



REVISTAS CIENTÍFICAS
de la Universidad Católica del Norte,
revistas.ucn.cl
R <https://ror.org/02akpm128>

doi 10.22199/issn.0718-9753-4611

DERECHO



Coquimbo

ISSN: 0718-9753 (En línea)

Contratos de servicios públicos celebrados por adhesión, ante cláusulas abusivas o excesivamente onerosas. Perspectivas desde el Derecho cubano

Public service contracts concluded as adhesion contracts, in the face of abusive or economic hardship clauses. Perspectives from Cuban law

Daynelis Reyes Alfonso¹ <https://orcid.org/0000-0001-6152-7541>

Anmy Ojeda Castillo² <https://orcid.org/0000-0002-1141-0115>

Jesús Machín Roque³ <https://orcid.org/0000-0003-2893-6292>

¹ Universidad de Matanzas, Matanzas, Cuba. Licenciada en Derecho. Profesora.

² Universidad de Matanzas, Matanzas, Cuba. Magister, Notaria Pública. Profesora.

³ Universidad de Matanzas, Matanzas, Cuba. Magister, Abogado. Profesor



Resumen:

El Estado como ente de poder público ejerce funciones administrativas encaminadas a suplir las crecientes necesidades sociales. Para ello encarga dichas funciones a la Administración Pública, la que entonces debe poner a disposición de la población los servicios públicos. Los destinatarios de estos se convierten en consumidores activos a través de relaciones contractuales y, por ende, se generan contratos de servicios públicos entre ambos sujetos de derecho. Al ser la Administración la parte privilegiada, por sus amplias prerrogativas, establece cláusulas predispuestas que podrían ser abusivas o generar una excesiva onerosidad. Por lo tanto, se requiere el establecimiento de sistemas de control: legal, administrativo y judicial, que actúen en conjunto y den seguridad jurídica al consumidor al requerir el servicio público.

Palabras clave: administración pública; servicios públicos esenciales; contrato de adhesión; protección al consumidor.

Abstract:

The State as an entity of public power exercises administrative functions aimed at providing the growing social needs. To do so, these functions are performed by the Public Administration, which is then in charge of offering the corresponding public services to the public. The recipients of these become active consumers through contractual relationships and, thus, public service contracts are stipulated between these two parties. Due to its broad prerogatives in this context, the Administration appears as the privileged party and determines contractual clauses unilaterally, which might be potentially abusive or generate economic hardship. Therefore, it is necessary to establish control systems: legal, administrative, and judicial; all of them must act together and are set in place in order to provide legal certainty to consumers.

Keywords: public administration; essential public services, adhesion contracts; consumers protection.

Fecha de recepción: 03 de diciembre de 2020 | Fecha de aceptación: 06 de septiembre de 2021

Introducción: Surgimiento y finalidad de los servicios públicos

El Estado como entidad de fines totales busca el bien común para todos. Ante esos fines, y en la búsqueda del bien común de su población como elemento determinante en su composición, nace la categoría servicios públicos. La base de dicha categoría se halla en las transformaciones sociales y las construcciones políticas ideológicas, es por ello que surge como un medio de legitimar al Estado. Para el Derecho Administrativo constituye una relación especial: le ha acompañado desde sus inicios, donde servía para determinar el proceso contencioso-administrativo y, luego, surge como expresión misma de la función administrativa.

A lo largo de los años se ha otorgado un sentido propio a los servicios públicos. Se les ha visto como actos propios de la Administración, diferentes por completo a la actuación jurisdiccional o legislativa, debido a que la Administración Pública es una entidad orgánica, considerada como una organización que se estructura sobre la base del interés público, por lo que se integra, por un conjunto de organismos, órganos, instancias, autoridades y servicios para la realización de la función administrativa del Estado. El sistema orgánico de la Administración se compone de estructuras administrativas que desempeñan tareas y objetivos diferentes, pero a la vez se coordinan entre sí para el logro de las actividades (Lezcano Calcines, 2004, pp. 315-316).

La Administración Pública se vale de los diferentes entes mencionados, que permiten el logro de su objetivo esencial: la satisfacción de necesidades. Dichos entes pueden ser órganos propios o privados, como ocurre en el caso de los contratos de concesiones administrativas donde se delegan facultades para la realización del servicio (por ejemplo: la Empresa de Telecomunicaciones de Cuba, Sociedad Anónima -ETECSA- es una sociedad que brinda servicios de comunicación).

La categoría servicios públicos constituye una noción compleja. Se discute si tiene esencia propia o solo parte de la creación de actividades de Estados determinados a partir de actos políticos y legislativos, además de considerar si son parte de la función administrativa del Estado; esta cuestión será analizada más adelante.

Los servicios públicos responden a un régimen especial, que parte del Derecho Público con sus propias prerrogativas y obligaciones. Tienen como característica esencial la satisfacción de necesidades sociales. Pero no cualquier exigencia social es un servicio público. Como parte del cumplimiento de las funciones administrativas del Estado, requieren

la colaboración gubernativa, ya que las actividades que los conforman necesitan de mecanismos mucho más complejos, que no pueden ser resueltos con simples técnicas individuales, sino que necesitan de mayores recursos financieros, técnicos y materiales, que rebasan las capacidades individuales. El gobierno es quien posee mecanismos complejos bajo su titularidad, por lo cual se emplearán bienes de propiedad estatal. Es por ello que dichos servicios públicos se generan a partir del actuar de la Administración.

Estos responden a una continuidad, regularidad, generalidad y afectan directamente a los destinatarios, los cuales son los consumidores finales, y responden a un régimen especial de Derecho Público; por lo que el Estado está encaminado sobre la base de su actividad administrativa a satisfacer necesidades de carácter general.

La continuidad del servicio público no se refiere a la prestación ininterrumpida, sino a la satisfacción de la necesidad pública, ya que se puede presentar en forma intermitente o ininterrumpida. La generalidad significa la posibilidad de todos los individuos de tener derecho a gozar y acceder al servicio, característica que guarda relación con la igualdad o uniformidad, pues esto último responde al derecho a exigir el servicio en igualdad de condiciones. La regularidad supone conformidad con las reglas y condiciones preestablecidas.

No existe una definición exacta de cuántos servicios públicos son en general, ya que existen muchos consumidores en situaciones de necesidades diferentes, por lo que implica que las propias legislaciones tengan que regular aquellas actividades que consideran que entran en la categoría de servicios públicos. Sin embargo, a pesar de no existir números clausus de servicios públicos, existen algunos que resultan más imprescindibles y son históricamente reconocidos, como la electricidad, el agua, la transportación, la telefonía, la cual en el presente siglo se impone como un servicio esencial para las comunicaciones en los tiempos modernos; por solo citar algunos ejemplos. Lo que no resulta un hecho sujeto a discusión es que la finalidad o el objeto de los servicios públicos es satisfacer necesidades generales, colectivas, o sea, responder a las exigencias sociales.

Entre los autores de la doctrina (Dromi Casas, 1992, p. 5; Martínez Alcubilla, 1870, p. 654; Garrido Falla, 1994, p. 21), existen puntos que convergen en su conceptualización, por lo que, luego de señalar estas breves coordenadas históricas, es menester mencionar los elementos más importantes que resaltan en su concepto: los servicios públicos responden a una regularidad, continuidad, generalidad, pues se ofrecen cuando el particular, sin distinción de ninguna clase, necesita adquirir el servicio, de modo que se satisfaga la

necesidad pública, por lo que se convierte en responsabilidad para el Estado a partir del sistema de bienes que se encuentran bajo su titularidad por corresponder a técnicas complejas. Y responden al régimen de Derecho Público.

1. Responsabilidad estatal en la prestación de servicios públicos

Para entender la responsabilidad del Estado en la prestación de los servicios públicos, es preciso mencionar aquellas funciones propias que satisfacen los mismos y permiten su ejecución. Dentro de ellas es menester hacer alusión a la función gubernativa y a la administrativa, porque constituyen funciones afines con la actividad del Estado referente a los servicios públicos.

