and describe those whom the court finds to be members of the class. The judgment in an action

Este procedimiento de “class action”, no fue creado específicamente para remediar los abusos que se cometen en los contratos por los proveedores de bienes y servicios, pero ha resultado, tengo entendido, un instrumento muy útil para ese propósito.

CONCLUSIONES

Tanto el sistema de Quebec, como el europeo y el mexicano y los de numerosos otros países, siguen el sistema de proporcionar el concepto de cláusula abusiva y algunos de ellos proporcionan además una enumeración de cláusulas que, en cualquier circunstancia, se reputará que tienen ese carácter. El sistema consistente en establecer

maintained as a class action under subdivision (b)(3), whether or not favorable to the class, shall include and specify or describe those to whom the notice provided in subdivision (c)(2) was directed, and who have not requested exclusion, and whom the court finds to be members of the class.

(4) When appropriate

(A) an action may be brought or maintained as a class action with respect to particular issues, or

(B) a class may be divided into subclasses and each subclass treated as a class, and the provisions of this rule shall then be construed and applied accordingly.

(d) Orders in Conduct of Actions. In the conduct of actions to which this rule applies, the court may make appropriate orders:

(1) determining the course of proceedings or prescribing measures to prevent undue repetition or complication in the presentation of evidence or argument;

(2) requiring, for the protection of the members of the class or otherwise for the fair conduct of the action, that notice be given in such manner as the court may direct to some or all of the members of any step in the action, or of the proposed extent of the judgment, or of the opportunity of members to signify whether they consider the representation fair and adequate, to intervene and present claims or defenses, or otherwise to come into the action;

(3) imposing conditions on the representative parties or on interveners;

(4) requiring that the pleadings be amended to eliminate therefrom allegations as to representation of absent persons, and that the action proceed accordingly;

(5) dealing with similar procedural matters. The orders may be combined with an order under Rule 16,

and may be altered or amended as may be desirable from time to time.

(e) Dismissal or Compromise. A class action shall not be dismissed or compromised without the approval of the court, and notice of the proposed dismissal or compromise shall be given to all members of the class in such manner as the court directs.

[As amended Feb. 28, 1966, eff. July 1, 1966; Mar. 2, 1987, eff. Aug. 1, 1987.]

(f) Appeals.

A court of appeals may in its discretion permit an appeal from an order of a district court granting or denying class action certification under this rule if application is made to it within ten days after entry of the order. An appeal does not stay proceedings in the district court unless the district judge or the court of appeals so orders.”

un concepto general de lo que es cláusula abusiva y dejar que los tribunales interpreten en cada caso concreto si se dan los supuestos previstos por la ley, que es el sistema adoptado por el Canadá francés, tiene la ventaja de que se adaptará con mayor facilidad a la diversidad de circunstancias que pueden presentarse y a la rápida evolución del comercio moderno, con motivo de las nuevas técnicas, pero nos llevará indudablemente a que el juzgador tenga una facultad discrecional muy amplia, que puede resultar peligrosa para la certeza y la seguridad contractual. Otro sistema sería aquel que estableciera una enumeración limitativa de las cláusulas que se consideran abusivas, en el que el juez no tendrá ninguna facultad discrecional y deberá limitarse a aplicar los remedios previstos por la propia ley, que es el sistema adoptado por nuestra Ley Federal de Protección al Consumidor; y por último, el sistema adoptado por los países europeos que al mismo tiempo que brindan un concepto general de lo que debe considerarse como cláusula abusiva contienen una larga enumeración de cláusulas que deben considerarse como tales y que debe tener carácter ejemplificativo.

Por otra parte, creo que es recomendable que estudiemos con todo detenimiento la posibilidad de importar o de crear algo semejante a la “class action”; prever de alguna forma la posibilidad de que uno o varios consumidores puedan, frente al abuso de un proveedor de bienes o servicios, representar los intereses de todo el grupo. Mediante este procedimiento se logra no únicamente el resarcimiento de daños y perjuicios que sin el mismo serían irreparables y por ende quedarían —como quedan actualmente— impunes numerosos casos de abusos; pero tal vez más importante es la labor **profiláctica** que se alcanzaría a través de esta medida. Desde luego debemos de admitir que *prima facie* el procedimiento se opone a principios jurídicos vertebrales de nuestro sistema: nadie puede ser obligado sin haber sido previamente oído y vencido en juicio, pero el mismo principio también existe y con la misma fuerza en los países anglosajones, lo que sucede es que los miembros de la “class action”, que no son los promotores no asumen responsabilidad pecuniaria directa; serán los promotores y sobre todo el litigante que los patrocina, los que, en su caso, quedarían obligados por una resolución adversa.