

# **Breves consideraciones en torno a los contratos por adhesión, las condiciones generales de contratación y las cláusulas abusivas**

**Patricio Oyaneder Davies**

Ex Profesor Ayudante de Derecho Penal I  
y Derecho Penal Económico  
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CHILE

## **1. Autonomía de la voluntad y contrato**

La autonomía de la voluntad de los particulares en la determinación de su interés ha sido la piedra angular del sistema de derecho privado a partir de las conquistas producidas tras la Revolución Francesa. A partir de ese momento el individuo pasó a ser considerado plenamente libre para escoger la forma y términos en que se obligaría para satisfacer sus necesidades. Se hablaba, entonces, de una libre e igualitaria discusión de los términos en que se produciría el vínculo jurídico cuya fuente sería el contrato que lo sustentara y le diera el amparo del derecho. Si bien estas ideas fueron efectivamente plasmadas en las legislaciones surgidas al alero de los postulados de la revolución francesa, no puede dejar de establecerse que ello no ha sido, siquiera desde sus inicios, más que una mera aspiración, pues, en la realidad, ello fue y será plenamente imposible dada la diferencia de poder que ostentan en la práctica cada una de las partes que intervienen en la formación del contrato. Habrá, por tanto, siempre una parte más “fuerte” y una más “débil”; y aquella estará en condiciones de imponer sus términos, generalmente por la necesidad de contratar en que se encuentra la más débil (v. gr. crédito de consumo, compra de un bien al que siempre ha aspirado, necesidad de obtener una determinada prestación en situación de emergencia, etc.). El contrato, en consecuencia, si bien ha cumplido –y seguirá haciéndolo por cierto– un rol fundamental como instrumento que posibilita el intercambio de bienes y servicios amparado por el derecho, ha llegado a un estadio en el que los postulados que lo fundaron –tal como hemos venido entendiéndolos– han entrado en una “crisis” que proviene del develamiento de la inoperabilidad fáctica de dichos principios.

A develar este mito han contribuido indudablemente las profundas transformaciones socioeconómicas que tuvieron lugar en los albores del siglo XIX y la expansión de la actividad industrial, al amparo de la cual se formaron los grandes conglomerados de empresas que, para hacer frente a requerimientos que la celeridad en el intercambio de bienes y servicios demandó, comenzaron a forjar lo que actualmente se ha venido en denominar contratación en masa. En ella se prescinde en absoluto de las tratativas previas a la celebración del contrato que regirá los intereses de las partes, por resultar inoficioso para la empresa, la que se sitúa en una posición en que ofrece sus bienes o servicios en las mismas condiciones a unos mismos grupos de clientes. De modo que el oferente (empresario por regla general) ya no vislumbra la necesidad de recurrir a la negociación de los contratos que implican "prestaciones tipo", con lo cual se optimizan sus recursos evitando pérdidas de tiempo estériles al desterrar del *iter constitutivo* del contrato el estadio en el que tenían lugar las tratativas.

Lo apuntado ha significado un real avance al destrabar el forjamiento de las relaciones jurídicas tipo a que nos venimos refiriendo; empero, cabe advertir, que esta técnica de contratación, como todo, puede ser bien utilizada o no. Esto último tiene lugar cuando el más "fuerte" (predisponente diremos en adelante) abusa de su posición para imponer cláusulas vejatorias (o abusivas) al más débil. La práctica ha demostrado que esto es de usual ocurrencia, pues, por regla general, uno de los contratantes se encuentra en la necesidad de procurarse dicho bien o servicio al coste que sea.

Adicionalmente, como se habrá advertido, la forma en que se manifiesta el consentimiento en estos contratos, dado el modo en que ellos son perfeccionados, se opera por la mera adhesión de quien precisa de un bien o servicio; de modo que esta parte del acuerdo no tiene posibilidad de discutir los términos del contrato, lo que es una lógica consecuencia de lo expuesto.

No es extraño, entonces, que en un sistema de derecho privado de inspiración francesa se sostenga que una de las máximas expresiones de la autonomía de la voluntad radica en la libre discusión de las cláusulas que conformarán el marco jurídico de acuerdo al cual habrán de desenvolverse los contratantes una vez prestado su consentimiento para obligarse. No se ha reparado, empero, en que la realidad ha dado por superada esta forma de regulación de los propios intereses y ha cedido ante la imperiosa necesidad de "optimizar" la celeridad del tráfico mercantil a través de la celebración de contratos en los que una de las partes es la que ha prerredactado el contrato y la otra se circunscribe a aceptarlo o no.