La función administrativa posee características propias que la diferencian de la función gubernativa. Mientras la gubernativa está encaminada solo a ejercer actos propios de autoridad, la administrativa va mucho más allá de actos rígidos de autoridad de control y dirección, ya que no solo puede ser ejercida por el Estado sino también por otros sujetos particulares en los cuales delega facultades, como por ejemplo a través de los contratos de concesión de servicios públicos a entidades para que estos puedan ejecutar actos por sí o delegarlos en el sistema empresarial.

La función administrativa se desprende de la separación de funciones del Estado, como consecuencia de la cual ocurre la separación de órganos que permiten el cumplimiento de las actividades estatales. Ella responde a un conjunto de estas actividades tendientes a garantizar las necesidades de la población, por lo cual aparece de modo continuo y responde a una permanencia.

El principal problema, siguiendo la línea de pensamiento de Gordillo (2014), es que aún no existe una conceptualización acabada de lo que significa la función administrativa. Por lo cual se puede apreciar que la misma comprende la actividad administrativa de sus órganos, pero también actividades de órganos legislativos y jurisdiccionales, las que no son materialmente de su función propia (ejemplo de ello en la práctica, lo constituye la remoción de empleados judiciales, o la disposición de actos legislativos que son materialmente administrativos; esto quiere decir, a la vez, que el órgano administrativo no solo ejerce funciones administrativas sino también jurisdiccionales y legislativas).

La línea de dirección de la función administrativa tiene una relación directa con los particulares a partir de aquellas labores que le conceden al ente en el que delegan facultades, las que se evidencian en las labores cotidianas de interés general que realiza.

Como parte del principio de legalidad del Derecho Administrativo nace una responsabilidad directa para el Estado, que se reconoce en lo establecido en las Cartas Magnas de los mismos o en otras leyes especiales. Por ello, en las normativas se reconocerá el respectivo cumplimiento de los fines de la función administrativa: suplir necesidades y labores cotidianas de interés general, por ende, con el reconocimiento en las diferentes leyes de los Estados se legitima dicha actuación en cumplimiento de la función administrativa y se ponen los servicios públicos a disposición de los consumidores.

Al ser la Administración titular de la función administrativa del Estado con objeto hacia la satisfacción de las necesidades colectivas por actos concretos, su actuación va más allá de controlar, coordinar, dirigir y organizar. Va encaminada a suministrar lo necesario al consumidor, por lo que pone en práctica los propósitos del gobierno en la actividad de prestación de los servicios público.

2. Relación administrativa entre el Estado y el consumidor

En el cumplimiento de determinadas funciones del Estado, se establecen nexos jurídicos con el destinatario en la adquisición del servicio. Median relaciones entre el Estado o la Administración Pública como representante de este, a tenor de lo explicado *supra*, y el consumidor, ya que en su consecución sobresale del marco de posibilidades individuales, por lo que exige que el particular se dirija hacia el Estado para obtener lo que necesita.

Como partes de la relación jurídica se encuentran: la Administración Pública y el consumidor. Amén de lo dicho sobre la Administración, deberá realizarse un análisis sobre el consumidor que permita comprender su posición jurídica, ya que, como se explicará, concurre por lo general como la parte más débil de la relación y en una posición de adhesión.

Se sigue la consideración de Castro Rodríguez (2004, p. 15) sobre las posiciones que presenta en teoría la figura del consumidor, es por ello que los autores consideran que, aún y cuando existan diferentes consideraciones sobre el consumidor en la sociedad de consumo (esta última atendiendo a patrones racionales de consumo), no cabe la menor duda que se trata de una persona natural o jurídica que requiere algo imperiosamente. Ello puede ser la

Contratos de servicios públicos celebrados por adhesión, ante cláusulas abusivas o...

obtención de un servicio para la satisfacción de sus necesidades en pos de mejorar su calidad de vida, o simplemente para el desarrollo de una actividad, en el supuesto que se trate de personas jurídicas como parte consumidora en la relación contractual y que utilice el servicio no para su consumo propio.

Ante tal definición se evidencia que el consumidor actúa bajo una necesidad, esta es la categoría que constituye su razón de ser, cuestión utilizada en los contratos por adhesión como arma por la parte predispuesta para imponer sus condiciones, sin límites, al constituir una exigencia para el adherente el consumo del servicio. Este, si bien puede prescindir de aceptarlo, ante la hegemonía y el monopolio que presenta la parte predisponente en el mercado, no tiene otra opción más que perfeccionarlo. Peor aún ocurre cuando se trata de servicios públicos esenciales, casi imprescindibles, donde la Administración se encuentra en una posición de poderío frente al particular.

Se genera un vínculo con nexos jurídicos, que dan nacimiento al contrato de servicios públicos entre la Administración y el consumidor, que se regirá por la legislación del servicio al que se refiera la prestación y su naturaleza jurídica.

Lo primero a considerar en un contrato de servicios públicos entre la Administración y el consumidor es su naturaleza jurídica, por lo que conlleva su análisis para comprender si se trata de un contrato civil, administrativo o mercantil. De antemano, aunque esto pareciera fácil, no lo es, teniendo en cuenta que en la relación jurídica no participan solo sujetos de Derecho Público, sino dos voluntades, la Administración como ente público y el particular con intereses privados individuales.

Entre los autores de la doctrina (Dromi Casas, 1992, p. 5; Cassagne, 1999, p. 13), se reafirma que esto constituye una cuestión difícil de determinar, por la presencia de diversos intereses en juego; por lo cual conlleva centrarse en el análisis propio del contrato de servicios públicos, o sea, cuál es la finalidad del contrato, el ámbito de desenvolvimiento, el objeto o la materia que regula. De entre todos estos criterios, el más atinado es el referente a la materia que regula la relación jurídica, la cual define cual será el objeto de la prestación.

Para considerar la existencia de un contrato civil, a la luz de los fines de Derecho Privado, deberá existir un acuerdo de voluntades que genera un negocio jurídico, tendientes a llevar a cabo prestaciones que tengan fines patrimoniales y la obtención de beneficios económicos a raíz del intercambio de bienes y servicios. Y serán las legislaciones especiales de cada país las que establezcan los límites respectivos, apegados a la buena fe y las buenas

prácticas. Resultaría erróneo pensar que el Estado solo es capaz de intervenir en la esfera pública, pues en la actualidad existe presencia de una privatización de la actividad del Estado, ensanchando su esfera de acción, consistente en el uso de procedimientos o técnicas de Derecho Privado del Estado para la realización de sus fines.

El Estado como sujeto de Derecho Público no solo interviene en las relaciones que son reguladas por este Derecho, sino que, a la vez que se privatizan sus actividades, interviene cada vez más en la esfera de los particulares. Por lo que en el ejercicio de sus funciones está sujeto a dos regímenes: el Derecho Público y el Privado, en dependencia de la materia que regule la relación jurídica.

A pesar de lo expuesto, en la generalidad, todos aquellos contratos en los que interviene la Administración como titular de las funciones del Estado tienen presencia de cláusulas exorbitantes al Derecho Común. Cláusulas que están fuera de la órbita normal del Derecho Privado, sea porque no es usual convenirlas o porque serían antijurídicas a la luz de las normas privatísticas (Gordillo, 2014), y es por ello que se hace casi imposible que la Administración celebre contratos que estén sujetos puramente al Derecho Civil.

Por su parte, para ser considerado dentro del Derecho Mercantil, debería surgir en el ejercicio de una empresa, vista como un círculo de actividades regido por la idea organizadora del empresario, actuando sobre un patrimonio y dando lugar a relaciones jurídicas. Sus características esenciales son el ánimo de lucro y la producción de bienes o servicios para su intermediación en el mercado y satisfacción de las demandas. En la empresa convergen varios elementos: cosas corporales, derechos y relaciones materiales con un valor económico. A su vez, en los nexos jurídicos que surgen los contratos mercantiles tienen como fin la producción de bienes o servicios para introducirlos en el mercado.

