

Los contratos de adhesión financieros y las cláusulas abusivas en materia financiera

Financial Adhesion Contracts and Abusive Clauses in Financial Matters

Xavier Ginebra Serrabou*

RDP

RESUMEN

El autor analiza la existencia de cláusulas abusivas en los contratos de adhesión financieros y la práctica del arbitraje de las instituciones financieras. La omisión de medidas legislativas que los regulen efectivamente, y con el que según él se quebranta a la ciudadanía interesada o necesitada de servicios financieros. Además, analiza la legislación que regula a las instituciones financieras y sus obligaciones adquiridas, ante la celebración de contratos financieros, su eficacia y suficiencia.

PALABRAS CLAVE: contratos de adhesión financieros, cláusulas abusivas, arbitraje.

ABSTRACT

The author analyzes the existence of abusive terms in financial adhesion contracts and arbitration practices of financial institutions. The lack of legislative measures which regulate such effectively, harms interested citizens or citizens in need of financial services, according to the author. Likewise, he analyzes the legislation governing financial institutions and its obligations when celebrating financial contracts, its effectiveness and adequacy.

KEYWORDS: financial adhesion contracts, abusive clauses, arbitration.

* Máster y doctor en derecho de la competencia, profesor investigador de la UAEM y socio del área de competencia, protección de datos y consumidores del despacho Jalife & Caballero. Miembro nivel I del SNI.

XAVIER GINEBRA SERRABOU

Sumario

1. Planteamiento del problema
2. Introducción
3. Marco jurídico de los contratos de adhesión
4. Los contratos de adhesión en las leyes financieras
5. Sanciones por incumplimiento a la normativa de contratos financieros de adhesión
6. Disposiciones de carácter general en materia de transparencia aplicables a las instituciones de crédito y sociedades financieras de objeto múltiple, entidades reguladas
7. Medios para defenderse frente a cláusulas abusivas
8. Conclusiones

1. Planteamiento del problema

Se ha documentado la práctica abusiva de muchas instituciones financieras en perjuicio de los usuarios. Prueba de ello son las constantes demandas ante la Comisión Nacional para la Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros (Condusef). El legislador parece haberse percatado de ello, especialmente en los contratos de adhesión que celebran los usuarios de servicios financieros. El problema es que las medidas que establece son realmente poco útiles, pues son exclusivamente formales, sin atender mucho al espíritu de una posible cláusula abusiva y al funcionamiento de las relaciones financieras. La finalidad del artículo es revisar las obligaciones que establece la Ley a las instituciones financieras cuando celebran contratos financieros y examinar si son realmente eficaces y suficientes. La conclusión parece ser negativa.

2. Introducción

En una revisión de 10 mil contratos emprendida por la Condusef, establece Mario Di Costanzo Armenta en el micrositio “Conoce y denuncia las cláusulas abusivas”, se detectó que “muchas instituciones insisten en mantenerlas” y derivado de esa actitud se procedió al inicio de 185

sanciones que van de 500 a 2,000 días de salario mínimo, es decir de entre 35,000 a 135,000 pesos y que en conjunto podrán llegar a cerca de 26 millones de pesos.

De acuerdo con los resultados de la revisión, que próximamente abarcará también a unos 8,000 contratos del sector de seguros, se pudo observar que el 57% de las cláusulas abusivas operan en el sector bancario, con 45 entidades. De ese número, el 80% se concentra en cuatro bancos: Banorte, con 30%, Banamex, con 21%; Inbursa, con 17%, y BBVA Bancomer, con 12%.

El producto con mayor número de cláusulas abusivas es el crédito hipotecario, con 25, equivalentes a 24% del total identificadas. Le sigue el crédito de nómina con 24 (23%) y el depósito a la vista, con 22 (21% del total). Eso nos preocupa porque en el caso del crédito hipotecario, es contrario a la política de vivienda del gobierno federal, abundó Di Costanzo Armenta.

Entidades bancarias, de préstamo y ahorro popular, entre otras, mantienen cláusulas abusivas en sus contratos en contra de los usuarios de servicios y hay incluso casos donde a pesar de que la autoridad les sugirió retirarlas o modificarlas, insisten en aplicarlas.

El presidente de la Comisión Nacional para la Defensa y Protección de los Usuarios de Servicios Financieros (Condusef), Mario di Costanzo Armenta, presentó el microsítio “Conoce y denuncia las cláusulas abusivas” donde los usuarios podrán denunciar a las entidades financieras que pretendan aprovecharse de su clientela.

El funcionario recordó que a partir del 4 de marzo de 2015, los contratos de adhesión, por ley, “no deberán contener cláusulas abusivas”. Previo al vencimiento de ese plazo, comentó, se enviaron 2,642 oficios a las instituciones financieras, de los cuales sólo 848 respondieron negando la existencia de ese tipo de cláusula; las modificaron o eliminaron, o bien que no utilizan contratos de adhesión.

Entre las cuestiones más problemáticas del derecho privado actual se halla, sin duda, la desprotección del público en general frente a las grandes empresas, derivada de la manifiesta desproporción entre el poder de éstas y del individuo. Tal situación se plantea de manera más acuciante con motivo de la celebración de contratos que, en general, podemos considerar como de consumo en cuanto que la prestación

XAVIER GINEBRA SERRABOU

desproporcionada por la parte contractual predominante (empresario o profesional) se orienta, en esencia, a satisfacer necesidades estrictamente personales ajenas a todo supuesto de tráfico empresarial. Como respuesta a dicha realidad comienza a articularse el movimiento de defensa de los consumidores que ha conseguido situar el interés del consumidor en el más amplio terreno del interés público de la colectividad cuya protección y tutela competen al Estado.¹

3. Marco jurídico de los contratos de adhesión

Es lógico imaginar que la redacción clausular de un contrato de adhesión elaborado por los proveedores comerciales y por las entidades financieras y comerciales no incurre de manera directa en las previsiones prohibidas en la ley para calificar de abusiva una cláusula. Más bien, los proveedores y las entidades financieras y comerciales intentan dar la apariencia de equilibrio y equidad en las condiciones contractuales. Sin embargo, es frecuente que tales modelos de contratos de adhesión no resistan un análisis jurídico a fondo.²

El artículo 85 de la Ley Federal de Protección al Consumidor (en adelante LFPC) define al contrato de adhesión como:

el documento elaborado unilateralmente por el proveedor, para establecer en formatos uniformes los términos y condiciones aplicables a la adquisición de un producto o la prestación de un servicio, aun cuando dicho documento no contenga todas las cláusulas ordinarias de un contrato. Todo contrato de adhesión celebrado en territorio nacional, para su validez, deberá estar escrito en idioma español y sus caracteres tendrán que ser legibles a simple vista y en un tamaño y tipo de letra uniforme. Además, no podrá implicar prestaciones desproporcionadas a cargo de los consumidores, obligaciones inequitativas o abusivas, o cualquier otra cláusula o texto que viole las disposiciones de esta Ley.

¹ Andreu Martí, María del Mar, *La protección del cliente bancario*, Madrid, Tecnos, 1998, p. 23.

² Guadarrama López, Enrique, *Contratos de adhesión y cláusulas abusivas, ámbitos de consumo comercial y financiero*, México, Porrúa-UNAM, 2014, p. 5.

Dicho artículo establece que la Secretaría de Economía, mediante normas oficiales mexicanas, podrá sujetar contratos de adhesión a registro previo ante la Procuraduría cuando impliquen o puedan implicar prestaciones desproporcionadas a cargo de los consumidores, obligaciones inequitativas o abusivas, o altas probabilidades de incumplimiento. Las normas podrán referirse a cualesquiera términos y condiciones, excepto precio. Los contratos de adhesión sujetos a registro deberán contener una cláusula en la que se determine que la Procuraduría será competente en la vía administrativa para resolver cualquier controversia que se suscite sobre la interpretación o cumplimiento de los mismos. Asimismo, deberán señalar el número de registro otorgado por la Procuraduría.

Otra protección a los “adheridos” al contrato de adhesión lo constituye el artículo 86 bis:

En los contratos de adhesión de prestación de servicios deben incluirse por escrito o por vía electrónica los servicios adicionales, especiales, o conexos, que pueda solicitar el consumidor de forma opcional por conducto y medio del servicio básico. El proveedor sólo podrá prestar un servicio adicional o conexo no previsto en el contrato original si cuenta con el consentimiento expreso del consumidor, ya sea por escrito o por vía electrónica.

