

La regulación de las cláusulas abusivas en el Código Civil y Comercial y sus implicancias sobre la Teoría General del Contrato y el Régimen Protectorio de los Consumidores

Santiago J. Peral

Introducción [arriba]

El objetivo del presente trabajo está enfocado en el análisis de las cláusulas abusivas contractuales a la luz de las disposiciones del Código Civil y Comercial de la Nación, efectuándose una referencia ineludible a las normas de la Ley de Defensa del Consumidor, legislación que brindó en forma primigenia una regulación específica para esta temática en el ordenamiento argentino.

La metodología a seguir se centrará en realizar un estudio de la protección que el derecho argentino brinda a los consumidores y usuarios, destacando la notable influencia que las normas tuitivas de la LDC han ejercido sobre las disposiciones del CCyC, en especial sobre la regulación contractual, situación que se exterioriza particularmente en el nuevo régimen de cláusulas abusivas.

En el análisis propuesto, se contemplará el impacto que la nueva regulación en materia de cláusulas abusivas ejerce sobre principios fundamentales de la Teoría General del Contrato, cuestión que pondrá de manifiesto que la concepción social-humanista del contrato moderno ha sido receptada por el nuevo digesto.

Para finalizar, se fijará una postura crítica acerca de las nuevas disposiciones legales que regulan este fenómeno contractual, resaltando los avances alcanzados por el régimen legal, como también aquellas cuestiones pendientes sobre las que el ordenamiento jurídico argentino aún debe avanzar, como ser en materia de prevención de este fenómeno contractual, que día a día se expande como consecuencia de las conductas llevadas a cabo por quienes detentan mayor poder de negociación dentro de las relaciones jurídicas contractuales.

Capítulo 1: Reflexiones previas al abordaje de la temática propuesta [arriba]

1. La concepción del contrato moderno.

La doctrina afirma que existen dos visiones muy diferentes respecto del contrato. Por un lado, la “liberal-individualista”, y, por otro, la visión “social-humanista”, que fuera incorporada al Código Civil en 1968, con la reforma de la ley 17.711[1]. Resulta oportuno efectuar una conceptualización de ambas visiones.

En la concepción liberal se pone el acento en la libertad para contratar o no hacerlo, y, en su caso, incorporar las más variadas cláusulas, sin otros límites que un “orden público” y una “moral”, interpretados de modo absolutamente limitado en sus alcances. La idea de libertad ve en el contrato un campo propicio para que las partes convengan aquello que les venga en gana, convenga o satisfaga sus intereses, con total despreocupación acerca del equilibrio de las prestaciones. Se la denomina también concepción individualista en cuanto solo se visualiza el querer de los celebrantes y se desconoce la proyección, alcance o función social del acuerdo[2].

La concepción social-humanista del contrato, en cambio, se preocupa por el contratante “débil”, insatisfecho, inexperto o necesitado. Asume que el acuerdo es el resultado del querer del más fuerte o de quien se encuentra en posición dominante y trata de tutelar, en consecuencia, a la parte dominada[3].

En este sentido, se ha expresado que el hecho de que, en el marco de un contrato, una parte tenga menor poder de negociación que otra puede ser decisivo; el mero

consentimiento de las partes, si ellas están en situaciones demasiado desiguales, no basta para garantizar la justicia del contrato. En esta corriente jurídica se señala que la defensa del débil jurídico es la preocupación esencial del derecho moderno[4].

El derecho moderno tiende a la protección del débil jurídico con el fin de restablecer el equilibrio en el marco de las relaciones jurídicas contractuales, es así como muchos contratos son sometidos al dirigismo, argumentándose que la desigualdad de hecho es óbice de la libertad contractual en la determinación del contenido del contrato, en virtud de que, cuando una parte puede abusar, es necesario reglamentar el contrato mediante disposiciones legales imperativas[5].

Es por ello que el dirigismo contractual que se observa en la contratación moderna se justifica en virtud de que en la actualidad el contrato tiene un fin ético y social, no es solo un instrumento de realización de intereses económicos sino que tiene una dimensión distinta que debe conllevar la realización del progreso económico, ético y social de las comunidades[6].