Se puede evidenciar que el contrato de servicios públicos en sí, tiene elementos del Derecho Mercantil, ya que se trata de actividades que tienen un fin y cuentan con un orden, donde hay presencia de cuestiones materiales y personales, que responden a ese conjunto de actividades.

La actividad realizada por la Administración, por ejemplo, un servicio de electricidad, está vinculada con la profesión de la empresa que brinde el servicio como parte de la estructura administrativa de esta. Además muchos de los servicios públicos brindados por la Administración tienen un peso económico, es decir, al ofrecerlos existe de por medio una

contraprestación económica; pero la cuestión principal radica en el fin: las relaciones son destinadas al mercado.

Ello no significa que solo tenga características de Derecho Mercantil, ya que no se puede obviar que se trata de un contrato donde median relaciones con la presencia de la Administración actuando como sujeto de Derecho Público. Por lo cual, resulta necesario analizar si puede ser considerado como contrato administrativo.

Primeramente, la materia que regulan los contratos administrativos tiene como finalidad una utilidad pública o un interés público. Por ello es que la doctrina (De La Puente y Lavalle, 1991; Amado y Miranda, 2000) encuentra puntos de convergencia al respecto, al considerar que existe un acuerdo de voluntades, que se celebra por un órgano del Estado en el cumplimiento de sus funciones administrativas con otro órgano o particular, que por razón de su objeto se rige por el Derecho Público, y las prestaciones se generan para suplir una necesidad que proviene de una utilidad pública o un interés público.

Todos los demás elementos como las llamadas cláusulas exorbitantes o su regulación por leyes de Derecho Administrativo son cuestiones secundarias. Lo determinante consiste en que los contratos administrativos estén encaminados a temas de interés público, bienes de dominio público, por lo cual su contenido será el que lo defina (debe señalarse que el contrato de servicios públicos posee una fuerte carga administrativa, ya que además de satisfacer necesidades públicas, responde a una regularidad, continuidad, uniformidad, obligatoriedad, unido a la responsabilidad directa del Estado en la puesta a disposición del consumidor; de modo que esta cuestión es definitoria a la hora de diferenciarlos de los contratos mercantiles).

Pero esta cuestión encuentra en cierta medida un freno, pues se trata de insertar en el Derecho Público una figura propia del Derecho Privado, el contrato. Además este plano de igualdad en el Derecho Público es difícil de lograr, ya que la Administración siempre impone su autoridad en correspondencia con sus prerrogativas.

En este tipo de contrato de servicios públicos, existe una fuerte presencia de supuestos de Derecho Público, determinado por la Administración como sujeto parte en la relación; además del fin que persiguen que va mucho más allá del propio que rige los contratos privados, que es el beneficio económico, estos están encaminados hacia la utilidad e interés público para satisfacer las necesidades sociales.

Para dar cierre, entonces, a las cuestiones acerca de la naturaleza jurídica, los autores consideran que es un contrato mixto en el que existe una preponderancia de caracteres del contrato administrativo. Pero que también tiene presencia de contenido mercantil, desde el momento en que se entiende el servicio público como una organización de elementos y actividades dispuestos para un fin, que sería el mercado o el comercio, si pensamos en ese intercambio de bienes y servicios.

Por lo cual, una conceptualización del contrato de servicios públicos pudiera ser: es un contrato mixto con caracteres de Derecho Administrativo casi preponderantes y rasgos mercantilistas, que constituye un acuerdo de voluntades entre la Administración y el consumidor, en el cual la primera ofrece un servicio con contenido público que supone una necesidad para este, cuya finalidad es la satisfacción de un interés público y reporta una utilidad pública.

Es por ello que, en lo que respecta a los servicios públicos, los contratos estarán guiados por la propia esencia de estos: satisfacer necesidades públicas con continuidad, regularidad, uniformidad, generalidad y obligatoriedad.

3. El contrato de servicios públicos celebrado a través de la contratación por adhesión

Los contratos de servicios públicos son cada vez más necesarios, a medida que avanza la sociedad de consumo y ocurre el tránsito de una época de producción a una de servicios. El consumo se masifica y requiere de mayores intervenciones de la Administración, pero en el menor tiempo posible y con menores gastos de recursos, por lo que sentarse a negociar cada exigencia de modo individual con el consumidor constituye un freno y retroceso total. De ahí surge la necesaria contratación en masa.

Los contratos en masa constituyen un fenómeno imparable, ya que viabilizan el tráfico de todo tipo de productos y servicios y por ende generan eficiencia económica; se establecen estándares en la contratación y se rompe con la clásica forma de negociación. Surge un nuevo tipo de contratación estandarizada y, sobre todo, deshumanizada.

Los contratos comienzan a desarrollarse mediante dos vías: a través de condiciones generales, donde una de las partes establece condiciones previamente y la otra acepta o rechaza, o por medio de la adhesión. Esta última, vista como otro tipo de manifestación de la contratación en masa, la cual se analizará, por la importancia que reviste para la adquisición

de los servicios públicos por los consumidores, ya que la nueva realidad económica dista mucho de la clásica. Así, se imponen retos a la luz de una mayor economía donde surgen nuevos servicios y, por ende, nuevas formas de producción y de comercialización, lo que implica nuevas relaciones entre los proveedores de los servicios y los consumidores.

Existen servicios públicos que, al ser cada vez más imprescindibles, implican la necesidad de adquirirlos. Es por ello que la Administración a través de sus estructuras administrativas llega al consumidor, a través de este nuevo sistema de contratación. El contrato por adhesión es aquel por el cual una de las partes preestablece el contenido del contrato, siendo su nota característica la presentación de cláusulas que solo podrán ser rechazadas o aceptadas, pero nunca modificadas.

Los contratos por adhesión generan una nueva estructura de perfección del contrato y rompen con las reglas de la vieja contratación. En ellos, el principio contractual de justo equilibrio de las prestaciones, encuentra un freno en el desenvolvimiento del negocio. Tradicionalmente, la justicia contractual se logra a través de la negociación de sujetos libres e iguales que actúan en defensa de sus propios intereses, cumpliendo con el principio de *pacta sunt servanda* (Ojeda Rodríguez, 2003, p. 45). Sin embargo, lo que sucede con este planteamiento, es que en este tipo de contratos de servicios públicos los sujetos no serán iguales y operan al alero de regímenes diferentes, ya que intervienen la Administración Pública y el consumidor, la primera sujeta a un sistema especial de Derecho Público y los segundos al sistema de Derecho Privado.

Este nuevo sistema de contratación es uniforme y responde a cláusulas fijas. He aquí el problema evidente: al ser el predisponente la parte superior en la relación contractual, dispone el contenido de las cláusulas. En el caso de los contratos de servicios públicos, la Administración a través de sus estructuras administrativas ofrece los servicios a través de contratos ya predispuestos, por lo que el consumidor se ve sumido en un estado de indefensión por los poderes ejercidos por esta y por las prerrogativas que ostenta, además de la necesidad de adquirirlos.

Por lo cual: ¿podrán esas facultades perjudicar o limitar el derecho de los consumidores? De esta problemática se analiza que, en la concertación de estos contratos, la Administración puede establecer cláusulas abusivas que vayan en su perjuicio, si se tiene en cuenta además que desde la posición monopólica del predisponente en el mercado y la latente existencia de la necesidad, se torna dudoso si el consumidor puede siquiera decidir en adherirse o no.

En este escenario, resulta oportuno realizar un análisis sobre la contratación por adhesión de los servicios públicos, de modo que se tenga en cuenta la posible existencia de cláusulas abusivas en ellos. Realidad evidente, que por lo general casi siempre sucede en este tipo de contratación, donde existe una parte de la relación jurídica más fuerte, que puede imponer sus decisiones, como lo es la Administración Pública.

3.1. Las cláusulas abusivas en los contratos por adhesión

Según Prada Márquez (2010, p. 113), "las cláusulas abusivas son estipulaciones antijurídicas que no se compadecen con el ordenamiento jurídico, pues vulneran la buena fe y la equidad en materia contractual, desconociendo así el fin económico y social del contrato".