## 2. Contratos por adhesión

A modo de introducción a este tópico es de provecho recordar lo apuntado por Saleilles acerca de los contratos por adhesión, quien expresaba que en pleno auge de la revolución industrial y contratación en masa: "Indudablemente hay contratos y contratos. Existen unos pretendidos contratos que no tienen de tales más que el nombre, y cuya construcción jurídica aún está por hacer (...); se les podría llamar, a falta de otra denominación más adecuada, contratos de adhesión, en los cuales se da un predominio exclusivo de la voluntad de una de las partes contratantes, actuante como voluntad unilateral, la cual dicta su ley no ya sólo a un individuo, sino a una colectividad indeterminada, y que se vincula por anticipado, unilateralmente, salvo la adhesión de quienes deseen aceptar su *lex contractus* y entrar a formar parte de ese acuerdo ya creado por él mismo".<sup>1</sup>

En nuestro ordenamiento jurídico los contratos de adhesión se encuentran regulados en la Ley de Protección al Consumidor, Ley N° 19.496, publicada en el Diario Oficial de 7 de marzo de 1997. El N° 6 del artículo 1° de la citada ley define el "Contrato de adhesión" como *aquel cuyas cláusulas han sido propuestas unilateralmente por el proveedor sin que el consumidor, para celebrarlo, pueda alterar su contenido.*

Antes de entrar de lleno en esta materia resulta imprescindible hacer una precisión conceptual. Como se habrá advertido, nuestro legislador se refiere a los "contratos de adhesión", lo que francamente es un desacierto. En efecto, hablar de contrato de adhesión conduce al equívoco de entender que estamos en presencia de un tipo contractual especial (de contenido propio), siendo que lo que se opera en el contrato por adhesión es que en él la aceptación se manifiesta de dicha forma, es decir, por adhesión. En consecuencia, en el contrato por adhesión, como bien ha puntualizado Videla Escalada, "sólo se encuentra en juego, y asume características especiales, uno de los elementos esenciales del contrato: el consentimiento".<sup>2</sup> Es por ello que cualquiera de las figuras contractuales, sea ésta típica o no, es susceptible de ser celebrada de esta manera (v. gr. contrato de compraventa, arrendamiento, comodato, seguro, leasing, garaje, etc.). Hay, entonces, en estos casos una manifestación de voluntad libremente expresada, pues –obviamente– la obligación de contratar no existe; cuestión que es distinta de la falta de discusión del contrato. En

<sup>1</sup> Citado por García Amigo, Manuel, *Tratado de las Obligaciones y Contratos*, Ed. Mc Graw Gill, Buenos Aires, 1995, pág. 211.

<sup>2</sup> Videla Escalada, "Contratos por Adhesión", en *Estudios de Derecho Civil en Homenaje a Héctor Lafaille*, Buenos Aires, 1968, pág. 718.

suma, estamos ante otra forma más de manifestar la voluntad que se agrega a las ya previstas en el resto del plexo jurídico. Por lo mismo, insistimos, se trata de un contrato celebrado por adhesión y no de adhesión.

Ahora bien, las consecuencias que de ordinario pueden derivarse de la presencia en la formación del contrato de esta “peculiar” modalidad de manifestación de la voluntad, más precisamente de la aceptación de la oferta, han llevado al legislador a otorgarle una tutela especial, imponiendo resguardos adicionales a los que existen en los contratos que –teóricamente las más de las veces– se celebran tras un proceso de “libre discusión” (contratos discrecionales o paritarios, como algún sector de la doctrina prefiere llamarlos). Y ello es lógico que así sea, pues de un lado se posibilita que el intercambio de bienes y servicios se efectúe con la celeridad que impone el correcto funcionamiento de los mercados y, de otro, se protege a la parte más débil de los abusos de que puede ser objeto al contratar de esta forma. Se suma a ello, para nosotros, otra razón también de índole práctica que amerita la señalada protección al contratante más débil, ya que si bien una libre discusión de los contratos hace presumir una igualdad de condiciones de las partes en la determinación de sus intereses, no es menos cierto que no existe una efectiva posibilidad de que el contratante más débil cuente con los mismos conocimientos y recursos que el más fuerte de la relación jurídica proyectada, quien, de ordinario, está constantemente asistido por equipos multidisciplinarios de profesionales versados en las materias involucradas en la operación propuesta. De donde no es artificioso colegir que siempre existirá el riesgo de que el contrato, celebrado por adhesión o no, lo deje sometido a *condiciones vejatorias*, ya sea abierta o encubiertamente. Por lo mismo, nos parece adecuado que el peso de ceñirse al respeto de los derechos de la contraparte ha de estar a cargo de quien cuente con mayores medios y conocimientos, vale decir, de quien sea presumible que está en mejores condiciones de velar por el acatamiento al orden jurídico y, por lo mismo, de dictar una ley particular de conformidad a él.

