

CONSTITUCIÓN Y PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES EN MÉXICO

Teresa HUALDE MANSO*

SUMARIO: I. *El derecho de consumo como una nueva rama del derecho.* II. *Rasgos definitorios del derecho de consumo occidental.* III. *El artículo 28 de la Constitución mexicana.* IV. *La Ley Federal de Protección al Consumidor: norma esencial de derecho de consumo en México.* V. *La exclusión de los servicios bancarios y financieros del ámbito de la Ley Federal de Protección al Consumidor.* VI. *Reflexiones sobre aspectos externos de la regulación de los contratos de adhesión financieros y bancarios en el derecho mexicano.*

I. EL DERECHO DE CONSUMO COMO UNA NUEVA RAMA DEL DERECHO

El reconocimiento de un sector especial del ordenamiento especial, guiado por sus propios principios y por sus propias estructuras, es siempre un fenómeno de difícil aceptación. La pretendida existencia de un derecho de consumo como una disciplina jurídica nueva e independiente, separada del derecho civil o mercantil (del derecho privado en general), con sus principios, sus reglas y sus instituciones peculiares, diferentes a los de las demás ramas del derecho ya consolidadas, no es algo que se acepte con facilidad.

Seguramente, uno de los factores que inciden en esa consideración es el hecho de que, tal y como se ha venido configurando hasta ahora el derecho de consumo en las sociedades occidentales, éste aparece como un derecho limitativo de la libertad contractual. Frente a la libertad de pactos

* Profesora titular de derecho civil de la Universidad Pública de Navarra; acreditada como catedrática, mediadora civil-mercantil y árbitra; investigadora visitante de la Universidad Panamericana; experta de reconocido prestigio del Consejo Asesor de Transporte Terrestre por Carretera (sección Transporte de viajeros) del Ministerio de Fomento (gobierno de España), e integrante del Consejo Asesor de Derecho Civil Foral de Navarra, órgano consultivo dependiente del Departamento de Presidencia del gobierno de Navarra.

del derecho contractual “clásico”, el derecho de consumo se configura —en una contemplación puramente parcial del mismo— como un derecho que constriñe la posibilidad de que las partes queden vinculadas por determinado tipo de cláusulas. A ello se le debe añadir que el derecho de consumo tiende a erigirse como un derecho que, en aras de la protección del contratante débil, no permite alteración, es decir, sus normas tienen carácter imperativo y no dispositivo. En este sentido, es un conjunto normativo que se acerca en sus características al derecho laboral.

Puede decirse que en la cultura jurídica occidental existe un principio general *pro consumatore*. Se trataría de un principio interpretativo, que implica una necesaria aplicación de las normas, de los pactos, y una interpretación de las reglas jurídicas acordes con la posición de asimetría del consumidor frente al oferente de bienes y servicios, que impone por sus condiciones en los contratos prerredactados. A partir de ahí se ha gestado un conjunto normativo paralelo a la regulación general de los contratos entre particulares, que se inicia tímidamente a través de la creación de normas escuetas y dispersas, pero que acaban constituyendo un conjunto normativo coherente y compacto. En el momento actual se contempla el derecho de consumo, bien como derecho especial, bien como una particular rama del derecho o como una simple categoría funcional. En cualquier caso, se trata de un tratamiento conjunto y unitario de reglas aplicables a las relaciones en las que un consumidor adquiere o contrata bienes o servicios con un oferente de los mismos.

En general, la protección a los consumidores se ha erigido como un principio rector de la política social y económica, y se eleva a rango constitucional. Ese principio vendría a constituirse en un principio general de derecho, lo cual supone tanto como decir que ante un conflicto entre diversas normas aplicables en los conflictos entre particulares y productores o empresas, la decisión judicial deberá tomar en consideración esa regla genérica, inclinando su parecer hacia la interpretación que otorgue una mayor defensa de los intereses de los consumidores.

II. RASGOS DEFINITORIOS DEL DERECHO DE CONSUMO OCCIDENTAL

1. *Finalidad tuitiva de sus normas*

El rasgo diferencial del derecho de consumo que le dota de especiales características es, justamente, la finalidad protectora de sus normas a un grupo

de personas que tienen la cualidad concreta de ser consumidores y usuarios finales de bienes o servicios. Este carácter tuitivo es el que explica y justifica, precisamente, su existencia, al otorgar una mayor protección de la que brinda el derecho general. De nueva cuenta puede aquí establecerse un paralelismo entre este derecho y el derecho laboral o derecho del trabajo, en el que el sujeto protegido es el trabajador frente al empresario o empleador.

Sin embargo, a diferencia de la forma en que se desenvuelve normativamente el derecho del trabajo, en el que la protección centra su foco de atención en un solo sector normativo ha generado una rama jurídica totalmente independiente, el derecho de consumo es una especie de complemento del resto del ordenamiento jurídico, de forma tal que los consumidores, cuando experimenten algún tipo de afrenta en sus derechos, pueden acudir a las vías propias, reconocidas y reguladas en el derecho de consumo; pero también, alternativamente, pueden ampararse en el resto de las normas comunes del ordenamiento jurídico. Así, mientras en el derecho del trabajo los trabajadores tienen centrada su protección a través de un solo cuerpo normativo exclusivo y excluyente, sin que haya otro cauce de protección, el derecho de consumo está dotado de un carácter transversal, que en líneas siguientes analizaremos.