Por otro lado, en su artículo 86 ter se establece que en los contratos de adhesión de prestación de servicios, el consumidor gozará de las siguientes prerrogativas:

- I. Adquirir o no la prestación de servicios adicionales, especiales o conexos al servicio básico;
- II. Contratar la prestación de los servicios adicionales, especiales o conexos con el proveedor que elija;
- III. Dar por terminada la prestación de los servicios adicionales, especiales o conexos al servicio básico en el momento que lo manifieste de manera expresa al proveedor, sin que ello implique que proceda la suspensión o la cancelación de la prestación del servicio básico. El consumidor sólo podrá hacer uso de esta prerrogativa si se

XAVIER GINEBRA SERRABOU

encontrare al corriente en el cumplimiento de todas sus obligaciones contractuales y se hubiese vencido el plazo mínimo pactado; y

IV. Las demás prerrogativas que señalen ésta y otras leyes o reglamentos. El consumidor gozará de las anteriores prerrogativas aun cuando no hubieren sido incluidas de manera expresa en el clausulado del contrato de adhesión de que se trate.

Siguiendo el principio de protección a la parte más débil, el artículo 86 quater señala que cualquier diferencia entre el texto del contrato de adhesión registrado ante la Procuraduría Federal del Consumidor y el utilizado en perjuicio de los consumidores, se tendrá por no puesta.

En su artículo 87, la LFPC dice que en caso de que los contratos de adhesión requieran de registro previo ante la Procuraduría, los proveedores deberán presentarlos ante la misma antes de su utilización y ésta se limitará a verificar que los modelos se ajusten a lo que disponga la norma correspondiente y a las disposiciones de esta Ley, y emitirá su resolución dentro de los 30 días siguientes a la fecha de presentación de la solicitud de registro. Transcurrido dicho plazo sin haberse emitido la resolución correspondiente, los modelos se entenderán aprobados y será obligación de la Procuraduría registrarlos, quedando en su caso como prueba de inscripción la solicitud de registro. Para la modificación de las obligaciones o condiciones de los contratos que requieran de registro previo será indispensable solicitar la modificación del registro ante la Procuraduría, la cual se tramitará en los términos antes señalados.

Los contratos que deban registrarse conforme a la LFPC, las normas oficiales mexicanas y demás disposiciones aplicables, y no se registren, así como aquellos cuyo registro sea negado por la Procuraduría, no producirán efectos contra el consumidor.

La Procuraduría podrá publicar en el *Diario Oficial de la Federación* el modelo de contratos que deban ser registrados de conformidad con el artículo 86 de esta Ley, a fin de que los proveedores puedan utilizarlos. En tales casos, el proveedor únicamente dará aviso a la Procuraduría sobre la adopción del modelo de contrato para efectos de registro (artículo 87).

Cuando el proveedor haya dado aviso a la Procuraduría para adoptar un contrato conforme al modelo publicado, no podrá modificarlo ni incluir otras cláusulas o excepciones a su aplicación, sin haber cumplido con lo dispuesto en el artículo 87 ter. En caso de no hacerlo, dichas modificaciones, adiciones o excepciones se tendrán por no puestas.

Cuando el contrato de adhesión de un proveedor contenga variaciones respecto del modelo de contrato publicado por la Procuraduría a que se refiere el artículo anterior, el proveedor deberá solicitar su registro en los términos del procedimiento previsto en el artículo 87, de acuerdo con el artículo 87 ter, como una forma de evitar los abusos contra los consumidores.

Una función que permite la LFPC es que los interesados podrán inscribir voluntariamente sus modelos de contrato de adhesión aunque no requieran registro previo, siempre y cuando la Procuraduría estime que sus efectos no lesionan el interés de los consumidores y que su texto se apega a lo dispuesto por esta Ley.

En la tramitación del registro de modelos de contratos de adhesión, la Profeco podrá requerir al proveedor la aportación de información de carácter comercial necesaria para conocer la naturaleza del acto objeto del contrato, siempre y cuando no se trate de información confidencial o sea parte de secretos industriales o comerciales (artículo 89).

Congruente con su filosofía tuitiva de los consumidores, el artículo 90 señala que no serán válidas y se tendrán por no puestas las siguientes cláusulas de los contratos de adhesión ni se inscribirán en el registro cuando:

- I. Permitan al proveedor modificar unilateralmente el contenido del contrato, o sustraerse unilateralmente de sus obligaciones;
- II. Liberen al proveedor de su responsabilidad civil, excepto cuando el consumidor incumpla el contrato;
- III. Trasladen al consumidor o a un tercero que no sea parte del contrato la responsabilidad civil del proveedor;
- IV. Prevengan términos de prescripción inferiores a los legales;
- V. Prescriban el cumplimiento de ciertas formalidades para la procedencia de las acciones que se promuevan contra el proveedor; y
- VI. Obliguen al consumidor a renunciar a la protección de esta ley o lo sometan a la competencia de tribunales extranjeros.

XAVIER GINEBRA SERRABOU

La “lista negra” de cláusulas abusivas es muy pequeña y poco útil si la comparamos con los códigos de defensa de los consumidores de otros países latinoamericanos, como Brasil, Perú, Argentina y, del viejo continente, España.

Por último, en su artículo 90 bis se establece que cuando con posterioridad a su registro se aprecie que un contrato contiene cláusulas contrarias a esta Ley o a las normas oficiales mexicanas, la Procuraduría, de oficio o a petición de cualquier persona interesada, procederá a la cancelación del registro correspondiente. En tales casos, la Procuraduría procederá conforme al procedimiento establecido en el artículo 123 de esta Ley.

Para la jurisprudencia es contrato de adhesión el siguiente, además de establecer cuándo puede considerarse abusiva una cláusula:

CONTRATO DE ADHESIÓN. ANÁLISIS DE SUS CLÁUSULAS CONFORME A SU NATURALEZA PARA PREVENIR ABUSOS. El contrato de adhesión contiene cláusulas esenciales establecidas previa y unilateralmente por un proveedor de bienes o servicios sin que la contraparte consumidora tenga oportunidad de discutir su contenido. Indiscutiblemente es un contrato aun cuando no contenga todas las cláusulas ordinarias de uno tradicional. Consta en formatos uniformes en los términos y condiciones para la adquisición de productos o servicios. Entre sus elementos destacan que: la oferta se hace a una colectividad; el convenio es obra exclusiva de una de las partes; la reglamentación del contrato es compleja; la situación del oferente es preponderante; la oferta no puede ser discutida; y el contrato oculto es regularmente un servicio privado de utilidad pública. Por sus características, las cláusulas que puede contener están sujetas a los requisitos que la ley impone para la protección del consumidor; por ejemplo, contra prestaciones desproporcionadas, abusivas o violatorias de la ley que lo regula. Así, constituye un microsistema en el que no priva de la misma manera la autonomía de la voluntad que rige en los contratos en que las partes pueden pactar bilateralmente las cláusulas. En ese contexto, para analizar su validez o nulidad debe atenderse, en primer lugar, a su naturaleza. Por lo tanto, es un error la declaración respectiva con base en las normas que regulan los contratos en general, cuando éstas son incompatibles con las características propias del contrato

de adhesión. Además, en segundo lugar, su interpretación debe ser conforme a los principios protectores como el *favor libertatis* (en caso de duda, una cláusula debe interpretarse contra quien han estipulado algo y en liberación de quien ese ha obligado), el *favor debilis* (protector de la parte débil, deudor o acreedor) y aquellos que sean favorables al consumidor (Tesis I.7oC.154 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época).

Como pudimos observar, la mayor parte de las cláusulas que pudieran considerarse abusivas en un contrato de adhesión en la LFPC, establece protecciones formales, no derechos realmente ejercitables, como sucede en la materia financiera.

4. Los contratos de adhesión en las leyes financieras

El número de usuarios de servicios financieros es muy importante, pues abarca a más de la mitad del país, que ya de acuerdo con el censo de 2000 llegaba a poco más de 97 millones de habitantes (ahora cerca de 115 millones), de ahí la conclusión de que es muy importante el haber establecido un sistema de protección y defensa de consumidores y usuarios.³

Es curioso que en otros países más avanzados en su legislación, como España, no posean un sistema completo de protección de los consumidores y usuarios por parte del Banco de España, aunque sí hay un ombudsman de dichas personas.⁴

La definición de contrato de adhesión de la Ley de Ordenamiento y Transparencia de Servicios Financieros (LOTSF) define al contrato de adhesión como:

Contrato de adhesión: al documento elaborado unilateralmente por las entidades para establecer en formatos uniformes los términos y condiciones aplicables a la celebración de las operaciones que lle-

³ Acosta Romero, Miguel et al., *Derecho de la defensa de los usuarios de servicios financieros*, México, Porrúa, 2002, p. 4.