La aceptación de este intervencionismo en el ámbito interno del contrato se debe a que la experiencia demuestra que el contrato no es forzosamente justo, sino que con frecuencia consagra el aplastamiento del débil por el fuerte, por lo que se debe reconocer la necesidad de la intervención del legislador cuando el negocio no se halle conforme con el bien común, con los principios esenciales de la justicia, con el orden público, intentando con ello recomponer el equilibrio en el marco del interés social[7].

El Estado tiene dos grandes caminos para intervenir en las relaciones jurídicas de los particulares: a través del legislador o bien por medio del juez. Cualquiera sea el medio que se adopte, habrá cambiado diametralmente el postulado de la fuerza obligatoria de los contratos en el sentido interpretativo que le dio el liberalismo individual[8].

Se sostiene que solamente a través de la intervención del Estado podrán solucionarse los grandes problemas originados en el tráfico negocial contemporáneo. La ruptura del equilibrio económico de los contratantes, el aprovechamiento de la parte más fuerte frente a las necesidades de un tomador de ofertas desprotegido, débil y carente de toda libertad de contratación así lo impone[9].

Es importante señalar que la posibilidad de que el legislador o el juez intervengan en el negocio jurídico, toda vez que el mismo no se corresponda con el bien común o el orden público, con el objeto de restablecer el equilibrio de la relación jurídica, resultaba una hipótesis inimaginable en el Código Civil de Vélez Sarsfield. El individualismo no admitía racionalmente la posibilidad de que el juez revisara el contrato, con fundamento de que éste era el resultado de un acuerdo entre iguales y libres y, por ende “no era otra cosa que justo”. Esta corriente consagraba la preeminencia del valor seguridad por sobre el de la justicia contractual, y la seguridad estaba dada por el principio de inmutabilidad o intangibilidad de la palabra empeñada[10]. El Código de Vélez no admitía ningún intento de imponer límites negativos que tuvieran como propósito la protección de sujetos portadores de una inferioridad o debilidad contractual, dependientes de causas no biológicas, sino económicas o sociales[11].

En síntesis, y sin temor al equívoco, puede afirmarse que resulta evidente el contraste entre la concepción del contrato del Cód. Civ. con la concepción vigente en la actualidad, la que ha sido receptada por el CCyC, cuyas normas demuestran que en el régimen legal vigente no puede afirmarse la vigencia absoluta de ciertos

principios fundamentales sobre los que se edificó la concepción clásica del contrato, como lo son la autonomía de la voluntad, la libertad contractual y la fuerza obligatoria del contrato; todos los cuales, si bien no dejan de existir en el nuevo ordenamiento legal, su eficacia pasa a estar restringida por ciertos límites que emanan de normas imperativas.

II. El principio de la autonomía de la voluntad en el Código Civil y Comercial.

El CCyC ha consagrado en sus normas un importante cambio dentro de la concepción tradicional del contrato, tal como se encontraba plasmada en el Cód. Civ., ello principalmente producto de que el principio de la autonomía de la voluntad[12] deja de ser, en el nuevo cuerpo legal, un principio absoluto, para pasar a tener una vigencia relativa, limitada por determinadas normas imperativas que no pueden ser dejadas de lado por la voluntad de las partes contratantes.

Es necesario poner de manifiesto que las normas del CCyC constituyen una demostración de aquellos límites al principio de la autonomía de la voluntad, a los que se hizo referencia en el título precedente, toda vez que en el referido cuerpo legal no existe un precepto normativo equivalente al art. 1197 del Cód. Civ., sino que, en diversas normas, se observan restricciones a la libertad contractual, es decir, límites al poder de autorregulación de las partes.

El nuevo digesto regula en el art. 958 la libertad de contratación[13] estableciendo que las partes son libres para celebrar un contrato y determinar su contenido, dentro de los límites impuestos por la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres. En el análisis de este precepto normativo, se ha sostenido que del mismo surge no solo la consagración en el CCyC del principio de la autonomía de la voluntad, sino también la exposición de los límites que le son inherentes, sin dejar de reconocérsele su carácter de principio útil para explicar la fuerza obligatoria del contrato[14].