Este panorama permite que pueda indicarse la característica de la opatividad del derecho de consumo: en determinadas ocasiones, el consumidor puede elegir entre reclamar el cumplimiento de sus derechos a través de las normas comunes (derecho civil y mercantil), o bien las de derecho de consumo. De lo anterior se deduce, igualmente, el carácter compatible del derecho de consumo con el resto del ordenamiento y la característica de la complementariedad, ya que, además de las normas de consumo, e incluso una vez agotada esta vía especial, puede interesar al consumidor interponer una reclamación al amparo del derecho civil y mercantil.

2. *Un derecho transversal*

Es indudable que la protección de los consumidores tiene un campo de implementación muy vasto en el derecho privado; es decir, en lo que constituye el derecho civil y mercantil, sectores jurídicos que contienen la mayoría de las normas que reconocen derechos subjetivos a los consumidores y usuarios.

Sin embargo, también el derecho público es una parte del ordenamiento especialmente involucrada en la protección del consumidor, en la medida en que esa protección se articula desde el punto de vista organizativo, desde

las funciones de control e inspección y, finalmente, desde la faceta sancionadora. Asimismo, el derecho penal (que configura tipos delictivos concretos que castigan las hipótesis más graves de afrentas a los consumidores), el derecho fiscal-tributario o el derecho procesal están interpelados desde sus respectivas funciones en la tutela del consumidor.

3. *Normas de ius cogens*

Cuando las personas protegidas por determinadas normas tienen la posibilidad de renunciar a los derechos que éstas les confieren en el momento en que desean contratar un bien o servicio, la pretendida protección queda desdibujada. Por eso, aquellos preceptos del derecho de consumo que reconocen derechos ejercitables y exigibles por quienes ostenten la cualidad de consumidores y usuarios suelen tener carácter imperativo.

Como decimos, la irrenunciabilidad de los derechos que son reconocidos al consumidor y al usuario no pueden renunciarse de manera previa, y los actos que se realicen en fraude de ley para evitar la aplicación y efectividad de los derechos de los consumidores serán plenamente nulos. Efectivamente, en ocasiones, la violación de normas imperativas o de *ius cogens* puede llevarse a cabo de forma indirecta; es decir, a través de una conducta que no es una afrenta al mandato de una norma inevitable, sino que esa violación se consigue mediante el acogimiento de una norma que consigue de forma oblicua realizar la conducta prohibida.

4. *Caracteres adicionales*

Junto a los que acabamos de señalar, pueden indicarse otra serie de notas predicables del derecho de consumo:

- a) Algunas herramientas e instituciones propias que el derecho de consumo ha ido diseñando precisan la intervención previa de las administraciones públicas; por ejemplo, en lo que respecta a la autorización de modelos y cláusulas contractuales o en la autorización para la comercialización y salida al mercado de algunos bienes o servicios.
- b) Indirectamente, las normas de consumo provocan una regulación de la actividad comercial y empresarial. En especial, la regulación de las prácticas desleales y engañosas para el consumidor asumen una tarea correctora del mercado.

- c) Tiende a la desjudicialización y al fomento de vías alternas para la resolución de conflictos. La cuantía de algunas pretensiones del consumidor, así como su posición de asimetría informativa, hacen que este tipo de cauces extrajudiciales se acomoden mejor a su posición.
- d) Su elaboración y extensión está presidida por la idea de participación ciudadana y asociacionismo: de ordinario, la nueva legislación es fruto del consenso de los sectores implicados (empresas del sector afectado y grupos y colectivos de consumidores).

III. EL ARTÍCULO 28 DE LA CONSTITUCIÓN MEXICANA

1. *La reforma de la Constitución de 1982*

El 7 de diciembre de 1982 se presentó ante el Congreso de la Unión una iniciativa procedente del Ejecutivo Federal, con objeto de adecuar, actualizar e integrar nuevos principios del desarrollo económico a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Estas nuevas reglas afectaban a la redacción de los artículos 25, 26, 27 y 28 del texto constitucional. La reforma se refería a la intervención del Estado en la economía, a la economía mixta (público-privada) y al establecimiento de un novedoso sistema de planeación democrática del desarrollo; además, fijaba las bases para un desarrollo rural integral y de mejora agraria y definía los sectores económicos reservados exclusivamente al Estado; por último, describía y regulaba la función y el desempeño de las instituciones, los organismos descentralizados y las empresas de participación estatal.

En la exposición de motivos se señalaba que con la reforma se podría dotar al Estado mexicano de las bases constitucionales para la modernización y fomento de la economía en todas sus áreas (tejido industrial, agrícola, minero, energético, ciencia y tecnología, agrícola, pecuario, pesquero, turismo o forestal). Por otro lado, y junto a lo anterior, se indicaba la consagración constitucional de los estatutos reguladores del comercio exterior y de la política cambiaria, la introducción de la política antimonopolística, la regulación de la inversión extranjera y la adquisición de tecnología. Finalmente, con la reforma se abordaba una nueva regulación sobre la legislación del abasto y de los precios y la organización y defensa de los consumidores.

En la reforma adquiere especial significado la introducción del concepto “práctica monopolística”. Aunque en el texto anterior ya existía una declaración taxativa acerca de la prohibición de los monopolios, en la refor-

ma se introdujo una nueva dicción con el fin de adecuar la regulación a los nuevos fenómenos de los oligopolios y para evaluar las consecuencias de la acción de las empresas en el bienestar de los ciudadanos y los consumidores. Se establecieron las bases normativas para regular los efectos nocivos de la acción de las concentraciones económicas y para propiciar su fragmentación en todos los casos que resultaran perjudiciales para la sociedad, fortaleciendo, al mismo tiempo, a las medianas y pequeñas empresas que, junto a los consumidores, resultaran perjudicadas por tales prácticas.