⁴ Zunzunegui, Fernando, *Lecciones de derecho bancario y bursátil*, Madrid, Colex, 2001, p. 72.

XAVIER GINEBRA SERRABOU

ven a cabo con sus clientes. Tratándose de entidades financieras, se considerarán las operaciones pasivas, activas o de servicio, y tratándose de entidades comerciales, se considerarán las operaciones de crédito.

Hay que tomar en cuenta diferentes premisas. La primera hace referencia a la heterogeneidad de los denominados contratos bancarios (o financieros), que hace siempre difícil una clasificación y caracterización de los mismos. La segunda es relativa a la necesidad de considerar que los contratos bancarios son una categoría en vías de continua expansión, que se ve favorecida por la falta de concreción legal. En consecuencia, al lado de los contratos típicamente bancarios encontramos otras operaciones o contratos, también estipulados por las entidades de crédito con particulares, que nos plantean en un primer momento dudas sobre su bancariedad (pensemos en los contratos de crédito con garantía prendaria de las casas de empeño). Para dar una calificación a dichas actividades, se acuñó el concepto de parabancariedad, con la finalidad de denominar las actividades no típicamente bancarias desarrolladas por las entidades de crédito.⁵

El artículo 11 especifica que 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 Nacional 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. Otra vez una protección formal.

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.

⁵ Orduña Moreno, Francisco Javier (dir.), *Contratación y servicio financiero*, Valencia, Caja Cantabria-Tirant Lo Blanch, 2000, p. 52.

LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN FINANCIEROS Y LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS...

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;
- III. 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, como las comisiones y tasas de interés, el CAT y el monto total a pagar en el caso de créditos, préstamos o financiamientos,
 - d) Las demás que contribuyan a transparentar y facilitar su lectura, la comprensión y comparación.
- IV. Las bases para dejar claramente establecidas las características, términos y condiciones del servicio;
- V. 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;
- VI. El procedimiento a seguirse para la cancelación del servicio;
- VII. Los conceptos de cobro y sus montos;
- VIII. 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.

XAVIER GINEBRA SERRABOU

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

Asimismo, las referidas Procuraduría Federal del Consumidor y Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros, en el ámbito de sus competencias, podrán ordenar que se modifiquen los modelos de contratos de adhesión a fin de adecuarlos a las leyes y otras disposiciones aplicables y, en su caso, suspender su uso respecto de nuevas operaciones hasta en tanto sean modificados. Todo contrato de adhesión celebrado en territorio nacional, para su validez, deberá estar escrito en idioma español y deberá contener la firma o huella digital del cliente o su consentimiento expreso por los medios electrónicos que al efecto se hayan pactado.

Los modelos de contratos de adhesión deberán contener las comisiones que la entidad cobre. Se prohíbe que dichas entidades carguen o cobren comisiones que no estén previstas en los contratos de adhesión o se modifiquen en contravención a esta Ley. Toda modificación a las comisiones, cuando resulte aplicable, deberá registrarse en términos del artículo 6 de esta Ley.

La enumeración de estos requisitos no pueden ser en la práctica verificables por el consumidor pues sólo le muestran la parte donde tiene que firmar, además de que son demasiados aspectos que debe tener en cuenta, por lo que es muy factible que no se dé cuenta de la validez del clausulado del contrato.

En la única disposición que establece un auténtico derecho de acceso a la justicia, por demás insuficiente, el artículo 11 bis estatuye:

Los clientes contarán con un periodo de gracia de diez días hábiles posteriores a la firma de un contrato de adhesión que documenten operaciones masivas establecidas por las LEY PARA LA TRANSPARENCIA Y ORDENAMIENTO DE LOS SERVICIOS FINANCIEROS disposiciones de carácter general a que se refiere el artículo 11 de la presente Ley, con excepción de los créditos con garantía hipotecaria, para cancelarlo, en cuyo caso las entidades no podrán cobrar comisión alguna, regresando las cosas al estado en el que se encontraban antes de su firma, sin

responsabilidad alguna para el cliente. Lo anterior, siempre y cuando el cliente no haya utilizado u operado los productos o servicios financieros contratados.

En cambio, en el artículo 15 bis de la referida Ley, sólo hay obligación de la institución de crédito de cumplir con lo que formalmente señala dicha disposición:

Tratándose de operaciones pasivas que realicen las instituciones de crédito y las entidades de ahorro y crédito popular a las que les sea aplicable la GAT de acuerdo con las disposiciones a las que se refiere el artículo 8 de esta Ley, la publicidad y los contratos de adhesión deberán contener dicha GAT, cuando así lo establezcan las disposiciones de carácter general a que se refieren los artículos 11 y 12 de esta Ley. La información a que se refiere este artículo deberá resaltarse en caracteres distintivos de manera clara, notoria e indubitable.

En la parte de créditos, el artículo 18 bis dice que tratándose de créditos, préstamos o financiamientos revolventes asociados a una tarjeta y créditos personales de liquidez sin garantía real masivamente celebrados, las entidades documentarán por escrito las referidas operaciones en los formularios que contengan las solicitudes que utilicen para contratar con sus clientes, en los términos siguientes:

- I. En los citados formularios conste que fue hecho del conocimiento del cliente el contenido del respectivo clausulado.
- II. En los respectivos formularios se señalen los datos de inscripción del contrato de adhesión en el registro a que se refiere el quinto párrafo del artículo 11 de la Ley. Tanto para la contratación como en caso de alguna controversia respecto de créditos, préstamos o financiamientos revolventes asociados a una tarjeta, se entenderá que el contrato de adhesión válido en la operación de que se trate, es el registrado ante la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros.
- III. Se envíe el respectivo contrato de adhesión y su carátula adjunto con el medio de disposición o de identificación, tratándose de aperturas de crédito en cuenta corriente o créditos persona-

XAVIER GINEBRA SERRABOU

les de liquidez sin garantía real, o se mantengan a disposición de sus clientes modelos de contratos relativos a las operaciones en sus oficinas, sucursales e Internet, cuando así se pacte con dichos clientes

Las entidades sólo podrán emitir y entregar tarjetas asociadas a nuevos créditos, previa solicitud del cliente en términos del presente artículo. Igual restricción resultará aplicable a los créditos personales de liquidez sin garantía real, por lo que no podrán mantener líneas de crédito ejercibles salvo que medie solicitud expresa del cliente. Lo dispuesto en este artículo no será aplicable a la renovación de créditos mediante la entrega de nuevos medios de disposición.

Cabe de más observar que es una obligación de forma, no de fondo, la que debe cumplir la institución financiera.

El artículo 23 dice que en todas las operaciones y servicios que las entidades financieras celebren por medio de contratos de adhesión masivamente celebradas y hasta por los montos máximos que establezca la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros en disposiciones de carácter general, aquéllas deberán proporcionarle a sus clientes asistencia, acceso y facilidades necesarias para atender las aclaraciones relacionadas con dichas operaciones y servicios.

Al efecto, sin perjuicio de los demás procedimientos y requisitos que impongan otras autoridades financieras facultadas para ello en relación con operaciones materia de su ámbito de competencia, en todo caso se estará a lo siguiente:

I. Cuando el cliente no esté de acuerdo con alguno de los movimientos que aparezcan en el estado de cuenta respectivo o en los medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología que se hubieren pactado, podrá presentar una solicitud de aclaración dentro del plazo de noventa días naturales contados a partir de la fecha de corte o, en su caso, de la realización de la operación o del servicio. La solicitud respectiva podrá presentarse ante la sucursal en la que radica la cuenta, o bien, en la unidad especializada de la institución de que se trate, mediante escrito, correo electrónico o cualquier otro medio por

el que se pueda comprobar fehacientemente su recepción. En todos los casos, la institución estará obligada a acusar recibo de dicha solicitud. Tratándose de cantidades a cargo del cliente dispuestas mediante cualquier mecanismo determinado al efecto por la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de los Servicios Financieros en disposiciones de carácter general, el cliente tendrá el derecho de no realizar el pago cuya aclaración solicita, así como el de cualquier otra cantidad relacionada con dicho pago, hasta en tanto se resuelva la aclaración conforme al procedimiento a que se refiere este artículo;

III. Una vez recibida la solicitud de aclaración, la institución tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco días para entregar al cliente el dictamen correspondiente, anexando copia simple del documento o evidencia considerada para la emisión de dicho dictamen, con base en la información que, conforme a las disposiciones aplicables, deba obrar en su poder, así como un informe detallado en el que se respondan todos los hechos contenidos en la solicitud presentada por el cliente. En el caso de reclamaciones relativas a operaciones realizadas en el extranjero, el plazo previsto en este párrafo será hasta de ciento ochenta días naturales.