Las cláusulas abusivas implican un atentado contra el principio de la buena fe, cuando hay presencia de una desproporción entre las obligaciones y beneficios que adquieran las partes. Casi siempre, su concertación o perfeccionamiento, se realiza de modo automático sin tan siquiera leer el contenido de las cláusulas o de los contratos, ya que es una práctica reiterada la sola firma sin el análisis previo. En consecuencia, los consumidores no se percatan que pueden encontrarse ante situaciones que van en su perjuicio, y que pudieran generar la imposibilidad de alcanzar la tutela efectiva a sus derechos a la hora de reclamar el cumplimiento de la prestación o para ejecutar el contrato.

La definición de cláusula abusiva, será utilizada a tono con el escenario donde pueda generarse una situación sobrevenida por su existencia, por lo que puede conceptualizarse a partir de los análisis doctrinales, jurisprudenciales o legales. A pesar de ello, existen características que, aun dependiendo de la forma de definirlo, subsisten y permiten determinar que hay presencia de contenido abusivo.

La primera a tener en cuenta es la vulneración o infracción al principio de la buena fe. Como se sabe, la buena fe constituye una presunción básica en el régimen contractual y en toda relación jurídica, al ser considerada como principio general para el Derecho, por lo cual deberá permear todos los momentos del contrato. Este principio en relación con las cláusulas operará desde una proyección objetiva (Ojeda Rodríguez, 2003, p. 27), teniendo en cuenta su carácter normativo, por lo que deberá prescribirse en el contenido de la relación jurídica. Será una cuestión determinante para el correcto funcionamiento del contrato.

Otra de las características es el evidente desequilibrio en las obligaciones y los derechos de las partes. Esta cuestión habla de un rompimiento del principio contractual del justo equilibrio de las prestaciones, el cual busca una equivalencia entre las partes en la

relación y el logro de una justicia contractual. Se extiende a todo el contrato y no solo a las obligaciones, y permite que las partes se encuentren en un plano de igualdad. Pero el desequilibrio que genera la aplicación de la cláusula no es cualquiera, sino que deberá ser injustificado y relevante al contrato. Es decir, no basta solo con alegar la condición de superioridad del predisponente, sino también habrá que demostrar que su actuar no está amparado en una cuestión legítima que justifique la intromisión de la cláusula en el contrato.

Una cuestión que cabe considerar es que el desequilibrio refiere a las cláusulas complementarias a la obligación, y no a los elementos esenciales o fundamentales. De modo que, en el supuesto en que se refiera a estos últimos, el consumidor puede prescindir de la concertación del contrato. Existiría, así, una ausencia evidente en la autonomía y la libertad para contratar por el consumidor (así, por ejemplo, el art. 1121, a, del Código Civil y Comercial de Argentina [2006] establece que no podrán ser declaradas como abusivas aquellas cláusulas relativas a la relación entre el precio y el bien; es decir, una cuestión fundamental en el contrato la constituiría, en este caso, una gran diferencia entre el precio y la cosa o bien objeto del contrato).

A pesar de tener la posibilidad de retractarse cuando se trata de afectación a elementos esenciales, como se ha planteado con anterioridad existen supuestos en los cuales, ante la posición hegemónica de las grandes potencias en el mercado, el consumidor se ve obligado a perfeccionar el contrato para poder adquirir el servicio, aun cuando no desee hacerlo por las imperfecciones.

Otra de las dificultades con las que se enfrenta el consumidor aparece cuando el contrato no muestra una redacción clara y transparente. Más aún, si se trata de situaciones que requieren de una interpretación técnica o un estudio más profundo para comprender el contenido de las cláusulas, de modo que se obtenga la realidad sobre el asunto a contratar, y es por ello que puede constituir una vulneración a los derechos del consumidor.

A pesar de las diversas situaciones que pueden considerarse como cláusulas abusivas en las legislaciones, existen tipologías que son enunciadas en la mayoría de ellas, al ser las más vistas en las relaciones contractuales¹.

¹ Según la opinión de los autores y por el análisis previo realizado en la bibliografía a partir del uso del Derecho comparado, al hacer un resumen y resaltar las de más consideración, podemos destacar: 1) aquellas que exoneran al predisponente de toda responsabilidad, 2) las que implican una renuncia del adherente a sus derechos establecidos en ley, 3) las que restringen la posibilidad de reclamación del adherente, cuando el producto o servicio no cumple con los parámetros de calidad, 4) aquellas que impidan la posibilidad de ejercitar la acción judicial del consumidor, en caso de vulneración o incumplimiento de la obligación, 5) las que permiten la

Las cláusulas abusivas, en resumen, implican un perjuicio para el consumidor y son lesivas a sus derechos, pues constituyen un rompimiento en la transparencia contractual. Afectan la contratación pues, desde la vulneración de los caracteres esenciales del contrato, provocan un mal para los principios del Derecho como ciencia.

3.2. Cláusulas excesivamente onerosas

Diferente sería, lo que ocurre una vez que se ha concertado el contrato sin que se haya generado alguna de las situaciones antes vistas, pero que al momento de su ejecución ocurrieran cuestiones inesperadas, imprevisibles, que afectan de igual modo el normal funcionamiento de las prestaciones de las partes en el contrato.

Se hace referencia a la excesiva onerosidad, la cual constituye una cuestión que afecta de igual modo el contenido de los contratos por adhesión. Pero, en contraste con las cláusulas abusivas, constituye un freno a la total satisfacción de la adquisición del servicio en el momento de la ejecución del contrato.

La excesiva onerosidad es aquella situación que no ha podido preverse en el momento de concertar el contrato y que, al producirse un determinado acontecimiento sobrevenido con posterioridad, afecta perjudicialmente el cumplimiento de la prestación, pues se produce un desequilibrio en ella, que genera una desproporción significativa. Pero la cuestión es que no solo la situación sobrevenida puede afectar al consumidor, sino que también al proveedor, como por ejemplo, la subida del precio de una materia prima en el mercado.

Para que se manifieste deberá tratarse de contratos de ejecución continuada, periódica y diferida, deberá producirse por acontecimientos imprevisibles de carácter extraordinario y que ellos, además, impliquen la posibilidad que la parte perjudicada pueda pedir revisión ante el juez.

Por lo cual aquellas cláusulas contenidas en un contrato por adhesión, que en el momento de ejecución provoquen una excesiva onerosidad para las partes, deberán ser modificadas. Primero a partir del arbitrio de las partes y, de no ser posible, el órgano jurisdiccional u otro de diferente instancia y menor rango o diferente materia, tiene facultades para modificar el contrato, de modo que prime como principio su preservación, pero ello no implica que tenga facultades de resolución o rescisión del contrato.

modificación unilateral de las cláusulas por el predisponente. Existen muchas otras que se analizan en las legislaciones dependiendo del contrato que se trate, pero estas resultan de acotación en la mayoría de ellas.

La diferencia fundamental entre una u otra institución, radica en que las cláusulas abusivas se establecen en el contenido del contrato de modo previo, y de manera consciente por la parte que las incluyó, y que generan desde ese instante un desequilibrio evidente e injustificado para las partes. Las cláusulas excesivamente onerosas, por su parte, aun cuando afectan de igual modo el correcto funcionamiento del contrato, no resultan posibles de prever, ya que son extraordinarias sobrevenidas, cuando el contrato ya ha sido perfeccionado y está en ejecución. Por lo cual, pudiera afectar a ambas partes en la relación jurídica.

De todo lo anterior, es preciso mencionar que existe una evidente posición dominante de la Administración en los contratos por adhesión, por lo cual surge la posibilidad de cláusulas abusivas en los contratos de servicios públicos. Ello implica la búsqueda de mecanismos efectivos que amparen al consumidor ante los poderes de la Administración, a partir de la responsabilidad estatal de no solo dar cumplimiento a los servicios públicos a través de la Administración por medio de la función administrativa, sino también que estos puedan llegar al consumidor con la mejor transparencia y seguridad jurídica posible.