También en la reforma se abordó la cuestión de la necesidad de establecer bases para regular el abasto y suministro, así como los precios de productos y servicios, imponiendo limitaciones que eviten intermediaciones innecesarias o excesivas, con la consecuente alza de los precios. Por último, se mencionaba la importancia de elevar a rango constitucional la protección de los consumidores, propiciando su organización.

2. *La protección de los consumidores como principio constitucional*

La Constitución mexicana no contiene una tajante o inequívoca declaración acerca de la protección de los consumidores como *leitmotiv* de la política legislativa y de la actuación de los poderes públicos, a diferencia de otras Constituciones, como la española (artículo 51) o la portuguesa (artículo 60). A pesar de ello, esta inspiración de protección sí está presente en la Constitución mexicana, aunque de forma fragmentada y un tanto dispersa. La principal contemplación de la protección de los consumidores se halla en el artículo 28, que trata sobre materias tan variadas, como los monopolios, el sector energético, el sector financiero o las telecomunicaciones. A continuación transcribimos los pasajes de dicho precepto que aluden a la tutela de los intereses de los consumidores:

Artículo 28

[MONOPOLIOS]

En los Estados Unidos Mexicanos quedan prohibidos los monopolios, las prácticas monopólicas, los estancos y las exenciones de impuestos en los términos y condiciones que fijan las leyes. El mismo tratamiento se dará a las prohibiciones a título de protección a la industria.

En consecuencia, la ley castigará severamente, y las autoridades perseguirán con eficacia, toda concentración o acaparamiento en una o pocas manos de artículos de consumo necesario y que tenga por objeto obtener el alza de los precios; todo acuerdo, procedimiento o combinación de los productores, que de cualquier manera hagan, para evitar la libre concurrencia o la compe-

tencia entre sí o para obligar a los consumidores a pagar precios exagerados y, en general, todo lo que constituya una ventaja exclusiva indebida a favor de una o varias personas determinadas y con perjuicio del público en general o de alguna clase social.

[PRECIOS MÁXIMOS]

Las leyes fijarán bases para que se señalen precios máximos a los artículos, materias o productos que se consideren necesarios para la economía nacional o el consumo popular, así como para imponer modalidades a la organización de la distribución de esos artículos, materias o productos, a fin de evitar que intermediaciones innecesarias o excesivas provoquen insuficiencia en el abasto, así como el alza de precios. La ley protegerá a los consumidores y propiciará su organización para el mejor cuidado de sus intereses...

[COMPETENCIA]

El Estado contará con una Comisión Federal de Competencia Económica, que será un órgano autónomo, con personalidad jurídica y patrimonio propio, que tendrá por objeto garantizar la libre competencia y concurrencia, así como prevenir, investigar y combatir los monopolios, las prácticas monopolísticas, las concentraciones y demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados, en los términos que establecen esta Constitución y las leyes. La Comisión contará con las facultades necesarias para cumplir eficazmente con su objeto, entre ellas las de ordenar medidas para eliminar las barreras a la competencia y la libre concurrencia; regular el acceso a insumos esenciales, y ordenar la desincorporación de activos, derechos, partes sociales o acciones de los agentes económicos, en las proporciones necesarias para eliminar efectos anticompetitivos.

En la Constitución mexicana adquiere una importancia central la prohibición de los monopolios como instrumento de tutela de los consumidores en un escenario de libertad de mercado. El artículo 28 así lo hace ver cuando señala que la libre competencia, como principio rector de las relaciones económicas, impide que los protagonistas del mercado puedan pactar precios que por su cuantía perjudiquen a los consumidores. Como se observa, esta perspectiva de la protección de los consumidores es muy parcial, y únicamente se refiere a un problema práctico que afecta a la falta de competencia. Ciertamente, el interés por la protección al consumidor es, en este sentido, secundario; lo es (el problema) en la medida en que se perjudica la libertad de elección de bienes u servicios y se obliga a pagar al ciudadano por unos precios artificiales de un bien o servicio. Esta preocupación merece mayor atención cuando resulta afectado un bien de consumo necesario.

La Constitución mexicana liga, por tanto, la prohibición monopolística con la tutela del consumidor, constituyendo así la primera faceta que, para

el constituyente mexicano, ha de tener el derecho de consumo. El control del mercado es una tarea que se encomienda a un órgano especial denominado Comisión Federal de Competencia Económica. Se trata de un órgano independiente, al cual se le confieren facultades normativas a fin de eliminar o disminuir todos aquellos obstáculos que puedan entorpecer la competencia en el mercado.

Un segundo aspecto en el que la Constitución confiere a los consumidores una atención especial es la referida a artículos, materias o productos que se consideren necesarios para el consumo popular. En este tipo de bienes, la Constitución confiere tutela al consumidor: a) posibilitando que se fijen precios máximos; b) obligando a que la distribución de los mismos adopte formas que impidan las intermediaciones innecesarias que incrementen el precio del producto, y c) propiciando el asociacionismo o la formación de organizaciones de consumidores en defensa de sus intereses.

A mi juicio, en la Constitución mexicana queda, en cierta manera, oculto, y no se le da la importancia y el relieve que merece al principio rector de protección al consumidor. Quizá hubiera sido deseable que de una manera explícita se estableciera como regla imperativa e inspiradora de la política legislativa, del actuar del Poder Ejecutivo y del quehacer judicial, la protección de los consumidores. Su consagración al final de un párrafo dedicado a la regulación de los precios máximos de productos de consumo popular oscurece su importancia y relega el principio a un exclusivo sector de la problemática de la posición del consumidor.