El dictamen e informe antes referidos deberán formularse por escrito y suscribirse por personal de la institución facultado para ello. En el evento de que, conforme al dictamen que emita la institución, resulte procedente el cobro del monto respectivo, el cliente deberá hacer el pago de la cantidad a su cargo, incluyendo los intereses ordinarios conforme a lo pactado, sin que proceda el cobro de intereses moratorios y otros accesorios generados por la suspensión del pago realizada en términos de esta disposición;

IV. Dentro del plazo de cuarenta y cinco días naturales contado a partir de la entrega del dictamen a que se refiere la fracción anterior, la institución estará obligada a poner a disposición del cliente en la sucursal en la que radica la cuenta, o bien, en la unidad especializada de la institución de que se trate, el expediente generado con motivo de la solicitud, así como a integrar en éste, bajo su más estricta responsabilidad, toda la documentación e información que, conforme a las disposiciones aplicables, deba obrar en su poder y que se relacione directa-

XAVIER GINEBRA SERRABOU

mente con la solicitud de aclaración que corresponda y sin incluir datos correspondientes a operaciones relacionadas con terceras personas;

En caso de que la institución no diere respuesta oportuna a la solicitud del cliente o no le entregare el dictamen e informe detallado, así como la documentación o evidencia antes referidos, la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de los Servicios Financieros, impondrá multa en los términos previstos en la fracción XI del artículo 43 de esta Ley por un monto equivalente al reclamado por el cliente en términos de este artículo, y

Hasta en tanto la solicitud de aclaración de que se trate no quede resuelta de conformidad con el procedimiento señalado en este artículo, la institución no podrá reportar como vencidas las cantidades sujetas a dicha aclaración a las sociedades de información crediticia. Lo antes dispuesto es sin perjuicio del derecho de los clientes de acudir ante la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros o ante la autoridad jurisdiccional correspondiente conforme a las disposiciones legales aplicables, así como de las sanciones que deban imponerse a la institución por incumplimiento a lo establecido en el presente artículo. Sin embargo, el procedimiento previsto en este artículo quedará sin efectos a partir de que el cliente presente su demanda ante autoridad jurisdiccional o conduzca su reclamación en términos y plazos de la Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros.

El proceso que establece favorece más a las instituciones financieras que a los usuarios, además de ser un proceso engorroso en el cual los usuarios no reciben asesoría de parte de la Condusef.

5. Sanciones por incumplimiento a la normativa de contratos financieros de adhesión

Las sanciones en contra de las instituciones financieras que violen las normas de protección de los usuarios en los contratos de adhesión establecen:

LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN FINANCIEROS Y LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS...

Artículo 42. La Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros sancionará con multa de dos mil a cinco mil días de salario, a las entidades financieras:

...III. Empleen modelos de contratos de adhesión que incumplan lo previsto en el artículo 11 de esta Ley o en las disposiciones de carácter general que expida la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros, que regulen contratos de adhesión, o utilicen con los clientes cualquier contrato de adhesión que no haya sido remitido a dicha Comisión Nacional en términos de lo previsto en el mismo artículo 11 de la presente Ley.

VI. Se abstengan de enviar a la propia Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros los modelos de contratos de adhesión, en contravención al artículo 11 del presente ordenamiento;

Otras multas están estipuladas en el artículo 43:

La Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros sancionará con multa de cuatro mil a veinte mil días de salario, a las entidades financieras que:

II. No modifiquen los contratos de adhesión conforme a lo ordenado por la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros, en términos del artículo 11 de esta Ley.

III. No acaten la orden de la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros de suspender el uso de los contratos de adhesión, respecto de nuevas operaciones, de acuerdo con el artículo 11 de la presente Ley.

IV. Cobren comisiones distintas a las pactadas en los contratos de adhesión.

Por su parte, señala el artículo 44:

La Procuraduría Federal del Consumidor sancionará con multa de 200 a 2 mil días de salario, a las entidades comerciales que infrinjan cualquier disposición de esta Ley cuya conducta no competa sancionar a otra de las autoridades y que no correspondan a las conductas infractoras señaladas en el párrafo siguiente, así como cuando infrinjan las

XAVIER GINEBRA SERRABOU

disposiciones de carácter general que la propia Procuraduría expida en términos de esta Ley. Asimismo, la Procuraduría Federal del Consumidor sancionará, en el ámbito de su competencia, con multa de:

I. Dos mil a cinco mil días de salario, a las entidades comerciales que

b) No expresen en términos anuales las tasas de interés ordinarias y moratorias, conforme al artículo 9 de la presente Ley.

c) Empleen modelos de contratos de adhesión que incumplan lo previsto en el artículo 11 de esta Ley o en las disposiciones de carácter general que expida la Procuraduría Federal del Consumidor, que regulen contratos de adhesión.

II. Cuatro mil a veinte mil días de salario, a las entidades comerciales que:

a) Realicen cargos adicionales a sus clientes por la terminación de los contratos que tengan celebrados, en contravención a lo señalado en el segundo párrafo del artículo 7 de esta Ley.

b) No modifiquen los contratos de adhesión conforme a lo ordenado por la Procuraduría Federal del Consumidor, en términos del artículo 11 de esta Ley.

c) No acaten la orden de la Procuraduría Federal del Consumidor de suspender el uso de los contratos de adhesión, respecto de nuevas operaciones, de acuerdo con el artículo 11 de la presente Ley.

No hace falta señalar que para una entidad que maneja muchos activos financieros, estas multas no son lo suficientemente disuasivas como para presionar a las entidades de crédito a cumplirlas; otra debilidad de la Ley en perjuicio de los usuarios.

6. Disposiciones de carácter general en materia de transparencia aplicables a las instituciones de crédito y sociedades financieras de objeto múltiple, entidades reguladas

En las disposiciones que ha emitido la Condusef se define la cláusula abusiva: A las que se refieren las disposiciones de carácter general emitidas por Condusef;

Para el artículo 3o. se consideran operaciones masivas y, por tanto, serán las únicas sujetas a lo previsto en este capítulo, las que se realizan mediante los siguientes tipos de contratos de adhesión que documenten operaciones que no excedan de novecientas mil UDI, al momento de celebrar el contrato:

I. Las aperturas de créditos en cuenta corriente, denominadas en moneda nacional, otorgadas a personas físicas o morales vinculadas o no a tarjetas de crédito o a cualquier otro medio de disposición que permita ejercer el crédito;

II. Las líneas de crédito que se otorguen de manera sucesiva o en serie y utilicen alguna tarjeta plástica u otro medio de disposición como medio de identificación de los usuarios, o bien, para la disposición de los recursos;

III. Los créditos garantizados a la vivienda;

IV. Las aperturas de créditos al consumo;

V. El arrendamiento financiero con opción terminal de compra;

VI. Los depósitos de dinero a la vista, tanto de personas físicas como morales con o sin chequera, con o sin tarjeta de débito;

VII. Las operaciones pasivas distintas a las previstas en la fracción anterior, a las cuales les es aplicable la GAT nominal y real;

VIII. El crédito de habilitación o avío;

IX. El crédito refaccionario;

X. El crédito simple a personas morales;

XI. Las operaciones de factoraje financiero, y

XII. Las operaciones de banca electrónica. Las operaciones documentadas en contratos de adhesión a que se refieren las fracciones I, II, IV, VI, y VII cuyo monto reclamado no exceda de cincuenta mil UDI, se deben sujetar al procedimiento de aclaraciones, establecido en el artículo 23 de la Ley para la Transparencia

Los contratos de adhesión deben reunir los siguientes requisitos de forma (artículo 4o.):

I. Estar redactados en idioma español y en tipografía de al menos 8 puntos;

II. Dividirse en capítulos, apartados o incisos que faciliten su lectura y comprensión, y

XAVIER GINEBRA SERRABOU

III. Cuando se incorporen referencias a otros documentos, incluirán una explicación del texto referenciado. En caso de referencias a preceptos legales, las instituciones financieras deben incluir en el Registro de Contratos de Adhesión (RECA) un anexo con la transcripción de las disposiciones legales e indicar en el mismo contrato el lugar en donde se podrá consultar, lo anterior con independencia de que tal anexo deberá estar a disposición del usuario en las sucursales de la institución financiera.