4. Protección al consumidor ante los poderes de la Administración en los contratos de servicios públicos celebrados por adhesión

La Administración Pública no solo deberá asegurar la satisfacción de necesidades a través de los servicios públicos como exigencia social, sino que además se encargará de asegurar el control manifiesto hacia los mismos por sus propios órganos en la adquisición transparente por los consumidores y en los vínculos contractuales que generan la relación. Es por ello que se establecen sistemas de control que auxilian al consumidor, a fin de que se aseguren sus derechos y una adquisición segura de los servicios, ante cláusulas que puedan ir en su perjuicio y resultar lesivas, ya que la Administración se encuentra en la posición de ser el predisponente y el consumidor necesita imperiosamente consumir los servicios.

Las exigencias en la adquisición de los servicios se deben a factores actuales: aumento del consumo en la creciente sociedad de consumo, tal cual se ha mencionado anteriormente, la tecnificación, el aumento de las tecnologías, un nuevo orden económico-social y el desarrollo de las fuerzas productivas.

Los sistemas de control son aquellos mecanismos con relevancia jurídica, que de manera preventiva o en forma posterior, pública o privada, y en forma complementaria y

coordinada, buscan evitar la existencia de excesos que pudieran generarse por la eventual presencia de cláusulas abusivas, o a contrarrestar aquellos abusos de haberse ya producido. Ello, con el único fin de mantener en pie o, en su caso, de restablecer el equilibrio contractual entre los derechos y las obligaciones de las partes (Rodríguez Chávez, 2012).

El primer control que pudiera generarse ante la presencia de cláusulas abusivas será el uso de la propia autonomía de la voluntad, que constituye la primera vía en cualquier contrato cuando se genera una reclamación. Pero al ser los contratos de servicios públicos que se abordan, contratos de adhesión con cláusulas predispuestas, casi nunca es posible establecer la negociación *inter partes* y se requiere de otros recursos mucho más efectivos.

Otro de los mecanismos utilizados es el control administrativo. Este control es previo y se realiza de modo preventivo a la concertación de cualquier contrato, pues en teoría, no solo existe posibilidad de presencia de cláusulas abusivas en los contratos por adhesión, aunque por lo general es donde resulta mayormente visible.

La Administración delega facultades en sus órganos o entes administrativos encargados de cumplir sus funciones, pues como se mencionó *supra*, esta va encaminada a coordinar y a establecer un orden y control. Por ello es que vigila todas aquellas actividades que incidan directamente en los servicios públicos a los consumidores y generen una utilidad pública. Esto quiere decir, que cualquier contrato que tenga como objeto un servicio público, deberá ser evaluado previamente por una instancia superior administrativa de modo que se determine si es atinado, o no, y si hay presencia de cláusulas abusivas.

Es una labor cuyo fin es determinar, una vez que se deleguen facultades en entidades sectoriales, aquellas cláusulas que pueden integrar los contratos de consumo y, de este modo, poder suprimir de forma previa aquellas cláusulas abusivas que generan desequilibrio en las futuras relaciones contractuales.

La Administración en ejercicio de sus funciones puede influir en sus propios órganos, e intervenir para que se vuelvan defensores de los derechos del consumidor y, a su vez, limitar el uso de cláusulas abusivas en los contratos que se establecen entre los órganos de esta y los consumidores. Se establece para ella una relación de poder-deber, determinado primero por las propias prerrogativas que ostenta y, lo segundo, por la responsabilidad que tiene de adoptar medidas necesarias que aseguren la buena marcha de la ejecución de los pactos obligacionales y, así, lograr la satisfacción general con la gestión del servicio público.

A partir de las consideraciones de ciertos autores en la doctrina (Cárdenas Quiroz, 2000; De La Puente y Lavalle, 2017) se puede puntualizar que, en caso de control administrativo, es la Administración Pública quien deberá de modo previo fiscalizar si las cláusulas por las cuales se pretende perfeccionar el contrato son apegadas a las reglas de transparencia contractual. De modo que, así, sea protegido el derecho del consumidor y que no suponga abusos lesivos.

Como caracteres esenciales, se puede resaltar que este control se presenta de modo previo, tiene un carácter preventivo, evaluador y está sometido al control estatal.

Sin embargo, también puede ser ejercido como parte de la potestad sancionadora de la Administración de modo posterior. Específicamente, cuando debiendo cumplir lo establecido por la Administración Pública como parte del control previo, se ha vulnerado lo dictado por esta respecto a una determinada cláusula. De modo que se someten a los órganos administrativos superiores con facultad sancionadora.

El sistema legal es otro de los controles que se llevan a cabo, constituye el modo más eficiente para poner un alto al uso de cláusulas abusivas en estos tipos de contratos. Las disímiles leyes aprobadas por los Estados, resultan el camino más efectivo para limitar el modo de operar en los contratos y fijar las buenas maneras de perfeccionarlos, apegadas a los principios del Derecho.

Este tipo de mecanismo constituye un control previo a la concertación del contrato. Se establece en las legislaciones a través de diversos modos. El primero y más utilizado es el que se lleva a cabo por un listado de cláusulas negras, donde se enuncian determinados tipos de cláusulas que se consideran abusivas. Ellas aparecen taxativamente establecidas y, una vez que el juez las tiene a la vista, las declarará de inmediato abusivas y procederá a establecer su nulidad.

También se prevé el listado de cláusulas grises. Se trata de situaciones que pudieran generar sospechas de abusos en el contenido contractual, por lo cual dependerán del contexto en el cual fueron dictadas, o de la finalidad que tenía el contrato al momento de su perfección (Echeverría Salazar, 2011). Estas dejarán sin efecto, o irán encaminadas a contrarrestar en consecuencia, la posibilidad de concretar el abuso contra el consumidor. Se trata de una presunción de hecho que admite prueba en contrario, por lo que podría destruirse la sospecha o presunción.

Las cláusulas negras generarán un efecto de ineficacia absoluta y las grises de ineficacia relativa, ya que se valorarán las situaciones a partir de cada contrato en particular. Las negras, en consecuencia, no son consideradas como presunciones ya que por sí mismas afectan el objeto o el contenido del contrato, por lo que se establecen taxativamente.

Constituyen un mecanismo de protección estatal previo, que está compuesto por un conjunto de normas jurídicas que regulan los contratos por adhesión y establecen los procedimientos y condiciones para su validez. Por lo que en la medida de establecer pautas sobre el sistema legal, se puede decir que quedará establecido en la norma lo que se entiende por cláusulas abusivas, cuáles serán los mecanismos que permiten la defensa del consumidor antes la detección de las mismas y la sanción aplicable a estas; de modo que posibilita a las partes lograr protección a través de otros mecanismos de control, como el judicial y ofrece también pautas generales al control administrativo.

Otro de los sistemas de control es el judicial, visto como un mecanismo necesario y efectivo, ya que no solo se implementa para que el juez dicte un fallo sobre lo relativo a cláusulas abusivas, sino que también devuelva el equilibrio contractual, cuando la situación se torna excesivamente onerosa para una de las partes haciéndole imposible cumplir con la obligación. Todo ello si se tiene en cuenta que nace para dar un cauce procesal al Derecho plasmado dentro del sistema legal.

Es de resaltar, que aun cuando el tribunal está facultado para intervenir en el proceso y declarar la nulidad de la cláusula que considera abusiva o modificar el contrato, no puede declarar en principio su resolución, amén de conservar el mismo, teniendo en cuenta el principio de que este es *ley para las partes* y el respeto a la autonomía de la voluntad contractual. Esto permite demostrar que la fuerza vinculante en el contrato no solo se impone a las partes sino también a terceros y al tribunal, de modo que el juez respetará el contenido del contrato como ley misma, en base al respeto del principio de intangibilidad contractual, en la búsqueda de la preservación del contrato (Pérez Gallardo, 2006). El sistema de control judicial es posterior, nace a partir del establecimiento en las normas de supuestos que constituyen cláusula abusiva, para llevar las cuestiones a su estado inicial o subsanar el defecto en la relación.