De los artículos 959 y 960 del CCyC surge expresamente que el contenido del contrato puede ser modificado o extinguido por acuerdo de partes o en los supuestos en que la ley lo prevé, dejando en claro que se admite la revisión del contrato por parte del juez en casos específicos, como ser en aquellos supuestos en donde se afecte de modo manifiesto el orden público.

Un supuesto particular en donde el juez cuenta con la facultad de revisar el contrato es el caso del control judicial de las cláusulas abusivas en los contratos por adhesión y de consumo. Si bien esto ya se encontraba previsto para los contratos de consumo en el art. 37 de la ley 24.240, ahora se encuentra expresamente consagrado en el art. 1122 del CCyC, sin perjuicio de lo dispuesto en la ley especial. De todos modos, la facultad de revisión de los contratos es una atribución que los jueces deben utilizar con moderación, pues la intervención del juez en el contrato conlleva el peligro de que degeneren en el voluntarismo judicial, que termina por apartarse de la ley para caer en el campo de la arbitrariedad[15]. Como regla general debe respetarse la voluntad de las partes consagrada en el contrato, en los casos de contratos paritarios en donde ambas partes detentan idéntico poder de negociación; pero, en los demás supuestos existe la posibilidad de revisión del contenido contractual a fin de evitar los abusos.

Para efectuar una correcta interpretación del art. 959 CCyC, la doctrina invita a analizarlo conjuntamente con el art. 960, señalándose que de ambas disposiciones surge que la declaración de voluntad común tiene fuerza obligatoria en la medida que lo acordado por las partes se halle conforme con el ordenamiento jurídico. En el CCyC los límites a la fuerza obligatoria del contrato son los que provienen de la

ley, del orden público, la moral y las buenas costumbres (art. 958) y del carácter imperativo de las normas (art. 962). Esto significa, como se señaló anteriormente, que el rol de la autonomía de la voluntad no debe ser entendido como una supremacía absoluta de los derechos subjetivos contractuales, sino como un principio relativo y subordinado a los límites que le son inherentes[16].

Se destaca como un acierto la decisión del codificador argentino de conferirle al principio de la autonomía de la voluntad un alcance y un rol más adecuado a la realidad contractual contemporánea, dejando atrás una concepción completamente irreal, que se sustentaba en la igualdad estricta de las partes contratantes, situación que prácticamente no se presenta en las contrataciones modernas.

En apretada síntesis, puede sostenerse que una visión actual sobre la autonomía de la voluntad reconoce que el derecho subjetivo de contratar se fundamenta en la voluntad individual, pero subordinada a los límites impuestos por el ordenamiento jurídico. Hoy, vale afirmar, que el rol de la autonomía de la voluntad no debe ser entendido como una supremacía absoluta de los derechos subjetivos contractuales, sino como un principio relativo y subordinado a los límites que le son inherentes[17]; constituyendo tales límites las normas imperativas, la moral y el orden público[18].

III. La contratación en masa: Los contratos por adhesión como modalidad de contratación moderna.

El estudio de los contratos por adhesión a cláusulas generales predispuestas, como una modalidad de contratación moderna, permite constatar con prístina claridad que los principios tradicionales sobre los que se estructuraba la concepción liberal del contrato no prevalecen en estas nuevas formas de contratación sino que presentan una vigencia limitada.

La idea tradicional de contrato no se condice con la contratación en masa. No es posible que la empresa moderna utilice el mecanismo del contrato por negociación para acordar sus relaciones con cada uno de sus eventuales clientes. Un mínimo criterio de racionalización y de organización empresarial, que es también de reducción de costos, determina la necesidad del contrato único o del contrato tipo preestablecido por medio de formularios y de impresos[19].