Además, los contratos de adhesión deben contener (artículo 5o.):

I. La descripción detallada de la operación o servicio, características, términos, condiciones, así como los derechos y obligaciones que adquieren cada una de las partes y la mención de los medios de disposición vinculados a la operación o servicio contratado. Las instituciones financieras podrán documentar, en un contrato múltiple, dos o más productos o servicios financieros siempre que se separen claramente los elementos esenciales de cada producto o servicio;

II. La fecha de corte tratándose de créditos en cuenta corriente, y las fechas para el cálculo de intereses en los demás productos o servicios financieros, o el lugar en el cual podrán ser consultadas por el usuario;

III. La denominación social y domicilio de la institución financiera contratante, así como su dirección en Internet;

IV. El nombre completo del usuario;

V. Las comisiones y tasas de interés, de acuerdo con lo siguiente:

a. El concepto y el monto o método usado para el cálculo de cada una de las comisiones que cobrarán a los usuarios, así como cada uno de los eventos que las generen, especificando su periodicidad. El monto específico de las comisiones podrá incluirse en la carátula prevista en el artículo 6 de las presentes disposiciones;

b. En caso de realizar operaciones a través de comisionistas bancarios, incluir la leyenda: “Las operaciones realizadas a través de los comisionistas bancarios podrán generar una comisión, consulte antes de realizar su operación”;

c. Las tasas de interés, de rendimiento o descuento expresadas en términos anuales simples, incluyendo las tasas de interés ordinaria y

LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN FINANCIEROS Y LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS...

moratoria. Tratándose de tasas variables se deberán expresar en los términos que determine el Banco de México. En su caso, las tasas de interés, de rendimiento o descuento específicas podrán incluirse en la carátula prevista en el artículo 6o. de estas disposiciones, y

d. La metodología usada para el cálculo de intereses ordinarios y moratorios

VI. La vigencia, modificaciones y terminación:

a. El plazo de vigencia del contrato de adhesión, cuando resulte aplicable, especificando si puede o no ser prorrogable y, en su caso, el plazo de las prórrogas, indicando los requisitos para solicitarlas;

b. Las condiciones y procedimientos para la modificación del contrato de adhesión, en el entendido de que cualquier modificación a las comisiones se sujetará a lo dispuesto por el artículo 7 de la Ley para la Transparencia;

c. La descripción de los requisitos y procedimientos para la terminación de las operaciones, debiendo observarse lo dispuesto por la sección VI del presente capítulo;

d. El número correspondiente de inscripción en el RECA, y

e. La posibilidad de que el usuario, en un periodo de diez días hábiles posteriores a la firma de un contrato de adhesión, con excepción de los créditos con garantía hipotecaria, lo cancele sin responsabilidad para el mismo, en cuyo caso, las instituciones financieras no podrán cobrar comisión alguna, siempre y cuando el usuario no haya utilizado u operado los productos o servicios financieros contratados o dispuesto del crédito otorgado, conforme a lo dispuesto en el artículo 11 bis 1 de la Ley para la Transparencia.

VII. Los servicios de atención al usuario:

a. La periodicidad y medios a través de los cuales las instituciones financieras proporcionarán o pondrán a disposición de los usuarios el estado de cuenta respectivo, cuando sea aplicable;

b. Los requisitos para realizar consultas de saldos, transacciones y movimientos, en los lugares y a través de los medios pactados;

c. La descripción del proceso y los medios para la presentación de aclaraciones y reclamaciones, incluido el establecido en el artículo 23 de la Ley para la Transparencia, cuando sea aplicable;

d. La facultad del usuario para solicitar, en cualquier momento, la cancelación del servicio del pago de bienes y servicios con cargo a

XAVIER GINEBRA SERRABOU

sus cuentas, de conformidad con las disposiciones del Banco de México, sin que se requiera de la previa autorización de los respectivos proveedores de bienes o servicios;

e. El momento a partir del cual cesa la responsabilidad del usuario por el uso de medios de disposición, en caso de terminación del contrato, defunción, robo o extravío;

f. Los datos de localización y contacto de la UNE, incluidos número telefónico y correo electrónico, para efectos de consultas, reclamaciones y aclaraciones;

g. El lugar a través del cual los usuarios podrán consultar las cuentas que las Internet y correo electrónico. La Condusef notificará a las instituciones financieras cualquier cambio en dichos datos. Los contratos de adhesión de operaciones de bajo riesgo clasificadas como de nivel 1 deben contener lo establecido en el presente artículo, excepto las fracciones I, segundo párrafo; IV y VII, letra e. Los contratos múltiples deben contener al inicio, un índice de todos los productos o servicios que incluyen. Las instituciones financieras se abstendrán de incluir cláusulas abusivas en los contratos de adhesión, en términos de las disposiciones aplicables que para el efecto la Condusef emita.

En donde la norma se “moja” algo para establecer cláusulas abusivas específicas, aunque prácticas poco sanas, es en el artículo 47:

Se consideran actividades que se apartan de las sanas prácticas y usos relativos al ofrecimiento y comercialización de las operaciones y servicios financieros por parte de las instituciones financieras:

I. Sujetar las promociones de operaciones y servicios financieros que se ofrezcan por cualquier medio a requisitos no previstos en las ofertas, salvo que se incluya la frase “aplican restricciones o consultar en [página de Internet de la institución financiera]”; si la institución financiera no cumple, el usuario podrá optar por exigir la celebración de la operación, la prestación del servicio en los términos ofrecidos, o por solicitar la terminación del contrato de la que derive;

II. Proporcionar al usuario información engañosa o que induzca a error sobre las operaciones y servicios financieros.

III. Omitir información de la oferta vinculante;

IV. Introducir en las operaciones y servicios financieros condiciones que no concuerden con las ofertadas o contratadas;

LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN FINANCIEROS Y LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS...

V. Abstenerse de entregar a los usuarios que lo soliciten, la información o documentos necesarios para conocer las características de una operación o servicio, previamente a su contratación;

VI. Negar a los usuarios la atención o contratación de operaciones o servicios financieros, por razones de género, raza, etnia, discapacidad física, preferencias sexuales, creencias religiosas, o por cualquier otro tipo de discriminación, salvo por causas que afecten la seguridad del personal de las instituciones financieras, clientes o instalaciones, o bien, cuando la negativa de que se trate se funde en disposiciones expresamente previstas en la normativa aplicable;

VII. Apartarse en la apertura o cancelación de cuentas, o en la prestación de sus servicios, de lo previsto en los contratos y en los manuales de operación correspondientes;

VIII. Negar la posibilidad de cancelar por teléfono las tarjetas de crédito o débito por robo, extravío o clonación, así como no canalizar, por la vía antes señalada, al usuario ante la compañía de seguros que corresponda para la cancelación inmediata de los seguros, que la institución financiera le hubiere comercializado;

IX. Eludir su responsabilidad en la contratación de los productos o servicios en los términos, características y condiciones publicitados, que se ofrezcan o comercialicen en sus sucursales, oficinas o a través de sus centros de atención telefónica o de terceros contratados;

X. Incluir en el documento donde consten obligaciones de las instituciones financieras, la liberación de responsabilidades a cargo de ellas, cuando el incumplimiento de dichas obligaciones sea por causas imputables a las mismas;

XI. Retrasar el trámite para la terminación del contrato sin causa justificada;

XII. Omitir la entrega o poner a disposición de los usuarios los términos y condiciones de los servicios o seguros asociados al producto o servicio financiero contratado, incluyendo de manera enunciativa mas no limitativa condiciones generales, pólizas y procedimientos para presentar reclamaciones en caso de siniestro o de su cancelación;

XIII. Realizar prácticas que inhiban los pagos anticipados o adelantados, de acuerdo a los términos establecidos en el contrato;

XIV. Utilizar información que engañe o confunda al cliente en el proceso de venta de productos de seguros y/o de asistencia, así como utilizar argumentos que sin serlo, aludan ser beneficios o premios derivados de productos o servicios contratados con la institución fi-

XAVIER GINEBRA SERRABOU

nanciera; de igual manera no indicar, en su caso, el medio, monto y frecuencia con que se realizará el cobro del producto de seguro o asistencia, el número de póliza, vigencia y renovación;

XV. No contar con avisos donde informen a los usuarios los horarios en los que podrán realizar diversos tipos de operaciones, o

XVI. Contactar a sus usuarios para actualización de datos como pretexto para la comercialización de productos o servicios.