En suma, como apuntan los profesores argentinos Jorge Garrido y Roque Zago, lo determinante en los contratos por adhesión “es la falta de libre debate entre las partes para la celebración del contrato”,<sup>3</sup> de modo que el rol del aceptante en la formación del contrato queda limitado a aceptarlo o no tal como se le propone, sin posibilidad de discutir su contenido (*take or leave it*, o sea, tómelo o déjelo). Esta es, precisamente, la idea que receptó el Código Civil peruano de 1984, cuyo artículo 1390 dispone que

---

<sup>3</sup> Garrido, Jorge, y Zago, Roque, *Contratos Civiles y Comerciales*, Ed. Universidad, Buenos Aires, 1998, pág. 133.

el contrato es celebrado por adhesión “cuando una de las partes, colocada en la alternativa de aceptar o rechazar íntegramente las estipulaciones fijadas por la otra parte, declara su voluntad de aceptar”.

El Anteproyecto de Código Unificado Argentino (Civil y Comercial) de 1998, emanado de la Comisión creada por Decreto 685/95, integrada por los Dres. Héctor Alegría, Atilio Aníbal Alterini, Jorge Horacio Alterini, María Josefa Méndez Costa, Julio César Rivera y Horacio Roitman, contempla de modo más íntegro los tópicos involucrados en la llamada contratación moderna al incluir las siguientes definiciones en su artículo 899: “Se denomina a) *Contrato*, al acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales. b) *Contrato discrecional*, a aquel cuyas estipulaciones han sido determinadas de común acuerdo por todas las partes. c) *Contrato predispuesto*, a aquel cuyas estipulaciones han sido determinadas unilateralmente por alguna de las partes; y *cláusula predispuesta*, a la cláusula del contrato en iguales circunstancias. d) *Condiciones generales*, a las cláusulas predispuestas por alguna de las partes, con alcance general y para ser utilizadas en futuros contratos particulares, sea que estén incluidas en el instrumento del contrato, o en otro separado. e) *Contrato celebrado por adhesión*, al contrato predispuesto en que la parte no predisponente ha estado precisada a declarar su aceptación”. Los artículos 890 y siguientes del proyecto acotan los alcances de estas definiciones.

Nos parece atinada la distinción que hace el proyecto argentino entre prerredacción, condiciones generales de contratación y la celebración de contratos por adhesión, pues como bien puntualiza sobre el particular el profesor Atilio Alterini: “No deben ser confundidas la *prerredacción* y la sujeción a *condiciones generales de contratación* con la *celebración por adhesión*: en el contrato tipo hay un plan o programa de contratación masiva, en tanto la adhesión es un modo de aceptar la propuesta; aquello es objetivo, y esto subjetivo”.<sup>4</sup>

Por último, hemos de hacer hincapié en que nuestro ordenamiento jurídico vigente no contempla una regulación de aplicación general respecto de los contratos celebrados por adhesión, pues, como ha quedado dicho, sólo en lo que a los contratos así concluidos relativos a las relaciones de consumo se encuentra tratado este trascendente tópico.

<sup>4</sup> Alterini, Atilio, Ameal, Oscar y Lopez Cabana, Roberto, *Derecho de Obligaciones, Civiles y Comerciales*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2001, pág. 686.

### **3. Contratos predispuestos y condiciones generales de contratación.**

La utilización de las condiciones generales de contratación no es un fenómeno nuevo o propio de nuestro tiempo, pues, como bien ha puntualizado Atilio Alterini: "Seguramente, en los contratos de empresa, las condiciones generales y las cláusulas abusivas tuvieron su primera expresión en las pólizas de seguros, que fueron usadas por lo menos desde el siglo XVI".<sup>5</sup> A partir de allí, claro está, su uso se extendió a una inimaginable cantidad de operaciones, que en la actualidad comprenden la contratación de transporte terrestre, marítimo y aéreo, la contratación bancaria, las compraventas en masa, los contratos de suministro de servicios básicos (luz, agua, telecomunicaciones), los contratos de hospedaje y de turismo, los contratos de depósito en almacenes generales, los contratos de publicidad y de espectáculos públicos, entre otros muchos.