IV. LA LEY FEDERAL DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR: NORMA ESENCIAL DE DERECHO DE CONSUMO EN MÉXICO

1. *La Ley Federal de Protección al Consumidor (LFPC), del 22 de diciembre de 1975*

Es un fenómeno destacable el hecho de que los Estados Unidos Mexicanos contaran en fechas tempranas —en relación con los países de su entorno jurídico— con una ley general de protección al consumidor. Esta norma se aprobó, además, sin que existiera en la Constitución mexicana una declaración programática de la protección a los consumidores. Efectivamente, la primera norma mexicana en la que se articuló la defensa del consumidor es del 22 de diciembre de 1975. En ella, el derecho mexicano abordó la regulación de algunas cuestiones sobre la materia. Lógicamente, en esas fechas las previsiones

normativas que se establecieron constituían una regulación bastante escueta, aunque abarcaba una interesante lista de materias, a saber:

- a) En primer lugar, se regulaba la publicidad engañosa y falsa, imponiendo a los proveedores la obligación de evitar publicidades e informaciones que por sus características, componentes o propiedades pudieran inducir a error o fueran directamente falsas o equívocas.
- b) Promociones y ofertas. La Ley de 1975 recogía un régimen para aquellos ofrecimientos al público de bienes o servicios que estuvieran incentivados por una oferta adicional de otro objeto o servicio de cualquier naturaleza. También dicha Ley recogía las reglas para los ofrecimientos al público de bienes o servicios en iguales condiciones a las que prevalecen en el mercado a precios rebajados o inferiores a los del propio mercado.
- c) Compraventas a plazo y prestación de servicios con pago diferido. En este punto, la LFPC de 1975 imponía a las empresas que facilitaban este tipo de contratos, la obligación de dar a conocer el precio al contado, el importe de los intereses y del monto total.
- d) Las ventas a domicilio —aquellas que una persona física lleva a cabo fuera del lugar de su residencia o vivienda habitual o fuera de su lugar de trabajo— recibían en la LFPC un especial régimen con base en la información al consumidor.
- e) Las garantías de los productos. El consumidor debe conocer de forma clara y veraz los términos y condiciones y los lugares para hacer valer las garantías que tiene a su favor, con plazos, riesgos cubiertos y todo tipo de condicionantes. Además, se regulaban las obligaciones de reparación o de sustitución del producto que no cumpliera con las características necesarias. A ello se le añadía la posibilidad de indemnización de los daños y perjuicios ocasionados.
- f) Se acomodó la acción clásica de vicios o defectos ocultos de los productos a la posición especial en la que se encontraba el consumidor. La acción de rescisión del contrato en tales supuestos se diseñaba posibilitando que en el plazo de seis meses pudiera optar entre la finalización del contrato con devolución recíproca de las prestaciones o, en su caso, la reducción del precio en proporción a la merma del valor de la cosa.
- g) La Profeco. La Procuraduría Federal del Consumidor (Profeco) se crea por vez primera en esta norma para proteger y promover los derechos de los consumidores. Se le confirieron, entonces, muchas de sus actuales facultades: la representación colectiva de los consumi-

dores ante organismos privados y proveedores o ante la jurisdicción, la proposición de medidas protectoras de derechos de los consumidores, la asesoría gratuita a éstos, la denuncia de violaciones de las normas tuitivas o de las prácticas monopolísticas, o la resolución alternativa de conflictos actuando como amigable componedor.

- h) Los contratos de adhesión. Ya desde la inicial LFPC del 22 de diciembre de 1975 el derecho mexicano abordó la regulación de los contratos de adhesión. Se trataba de una regulación limitada a unos cuantos aspectos puntuales de los contratos de adhesión.

Es cierto que, aunque la regulación sustantiva no desarrollaba de forma suficiente los distintos problemas que suscitan los contratos de adhesión, la LFPC de 1975 daba a la Profeco facultades para velar por que las condiciones de los clausulados contractuales no fueran desproporcionadas o abusivas, y, aunque estos contratos no tenían que ser aprobados por este organismo, la Profeco podía gestionar para obtener los cambios necesarios en los clausulados contractuales. Finalmente, la LFPC regulaba los aspectos puramente externos o formales que estos contratos debían reunir en cuanto a legibilidad e idioma.

2. *La Ley Federal de Protección al Consumidor (LFPC), del 24 de diciembre de 1992*

Esta nueva LFPC tuvo como finalidad modernizar toda la normativa sobre relaciones de consumo (relaciones proveedores/consumidores) y dotar a las instituciones públicas de unas facultades actualizadas que les permitieran integrarse en la sociedad. Ese objetivo ha de enmarcarse en el escenario de expansión de la actividad productora y de los procesos de desregulación y apertura de la economía de los noventa. Estos nuevos parámetros tuvieron su impacto directo en las relaciones de consumo y en el mercado, de tal forma que fue necesario acomodar el derecho de consumo a las nuevas necesidades tuitivas y al logro de la equidad en un marco de transacciones diferentes y en algunos casos más complejas.

La actual LFPC se divide en quince capítulos y contiene 143 artículos. Se trata de una norma que ha sido modificada en diversas ocasiones hasta 2014. Esta ley establece diez principios básicos, que más que principios pueden considerarse como derechos básicos del consumidor:

- 1) La protección de la vida, salud y seguridad del consumidor ante productos comercializados, en especial cuando son nocivos o peligrosos.