Es la jurisprudencia la que ha definido a las cláusulas abusivas:

CONTRATO DE ADHESIÓN. CLÁUSULAS ABUSIVAS. Dada la naturaleza de los contratos de adhesión el estudio sobre la validez o nulidad de sus cláusulas en sede judicial debe tener presente que la falta de participación de quien adquiere un bien o servicio, no debe significarle la suscripción o aceptación de cláusulas abusivas que menoscaben sus derechos básicos como consumidor, consistentes en: el derecho a la información, a elegir, a no ser discriminado, a ser protegido, a la educación sobre los derechos de los consumidores y el consumo inteligente, a la seguridad, a la calidad y a la compensación. De modo que si por virtud de esas cláusulas establecidas unilateralmente, pese a las exigencias legales y derivadas de la buena fe, se causa un detrimento en esos derechos que origine un desequilibrio importante entre las partes para hacer efectivos sus derechos, entonces, debe declararse su nulidad, con las consecuencias que de ello se deriven y que sean competencia de la autoridad judicial (Tesis I.7º.C.155 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época).

El artículo 12 establece que las instituciones financieras, en los contratos de adhesión que documenten operaciones de crédito, préstamo o financiamiento, además de lo previsto en la sección I, del presente capítulo, deben observar lo siguiente:

I. El nombre del avalista, obligado solidario, o coacreditado, en su caso;

II. En operaciones en las que se contemple una tasa de referencia, deben indicarse las tasas sustitutivas y el orden de aplicación, según las disposiciones que al efecto emita el Banco de México;

III. En su caso, la forma para determinar los pagos mínimos y los periodos en los que no se generarán intereses, de acuerdo a las disposiciones de carácter general que al efecto emita el Banco de México;

IV. La periodicidad y fecha límite de pago o el lugar en el cual podrá consultarse; cuando la fecha límite de pago sea en un día inhábil debe aclararse que se recorrerá al siguiente día hábil, sin que proceda el cobro de comisiones o intereses moratorios;

V. Los casos en que puede aumentarse el límite de financiamiento en créditos en cuenta corriente asociados a tarjetas de crédito, estableciendo la obligación de que el usuario lo autorice previamente;

VI. En caso de que se determine disminuir la línea de crédito no comprometida otorgada en créditos revolventes, deben notificar al usuario en el siguiente estado de cuenta o a través de cualquiera de los medios pactados en el contrato de adhesión;

VII. Los términos y condiciones para pagos anticipados y adelantados, según las disposiciones que al efecto emita el Banco de México;

VIII. Los medios de pago permitidos, según las disposiciones que al efecto emita el Banco de México;

IX. Tratándose de créditos a los que el Banco de México determine que les es aplicable el artículo 10 de la Ley para la Transparencia, la indicación de que el pago de los intereses no puede ser exigido por adelantado, sino únicamente por periodos vencidos, y

X. Cuando sea aplicable el CAT, se debe incluir la siguiente definición: "CAT: El Costo Anual Total de financiamiento" expresado en términos porcentuales anuales que, para fines informativos y de comparación, incorpora la totalidad de los costos y gastos inherentes a los créditos las instituciones financieras, al momento de celebrar el contrato de adhesión, deben entregar, cuando resulte aplicable conforme a las disposiciones que emita el Banco de México, la tabla de amortización que incluya el saldo insoluto del principal, el número, periodicidad y cuantía de los pagos, así como las primas de los seguros, desglosando cada uno de los conceptos aplicables, salvo cuando se trate de créditos en cuenta corriente. El contenido de las tablas de amortización que emitan debe cumplir con lo que establezca en sus disposiciones el Banco de México.

XAVIER GINEBRA SERRABOU

Reiteramos lo ya señalado en el presente artículo: muchas obligaciones de contenido de forma, mas no de fondo a la institución financiera, mas no al usuario.

El artículo 13 dice que en los contratos de adhesión que establezcan líneas de crédito o créditos revolventes, en los que se otorgue una línea de crédito general y posteriormente las disposiciones del crédito sean a plazo fijo, se deberá señalar el CAT de la contratación de la línea con base en la metodología revolvente y después en cada una de las disposiciones que se realicen, informando de los términos y CAT específicos, calculado como un crédito a plazo fijo cerrado. Lo anterior, según las disposiciones que al efecto emita el Banco de México.

Por su parte, en el artículo 14, tratándose de apertura de créditos en cuenta corriente denominados en moneda nacional, otorgados a personas físicas, asociados a tarjetas de crédito, así como de créditos personales sin garantía real, las instituciones financieras pueden documentar la contratación de las operaciones en las propias solicitudes de crédito, siempre que en éstas:

I. Conste que el contrato de adhesión fue hecho del conocimiento del usuario, y

II. Se señalen los datos de inscripción del contrato de adhesión en el RECA. Las instituciones financieras deben enviar al domicilio el contrato de adhesión y su carátula adjunto con el medio de disposición o de identificación, tratándose de aperturas de crédito en cuenta corriente o personales sin garantía real, o se mantengan a disposición de sus clientes modelos de contratos relativos a las operaciones en sus oficinas, sucursales e Internet, cuando así se pacte con dichos clientes. Las instituciones financieras tienen prohibido otorgar créditos y cobrar comisiones que no hayan sido registradas en términos de las disposiciones generales que emita el Banco de México y consentidas por el usuario.

El artículo 15 indica que las instituciones financieras, en los contratos de adhesión de créditos garantizados a la vivienda, además de lo dispuesto en las secciones I y III, del presente capítulo, deben incluir cláusulas relativas a:

LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN FINANCIEROS Y LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS...

- I. El monto o capital del préstamo, crédito o financiamiento y, forma de entrega;
- II. La cuantía de los seguros inherentes a la operación durante la vigencia del crédito;
- III. La forma en que se amortizará el adeudo, señalando, en su caso, el número, periodicidad y cuantía de los pagos, y
- IV. Hacer referencia a la subrogación de acreedor o deudor, siempre y cuando se cumpla con los requisitos establecidos por la Ley de Transparencia y de Fomento a la Competencia en el Crédito Garantizado.

Por otro lado, el artículo 16 establece:

Las instituciones financieras deben poner a disposición del usuario que lo solicite, para su consulta, un ejemplar del contrato de adhesión con anterioridad a la celebración del mismo. En los créditos en que el contrato de adhesión se eleve a escritura pública, la carátula debe integrarse al respectivo instrumento público como apéndice.

El artículo 17 refiere que para modificar los contratos de adhesión, las instituciones financieras deben dar aviso a los usuarios, con 30 días naturales de anticipación, a través del estado de cuenta o de cualquier medio cierto pactado en dichos contratos. En el caso de que exista más de un producto o servicio ofertado en conjunto en beneficio del usuario relacionado entre sí, deben notificar de todos los cambios que sufran los productos o servicios pertenecientes al mismo. Tratándose de modificaciones a los contratos de adhesión relativos a créditos garantizados a la vivienda y créditos con plazo fijo de vencimiento, las instituciones financieras deben contar con el consentimiento expreso del usuario y formalizarlas conforme a las disposiciones legales aplicables.

Los avisos de modificaciones al contrato de adhesión, deben indicar, por lo menos:

- I. Denominación social y logotipo de las instituciones financieras;
- II. Nombre del producto o servicio;
- III. Domicilio y teléfono de contacto de las instituciones financieras, así como domicilio, teléfono y correo electrónico de la UNE;

XAVIER GINEBRA SERRABOU

IV. Resumen de todas las modificaciones realizadas;

V. Fecha a partir de la cual entran en vigor, y

V. Derecho del usuario para dar por terminado el contrato de adhesión. El usuario puede solicitar la terminación del contrato de adhesión dentro de los treinta días posteriores al aviso sin responsabilidad alguna a su cargo, y bajo las condiciones pactadas originalmente, debiendo cubrir, en su caso, los adeudos que se generen hasta el término de la operación o el servicio, sin que la institución financiera pueda cobrarle penalización alguna por dicha causa.

El artículo 18 complementa al anterior:

En adición a lo establecido en el primer párrafo del artículo 17 de las presentes disposiciones, tratándose de modificaciones a contratos de adhesión que utilicen como medio de disposición una tarjeta de débito o una de crédito, las instituciones financieras podrán notificar a sus usuarios a través de su red de cajeros automáticos. Para el caso de banca móvil, las instituciones financieras deberán enviar al usuario vía mensajes de texto SMS o al correo electrónico señalado por éste, el aviso mediante el cual se notifique de la modificación al contrato de adhesión.