Resulta de sumo interés para ilustrar lo que venimos explicando lo apuntado por el catedrático español Manuel García Amigo, quien destaca que la utilización de las condiciones generales de los contratos "realmente tiene sentido cuando una empresa realiza servicios o produce bienes de una manera sistemática y regular para el gran público, para una clientela indeterminada y actuando un tráfico en gran escala. Es evidente que el nacimiento de las condiciones generales de los contratos se debe a las exigencias que la moderna economía demanda a la dogmática del contrato, como vehículo jurídico utilizado para el intercambio de los bienes en una economía basada en la división del trabajo: ellas representan un paso más en la evolución técnica de dicho instrumento jurídico y corresponden a las necesidades económicas y sociales de nuestra época, de la que representan un medio técnico-jurídico inseparable (...). En resumen, la utilización de condiciones generales representa la racionalización de la técnica contractual, como manifestación concreta del proceso racionalizador de la total actividad de la empresa".<sup>6</sup>

En el ámbito legislativo cabe destacar lo preceptuado en el Código Civil italiano de 1942, cuyos artículos 1341 y 1342 establecían que las condiciones generales son válidas si al momento de la conclusión del contrato eran conocidas o podían serlo con diligencia ordinaria, exigiéndose su expresa aprobación de diversas cláusulas, como por ejemplo de las que establecen a favor de quien las ha predispuesto limitaciones de respon-

<sup>5</sup> Alterini, Atilio, *Contratos Civiles, Comerciales y de Consumo*, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998.

<sup>6</sup> García Amigo, Manuel, *Condiciones Generales de los Contratos*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969, pág. 13.

sabilidad, facultades de rescindir el contrato o bien sancionan a cargo del otro contratante plazos de caducidad o de suspender el ejercicio del contrato, limitaciones a la facultad de oponer excepciones, restricciones a la libertad contractual en las relaciones con terceros, prórroga tácita o renovación del contrato, cláusulas compromisorias o derogaciones de la competencia de la autoridad judicial.<sup>7</sup> Esta normativa, meritoria en su época por cierto, no ataca el fondo del asunto, pues, en definitiva, permite la existencia de dichas cláusulas a condición de que hayan sido conocidas y aceptadas por la parte más débil, cuestión que, como sabemos, de ordinario ocurrirá por las razones expuestas *supra*. En consecuencia, no se ataca efectivamente la existencia de estas disposiciones, sino la forma en que ellas pueden insertarse en el contrato que dará origen a la relación jurídica obligacional particular para que sean válidas. Por ello, lleva la razón González cuando advierte que con ello se obtiene una suerte de “sadismo jurídico”, en el sentido de que la víctima sólo obtendrá una mayor y mejor información de los abusos de que será objeto.<sup>8</sup>

En atención a lo dispuesto en el artículo 1º de la ley alemana de Condiciones Generales de Contratación, de 1º abril 1977, y en el artículo 1392 del Código Civil peruano, podemos afirmar con Alterini que las condiciones generales son las cláusulas predispuestas por alguna de las partes, con alcance general y para ser utilizadas en futuros contratos particulares, sea que estén incluidas en el instrumento del contrato, o en otro separado. La citada disposición del Código Civil de Perú define las condiciones generales como “aquellas redactadas previa y unilateralmente por una persona o entidad, en forma general y abstracta, con el objeto de fijar el contenido normativo de una serie indefinida de futuros contratos particulares, con elementos propios de ellos”.

Otra interesante definición de las condiciones generales de contratación la encontramos en la Ley de Condiciones Generales de España, Ley 7/1998, cuyo artículo 1º es del siguiente tenor: “Son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos”.

<sup>7</sup> Cabe hacer presente que la citada normativa italiana ha sido modificada para adecuarla a las disposiciones de la directiva 93-13 de la Unión Europea.

<sup>8</sup> Citado por Mosset Iturraspe, Jorge y Lorenzetti, Ricardo, en *Defensa del Consumidor*, Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1993, pág. 199.