La libertad de iniciativa individual y la autonomía de la voluntad de ambos contratantes se encuentran en este tipo de contratos de algún modo restringidas. El contrato no es ya una regla de conducta, obra común de ambas partes contratantes, sino que una de ellas tiene que limitarse a aceptar -o en su caso rechazar- el único contrato posible[20].

Actualmente el poder de determinación contractual se ve superado por nuevas realidades como lo son la estandarización de las relaciones jurídicas, la masificación de los contratos, la uniformización del contenido contractual, los aprovechamientos por parte del contratante más fuerte, entre otros fenómenos que se presentan en la realidad contractual moderna[21].

Una adecuada conceptualización del contrato por adhesión permite vislumbrar que los principios tradicionales sobre los que se edificó la concepción clásica del contrato presentan una vigencia restringida en estos contratos modernos. Puede entenderse por contrato de adhesión a aquel en el cual el contenido contractual ha sido determinado con prelación por solo uno de los contratantes, al que se deberá adherir el co-contratante que desee formalizar una relación jurídica obligatoria[22]. La conceptualización efectuada respecto de esta modalidad

contractual comprende tan solo a los elementos definidores por excelencia: condiciones generales, pre-elaboración y adhesión[23].

Asimismo, se ha afirmado que se trata de contratos con un contenido standard, en los que una de las partes establece las condiciones o cláusulas del contrato y la otra se limita a prestar su adhesión, si desea contratar. El destinatario de la oferta no tiene libertad de configuración, sino solo de conclusión[24].

La estandarización del contrato se manifiesta en que la prestación del consentimiento es una mera adhesión al clausulado previamente redactado, y que dicho clausulado es uniforme para todos los contratos que se celebren con el estipulante[25]. La doctrina señala como ventajas de esta modalidad contractual las siguientes: a) implica una economía de gastos, por la simplificación de los negocios a través de la contratación uniforme y estandarizada; b) ahorro de tiempo, al suprimirse la discusión individual de cada contrato, confiriéndole celeridad a las contrataciones; c) disminuye la litigiosidad, al regular todos los aspectos de la contratación en forma tal de evitar posibles conflictos[26].

No obstante las ventajas apuntadas ut supra, se señala como desventaja el hecho de que al contratar el cliente sobre la base de formularios prerredactados, sin posibilidad de discutir su contenido, la situación se presta a que la parte que ha redactado el contrato incluya cláusulas que disminuyan los derechos del cliente, colocándolo en una situación de inferioridad o de debilidad jurídica, por lo que las condiciones generales deben estar sometidas a controles rigurosos que impidan el abuso de la situación dominante del predisponente en relación al contratante más débil[27]. Cabe señalar que la ineludible necesidad de contratar sobre una plataforma rígida, inalterable y uniforme suele ser aprovechada por el empresario, predisponente del esquema contractual, único autor del contenido negocial, mediante la incorporación de cláusulas que tienen por finalidad consolidar su posición jurídica[28].

En suma, la realidad contractual moderna presenta esquemas contractuales en donde ambas partes contratantes se enfrentan a limitaciones. En el caso del predisponente, el mismo encuentra restringida su autonomía de la voluntad, principalmente como consecuencia de normas imbuidas de orden público cuya observancia resulta ineludible, mientras que en el caso del adherente, el mismo carece de libertad de configuración en los contratos concluidos por adhesión, en virtud de que éstos se encuentran prerredactados por la parte fuerte de la relación, quedando limitada su intervención a la mera adhesión para con el contenido predispuesto.

La situación fáctica y jurídica descrita ha motivado el surgimiento de las regulaciones en materia de cláusulas abusivas en los ordenamientos jurídicos, cuya incorporación al derecho contractual moderno resultaba de imperiosa necesidad, a fin de mitigar los abusos en los que suele incurrir el predisponente de las condiciones generales de contratación.

Capítulo 2: Introducción a la temática de las cláusulas abusivas [arriba]

I. Definición y caracterización de las cláusulas abusivas.

La predisposición unilateral de las condiciones contractuales, sumado a la inviabilidad de toda discusión paritaria, y, por ende, la inmutabilidad de aquellas estipulaciones, terminan por consolidar la posición jurídica de la empresa. Aparecen así las cláusulas abusivas, también denominadas vejatorias, opresivas, leoninas o gravosas[29].

