

EL CONTRATO DE SERVICIOS PÚBLICO CELEBRADO A TRAVÉS DE LA CONTRATACIÓN POR ADHESIÓN Y LA PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR.

Lic. Daynelis Reyes Alfonso¹, M. Sc. Anmy Ojeda Castillo², M. Sc. Jesús Machín Roqué³

1, 2, 3 Universidad de Matanzas, daynelis.reyes@umcc.cu

Resumen

En los actos de consumo de servicios públicos, los consumidores establecen nexos jurídicos contractuales con la Administración, esta última como parte privilegiada en la relación jurídica, al poseer grandes prerrogativas. Los contratos de servicios públicos constituyen la piedra angular en esa relación y se ofrecen, por lo general, a través de la adhesión, el consumidor se adhiere a estos, los que pueden presentar cláusulas abusivas que lo colocan en situación de perjuicio. Es objetivo de este trabajo, contribuir al desarrollo doctrinal de esta materia en aras de lograr el amparo de los derechos de los consumidores así como la regulación de los contratos por adhesión y el acceso a los diferentes medios en busca de una tutela efectiva que garantice su respaldo. Requiere el establecimiento de sistemas de control: legal, administrativo y judicial, los cuales actúen de conjunto y den seguridad jurídica.

Palabras claves: Servicios públicos; consumidores; administración; contratos de servicios público.

Introducción

Los servicios públicos vienen destinados a una utilidad pública, por medio del cual nace para el usuario un derecho a la prestación exigible jurídicamente. Implica tareas de orden público que se extralimitan de la esfera de lo privado, por lo que el Estado queda obligado a la satisfacción de las necesidades particulares ante el impacto creciente de la civilización, deslizando ciertos servicios de la esfera de lo personal.

A partir de todo lo anterior se crean vínculos jurídicos en la prestación del servicio con los consumidores. Intervienen los contratos de servicios públicos como piedra angular entre ambas partes para definir la posición jurídica que tendrán en la relación jurídica contractual.

Las modernas Sociedades de Consumo exigen una mayor presencia de los servicios públicos en la vida diaria, aconteciendo pues, que han pasado del sector industrial al sector de los servicios, lo que implica que aumente la contratación, por lo que resulta casi imposible hacer uso de la clásica fórmula de contratación directa entre dos sujetos, que negociaban el contenido del contrato. Emerge un nuevo fenómeno: la llamada contratación en masa, que trae consigo la presencia de concertación de contratos por adhesión, sujetos a condiciones generales, con cláusulas predisuestas.

Este nuevo sistema de contratación rompe con la clásica relación directa entre las partes en razón al principio de autonomía de la voluntad, de negociar el contenido del contrato, ya que la vieja contratación suponía mayores esfuerzos y un mayor espacio de tiempo, además, una misma situación estaba regulada por diversos contratos (DONATO LÓPEZ, 2012).

Las grandes empresas monopólicas comienzan a imponer sus reglas y sus decisiones unilaterales a partir de las cláusulas establecidas en los contratos, que rompían con los derechos y la igualdad de las partes. (DONATO LÓPEZ, 2012). Se utilizan contratos uniformes donde la Administración se encuentra en un estadio superior, ya que presenta un contrato con cláusulas predisuestas, que el usuario perfecciona, al verse en la necesidad de obtener el servicio, sin notar, que en ocasiones se hace frecuente la presencia de cláusulas abusivas o excesivamente onerosas.

Las cláusulas abusivas generan un desequilibrio contractual, vulneran el principio de la buena fe y rompen con el justo equilibrio de las prestaciones. Por su parte, la excesiva onerosidad se presenta por un acontecimiento externo, ajeno a la voluntad, que haga imposible cumplir la prestación inicial, por lo cual la protección al consumidor es un tema de gran impacto, porque la adhesión contractual es un fenómeno real, por lo que los Estados se han visto en la obligación de refrendar en sus cuerpos normativos, cuestiones

que vayan encaminadas a la protección del consumidor del servicio público como parte más vulnerable en la relación jurídica.

Por lo cual la investigación pretende contribuir al desarrollo doctrinal de esta materia en aras de lograr el amparo de los derechos de los consumidores, así como la regulación de los contratos por adhesión y el acceso a los diferentes medios en busca de una tutela efectiva que garantice su respaldo.

Desarrollo

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 comienzan a ser a través de condiciones generales o de la adhesión, esta última, vista como otro tipo de manifestación de la contratación en masa, ya que la nueva realidad económica dista mucho de la clásica, 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 novedosas relaciones entre los proveedores de los servicios y los consumidores.