Por lo tanto, lo que se predispone, o sea, lo que se dispone anticipadamente es el contenido del contrato, constituido por cláusulas predispuestas o condiciones generales.<sup>9</sup>

A la luz de cuanto llevamos dicho, cabe advertir, antes de cerrar este apartado, que no se debe confundir una forma de confección del contrato (prerredacción) con una forma en que éste puede perfeccionarse (adhesión).

Lo preocupante es cuando el predisponente hace abuso de su posición dominante o monopolística para imponer al adherente cláusulas abiertamente contrarias a la moral, las buenas costumbres o la buena fe, que generan una descompensación entre los derechos y obligaciones de las partes, como cuando se ponen del lado del adherente penalidades excesivas por retardo en el cumplimiento, y del lado del predisponente, en cambio, exoneraciones o limitaciones de responsabilidades cuyos hechos constitutivos rayan en el libre albedrío.

La misión del legislador ante la existencia de las condiciones predispuestas es dotar al orden jurídico de un arsenal jurídico que tutele los derechos de los más débiles a fin de evitar que su utilización se convierta en el medio para que el más fuerte ejerza en perjuicio de la otra parte su poder. Por ello, la doctrina actual está conteste en que en esta materia debe primar una interpretación tuitiva del más débil.

Lo importante, para nosotros, frente a esta irrefutable realidad del tráfico actual es encontrar la forma de asegurar la mantención de la equivalencia negocial e impedir el desequilibrio en desmedro del más débil, lo que para muchos se logra, entre otros medios, a través acentuación de la responsabilidad por daños. Para ello, como bien han puesto de manifiesto los profesores argentinos Atilio Alterini, Roberto López Cabana y Gabriel Stiglitz, "son necesarias precauciones legislativas, cuyo propósito no es afectar sino restaurar la libertad del lado donde es amenazada, en función de la tutela del débil jurídico, que nada tiene que ver con una supuesta "imbecilias del consumidor".<sup>10</sup> Todo ello, demás debiera estar decirlo, teniendo siempre en cuenta la celeridad que requiere el intercambio de bienes y servicios; por lo que ambos aspectos deben ser tutelados sin fortalecer uno en desmedro del otro, sino sólo a efectos de mantener los equilibrios.

<sup>9</sup> En igual sentido, Stiglitz, Rubén, y Stiglitz, Gabriel, "Control de las Cláusulas Predispuestas", en *Revista Jurídica La Ley*, 1987.

<sup>10</sup> Alterini, Atilio, López Cabana, Roberto, y Stiglitz, Gabriel, "La protección del Consumidor en el Marco de un Proyecto de Ley", en *Revista de La Ley*, tomo 1989-B, pág. 1002.



#### 4. Cláusulas abusivas

La Directiva 93-13 de la Unión Europea, de 5 de abril de 1993, relativa a los contratos de consumo, define las cláusulas abusivas como aquellas que no se han negociado individualmente, y con independencia de las exigencias de la buena fe causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato. A tal efecto, se considera que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en los casos de contratos por adhesión.

Cabe observar que lo abusivo no necesariamente va a surgir únicamente de lo estipulado en una cláusula en particular, sino que puede emerger encubiertamente del contexto del contrato, es decir, del conjunto de sus cláusulas.

Para hacer frente a este tipo de cláusulas, que no son exclusivas del ámbito del derecho del consumidor, el orden jurídico dispone de un conjunto de recaudos destinados a poner coto a los abusos que a su alero pretendan fraguarse. Así, en el Código Civil encontramos diversas normas que tienden a ese fin, como son las que impiden la condonación anticipada de dolo (y de la culpa grave, conforme lo sostienen doctrina y jurisprudencia dominantes), la prohibición de reducción convencional del plazo de prescripción, la cláusula penal enorme y la lesión enorme, entre otras. A ello naturalmente deben sumarse como criterios rectores la buena fe, la moral y las buenas costumbres, todos llamados a cumplir un rol fundamental en la materia en atención a su carácter de principios generales del derecho.

Por último, cabe advertir, como acertadamente lo hace Jorge Mosset Iturraspe, que "si bien es verdad que las cláusulas abusivas pueden darse aun en contratos celebrados 'por la discusión' o 'igualitarios', y que no siempre el acuerdo por la adhesión implica la presencia de cláusulas semejantes, la realidad comercial muestra que la vinculación es íntima o estrecha: el predisponente del contenido comercial, quien redacta las cláusulas, suele caer o incurrir en abusos o aprovechamientos".<sup>11</sup>

---

<sup>11</sup> Mosset Iturraspe, Jorge. "Las Cláusulas Abusivas en la Contratación (Informe del Derecho Argentino)", en *Revista de Derecho Comparado*, N° 1, Cláusulas Abusivas I, Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1999, pág. 38.