En aras de conceptualizar las cláusulas abusivas, la doctrina ha esbozado diversas definiciones. Se las ha entendido como aquellas cláusulas que entrañan una ventaja exclusiva para el empresario, creando un desequilibrio de los derechos y obligaciones de las partes, siempre que lo sea en un contrato de adhesión concluido entre un empresario y un consumidor, unilateralmente prerredactado por el primero[30]. En una definición más amplia, se señala que es abusiva toda cláusula o toda combinación de cláusulas que entrañen en el contrato un desequilibrio de los derechos y obligaciones en perjuicio de los consumidores[31].

De las definiciones citadas en el párrafo precedente, puede observarse que las mismas efectúan una conceptualización de las cláusulas abusivas de una forma estrechamente vinculada a la relación contractual entablada entre un empresario y un consumidor, lo que pone de manifiesto que la regulación de la temática estuvo desde su concepción inicial ligada a los regímenes protectorios de los consumidores y usuarios.

Atento a las normas del CCyC, resulta insuficiente definir las cláusulas abusivas restringiendo su presencia en los contratos de consumo, lo que implicaría un análisis acotado del fenómeno, toda vez que el mencionado cuerpo legal reconoce que las mismas también pueden encontrarse en contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales predisuestas, previendo una regulación específica al respecto.

En virtud de lo señalado en el párrafo anterior, y a los fines de elaborar un concepto de cláusula abusiva acorde al régimen legal vigente, cabe traer a consideración lo que al respecto señala la Directiva CEE 93/13, que suministra una noción ampliamente aceptada de la cláusula vejatoria, entendida como aquella que importa un desequilibrio significativo en los derechos y obligaciones recíprocos en detrimento del consumidor[32].

Evidentemente, la directiva referenciada ut supra ha constituido una fuente importante para el art. 1119 del CCyC, que considera abusiva a aquella cláusula que, habiendo sido o no negociada individualmente, tiene por objeto o efecto provocar un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes, en perjuicio del consumidor[33].

En este sentido, la doctrina ha señalado que la terminología que se utiliza para designar las cláusulas que favorecen desmedidamente a una de las partes en perjuicio de la otra y con transgresión del mandato de buena fe pueden adoptar distintas coloraciones, pero en general indican siempre que, mediante la utilización de ciertos recursos técnicos como las cláusulas de las condiciones generales negociales, una de las partes se procura una situación de privilegio en caso de litigio[34].

Las cláusulas abusivas no solo están presentes en el marco de los contratos predisuestos y de los contratos de consumo, sino que a su vez pueden encontrarse en los contratos negociados, toda vez que su elemento caracterizante está determinado por el desequilibrio significativo[35] entre los derechos y obligaciones de las partes que surge, justamente, de la posición predominante en que se encuentra una de ellas, quien cuenta con mayor poder técnico, de información y de conocimiento para estipular el contenido contractual propuesto o, en la mayoría de los supuestos, predisuesto[36].

La noción de desequilibrio significativo, como elemento caracterizante de la cláusula abusiva, debe centrarse en su incidencia sobre el principio de onerosidad o de máxima reciprocidad de intereses. En efecto, es precisamente la desventaja exagerada lo que desnaturaliza la relación de equivalencia en perjuicio del

consumidor, pues presupone inexistencia de contrapartida o de fundamento suficiente que justifique el desequilibrio en el cual desemboca. Dicho en otras palabras, la inequivalencia presupone ampliación de las ventajas o provechos del profesional, o aligeramiento de las cargas y obligaciones del consumidor, sin que de la correlación de los polos provecho-sacrificio surja una contrapartida en beneficio del consumidor, o sea un fundamento legítimo, con el que quedaría preservado el principio de máxima reciprocidad de intereses[37].