Existen servicios públicos que al ser cada vez más imprescindibles se impone 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, su nota característica será la presentación de cláusulas que solo podrán ser rechazadas o aceptadas, pero nunca modificadas (CASTRO RODRÍGUEZ, 2004).

En este tipo de contratos de servicios públicos, los sujetos no serán iguales y estarán atendidos a 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, pues 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.(SÁNCHEZ MORON, 1997).

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, se torna dudoso si el consumidor puede siquiera decidir en adherirse o no (BULLARD GONZÁLEZ, 1989).

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 (Echeverrri Salazar, 2011). 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, por lo que 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.

Otra de las dificultades con las que se enfrenta el consumidor es 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, es por ello que puede constituir una vulneración a los derechos del consumidor.

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

Es por ello que se impone como reto que 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 la adquisición transparente 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.

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;

con el único fin de mantener en pie, o en su caso, de restablecer el equilibrio contractual entre los derechos y obligaciones de las partes (RODRÍGUEZ CHÁVEZ, 2014).

En este escenario el primer despliegue del control ante cláusulas abusivas deberá ser a partir del uso de la propia autonomía de la voluntad (ECHEVERRÍ SALAZAR, 2011).

Pero al ser 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.

Se realiza previo y 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 lo que vigila todas aquellas actividades que incidan directamente en los servicios públicos a los consumidores y generen una utilidad pública.

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.

Se plantea que es ejercido por la Administración Central de modo directo o a través de la delegación en las entidades sectoriales, con el fin de verificar, depurar o aprobar con antelación cláusulas que podrán integrar los contratos de consumo y de este modo suprimir en forma previa aquella cláusula con contenido abusivo que pueda generar un desequilibrio en las futuras relaciones contractuales (ECHEVERRÍ SALAZAR, 2011).

La Administración a través de sus funciones puede establecer remedios para la contratación por adhesión que eviten las cláusulas abusivas, a través del uso de la intervención, ya que puede influir para que sus propios órganos se vuelvan defensores de los derechos del consumidor. Por lo que se establece una relación de poder- deber, ya que el poder viene determinado por las propias prerrogativas de la Administración, y sobre todo por la adopción de medidas necesarias que aseguren la buena marcha de la ejecución de los pactos obligacionales y el deber por la responsabilidad que tiene de cumplir con la satisfacción general a partir de la gestión del servicio público, por lo cual responde ante la sociedad (CASTANEDO ABAY, 2018).

A partir de las consideraciones de autores en la doctrina (Cárdenas QUIROZ, 2000), 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 pretenden perfeccionar el

contrato son apegadas a las reglas de transparencia contractual, de modo que sea protegido el derecho del consumidor y que no suponga abusos lesivos.

Como caracteres esenciales, se pudieran resaltar, que se presenta de modo previo, tiene un carácter preventivo, evaluador y es un control estatal (RODRÍGUEZ CHÁVEZ, 2014)

Sin embargo, también puede ser ejercido como parte de la potestad sancionadora de la Administración de modo posterior, 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, ya que la ley constituye el modo más eficiente para poner un alto al uso de cláusulas abusivas en estos tipos de contratos.

Este tipo de mecanismo resulta 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, aparecen taxativamente establecidas, las cuales, una vez que el juez las tiene a la vista, las declarará de inmediato abusivas y procederá a establecer su nulidad.

También prevén 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 (RODRÍGUEZ CHÁVEZ, 2014). 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, no son consideradas como presunciones ya que por sí mismas afectan el objeto o el contenido del contrato, por lo que se establecen taxativamente.

Constituye 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, así como aquellas cláusulas consideradas abusivas, los medios de defensa contra estas y la sanción legal aplicable (RODRÍGUEZ CHÁVEZ, 2014), por lo 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. Por lo que quedará establecido en ley, lo que se entiende por cláusulas abusivas y todo lo que se desprende de la misma, en su puesta en práctica a partir del análisis de la teoría.

Otro de los sistemas de control es el judicial. Este 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, que le hace 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 un mecanismo necesario y efectivo.

Es de resaltar, que aun y cuando el Tribunal está facultado para intervenir en el proceso y declarar la nulidad de la cláusula que se considera abusiva o modificar el contrato, no puede declarar en principio su resolución, amén de que se conserve el mismo, al tener en cuenta el principio de que este es ley para las partes, también en el respeto a la autonomía de la voluntad contractual.

El sistema de control judicial es posterior, nace a partir del establecimiento en las normas de supuestos que constituyen una cláusula abusiva, para llevar las cuestiones a su estado inicial o subsanar el defecto en la relación.

Cuando se ha 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. Dependerá del país y del sistema de Derecho cómo se implementará el control por los Tribunales.