## **5. Contratos de consumo y cláusulas abusivas**

Conforme lo hasta acá expuesto, es dable sostener que el mayor campo de aplicación de los contratos predispuestos, de los contratos celebrados por adhesión y de las cláusulas abusivas tiene lugar en el ámbito de los contratos de consumo. Es, precisamente, en este punto en el que se mezclan con mayor fuerza todas las materias reseñadas. Por lo mismo, en la medida que el tratamiento de la materia nos lo ha permitido, hasta este punto sólo hemos hecho mención a la protección que el derecho confiere al adherente en cualquier clase de contrato que éste concluya de esa forma. Empero la cuestión no se agota allí, sino que por el contrario, entre nosotros, dicha protección surge de un modo especial a raíz de la celebración de los contratos de esa forma sólo a condición de que estemos frente a un contrato de consumo, conforme se dispone en el ya transcrito N° 6 del artículo 1º de la Ley N° 19.496 (Sobre Protección al Consumidor). Ello, insistimos, no quiere decir que dicha forma de perfeccionamiento de los contratos no sea aplicable fuera de las relaciones de consumo, mas si respecto de ellas no existe un marco jurídico específico.

Para ilustrar el estado actual de lo que se entiende por cláusulas abusivas, creemos de provecho hacer una breve remisión a lo que el derecho comparado y el nacional han entendido que son las mismas.

### **A. Cláusulas abusivas en la legislación paraguaya**

La Ley paraguaya N° 1334/98, sobre Protección al Consumidor y Usuario, se refiere en su artículo 28 a las cláusulas abusivas, entre las que menciona:

- a. Las que desnaturalicen las obligaciones o eliminen o restrinjan la responsabilidad por daños;
- b. Las que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte;
- c. Las que contengan cualquier precepto que imponga la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor;
- d. Las que impongan la utilización obligatoria del arbitraje;
- e. Las que permitan al proveedor la variación unilateral del precio o de otras condiciones de contrato;
- f. Las que violen o infrinjan normas medioambientales;

g. Las que impliquen renuncia del consumidor al derecho a ser resarcido o reembolsado de cualquier erogación que sea legalmente a cargo del proveedor; y

h. Las que impongan condiciones injustas de contratación, exageradamente gravosas para el consumidor o causen su indefensión.

## **B. Cláusulas abusivas en la legislación argentina**

La Ley argentina N° 24.240, en su Capítulo IX, titulado "De los Términos Abusivos y Cláusulas Ineficaces" (artículos 37 a 39), trata el tema en comentario. Particular interés reviste a los efectos de este apartado lo dispuesto en el artículo 37 de esta ley, que es del siguiente tenor: "Sin perjuicio de la validez del contrato, se tendrán por no convenidas:

- Las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones o limiten la responsabilidad por daños;
- Las cláusulas que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte; y
- Las cláusulas que contengan cualquier precepto que imponga la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor.

La interpretación del contrato se hará en el sentido más favorable para el consumidor. Cuando existan dudas sobre los alcances de su obligación, se estará a la que sea menos gravosa. En caso en que el oferente viole el deber de buena fe en la Etapa Previa a la conclusión del contrato o en su celebración o transgreda el deber de información o la legislación de defensa de la competencia o de lealtad comercial, el consumidor tendrá derecho a demandar la nulidad del contrato o la de una o más cláusulas.

Cuando el juez declare la nulidad parcial, simultáneamente integrará el contrato, si ello fuera necesario".

En comentario a la letra a) del artículo 37 de esta ley, que inspiró la antes transcrita letra a) del artículo 28 de la Ley paraguaya, el profesor Lorenzetti hace una interesante observación: "En este caso pueden haber dos situaciones principales. En el camino de acceso al bien o al servicio, el empresario suele imponer condiciones que desequilibran el resultado final. Por ejemplo, la prórroga de la competencia o la rescindibilidad unilateral sin contrapartida. No es la sola renuncia, sino el resultado al que ésta lleva lo que resulta abusivo". Agrega este autor que también hay otras renunciaciones que

se refieren a bienes extrapatrimoniales, en cuyo caso “el acto es ineficaz, porque el bien está protegido por normas extracontractuales e imperativas. No se trata entonces de que el consumidor no pueda renunciar a nada, sino que no pueden imponérsele renunciaciones en el camino de acceso al bien o servicio, o que afecten aspectos no patrimoniales o que desequilibren la justicia conmutativa del contrato”.<sup>12</sup>