- 2) La educación y divulgación de un consumo adecuado que permita el ejercicio de la libertad del consumidor para escoger y realizar las contrataciones adecuadas.
- 3) La información completa sobre los productos y servicios que se ponen a disposición de los ciudadanos y que se refieran a la cantidad, las características, la composición, la calidad, el precio y los riesgos del producto o servicio que está en el mercado.
- 4) La reparación de los daños patrimoniales, corporales y morales, tanto individuales como colectivos, cuando se produce un incumplimiento de las normas de consumo.
- 5) El acceso del consumidor a los órganos administrativos con una perspectiva fundamentalmente preventiva, pero además posibilitando la información y protección jurídica, económica, administrativa y técnica necesarias.
- 6) El suministro a los consumidores de información y de facilidades en la defensa de sus derechos.
- 7) La prohibición de la publicidad engañosa y abusiva, de los métodos comerciales coercitivos y desleales, y de las cláusulas y prácticas empresariales abusivas.
- 8) La seguridad en las transacciones llevadas a cabo por medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología diferente a la negociación y contratación presencial física, así como la seguridad en la custodia y divulgación de datos personales.
- 9) Respeto general a los derechos y a las obligaciones que se derivan de las relaciones de consumo, estableciendo medidas que garanticen su cumplimiento.
- 10) Protección especial a la infancia, a las personas mayores, a las personas con discapacidad y a los indígenas.

V. LA EXCLUSIÓN DE LOS SERVICIOS BANCARIOS Y FINANCIEROS DEL ÁMBITO DE LA LEY FEDERAL DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

1. *Planteamiento*

La Ley Federal de Protección al Consumidor de 1992 estableció una regulación de los contratos de adhesión más completa y armónica, que se ha ido modificando y adicionando a través de diversas reformas legales desde 2000. Esta regulación se contiene en el capítulo X de la LFPC bajo el título

“De los contratos de adhesión”, que está integrado por los artículos 85-90 bis. Se trata de un bloque normativo formado por doce preceptos, que abarcan los distintos aspectos de los contratos predispuestos con condiciones o cláusulas generales, a saber: desde las exigencias formales, el principio de la interpretación *contra proferentem*, los derechos del consumidor en los contratos de adhesión, la resolución de conflictos que puedan surgir de estos contratos, el registro previo de los contratos o las reglas sobre abusividad de cláusulas.

La actual Ley Federal de Protección al Consumidor nació en 1992 con una vocación generalista; se puede señalar al respecto que la intención del legislador era la de que esta Ley constituyera el régimen general del “derecho de consumo mexicano”. La atribución a la Profeco respecto de las competencias en materia de protección y defensa general del consumidor supuso también la concepción de ese organismo como un ente con competencias en materia de consumo de carácter genérico y universal.

Sin embargo, como excepción a ese carácter general, esta Ley excluyó (como lo había hecho la primera LFPC de 1975 a través de una reforma llevada a cabo en 1985) los servicios financieros de su ámbito objetivo de aplicación, y lo hizo de una manera más amplia que su predecesora, al quedar fuera del ámbito de la ley “los servicios de las Instituciones y Organizaciones cuya supervisión o vigilancia esté a cargo de las Comisiones Nacionales Bancarias, de Valores; o de Seguros o Fianzas” (artículo 5o., LFPC).

Una de las reformas más trascendentales de la LFPC —tanto desde un punto de vista cuantitativo como desde un punto cualitativo— fue la que realizó la reforma del 4 de febrero de 2004. A los efectos que a este estudio interesa, esta reforma alteró el ámbito de aplicación de la propia LFPC. En efecto, en esa reforma, el legislador excluyó del ámbito de aplicación de la LFPC los servicios bancarios y financieros de todas sus disposiciones. La dicción actual y completa del artículo 5o. de la LFPC es la siguiente:

Artículo 5. Quedan exceptuadas de las disposiciones de esta ley, los servicios que se presten en virtud de una relación o contrato de trabajo, los servicios profesionales que no sean de carácter mercantil y los servicios que presten las sociedades de información crediticia.

Asimismo, quedan excluidos los servicios regulados por las leyes financieras que presten las Instituciones y Organizaciones cuya supervisión o vigilancia esté a cargo de las comisiones nacionales Bancaria y de Valores; de Seguros y Fianzas; del Sistema de Ahorro para el Retiro o de cualquier órgano de regulación, de supervisión o de protección y defensa dependiente de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

Debe tenerse en cuenta que la diferencia entre la exclusión que llevó a cabo la primera LFPC (exclusión de los servicios de banca y crédito) y la actual LFPC (exclusión de los servicios regulados por leyes financieras y con supervisión de un organismo de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público) hace que aquellos servicios financieros que se presten por entidades que no estén bajo la vigilancia de algún órgano dependiente de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público (SHCP) “ingresen” en el ámbito general de la Ley Federal de Protección al Consumidor. Podría decirse, por tanto, que se produce un fenómeno de desdoblamiento en el régimen de los contratos de adhesión, dependiendo de la naturaleza y las características de la entidad que presta los servicios financieros.

2. *El otorgamiento a la Condusef de la defensa del usuario de servicios financieros (LPDSUF)*

La explícita exclusión de los servicios regulados por leyes financieras y fiscalizados por organismos dependientes de la SHCP dentro del ámbito de aplicación de la LFPC (y, por tanto, también del régimen de los contratos de adhesión que contiene esta Ley) debe completarse con otro dato. En efecto, a la descripción histórico-legislativa de esta cuestión han de adicionarse las novedades que introdujo la Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros (LPDUSF), del 18 de enero de 1999. Esta LPDUSF surgió con el objeto específico de proteger y defender los derechos e intereses del público usuario de los servicios financieros prestados tanto por instituciones públicas como privadas y del sector social; asimismo, su finalidad es la de regular la organización, los procedimientos y el funcionamiento de la entidad pública encargada de esas funciones: la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros (Condusef).