La cláusula abusiva importa, además, una transgresión a la buena fe en la celebración y ejecución de los contratos, y, al propio tiempo, revela un ejercicio antifuncional de los derechos subjetivos del predisponente. Lo determinante para su calificación es el efecto que causa sobre la ecuación contractual. Puede decirse que una estipulación abusiva es la que desarticula o desquicia injustificadamente el sinalagma, determinando una alteración del principio de equivalencia funcional de las prestaciones[38]. En cuanto a la buena fe, poco importa el estado subjetivo del predisponente, que éste conozca o deje de saber que la estipulación genera desequilibrio prestacional, o que sea consciente o no de estar generando un perjuicio al consumidor, resultando relevante que efectiva y objetivamente se produzca ese desequilibrio y perjuicio[39].

Asimismo, la cláusula abusiva desnaturaliza el vínculo obligacional, lo que supone un apartamiento injustificado del derecho dispositivo, debiendo entenderse éste último como un deber ser; un modelo que el legislador considera razonable y que lo suministra a las partes para que lo tomen en cuenta. No es obligatorio, pero es razonable o se supone que debe serlo[40]. Sobre este tipo de cláusulas vejatorias, que desnaturalizan las obligaciones de las partes contratantes, se profundizará en oportunidad de analizar en detalle el régimen legal de la LDC y del CCyC al respecto.

Cabe agregar que antes de la entrada en vigencia del CCyC, cierta doctrina afirmaba que, para que exista una cláusula abusiva, naturalmente se requería que aquélla hubiese surgido de la falta de negociación individual en la que el consumidor no participó ni influyó en el contenido de la cláusula, y que el desequilibrio sea de carácter significativo y se origine por una “ventaja excesiva” a favor de una de las partes[41]. Sin embargo, con la definición legal del art. 1119, no resulta sostenible la afirmación respecto de que necesariamente las cláusulas vejatorias deben derivar de la falta de negociación individual de las condiciones del contrato. Ello es así en razón de que los requisitos para considerar como abusiva una cláusula en el nuevo régimen legal no tienen que ver con la libertad de configuración o no del consumidor sino con su objeto o efecto[42].

Además, se sostiene que el desequilibrio significativo no puede estar referido al objeto principal del acto[43], por ej., precio alto con relación al valor del bien o servicio, es decir, a los elementos esenciales de la operación, pues tales viscosidades no atañen a la problemática clausular sino al objeto del negocio jurídico y, por ende, son susceptibles de ser atacadas o corregidas a través de los remedios tradicionales[44] (arts. 332 y 1004 CCyC). Por otra parte, se señala que ésta es una cuestión factible de ser negociada, con entidad suficiente para que el adherente directamente desista de contratar con el empresario que impuso las condiciones[45]. Sobre este tema se regresará en oportunidad de analizar el art. 1121 del CCyC, que establece la imposibilidad de declarar abusivas las cláusulas relativas a la relación entre el precio y el bien o servicio procurado.

De lo expuesto precedentemente, surge que son dos los elementos inescindibles para determinar si estamos frente a una cláusula abusiva en un contrato de consumo: a) un desequilibrio significativo entre los derechos del consumidor y las

obligaciones y cargas del profesional derivadas del contrato, y b) un perjuicio inequitativo para el consumidor o usuario[46]. Entonces, en apretada síntesis, puede decirse que es una característica definitoria de la cláusula abusiva que importe un desequilibrio significativo entre los derechos del consumidor y las obligaciones y cargas del profesional derivadas del contrato en perjuicio del primero[47].

La aparición en el derecho argentino del régimen de cláusulas abusivas pone de manifiesto que la doctrina civilista moderna ha resignado el postulado del respeto absoluto al contrato negociado y su inmovible fuerza obligatoria a partir de la autonomía de la voluntad de las partes. Esto no significa renegar de uno de los pilares de la teoría general de los contratos. Se trata de buscar que el contrato no solo sea un medio útil de intercambio de bienes, un instrumento extraordinario de la economía capitalista, sino que, además, sea “justo”[48].