El artículo 19 indica que para cualquier modificación a las comisiones, las instituciones financieras, además de sujetarse a lo previsto en el artículo 7o. de la Ley para la Transparencia, deben observar lo siguiente:

I. No pueden cobrar cantidad adicional, en caso de que el usuario solicite la terminación del contrato de adhesión, con excepción de los adeudos que ya se hubieren generado a la fecha en que el usuario solicite darlo por terminado, y

II. Tratándose de contratos de adhesión que documenten créditos con plazo fijo de vencimiento, así como de créditos garantizados a la vivienda, no se pueden establecer nuevas comisiones, incrementar su monto, ni modificar las tasas de interés salvo en el caso de restructuración previo consentimiento expreso del usuario.

Por otra parte, el artículo 20 señala que los usuarios pueden solicitar por escrito, en cualquier sucursal u oficina de las instituciones financieras, a través de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología, previamente pactados por las partes, la terminación anticipada de los contratos de adhesión, asimismo las instituciones financieras podrán utilizar un mecanismo de verificación de identidad. Las instituciones financieras deben proporcionar al usuario acuse de recibo y clave de confirmación o número de folio, así como cerciorarse de la autenticidad y veracidad de la identidad del usuario que formule la solicitud de terminación respectiva, confirmando sus datos personalmente, por vía telefónica, o cualquier otro medio pactado.

Una vez realizado lo anterior, las instituciones financieras deben:

I. Cancelar los medios de disposición vinculados al contrato de adhesión en la fecha de presentación de la solicitud. El usuario deberá hacer entrega de éstos o manifestar por escrito y bajo protesta de decir verdad, que fueron destruidos o que no cuenta con ellos, por lo que no podrá hacer disposición alguna de dichos medios a partir de esa fecha;

II. Rechazar cualquier disposición que pretenda efectuarse con posterioridad a la cancelación de los medios de disposición. En consecuencia, no se podrán hacer cargos adicionales a partir del momento en que se realice la cancelación, excepto los ya generados pero no reflejados;

III. Cancelar, sin su responsabilidad, el cobro de algún producto o servicio asociado, así como de los servicios de domiciliación en la fecha de la solicitud de terminación, con independencia de quién conserve la autorización de los cargos correspondientes;

IV. Abstenerse de condicionar la terminación del contrato de adhesión a cualquier otro acto no previsto en el contrato respectivo;

V. Abstenerse de cobrar al usuario comisión o penalización por la terminación del contrato, excepto por aquellas comisiones pactadas relativas al pago anticipado de créditos, y

VI. Tratándose de la contratación de un producto o servicio adicional y necesariamente vinculado al principal, es decir, que no pueda subsistir sin éste, en el momento en que se dé por terminado el contrato principal, deberán también darse por terminados los productos o servicios adicionales. Asimismo, en el caso de que exista más de un producto

XAVIER GINEBRA SERRABOU

o servicio relacionado entre sí, ofertado en conjunto en beneficio del usuario, en caso de que puedan subsistir de forma independiente, al momento de cancelar alguno se podrán modificar las condiciones de los que subsistan, informando de esta situación al usuario.

De otra parte, el artículo 21 menciona que las instituciones financieras, en la terminación de contratos de adhesión que documenten operaciones de crédito, préstamo o financiamiento, deben:

I. Dar por terminado el contrato de adhesión a más tardar el día hábil siguiente a aquel en que reciban la solicitud si no existen adeudos. De lo contrario, la institución financiera comunicará al usuario, a más tardar el día hábil siguiente al de la recepción de la solicitud, el importe de los adeudos y dentro de los cinco días hábiles siguientes al de la recepción de la solicitud pondrá a su disposición dicho dato a determinada fecha, en la sucursal elegida por el usuario, y una vez liquidados los adeudos se dará por terminado el contrato de adhesión;

II. Entregar el saldo a favor, en su caso, en la fecha en que se dé por terminada la operación o al no haber acudido el usuario a la sucursal u oficina de la institución financiera, informarle que se encuentra a su disposición y determinar la forma como le puede ser devuelto;

III. Entregar o mantener a disposición del usuario, el estado de cuenta o documento en el que conste el fin de la relación contractual y la inexistencia de adeudos derivados exclusivamente de dicha relación, dentro de diez días hábiles a partir de que se hubiera realizado el pago de los adeudos o en la siguiente fecha de corte, y

IV. Reportar a las sociedades de información crediticia que la cuenta está cerrada sin adeudo alguno dentro del plazo que para tales efectos señala la Ley para Regular las Sociedades de Información Crediticia. En caso de que el usuario no solicite a la institución financiera la terminación anticipada del contrato y realice el pago de la totalidad del crédito otorgado, así como de los accesorios generados, la institución financiera deberá informar al usuario la terminación del contrato, o bien, entregar el estado de cuenta siguiente a la fecha de pago sin adeudo alguno, salvo en las operaciones previstas en las fracciones I y II del artículo 3o. de las presentes disposiciones.

El artículo 22 de las disposiciones obligatorias dice que en los contratos de adhesión que documenten créditos al consumo distintos a operaciones de arrendamiento financiero, las instituciones financieras deben bloquear la línea correspondiente y, en su caso, el medio de disposición, a partir del mismo día en el que debe en el que conste el mecanismo de verificación de identidad utilizado.

Las operaciones de depósito de dinero a la vista se darán por terminadas en la fecha en que el usuario lo solicite, siempre y cuando se cubran los adeudos y comisiones cargados a esa fecha, de acuerdo con lo establecido en el contrato de adhesión y se retire el saldo que reporte la institución de crédito en ese momento. Una vez realizado el retiro del saldo, las instituciones financieras deben proporcionar al usuario acuse de recibo o clave de confirmación de cancelación renunciando ambos a sus derechos de cobro residuales, que pudieran subsistir después del momento de la cancelación. El usuario podrá solicitar la terminación de operaciones pasivas, por conducto de otra institución financiera que se denominará receptora, la cual en caso de resultar procedente debe abrir una cuenta a nombre del usuario y comunicar a la institución financiera transferente su compromiso sobre la veracidad y legitimidad de la instrucción de transferencia por parte del cliente, a fin de que se transfieran los recursos a la institución financiera receptora, incluyendo los accesorios generados a la fecha de entrega de los recursos, quien llevará a cabo los trámites respectivos, bajo su responsabilidad y sin cobro de comisión alguna por tales gestiones, a más tardar al tercer día hábil siguiente a aquel en que se reciba la solicitud respectiva. La operación se dará por terminada una vez que los recursos estén en la cuenta que al efecto abra la institución de crédito receptora. Tratándose de operaciones a plazo, la cancelación surtirá efectos a su vencimiento.

La institución financiera receptora, cuando ofrezca estos servicios, debe recibir por escrito en sus sucursales, las solicitudes de terminación de operaciones pasivas que los usuarios deseen realizar con otras instituciones financieras. Los documentos originales en los que conste la manifestación de la voluntad del usuario para dar por terminada la relación contractual con la institución financiera transferente, deben ser conservados por la institución financiera receptora como eviden-

XAVIER GINEBRA SERRABOU

cia en su expediente, en el que conste el mecanismo de verificación de identidad utilizado. Una vez abierta la nueva cuenta y realizada la transferencia de los recursos, la institución financiera receptora debe entregar al usuario el contrato de adhesión, carátula y estado de cuenta en los términos establecidos en las presentes disposiciones. En caso de que el titular de la operación no reconozca dicha terminación o la transferencia de recursos efectuada, la institución financiera receptora debe entregar los recursos con sus respectivos accesorios a la institución financiera transferente, dentro de un plazo máximo de tres días hábiles (artículo 24). Proceso muy complejo para los usuarios.

De acuerdo con el artículo 25, en la terminación de operaciones activas o pasivas que el usuario solicite por conducto de la institución financiera receptora, en términos de lo previsto en los artículos anteriores, ésta deberá sujetarse a lo siguiente:

I. Contar con manuales que garanticen la seguridad, responsabilidad y eficiencia en el proceso de la terminación de operaciones;

II. En los expedientes derivados de la terminación de operaciones activas y pasivas debe señalarse el nombre y firma del funcionario responsable;

III. En el caso de operaciones pasivas, realizar en el mismo acto en el que se reciban los recursos, el inicio de operaciones;

IV. En el caso de operaciones pasivas será necesario contar con la autorización de los titulares o cotitulares en su caso;

V. Contar con la aprobación del crédito correspondiente, respecto de operaciones activas, cuyo importe debe ser suficiente para liquidar el saldo deudor a la fecha determinada, de acuerdo al último estado de cuenta o constancia que proporcione el usuario, y se considerará dispuesto el crédito en el momento en que se realice el pago a la institución financiera transferente;

VI. Abstenerse de ofrecer, otorgar o ceder contraprestación alguna directa o indirectamente, a las empresas, sindicatos o personas que puedan ejercer influencia sobre otros usuarios, con el propósito de promover la terminación de operaciones de manera colectiva;

VII. En el movimiento de recursos entre transferente y receptor, la operación de cargo en una institución y abono en la otra deberá realizarse con la misma fecha valor, y

VIII. Cubrir el pago de los daños y perjuicios ocasionados al usuario, así como las sanciones que resulten aplicables, en caso de que no pueda comprobar la autorización respectiva del usuario.