Cuando se han infringido las llamadas *cláusulas de listas negras o grises*, se deberá acudir al Derecho Procesal, instar al órgano judicial para que le sea reconocido un derecho subjetivo que se cree tener, a través del ejercicio de una acción concreta y resuelva la

controversia jurídica. Dependerá del país y del sistema de Derecho cómo se implementará el control por los tribunales y el cauce procesal.

Por su parte, cuando se genera una excesiva onerosidad, se produce la intervención judicial de modo que sea restablecido el equilibrio y reconducido el contrato a las nuevas condiciones, todo ello si se tiene en cuenta que el contrato deberá estar sujeto a prestaciones recíprocas de ejecución diferida o sucesiva. El tribunal actuará de modo que resuelva, suspenda o modifique la situación, cuestión que responde a una excepción del principio *pacta sunt servanda*, según el cual sólo compete a las partes el contenido del contrato como ley de la relación jurídica.

Se trata de un mecanismo de control posterior y generado a solicitud del sujeto perjudicado. Una vez que se ha producido, corresponde al juez evaluar si es necesario acudir a mecanismos de integración e interpretación para cubrir los vacíos, ambigüedades o contradicciones que han surgido a raíz de la presencia de cláusulas abusivas. Al analizar lo anterior comprobará si su intervención es necesaria, para lo cual, de serlo, declarará la ineficacia o nulidad de alguna cláusula e integrará al contrato el espacio que generó la nulidad, de modo que no afecte la prevalencia contractual ni las prestaciones derivadas de este, haciendo posible que se cumpla el fin para el cual fue creado.

El control judicial se llevará a cabo por vías diversas: la inclusión, la interpretación y el contenido (Castro Rodríguez, 2004, p 13). Esta última es a la que se hace referencia: el tribunal examinará el contrato en la totalidad de su contenido y emitirá un fallo sobre la cláusula, o varias de ellas, que han estado sujetas a litigio; de modo que se restablezca la equidad en las prestaciones a través de la declaración de nulidad de dicha cláusula o la negación de la petición interpuesta por la parte actora. Con la declaración de nulidad el juez excluirá del contrato aquella parte que es desproporcionada y excesiva, es decir, que genera una afectación relevante en su contenido.

Respecto de todo lo explicado *supra*, lo más atinado es que los mecanismos funcionen de modo íntegro, o sea, que todos estén presentes en la legislación a fin de que, en defecto de alguno o por la imposibilidad de su uso, los otros suplan la falta. Por lo que al no poder hacer uso de mecanismos previos, se podría encontrar tutela posterior a través del Derecho Procesal. Lo principal es que el consumidor siempre encuentre un sistema garantista que le brinde seguridad jurídica. Es decir, los mecanismos de control deberían funcionar como un sistema de complementación entre ellos.

5. Una mirada a la legislación especial cubana en materia de contratación económica

Resulta trascendental a la luz de la naturaleza jurídica mixta del contrato de servicios públicos anteriormente analizada, y por la necesaria implementación en Cuba de leyes de protección al consumidor, realizar un pequeño análisis sobre la legislación especial que da tratamiento a la materia contractual y a la vez toca las puertas del Derecho Mercantil.

La entrada en vigor, en el año 2012, del Decreto Ley N° 304 sobre la Contratación Económica, supuso para Cuba un gran paso de avance. Este pone en evidencia todo el contenido contractual de los pactos establecidos entre dos sujetos de derecho, o sea, todas las reglas que deberá contener el contrato en cada uno de los momentos del *iter* contractual. Trae a la contratación la forma de adhesión contractual, donde presenta la sola posibilidad del destinatario de aceptar o no la oferta, si quiere recibir la prestación.

La legislación es moderna y atemperada, ya que es capaz de demostrar que los actuales contratos de prestación de servicios que son considerados como públicos, son celebrados a través de cláusulas predispuestas. Además de hacer mención a la contratación por adhesión, le atribuye la condición a estos de que no deberán poseer cláusulas abusivas. Aunque carece de desarrollo legislativo, se pueden salvar las lagunas si se expone que puede gozar de un desarrollo técnico posterior en una norma propia de protección al consumidor y que, a la luz de la contratación, goce de respaldo ante cláusulas predispuestas en el contrato por adhesión.

A su vez, la norma expone los supuestos que generan una excesiva onerosidad en la contratación y que modifican o dan por terminada la relación jurídica; además de aquellos requisitos que tendrán que ser considerados para entender la excesiva onerosidad en una prestación y los supuestos en los que puede generarse, como puede ser: cuando existe una subida abrupta del valor de la prestación o una bajada. Prevé la posibilidad de renegociar los términos y condiciones del contrato una vez que la parte en desventaja detecta el exceso en el valor de la prestación y, de no ser ello posible, abre la vía judicial para la modificación o resolución del contrato (Decreto Ley N°304, 2012, arts. 76 y 77).

6. Tratamiento en el Derecho Comparado

Los diferentes sistemas de control estarán determinados por las legislaciones de cada Estado, que serán los encargados de velar por el cumplimiento de lo establecido; estos se incluirán

en los Códigos o leyes especiales de protección al consumidor. En esta investigación se han seleccionado dos de los países más avanzados jurídicamente y que representan a su vez dos continentes a nivel mundial: Argentina y España.

6.1. Derecho argentino

Argentina constituye un país jurídicamente moderno, que ha logrado incorporar en sus diversos cuerpos normativos muchas de las instituciones del Derecho. Tiene reguladas las cuestiones referentes a las cláusulas abusivas en la contratación en el cuerpo del Código Civil y Comercial de La Nación (2016); sin embargo, también cuenta con leyes especiales referidas al consumidor, como la propia Ley N° 24.240 (1993), la cual será de análisis posterior.

El Código Civil y Comercial de La Nación (2016) contiene en su *Sección segunda* todo lo relacionado a la contratación por adhesión, y ofrece un concepto de lo que entiende por este tipo de contratación. Determina cuáles serán los requisitos a tener en cuenta en ellos y establece cuándo no se debería llevar a cabo, siempre que haya presencia de cláusulas abusivas. Establece, de modo general, condiciones en las que no es propicio perfeccionar el contrato porque resulta un perjuicio para el consumidor, o en este caso para el adherente.

Abre paso a la posibilidad de control judicial, aun cuando se haya llevado a cabo un control administrativo previo, por lo que le impone patrones de guía al juez, para que este, una vez declarada la nulidad de una cláusula, tenga que lograr una integración del contrato para que este no se vea afectado.

Después de mencionar las cuestiones generales acerca de lo que constituiría una cláusula abusiva, dedica todo el capítulo cuarto de la sección mencionada a dar tratamiento a los sistemas de control, remitiendo al articulado donde comienza la sección, para mostrar la aplicabilidad que tiene en los contratos no solo sujetos a la adhesión sino a la contratación en general. Resalta la característica esencial de las cláusulas abusivas: producen un evidente desequilibrio en la prestación que va en detrimento del consumidor.

Se contempla el control de incorporación, por lo que se entiende que las cláusulas deben ser incluidas en los contratos, de modo que el adherente pueda entender que hay presencia de ellas y gozar de una disponibilidad. Así, se muestra *ab initio* que, para llegar al control judicial, el cual regula al final de la sección en los artículos siguientes, es necesario que estén incluidas o incorporadas en el contrato de modo que puedan ser incluso analizadas y aceptadas por el consumidor. Este control de incorporación es una de las vías de llevar a cabo el mencionado control judicial, como se ha explicado.

La ley aplica la teoría de que las cláusulas en un contrato no deberán ser declaradas abusivas cuando se trate de cuestiones referentes a la relación entre el precio y el bien o servicio procurado (Código Civil y Comercial de la Nación, 2016, art. 1121). De este modo, se evidencia que la declaración de cláusula abusiva no versará sobre los elementos esenciales en el contrato, porque el consumidor pudo abstenerse de contratar, sino sobre las cuestiones complementarias, como por ejemplo el establecimiento del pago de una sanción pecuniaria.