En base a lo expuesto, puede concluirse que el régimen de cláusulas abusivas que trajo la LDC, cuyas normas se encuentran vigentes en la actualidad, pone de manifiesto que el equilibrio de las prestaciones en el marco de los contratos de consumo constituye una de las mayores preocupaciones, no solo del derecho del consumidor sino también de la teoría general de los contratos, ello en razón de que actualmente la mayoría de los contratos que se concretan en el tráfico negocial son de consumo, y suelen ser celebrados a su vez por adhesión a condiciones generales predispuestas, lo que genera un ámbito ideal para que los predisponentes incorporen en sus contratos cláusulas vejatorias en desmedro de los derechos de los consumidores adherentes.

Lo expuesto en el párrafo precedente pone en evidencia la importancia práctica de la existencia de un régimen concreto que regule las cláusulas abusivas en los contratos de consumo; sin embargo, como se expresará más adelante, el régimen legal que regula este fenómeno contractual ha visto ampliado su ámbito de aplicación en el CCyC, al preverse una regulación específica de la temática, aplicable a los contratos celebrados por adhesión a condiciones generales predispuestas, situación que evidencia la notoria influencia del régimen protectorio de los consumidores sobre la regulación legal de los contratos en general.

II. Antecedentes de la regulación de las cláusulas abusivas en el derecho argentino.

En el derecho argentino, la primera regulación respecto a las cláusulas abusivas se encuentra, precisamente, en el art. 37 LDC. Al analizar esta disposición normativa, la doctrina ha dicho que el asiento de una cláusula abusiva, en primer lugar, no tiene que ser siempre un contrato con cláusulas predispuestas, sino que puede presentarse también en un contrato individual negociado, que puede resultar gravoso tanto en cuanto a la totalidad del negocio como algunas de sus previsiones en particular[49].

Antes de la entrada en vigencia de la ley 24.240, en el ordenamiento nacional el tejido normativo del Código Civil (arts. 18, 21, 502, 953, 954, 1071, 1198 y concordantes) representaba el único marco tutelar que servía como amplia valla de contención a los abusos al consumidor en materia de contratación. En especial, los estándares imperativos de la buena fe, el ejercicio regular de los derechos y la lesión, consagrados por la ley 17.711, se convertían en el sustento normativo para la declaración de ineficacia de las cláusulas excesivas[50]. Es decir, con la reforma introducida por la mencionada ley sobre el Cód. Civ. se consagraron institutos

jurídicos que constituían los únicos medios legales para hacer frente al fenómeno contractual en estudio.

En razón de lo expresado, resulta importante efectuar un estudio de las principales herramientas legales con las que se contaba en el ordenamiento argentino para contrarrestar este fenómeno contractual, cuando no existía una regulación específica sobre la temática de cláusulas abusivas, cuestiones que se abordarán a continuación.

III. Ausencia de regulación específica: Soluciones que ofrecía el Código Civil ante la problemática de las cláusulas abusivas.

III. a) La buena fe contractual.

Una de las herramientas jurídicas idóneas que proporcionaba el Código Civil, y que posibilitaba cuestionar la validez de aquellas cláusulas consideradas abusivas, es el principio de buena fe, que fue consagrado en el art. 1198 del referido cuerpo legal, a partir de la reforma introducida por la ley 17.711.

El principio de la buena fe impone a las personas el deber de obrar correctamente, como lo haría una persona honorable y diligente. La ley lo toma en cuenta para proteger la honestidad en la circulación de los bienes[51]. Entre las principales aplicaciones de este principio en el derecho argentino, encontramos su aplicación a los contratos. Al respecto, el art. 1198 Cód. Civ. establecía que: “los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosímilmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión”.

La buena fe en la celebración de los contratos impone a las partes la obligación de hablar claro. Es por ello que los tribunales tienen decidido que las cláusulas oscuras no deben favorecer al autor de la declaración, principio especialmente importante en los contratos con cláusulas predispuestas o de adhesión[52].

Una derivación de la aplicación del principio en estudio a los contratos, es que el mismo dispone que los contratos deben interpretarse de acuerdo con lo que verosímilmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión, es decir, como lo haría una persona prudente, que obra con el cuidado y la seriedad que debe ponerse en un negocio jurídico[53].