La LPDUSF es extremadamente ambiciosa en cuanto a su ámbito de aplicación, en la medida en que el colectivo al que va dirigida expresamente es el del “público usuario de los servicios financieros”. De esta forma, esta Ley absorbe la defensa no sólo de los consumidores o usuarios finales de los servicios financieros, sino la de todos los usuarios, con independencia del destino que vaya a darse a los servicios contratados con las entidades que los prestan y con independencia, por tanto, de que se integren en procesos de producción. Para la LPDUSF, “usuario” es la persona que contrata, utiliza o por cualquier otra causa tenga derecho frente a la institución financiera como resultado de la operación o servicio prestado (artículo 2, fracción I).

Pero esta inicial pretensión, como sabemos, no es del todo exacta, ya que existen servicios financieros o de crédito prestados a usuarios por entidades comerciales no reguladas por leyes financieras y que no están bajo la supervisión de un organismo público dependiente de la SHCP. Los servicios que quedan bajo el ámbito de la LPDUSF (artículo 2o., fracción IV) son sólo los que prestan a los usuarios las siguientes entidades:

...sociedades controladoras, instituciones de crédito, sociedades financieras de objeto múltiple, sociedades de información crediticia, casas de bolsa, especialistas bursátiles, fondos de inversión, almacenes generales de depósito, uniones de crédito, casas de cambio, instituciones de seguros, sociedades mutualistas de seguros, instituciones de fianzas, administradoras de fondos para el retiro, PENSIONISSTE, empresas operadoras de la base de datos nacional del sistema de ahorro para el retiro, Instituto del Fondo Nacional para el Consumo de los Trabajadores, sociedades cooperativas de ahorro y préstamo, sociedades financieras populares, sociedades financieras comunitarias, y cualquiera otra sociedad que requiera de la autorización de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público o de cualesquiera de las Comisiones Nacionales para constituirse y funcionar como tales y ofrecer un producto o servicio financiero a los Usuarios.

En suma, los servicios que quedan bajo esta norma son los que se prestan entre usuarios (en el sentido de la propia LPDUSF) y las instituciones financieras que estén incluidas en el listado recién transcrito.

La LPDUSF no contiene en su articulado un conjunto normativo completo dirigido a regular los contratos de adhesión referidos a servicios financieros. No obstante esta Ley contiene, eso sí, una serie de preceptos encaminados a suministrar unos lineamientos generales de los mismos, con el fin de evitar la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos de adhesión, y, en ese sentido y dirección, otorga a la Condusef la facultad de “revisar y ordenar modificaciones a los contratos de adhesión utilizados por Instituciones Financieras para la celebración de sus operaciones o la prestación de sus servicios, en caso de que incumplan con las disposiciones de carácter general que establezca la Comisión Nacional” (artículo 11, fracción XVIII, LPDUSF).

A ello se le une que en una de las últimas reformas que ha experimentado la LPDUSF (*DOF*, 10 de enero de 2014), el legislador introdujo un nuevo precepto expresamente encaminado a la prohibición y sanción de pactos abusivos en los contratos de adhesión en materia de servicios financieros, facultando a la Condusef para dictar disposiciones de carácter general en las que se establezcan los casos y supuestos bajo los cuales se considere la

existencia de una cláusula abusiva. Se le faculta también a ese organismo para ordenar la supresión de cláusulas abusivas en los contratos de adhesión (artículo 56 bis).

Dejando aparte la cuestión de las cláusulas abusivas, existe en la LPDUSF cierto precepto aislado que establece alguna previsión, en cierto modo marginal, acerca de aspectos concretos del régimen de los contratos de adhesión, pero en general puede decirse que la LPDUSF mira hacia la prohibición y vigilancia de la abusividad, así como hacia la regulación de ésta en materia financiera. Es la Ley de Transparencia, que analizamos a continuación, la que asume la regulación de dichos contratos.

3. *Los contratos de adhesión sobre servicios financieros desde la perspectiva de la transparencia contractual (LTOSF)*

Abordamos un ulterior dato que completa el panorama legislativo sobre el tema. Se trata de la Ley para la Transparencia y Ordenamiento de los Servicios Financieros (LTOSF), cuya primera versión fue la publicada en el *DOF* del 26 de enero de 2004, y que fue abrogada por la actual y vigente Ley del 15 de junio de 2007.

Obviando la primera y efímera LTOSF de 2004, la vigente Ley se reformó el 25 de junio de 2009, reforma en la que se introdujeron nuevas fracciones y se reformaron preceptos trascendentales en lo que a nuestra cuestión atañe. Una de las piezas más significativas de esta reforma es la que de manera clara y explícita delega la competencia para regular los requisitos que han de reunir los contratos de adhesión en materia financiera en determinados organismos. Por un lado, se facultó a la Condusef para establecer, mediante disposiciones de carácter general, los requisitos que han de reunir los contratos de adhesión que utilicen las entidades financieras, y, por otro, se hizo lo mismo respecto a los contratos de adhesión utilizados por entidades comerciales, pero siendo en este caso el organismo encargado de establecer esos requisitos la Profeco (artículo 11, LTOSF).

En cualquiera de ambos casos —entidades financieras y entidades comerciales— la LTOSF, a partir de 2009, exige un contenido mínimo que han de tener los contratos de adhesión y que esos dos organismos han de contemplar y recoger en las disposiciones de carácter general que dicten:

Artículo 11. Los Contratos de Adhesión que utilicen las Entidades Financieras para documentar operaciones masivas deberán cumplir con los requisitos que mediante disposiciones de carácter general establezca la Comisión Na-

cional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros. Las disposiciones señalarán los tipos específicos de Contratos de Adhesión a los que les serán aplicables las mismas y lo que debe entenderse por operaciones masivas en términos de este artículo.