Culmina la referida sección mostrando el mecanismo de control judicial, donde establece el actuar del juez desde su función de integrador del contrato, una vez declarada la nulidad de la cláusula, o cuando se trata de un contrato conexo en el que es necesaria la conservación de uno, si el otro ha sido extinguido. Todo lo analizado con anterioridad, es tratado por el legislador a partir de los contratos de consumo, cuando presenta a la figura del consumidor y la conceptualiza; y da muestras de que, a partir de la adquisición del servicio o producto, nace un vínculo jurídico.

En lo referente a la Ley N° 24.240 (1993), ella contiene un capítulo donde regula lo relacionado a las cláusulas ineficaces y los términos abusivos. Expone cuáles serán las cláusulas que no deberán ser incluidas en los contratos por adhesión, las que, a la luz de cuestiones teóricas, son las llamadas cláusulas negras. Ofrece la posibilidad de demanda por parte del consumidor en los supuestos en que exista violación o abusos en las cláusulas, donde se muestra que el mecanismo judicial es un control generado.

Cuando hace uso del verbo *vigilará* (Ley N° 24.240, 1993, art. 38), abre paso a los sistemas de control encargados a una autoridad, que es quien supervisa el perfeccionamiento adecuado del contrato, por lo que de ello podemos inferir que se trata de control administrativo. Precisamente porque resulta de una autoridad, se realiza de modo previo y permite que no se cometan abusos en la contratación. Además, en el articulado siguiente la ley expone cuáles serán las autoridades encargadas de llevarlo a cabo.

Lo más importante de la ley es que, no solo da tratamiento en su articulado a supuestos en el marco del Derecho positivo, sino que también contiene todo un conjunto normativo de Derecho adjetivo. Y, entonces, da paso al sistema procesal que cobra vida en los órganos judiciales, por lo cual ofrece un cauce procesal a la vulneración del Derecho positivo. Es decir, otorga legitimidad al consumidor para poder accionar judicialmente cuando sus intereses se encuentren afectados o amenazados. Remite la defensa del Derecho al tribunal ordinario competente, en procesos de conocimiento más abreviado; con la

participación del fiscal como protector de ley (siempre y cuando no actúe como parte), ya que la ley dispone dicha participación como obligatoria (Ley N° 24.240, 1993, arts. 52, 53 y ss).

Con respecto a la excesiva onerosidad de las prestaciones, el Código Civil y Comercial de la Nación (2006) la regula en los supuestos de imprevisión; los que tienen lugar cuando existe una alteración extraordinaria sobrevenida por causas ajenas, que afecte al contrato, permitiendo que sea resuelto parcial o totalmente, ya sea extrajudicialmente o por el tribunal. De este modo se presenta la excesiva onerosidad con sus caracteres propios: cuando es un contrato conmutativo o de ejecución diferida o permanente, y que sea por cuestiones imprevisibles al momento de perfeccionarse el contrato, las cuales hacen imposible el cumplimiento de la prestación por ambas partes.

El artículo da la posibilidad de modificación *inter partes* en el contrato, pero en caso de que esto no fuere posible, abre paso a la vía judicial. De esta manera, se evidencia que el efecto del contrato atañe no solo a las partes sino también a terceros o al tribunal, como forma de excepción al principio *pacta sunt servanda*.

6.2. Derecho español

Especial atención merece España dentro del continente europeo. La legislación española posee una Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (Real Decreto Legislativo 1/2007, con diferentes actualizaciones, la última de 2019). Dentro de ella, dedica un acápite del *Libro segundo* a abordar todo lo relacionado con la contratación con los consumidores.

En relación con los contratos sujetos a condiciones generales, remite de modo supletorio a otra ley, que trata específicamente el tema de las condiciones generales de la contratación: Ley 7/1998 (véase: Real Decreto Legislativo 1/2007, art. 59 no. 3 en relación con el art 10.1 inc. e y el apartado 5).

Lo más esencial y que posee gran atención debido al impacto y la novedad, es el Título II del libro señalado, ya que de alguna manera desarrolla ampliamente la extensión de lo que se consideraría una cláusula abusiva en muchas áreas y categorías propias del Derecho. Dentro del articulado dedicado a la exposición de cada una de ellas, es de resaltar aquellas que van dirigidas a regular las cuestiones relativas a los derechos del consumidor y las que de cierto modo afectan la perfección y ejecución del contrato (Ley 7/1998; Real Decreto Legislativo 1/2007, arts. 86 y 89)

Cuando comienza el *Libro segundo*, en las disposiciones generales, impide de alguna forma la realización de aquellos contratos que puedan generar una desproporción en cuanto a derechos y obligaciones para las partes e impongan obstáculos ampliamente onerosos.

Luego, en el título II, presenta los requisitos a tener en cuenta en dichos contratos sujetos a cláusulas generales, donde incluye también aquellos que celebra la Administración Pública. Esto resulta relevante para esta investigación pues, de las leyes anteriormente analizadas, aquí se reconoce expresamente cómo deberán ser los contratos que formalice la Administración Pública al incluirla dentro del articulado. Esto permite inferir que se hace referencia a la posibilidad de incluir los contratos de servicios públicos que celebre la Administración con los consumidores. Además, se reconocen como caracteres esenciales a tener en cuenta los requisitos de buena fe y el justo equilibrio de las prestaciones, lo cual impide que el contrato pueda contener cláusulas abusivas.

Con respecto a los sistemas de control, somete la labor contractual a la Administración Pública de las empresas destinadas al régimen público o aquellas que gozan de una concesión, de modo que se analice las cláusulas o estipulaciones contenidas en los contratos (Real Decreto Legislativo 1/2007, art. 81 no. 3).

La ley define lo que entiende por cláusulas abusivas, incluyendo en el concepto los elementos teóricos esenciales que lo conceptualicen, cuando refiere que serán las que generan un desequilibrio de derechos y obligaciones y rompen con las exigencias de la buena fe. Contiene, además, las llamadas cláusulas negras como parte del sistema de control legal, de modo que puedan ser supletorias para los artículos que se dedican específicamente a regular las cuestiones de las cláusulas abusivas. En lo referente al control judicial, se muestra posterior y generado cuando se plantea que se llevará a cabo previa audiencia de partes, donde el tribunal declarará la nulidad de la cláusula (Real Decreto Legislativo 1/2007, arts. 82 y 83).

Del análisis legislativo de los países seleccionados, se advierte que se pronuncian sobre la contratación en la protección al consumidor, regulan la contratación por adhesión, así como también los requisitos a tener en cuenta para evitar la presencia de cláusulas abusivas. Para ello se valen de sistemas de control, manifiestos, desde las leyes en el Derecho positivo, y el cauce hacia el sistema de control judicial como modo de tutelar las vulneraciones en los consumidores. Resulta, entonces, un acierto valerse de estas experiencias para configurar un sistema suficiente de protección al consumidor, que recoja

las cuestiones destinadas a la contratación de los servicios públicos por ser un tema altamente sensible al consumidor.

Específicamente en materia procesal, España es una nación de avanzada por lo que, en la búsqueda y el auxilio de mejoras en los sistemas de Derecho, conviene analizar aquí ciertas sentencias y recursos en instancias superiores que derivan de su sistema de tribunales. En consecuencia, se señalan brevemente algunas sentencias españolas que abordan la protección al consumidor, en sede de contratación, ante cláusulas abusivas.

Resultan interesantes aquellos supuestos por medio de los cuales los tribunales judiciales españoles, en instancia superior, han declarado la nulidad de las cláusulas por considerarlas abusivas. No solo se considera avanzado por la posibilidad de acceso al órgano jurisdiccional y de encauzar un proceso en materia de contratación, sino también porque resultan demandas interpuestas a personas jurídicas con potestades mucho mayores que un simple consumidor; de manera que resalta el derecho del consumidor a ser escuchado y su defensa como parte vulnerable en la relación jurídica.