Comentando el mismo precepto, Juan M. Farina considera que en él quedan comprendidos, entre otros, los siguientes supuestos: a) cuando el comerciante se reserva la facultad de desistir del contrato a su simple arbitrio; b) cuando el cumplimiento por parte de la empresa no está sujeto a plazo determinado; c) cuando el precio no está determinado; d) cuando falta la reciprocidad en el trato, lo que puede tener lugar cuando la resolución por incumplimiento aparece fácil para el empresario y extremadamente sujeta a trabas para el consumidor, tornándola –en definitiva– difícil o imposible de ejercer.<sup>13</sup>

En síntesis, como afirma Alterini, siguiendo a Lorenzetti y a Puig Brutau, la hipótesis de desnaturalización de las obligaciones “permite abarcar un extenso universo de situaciones, y que concierne al mantenimiento de la equivalencia de la relación negocial de cambio conforme a la totalidad de las circunstancias del caso. De alguna manera se relaciona con la noción de *causa final* (LORENZETTI), que en el derecho moderno sirve para saber en qué casos un contrato no será válido o eficaz (PUIG BRUTAU), y a la que el derecho argentino regula exigiéndole que satisfaga los recaudos de moralidad, licitud y congruencia”.<sup>14</sup>

### C. Las cláusulas abusivas en la legislación nacional

Actualmente se encuentra en tramitación en el Honorable Congreso Nacional un proyecto de ley destinado a introducir modificaciones a la Ley de Protección al Consumidor. En lo que a nosotros interesa, el mencionado proyecto de ley “tipifica” una importante cláusula abusiva mediante la incorporación al artículo 16 de una letra g), con lo cual el texto de dicha norma quedaría de la siguiente manera: “Artículo 16. No producirán efecto alguno en los contratos de adhesión las cláusulas o estipulaciones que:

<sup>12</sup> Lorenzetti, Ricardo, en Mosset Iturraspe y Lorenzetti, Ricardo, obra citada, págs. 247 y 248.

<sup>13</sup> Farina, Juan M., *Defensa del Consumidor y del Usuario*, Ed. Astera, Buenos Aires, 1995, págs. 291 y siguientes.

<sup>14</sup> Alterini, Atílio, Ameal, Oscar, y López Cabana, Roberto, *Derecho de Obligaciones*, obra citada, pág. 688.

- a) Otorguen a una de las partes la facultad de dejar sin efecto o modificar a su solo arbitrio el contrato o de suspender unilateralmente su ejecución, salvo cuando ella se conceda al comprador en las modalidades de venta por correo, a domicilio, por muestrario, usando medios audiovisuales, u otras análogas, y sin perjuicio de las excepciones que las leyes contemplan;
- b) Establezcan incrementos de precio por servicios, accesorios, financiamiento o recargos, salvo que dichos incrementos correspondan a prestaciones adicionales que sean susceptibles de ser aceptadas o rechazadas en cada caso y estén consignadas por separado en forma específica;
- c) Pongan de cargo del consumidor los efectos de deficiencias, omisiones o errores administrativos, cuando ellos no le sean imputables;
- d) Inviertan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor;
- e) Contengan limitaciones absolutas de responsabilidad frente al consumidor que puedan privar a éste de su derecho a resarcimiento frente a deficiencias que afecten la utilidad o finalidad esencial del producto o servicio;
- f) Incluyan espacios en blanco, que no hayan sido llenados o inutilizados antes de que se suscriba el contrato. Si en estos contratos se designa árbitro, el consumidor podrá recusarlo sin necesidad de expresar causa y solicitar que se nombre otro por el juez letrado competente. Si se hubiese designado más de un árbitro, para actuar uno en subsidio de otro, podrá ejercer este derecho respecto de todos o parcialmente respecto de algunos. Todo ello de conformidad a las reglas del Código Orgánico de Tribunales, y
- g) En general, aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que, en contra de las exigencias de la buena fe, atendiendo para estos efectos a parámetros objetivos, causen en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones que para las partes se derivan del contrato. Para ello se atenderá a la finalidad del contrato y a las disposiciones especiales o generales que lo rigen”.