Los Contratos de Adhesión que empleen las Entidades Comerciales deberán cumplir con los requisitos que mediante disposiciones de carácter general establezca la Procuraduría Federal del Consumidor.

Las disposiciones mencionadas en los párrafos anteriores deberán considerar los aspectos siguientes:

I. Los sanos usos y prácticas bancarias y comerciales, según corresponda, relacionadas con la operación o servicio;

II. La utilización de formatos que faciliten la lectura y comprensión del contenido obligacional de los contratos;

II Bis. La utilización de una carátula para los contratos de adhesión que se definan en las disposiciones citadas para que faciliten su lectura, comprensión, y comparación, deberán contener entre otros aspectos, lo siguiente:

a) Los elementos esenciales de la operación que permitan al Cliente comparar los servicios del mismo tipo ofrecido por diversas Entidades;

b) Las advertencias en materia de tasas y Comisiones que representen penalidades para el Cliente y los supuestos en los que serían aplicables;

c) Campos claros que permitan distinguir términos y condiciones tales como las Comisiones y Tasas de Interés, el CAT y el monto total a pagar en el caso de créditos, préstamos o financiamientos, y

d) Las demás que contribuyan a transparentar y facilitar su lectura, la comprensión y comparación.

III. Las bases para dejar claramente establecidas las características, términos y condiciones del servicio;

IV. Los procedimientos de notificación y bases para la aceptación por parte de los Clientes de las modificaciones a los Contratos de Adhesión mediante las cuales tengan contratados operaciones o servicios;

V. El procedimiento a seguirse para la cancelación del servicio;

VI. Los conceptos de cobro y sus montos;

VII. El espacio donde deba firmar el aval, fiador u obligado solidario, en todo contrato de adhesión que documente un crédito, préstamo o financiamiento, incorporando una advertencia respecto de las consecuencias de firmar el contrato, en caso de que el obligado principal incumpla por cualquier causa, y

VIII. La Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros podrá requerir la inclusión de leyendas explicativas.

Este precepto de la LTOSF únicamente proporciona una estructura básica o un contenido mínimo que debe ser desarrollado por las correspondientes disposiciones generales; no obstante, obliga, eso sí, al legislador

reglamentario a contemplar de una u otra manera todas las previsiones que se señalan.

Pero la LTOSF contiene, además, otros elementos importantes referidos a determinados aspectos de los contratos de adhesión en este sector de la economía. Por la índole de este trabajo, nos limitamos en este momento a mencionarlos:

- a) Prevé que los contratos de adhesión que fije la Condusef puedan ser objeto de autorización previa de la citada Comisión (artículo 11, fracción IV).
- b) Establece con carácter obligatorio la inscripción de los contratos de adhesión de las entidades financieras en el Registro de la Condusef (no así para los de la Profeco) creado al efecto para ello (artículo 11, fracción V).
- c) Concede una facultad de revisión de los contratos de adhesión a la Condusef o a la Profeco, según los casos (artículo 11, fracción VI).
- d) Los mismos organismos citados en la letra anterior podrán ordenar la modificación de los contratos e, incluso, la suspensión de nuevas operaciones (artículo 11, fracción VII).
- e) Establece como requisito de validez de los contratos de adhesión la forma escrita en idioma español, así como la constancia del consentimiento del cliente (artículo 11, fracción VIII).
- f) Otorga al cliente un derecho de desistimiento para desligarse del contrato regido por las disposiciones de carácter general en un plazo de diez días hábiles desde su celebración (artículo 11 bis, fracción I).

VI. REFLEXIONES SOBRE ASPECTOS EXTERNOS DE LA REGULACIÓN DE LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN FINANCIEROS Y BANCARIOS EN EL DERECHO MEXICANO

1. *Dispersión y repetición normativa*

La descripción genérica y panorámica que acabamos de realizar sobre la ubicación de la regulación de los contratos de adhesión en esta materia pone de manifiesto que el régimen actual de esta materia se ha constituido y engendrado por un peculiar sistema de aluvión normativo y, a su vez, por una dispersión de la regulación.

El sistema de legislación o de producción normativa que ha llevado a cabo el legislador mexicano a través de las disposiciones generales muestra que la regulación resultante es repetitiva e incurre en duplicidades evitables.

Una lectura superficial de las esas normas permite observar que la mayoría de artículos que se contienen son una exacta transcripción de otros preceptos que se encuentran en otras disposiciones anteriores, incluyendo en algunos casos pequeñas variantes cuando se trata de especiales características de las entidades contratantes.

Seguramente, hubiera sido más clarificador y técnicamente más correcto establecer un único bloque regulador de los contratos de adhesión aplicable a todas las entidades (es decir, unas solas disposiciones generales aplicables a todos los contratos de adhesión, con independencia del tipo de entidad que es parte en el contrato) y recoger al final de las disposiciones generales las normas específicas y puntuales para aspectos concretos de determinados contratos de adhesión.

2. *La creación de un “derecho de consumo bancario”*

La voluntad del legislador mexicano ha sido, desde el surgimiento de la primera norma legal en materia de consumo, la de constituir lo que podría denominarse como un “derecho de consumo bancario” o, más concretamente, como un “derecho de contratos de adhesión bancarios”, diferente al conjunto de reglas generales sobre contratos de adhesión aplicables al resto de actividades económicas. Desde 1985, el legislador pretendió constituir un bloque de regulación especial para los contratos bancarios y para la actividad bancaria en general.