De manera similar, el artículo 26 menciona que en la terminación de operaciones activas o pasivas que el usuario solicite por conducto de la institución financiera receptora, la institución financiera transferente deberá:

I. Requerir al usuario confirmación de haber solicitado a la institución financiera receptora el servicio de cancelación y transferencia de recursos a través de los datos de localización que tenga convenidos con la institución financiera transferente;

II. Dar a conocer a la institución financiera receptora, la información respecto al saldo y aquella que resulte necesaria para la terminación de la operación solicitada por el usuario;

III. En el caso de operaciones pasivas, previa confirmación prevista en la fracción I, transferir los recursos objeto de la operación de que se trate a la cuenta que sea indicada por la institución financiera receptora, a más tardar al tercer día hábil bancario contado a partir de la recepción de la solicitud;

IV. Una vez realizado el retiro del saldo, la institución financiera transferente deberá renunciar a sus derechos de cobro residuales, que pudieran subsistir después del momento de la cancelación. A partir de la transferencia de los recursos, se extinguen los derechos y obligaciones de los contratos cancelados, y

V. En el movimiento de recursos entre transferente y receptor, la operación de cargo en una institución y abono en la otra deberá realizarse con la misma fecha valor.

De conformidad con el artículo 27, las instituciones financieras deben inscribir en el Registro de Contratos de Adhesión (RECA), previo a su utilización, todos los modelos de contratos de adhesión, incluyendo sus anexos. Es obligación de las instituciones financieras que los modelos de contratos de adhesión y los anexos correspondientes que inscriban en el RECA, tengan buena calidad de imagen y estén completos.

XAVIER GINEBRA SERRABOU

Como un mecanismo de control, pero sin sanción (o con ésta muy baja), en el artículo 28 las instituciones financieras deben remitir a la Condusef para su autorización y previo a su inscripción, los modelos de contratos de adhesión de los siguientes productos:

- I. Créditos asociados a una tarjeta de crédito básica;
- II. Contratos de depósito a la vista denominados producto básico de nómina y básico para el público en general;
- III. Contratos de depósito a la vista que tienen como único origen del depósito el pago de salarios, pensiones y demás prestaciones laborales en forma periódica, y
- IV. Contratos de crédito que hayan sido autorizados principalmente con base en el salario del trabajador, o que en su nombre, definición o publicidad utilicen la palabra nómina o salario.

La Condusef debe resolver la solicitud de autorización dentro del plazo de 30 días naturales. De no recibir las instituciones financieras ninguna observación dentro de dicho plazo, el contrato de adhesión y sus respectivos anexos se tendrán por autorizados y podrán registrarlos en el RECA. No se requiere nueva autorización para modificar los contratos de adhesión, cuando se otorguen beneficios a los usuarios o sea para adecuarlos a nuevas disposiciones. En este caso se debe enviar evidencia a la Condusef, cuando ésta así lo requiera, de que se llevó a cabo el procedimiento de modificación de los contratos que tengan con los usuarios. Cualquier otra modificación a los contratos de adhesión requerirá de la previa autorización de la Condusef.

7. Medios para defenderse frente a cláusulas abusivas

En la tesis 1ª XCIX/2015 (10ª), del *Semanario Judicial de la Federación* se establece dicho mecanismo en el área de consumo de productos, si bien en la materia financiera hay otros mecanismos adicionales:

PROCURADURÍA FEDERAL DEL CONSUMIDOR. ESTÁ FACULTADA PARA SOLICITAR LA DECLARACIÓN JUDICIAL DE NULIDAD DE CLÁUSULAS DE CONTRATOS DE ADHESIÓN

QUE SE OPONGAN A LO PREVISTO EN LA LEY FEDERAL DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR. De los artículos 86 quáter y 87, párrafo 2o., de la Ley Federal de Protección al Consumidor, deriva que cualquier diferencia entre el texto del contrato de adhesión registrado ante la Procuraduría Federal del Consumidor y el utilizado en perjuicio de los consumidores, se tendrá por no puesta, y que los contratos que deban registrarse y no se registren, así como aquellos cuyo registro sea negado por la Procuraduría, no producirán efectos contra el consumidor. Sin embargo, *en tanto no exista una declaración judicial que determine que las cláusulas de un contrato de adhesión son inválidas por contravenir las disposiciones de la citada ley, que son de orden público e irrenunciables, los consumidores podrán enfrentarse con problemas al tratar de hacer efectivo su derecho de reparación.* Por ello, dentro de las facultades conferidas a la Procuraduría Federal del Consumidor, específicamente en el artículo 24, fracción II, del citado ordenamiento, está la de solicitar la declaración judicial de nulidad de las cláusulas de un contrato de adhesión que contienen disposiciones contrarias a la Ley Federal de Protección al Consumidor.

En materia de servicios financieros, la posibilidad de que el usuario, en un periodo de diez días hábiles posteriores a la firma de un contrato de adhesión, con excepción de los créditos con garantía hipotecaria, lo cancele sin responsabilidad para el mismo, en cuyo caso, las instituciones financieras no podrán cobrar comisión alguna, siempre y cuando el usuario no haya utilizado u operado los productos o servicios financieros contratados o dispuesto del crédito otorgado, conforme a lo dispuesto en el artículo 11 bis 1 de la Ley para la Transparencia.

Otro mecanismo es recurrir al arbitraje frente a instituciones financieras por la controversia sobre la validez de la cláusula abusiva, pero se necesita autorización de la institución financiera. Ha habido muy pocos casos y la Condusef de momento no ha mostrado gran experiencia al respecto.⁶

⁶ Véase Ginebra Serrabou, Xavier, *Contratación bancaria y derechos de los usuarios*, México, Cárdenas Editor y Distribuidor, 2005, p. 192.

XAVIER GINEBRA SERRABOU

8. Conclusiones

México cuenta con un sistema de protección de los consumidores a través de la LFPC y la Procuraduría Federal de Protección al Consumidor, así como de la Ley de Ordenamiento y Transparencia de los Servicios Financieros para el caso de usuarios de servicios financieros, junto con la Condusef, su órgano protector. Cuenta además, con un capítulo en la LFPC y muchos artículos en las disposiciones emitidas por la Condusef en el ámbito de su competencia relativas a los contratos de adhesión y a la posible existencia de cláusulas abusivas hacia el usuario. Sin embargo, como vimos a lo largo del presente trabajo, dichas normas son en gran medida insuficientes porque: i) se limitan a establecer condiciones formales que deben cumplir las entidades financieras, y ii) las sanciones que puede imponer la Condusef son insuficientes para servir como desincentivo para la realización de este tipo de prácticas. Por último, el usuario no cuenta con muchos y sobre todo eficaces mecanismos procesales cuando es víctima de alguna cláusula abusiva en el contrato que documenta una operación financiera.

El enfoque metodológico de la invalidez de las cláusulas abusivas se extiende al régimen de ineficacia de los controles establecidos. En consonancia con la pluralidad de perspectivas de análisis que encierra la complejidad del fenómeno tampoco cabe en esta sede inducir un postulado dogmático al respecto. Más bien, su debate sigue abierto y parece incidir en la moderna orientación doctrinal de replantear la rígida categoría de la ineficacia contractual hacia interpretaciones más flexibles y ajustadas a la realidad del tráfico jurídico, en donde se aprecia, cada vez con mayor frecuencia, la tendencia a particularizar los regímenes dispuestos en aras a lo que se suele denominar con un cierto eufemismo, nuevos supuestos de ineficacias especiales.⁷

Revista de Derecho Privado, Cuarta Época,
año V, núm. 9, enero-junio 2016

⁷ Orduña Moreno, Francisco Javier y Tomillo Urbina, Jorge, *Contratación bancaria: doctrina, jurisprudencia y formularios*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2001, t. I, pp. 101 y 102.