Más allá de algunas consideraciones de técnica legislativa que pudiera merecer la proyectada letra g) a agregar al artículo 16 de la Ley de Protección al Consumidor, es del caso destacar su finalidad. Si bien se mira, ella contempla los elementos esenciales que son necesarios para determinar cuándo nos encontramos ante una cláusula abusiva, fijando para ello criterios sumamente acertados. Se incorpora, a este efecto, como principio rector la buena fe objetiva, vale decir, “la lealtad, la honestidad, la probidad y

confianza en el comportamiento de cada uno de los contratantes".<sup>15</sup> De modo que toda cláusula que sea predispuesta sin sujeción a estos deberes de conducta (o *stantard* como algunos prefieren llamarlo) y que, además, en perjuicio del consumidor cause un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones que derivan para las partes del contrato, no producirá efecto alguno. Adicionalmente, creemos que resulta plenamente aplicable al análisis de esta disposición lo dicho precedentemente al comentar lo preceptuado en la letra a) del artículo 37 de la Ley de Protección al Consumidor de la República Argentina, toda vez que la existencia del "desequilibrio importante en los derechos y obligaciones" de las partes importa *per se* una desnaturalización de las obligaciones. Más aún, si bien se mira, los supuestos contemplados en las letras a) a f) del artículo 16 de la ley en comento constituyen claros ejemplos de lo que ahora se quiere establecer mediante una cláusula abierta en la reseñada letra g) el artículo 16.

Con la citada disposición proyectada se cierra, a juicio nuestro, el ámbito que realmente cabe a la buena fe en materia de obligaciones de fuente contractual, ya que se deja expresamente establecido que ella está presente desde la etapa de negociación del contrato hasta la fase de ejecución de las obligaciones que de él dimanar, conforme lo dispone el artículo 1546 del Código de Bello.

Por último, debemos consignar que conforme lo dispone el artículo 4° de la Ley de Protección al Consumidor, los derechos en ella establecidos son irrenunciables anticipadamente.

## 6. A modo de conclusión

A lo largo de estas líneas ha quedado de manifiesto lo difícil que resulta el estudio de las materias tratadas en ellas, pues unas y otras se cruzan y hasta confunden. Por ello, un estudioso del tema, como es el maestro Mosset Iturraspe, ha reconocido que en la actualidad "La enorme fuerza de atracción y de expansión del tema contrato de consumo hace que las categorías, algo más antiguas, de la contratación por adhesión y de las condiciones generales se opaquen; no es que desaparezcan, sino que las absorbe o las comprende en una denominación más fresca y actual".<sup>16</sup> Más aún, es al alero del derecho del consumidor que se han establecido los recaudos tendientes a mantener el equilibrio entre las partes de la relación jurídica.

---

<sup>15</sup> Larroza, Ricardo Osvaldo, en *Contratos, Parte General*, Tomo II, Rubén Stiglitz director, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1989, pág. 251.

<sup>16</sup> Mosset Iturraspe, Jorge, obra citada, pág. 34.

Pero, obviamente, esta protección para un sector específico no es suficiente, ya que como certeramente expone Alterini, con cita a Bercovitz, "si bien puede considerarse que la protección del consumidor se refiere fundamentalmente a la protección del individuo particular en el mercado, no puede agotarse ahí", pues, "de hecho, lo que nació como protección del consumidor se está convirtiendo en protección del *individuo particular*". Por lo demás, agregamos nosotros, no existe razón alguna que justifique la exclusión de la aplicación de estas normas a toda clase de contratos.

En respuesta a estos requerimientos han sido varias las legislaciones que han regulado en normas de carácter general las condiciones generales de contratación, los contratos de adhesión y las cláusulas abusivas. Así, por ejemplo, se ha establecido en los Proyectos de Unificación de Legislación Civil y Comercial de la Argentina de 1987, de 1993 y en el de 1998, en el Código Civil peruano de 1984 y en el Código Civil paraguayo (inspirado en la legislación italiana).

Con todo, más allá de la certeza que para algunos podría conllevar la consagración en normas positivas de los principios a los que hemos remitido en este trabajo, somos de la idea que ellos, unidos a una recta interpretación de la ley, se bastan para dar respuestas satisfactorias a los requerimientos de la contratación moderna y, muy en especial, a la determinación del alcance que debe darse a las obligaciones que nacen o se pretenden que nazcan a su amparo, como efectos de ellos que son.