Sin embargo, podría considerarse que la exclusión de los servicios financieros de las disposiciones de la LFPC es una regla de excepción que debe aplicarse en forma restrictiva. Esta regla de exclusión de los servicios financieros no es una regla de carácter personal o subjetiva referida a todos los actos y operaciones de las instituciones financieras, pues ello sería contrario al principio de igualdad de las personas frente a la ley, al Estado y a la sociedad. Se trataría de una regla de exclusión objetiva que sólo comprende aquellos actos y operaciones que las leyes respectivas facultan a realizar de manera propia o exclusiva a dichas instituciones financieras, sin que deban considerarse excluidos los demás actos y operaciones que como personas morales o jurídicas pueden llevar a cabo, asumiendo el carácter de proveedores, en los términos previstos en el artículo 2o., fracción II, de la LFPC.

El propio artículo 5o. de la LFPC confirmaría esta opinión al referirse a

los servicios regulados por las leyes financieras que presten las instituciones y Organizaciones cuya supervisión o vigilancia esté a cargo de las comisiones nacionales Bancaria y de Valores; de Seguros y Fianzas; del Sistema de

Ahorro para el Retiro o de cualquier órgano de regulación, de supervisión o de protección y defensa dependiente de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

En suma, los actos y operaciones de dichas entidades financieras que no correspondan a los servicios financieros que les sean propios y que puedan implicar una relación de consumo en los términos de la LFPC sí deben quedar sujetos a las disposiciones de ésta.

3. *El derecho contractual bancario/financiero como un derecho contractual especial*

La siguiente nota que es importante destacar —y que pudiera parecer contradictoria con la última señalada— es que cuando el legislador mexicano extrae del ámbito general de la LFPC la regulación de los contratos y de las operaciones bancarias masivas, se pretende no tanto el surgimiento de una especialidad dentro del derecho de consumo, sino más bien una especialidad contractual bancaria completa, que en consecuencia no sólo afecta a los contratos con consumidores. Las normas mexicanas reguladoras de las relaciones contractuales masivas entre las entidades bancarias y financieras y sus clientes no ciñen su ámbito a lo que son estrictamente contratos de consumo (en las que el cliente es destinatario final de los servicios), sino que buscan, en general, regular las relaciones contractuales de las entidades con sus clientes o usuarios, aunque éstos carezcan de la cualidad de usuarios finales.

Así se demuestra en los artículos 1o. y 2o. de la LPDUSE. Tras afirmar el primero de ellos que el objeto de la Ley es el de proteger los derechos e intereses de los usuarios de servicios financieros, el segundo define al usuario como “la persona que contrata, utiliza o por cualquier otra causa tenga algún derecho frente a la Institución Financiera como resultado de la operación o servicio prestado”. Debe observarse que esta definición es muy diferente a la definición de consumidor o usuario de la LFPC (artículo 2o., fracción I): “persona física o moral que adquiere, realiza o disfruta como destinatario final bienes, productos o servicios”.

Para la LPDUSE, el usuario de servicios financieros es toda persona física o moral que entabla una relación comercial con la institución que presta servicios financieros, ya sea porque celebra un contrato con la misma, o bien porque, aun sin contrato, deriva algún tipo de derecho como consecuencia de un servicio que la institución le ha prestado. En los servicios financieros no es imprescindible para ser considerado usuario de los mismos

(y contar, por tanto, con la protección contractual específica que brinda la LPDUSF) ser destinatario final del servicio. El concepto de usuario experimenta, con relación al concepto general, una notable ampliación, ya que lo es quien contrata el servicio financiero para integrarlo en un proceso de producción, de transformación, de comercialización o de prestación de servicios a terceros.

4. Duplicidad de regímenes: entidades financieras y entidades comerciales

En líneas precedentes se ha realizado una breve alusión al desdoblamiento normativo que reciben en el derecho bancario/financiero mexicano los contratos de adhesión. La LTOSF delegó en dos entidades distintas la regulación de los contratos de adhesión en esa materia mediante disposiciones generales, así como la supervisión de los mismos: por un lado, la Condusef, en el caso de entidades financieras, y, por otro, la Profeco, cuando se trata de entidades comerciales. Se establece, eso sí, un contenido mínimo que en uno y otro caso ha de ser objeto de regulación.

Este sistema de doble regulación o de regulación paralela puede ser objeto de crítica desde el punto de vista de la complejidad que implica. Quizá podría haberse optado por una única regulación de los contratos de adhesión, con independencia de quién sea el prestador de los mismos y haber mantenido la duplicidad únicamente en orden al organismo público encargado de velar por el cumplimiento de dicha normativa.

Existe, sin embargo, una diferencia en cuanto a la aplicabilidad de esas disposiciones generales de estos dos organismos. La LTOSF permite que las disposiciones generales que establezca la Condusef se limiten únicamente a un tipo de operaciones masivas que celebren las entidades financieras con sus clientes, ciñendo, por ejemplo, el ámbito de aplicación de las mismas a operaciones de una determinada cuantía, de un determinado tipo de entidades, o de cualquier otro criterio. Esta posibilidad no se prevé en la atribución de competencias normativas que la propia LTOSF otorga a la Profeco, entidad a la que no se le permite que delimite o ciña el ámbito de aplicación de las disposiciones generales que dicte a un tipo de operaciones o a otro sector especial, por lo que puede decirse que el legislador mexicano ha optado aquí por el establecimiento de un régimen unívoco de contratos de adhesión que presten todo tipo de entidades comerciales y para cualquier operación masiva que lleven a cabo.