Este es un mecanismo mediante el cual el juez tiene potestad para resolver una controversia jurídica, derivada de la concertación de un contrato sujeto a cláusulas generales, a petición de quien se encuentre agraviado por una o varias cláusulas abusivas, cuya finalidad es que sean declaradas nulas o ineficaces, de modo que sea restablecido el equilibrio perdido en la relación contractual (RODRÍGUEZ CHÁVEZ, 2014).

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 (OJEDA RODRÍGUEZ, 2003)

Por su parte cuando se genera una excesiva onerosidad, se produce la intervención judicial de modo que sea restablecido el equilibrio y reconducir el contrato a las nuevas condiciones (OJEDA RODRÍGUEZ, 2003), 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* en la que solo le 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. Una vez analizado lo anterior comprobará si su intervención es necesaria, para lo cual, de serlo, declarará la ineficacia o nulidad de alguna cláusula.

Por lo cual el juez deberá integrar al contrato el espacio dejado por la declaración de nulidad y será el reparador de la situación surgida, de modo que quede subsanada la relación jurídica patrimonial nacida del contrato (RODRÍGUEZ CHÁVEZ, 2014). y no afecte la prevalencia contractual, ni las prestaciones derivadas de este de modo que 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).

Esta última es a la que se hace referencia, el Tribunal examinará el contrato en la totalidad de su contenido y remitirá un fallo sobre la cláusula o varias de ellas que han estado sujetas a litigio, de modo que 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 la que es desproporcionada y excesiva, que genera una afectación relevante en su contenido.

De todo lo explicado *supra*, lo más conveniente al entender de los autores es que funcionen de modo íntegro, o sea, que estén presentes en la legislación, de modo que en defecto de alguno o por la imposibilidad de su uso, los otros suplen la falta. Por lo que al no poder hacer uso de mecanismos previos, encontrar tutela posterior a través del derecho procesal. Lo principal es que el consumidor siempre encuentre un sistema garantista que le brinde seguridad jurídica. Los mecanismos de control deberían funcionar como un sistema de complementación entre ellos.

Conclusiones

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. Los contratos por adhesión contienen cláusulas predispuestas, establecidas unilateralmente por la parte más fuerte, la Administración Pública; donde 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. 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, que tienen un papel protector de sus derechos ante el establecimiento de cláusulas abusivas. Tanto en el orden positivo como el procesal. Por lo cual 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:

BULLARD GONZÁLEZ, Alfred. Contratación en masa ¿Contratación?, en Revista THEMIS No15. Año 1989. Disponible en: <https://dialnet.uniroja.es>, consultado el día 20 de enero del 2020, p 49.

CÁRDENAS QUIROZ Carlos. Las cláusulas generales de contratación y el control de las cláusulas abusivas, En: Contrato y Mercado, Gaceta Jurídica Editores, Primera edición, Lima, 2000, p 113.

CASTANEDO ABAY, Armando. “Poder público, potestades y legitimación de la Administración pública al contratar la gestión de un servicio público. Hacia uno de los grandes dilemas técnicos jurídico-administrativos del Siglo XXI”. Fecha de Pub. Septiembre 21, 2018. Disponible en <https://www.researchgate.net/publication/327797591>, consultado el día 6-2-2020.

CASTRO RODRÍGUEZ, Gladys de los Ángeles. “El consumidor. Necesidades y perspectivas de protección en Cuba”. Tesis en opción al grado de Máster en Ciencias, presentada en la especialidad de Derecho Civil y patrimonial de Familia. Ciudad de La Habana 2004, p 15.

DONATO LÓPEZ, Claudio Antonio. “El contrato de Adhesión de Telefonía móvil analizado desde la perspectiva de los Derechos del usuario final de los servicios de Telecomunicaciones”. Tesis en opción del grado de Licenciatura en Derecho. San Pedro, Ciudad Universitaria Rodrigo Facio. Junio 2012, p 7.

ECHEVERRÍ SALAZAR, Verónica María. “El control a las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión con consumidores”, en Revista Opinión Jurídica Vol. No. 10. Año (Julio-diciembre de 2011). Medellín, Colombia, p 127.

OJEDA RODRÍGUEZ, NANCY DE LA C. “Derecho de Contratos. Teoría General del Contrato”. Tomo I. (Compiladora) Nancy de la C. Ojeda Rodríguez, p 288.

RODRÍGUEZ CHÁVEZ, Reyler Yulfo. “Tutela del Consumidor contra cláusulas abusivas”, en Revista: Derecho y Cambio Social. Pub. 1-1-2014. Perú. Disponible en www.derechoycambiosocial.com, consultado el día 5 de febrero del 2020, p 9.

SÁNCHEZ MORON, Miguel. “Las prerrogativas de la Administración”. Contratación Administrativa II, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997, ps. 136 y 137.