Dichas sentencias son de reciente aplicación, lo que implica la creciente defensa de su débil posición. Sin embargo, luego del análisis y la lectura de las sentencias del año bajo investigación, se pudo constatar que los temas abordados están encaminados a supuestos de contratación económica, relativos a contratos de préstamos donde median garantías de obligaciones, por lo general de hipoteca, así como también contratos de contenido bancario (véase: STS 107/2020, 2020; STS 2004/2021, 2021). Empero, no se trata de procesos relativos a la defensa del consumidor por vulneración de sus derechos en la adquisición de servicios públicos; lo cual no quiere decir que en un momento determinado no se hayan suscitado ya que, como se expuso en la sección anterior, ellos cuentan con una ley de protección al consumidor que posibilita el acceso a la maquinaria judicial.

Conclusiones

A modo de conclusión sobre lo expuesto, y para ofrecer una visión más clara del fenómeno abordado, se puede decir lo siguiente:

1. Los servicios públicos surgen como una medida de legitimar al Estado. Son actos propios de la Administración, la que los desarrolla en el cumplimiento de la función administrativa cuya esencia es la satisfacción de las necesidades de la población. Se convierten en una responsabilidad del Estado, impuesta por ley, pues se realizan con bienes de propiedad estatal, por la complejidad de la

prestación en cuanto a la utilización de técnicas más complejas. La esencia de la Administración es satisfacer las necesidades y exigencias crecientes de la población sobre la base de los servicios públicos, con una visión de interés público y utilidad pública.

2. Los servicios públicos son relevantes para el particular a medida que se masifica la producción y mucho más el servicio, pues surge la llamada sociedad de consumo, que viene de la mano con el creciente desarrollo alcanzado. Los particulares se convierten en consumidores activos de los mismos y llevan a cabo contratos de servicios públicos con las Administraciones o con sus entes administrativos; pactos que se vuelven masivos, desde el mismo instante en que se requiere una mayor rapidez y fluidez en el tráfico jurídico.
3. Los contratos por adhesión contienen cláusulas predispuestas, establecidas unilateralmente por la parte más fuerte, es decir, la Administración Pública. En ellos, los consumidores no pueden negociar el contenido del contrato y tienen que someterse a estos. La Administración Pública es un ente con potestades y facultades, que responde a un régimen jurídico especial dentro del Derecho Público, pues contiene prerrogativas que le son otorgadas. Es por ello que el consumidor se encuentra en una posición de débil jurídico, al requerir o necesitar el servicio.
4. Para evitar vulneraciones en la relación entre la Administración y el consumidor, por las grandes prerrogativas de la primera, se establecen en las legislaciones a nivel internacional sistemas de defensa a los consumidores. Ellos tienen un papel protector de sus derechos ante el establecimiento de cláusulas abusivas, tanto en el orden positivo como en el procesal. Por ello, resulta de vital trascendencia el establecimiento de sistemas de protección: ya sean de modo previo, como el legal y el administrativo, o posterior, como el judicial. Solo así existirá un equilibrio en la relación jurídica.

Referencias Bibliográficas

- Amado, J. D. y Miranda, L. (2000). Aplicabilidad de la cláusula *pacta sunt servanda* del artículo 62 de la Constitución a los contratos regulados por el Derecho Público. *Thēmis (Lima)*, (40), 255-262. <https://bit.ly/3DDjLa3>
- Cárdenas Quiroz, C. (2000). Las cláusulas generales de contratación y el control de las cláusulas abusivas. En *Contrato y Mercado*. Gaceta Jurídica.
- Cassagne, J. C. (1999). *El Contrato Administrativo*. Abelardo-Perrot.
- Castro Rodríguez, G. de los Á. (2004). *El consumidor. Necesidades y perspectivas de protección en Cuba* [Tesis de maestría no publicada]. Universidad de La Habana.
- Código Civil y Comercial de La Nación. Aprobado por Ley N° 26.994. Promulgado según Decreto 1795/2014. (2016) (2a ed.). Infojus. <https://bit.ly/45d6hxf>
- Decreto Ley N° 304. De la contratación económica. Gaceta oficial de la República de Cuba, La Habana, Cuba, 27 de diciembre de 2012. <https://bit.ly/3qissDu>

Contratos de servicios públicos celebrados por adhesión, ante cláusulas abusivas o...

- De La Puente y Lavalle, M. (2017). *El Contrato en General*, comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil (3a ed., Vol. 1). Palestra
- De La Puente y Lavalle, M. (1991). *El Contrato en General*. Primera Parte (Vol. 1). Universidad Católica del Perú.
- Dromi Casas, J. R. (1992). *Derecho Administrativo* (Vol. 2). Astrea.
- Echeverri Salazar, V.M. (2011). El control a las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión con consumidores. *Opinión Jurídica*, 10(20), 122-144. <https://bit.ly/3OmWwG8>
- Garrido Falla, F. (1994). El concepto de servicio público en Derecho Español. *Revista de administración pública (Madrid)*, (135), 7-36. <https://bit.ly/47aGzeN>
- Gordillo, A. (2014). El dominio público. En *Primeros manuales* (Vol. 9, pp. 353-366). Fundación de Derecho Administrativo. <https://bit.ly/3rRzq2J>
- Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación. Boletín Oficial del Estado, Madrid, España, 14 de abril de 2018. <https://bit.ly/3QwMm8i>
- Ley Nº 24.240. Normas de Protección y Defensa los Consumidores. Autoridad de Aplicación. Procedimiento y Sanciones. Disposiciones Finales. Promulgada Parcialmente, Buenos Aires, Argentina 13 de Octubre de 1993. <https://bit.ly/3KIA1Ag>
- Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Boletín Oficial del Estado, Madrid, España, 2 de julio de 1985. <https://bit.ly/3OHDPya>
- Lezcano Calcines, J. R. (2004). *La organización de la administración pública*. En D.F. Cañizares Abeledo, A. Castanedo Abay, M. T. Ianza López, S. Díaz Sánchez, J. R. Lezcano Calcines, A. Matilla Correa y Y. Reyes Paret, *Temas de Derecho Administrativo Cubano* (Vol. 1). Félix Varela.
- Martínez Alcubilla, M. (1870). *Diccionario de la administración española peninsular y ultramarina* (2a ed., Vol. 12). Imprenta de la V. e hijos de D.A. Peñuelas. <https://bit.ly/3F3jzRS>
- Ojeda Rodríguez, N. C. (2003). Justicia contractual: Principios de la buena fe y del justo equilibrio de las prestaciones en la contratación. En su *Derechos de Contratos* (Vol. 1, pp. 21-49). Félix Varela.
- Pérez Gallardo, L. B. (2006). *De la eficacia contractual I: Principios generales*. En N. C. Ojeda Rodríguez (Coord.), *Derechos de Contratos* (Vol. 1, pp. 280-319). Félix Varela.
- Prada Márquez, Y. (2010). De las cláusulas abusivas. En *Realidades y tendencias del derecho en el siglo XXI* (Vol. 4, pp. 309-341). Temis.
- Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. Boletín Oficial del Estado, Madrid, España, 30 de noviembre del 2007. <https://bit.ly/3DG6qO1>
- Rodríguez Chávez, R. Y. (2012). Tutela del consumidor contra cláusulas abusivas. *Revista Oficial Del Poder Judicial*, 7(8/9), 245-289. <https://doi.org/10.35292/ropj.v7i8/9.284>

Sentencia N° 52/2020. Roj STS 107/2020 (Tribunal Supremo. Sala de lo civil de Madrid 23 enero 2020). <https://bit.ly/47iYu2H>

Sentencia N°360/2021. STS 2004/2021 (Tribunal Supremo Sala de lo Civil de Madrid 25 mayo 2021). <https://bit.ly/3YjoUNO>

Para citar este artículo bajo Norma APA 7a ed.

Reyes Alfonso, D., Ojeda Castillo, A., y Machín Roque, J. (2023). Contratos de servicios públicos celebrados por adhesión, ante cláusulas abusivas o excesivamente onerosas. *Revista de derecho (Coquimbo. En línea)*, 30: e4611. <https://doi.org/10.22199/issn.0718-9753-4611>



© AUTOR, 2023



Este es un documento de acceso abierto, bajo licencia Creative Commons BY 4.0.