De lo expuesto surge que, con anterioridad al establecimiento de una regulación específica para el control de cláusulas abusivas en el derecho argentino, un contratante, en el marco de un contrato de consumo o celebrado por adhesión a cláusulas predispuestas, con el objeto de cuestionar la validez de una cláusula vejatoria, podía invocar una infracción al principio de buena fe, cuya vigencia y aplicación a dichos contratos se tornaba indiscutible.

La aplicación del principio fundamental de la buena fe contractual condujo a que, incluso con anterioridad a la sanción del estatuto protectorio del consumidor, se pueda cuestionar la validez de las cláusulas limitativas de responsabilidad en los contratos de seguro, consolidándose el criterio de que dichas cláusulas solo podían operar en tanto no fracturen la relación de equivalencia, afecten la buena fe y no importen un ejercicio abusivo del derecho[54].

En suma, durante la vigencia del Código Civil, la invocación del principio de la buena fe contractual configuraba uno de los medios jurídicos que permitía atacar las cláusulas contractuales de carácter abusivo, introducidas por aquellos que detentaban mayor poder de negociación en los contratos, con el objeto de que éstas sean declaradas inválidas.

III. b) El abuso del derecho

Reconocida la existencia de los derechos subjetivos, es necesario cuidarse de los excesos en que se suele incurrir en el ejercicio de ellos, ya que si bien es legítimo usar los derechos que la ley concede, no lo es abusar de ellos[55]. Los derechos no pueden ser puestos al servicio de la malicia, de la voluntad de dañar al prójimo, de la mala fe; tienen un espíritu, que es la razón por la cual la ley los ha concedido; “tienen una misión que cumplir, contra la cual no pueden rebelarse; no se bastan a sí mismos, no llevan en sí mismos su finalidad, sino que ésta los desborda al mismo tiempo que los justifica”[56]; es evidentemente ilegítimo ejercerlos en contra de los fines que inspiraron la ley.

Es importante analizar cuál es el criterio que permite a los jueces resolver que un derecho ha sido ejercido abusivamente, y cómo debe fijarse el límite entre lo que es lícito y lo que es abusivo, puesto que la ley no lo establece[57]. De acuerdo a un criterio finalista, habría abuso del derecho cuando éste se ha ejercido en contra de los fines económicos y sociales que inspiraron la ley en la cual se le otorgó. Así, por ejemplo, el derecho de huelga se ha reconocido con el propósito de dar a los trabajadores un medio de lucha por su bienestar; será, por lo tanto, legítima la huelga que se declare con el objeto de conseguir un aumento de sueldos, pero si se declara con fines políticos, para desorganizar la producción o la economía del país, el derecho habrá sido ejercido abusivamente[58].

Otro criterio señala que habría abuso del derecho cuando se ha ejercido en contra de la moral y la buena fe. Sin negar la utilidad práctica del criterio finalista, para orientar en numerosos casos la decisión justa de la cuestión, se comparte la opinión de que el punto de vista moral es el más decisivo y fecundo en la dilucidación de este problema. La moral ha sido el fundamento de esta institución, es evidente que ella debe dar la norma rectora que permita distinguir el uso del abuso en el ejercicio de un derecho[59].

En el Código Civil de Vélez, en términos categóricos se vislumbraba el repudio a la teoría del abuso del derecho, lo que se manifestaba en el art. 1071, que en su redacción originaria establecía: “El ejercicio de un derecho propio, o el cumplimiento de una obligación legal, no puede constituir como ilícito ningún acto”. No obstante, durante la vigencia del mencionado cuerpo legal, la teoría del abuso del derecho empezó a abrirse camino en la jurisprudencia, es así que la CSJN declaró que el abuso del derecho tenía adecuado reconocimiento y vigencia en nuestro ordenamiento jurídico, sin necesidad de precepto alguno de jerarquía constitucional[60].

El reconocimiento jurisprudencial del instituto jurídico del abuso del derecho sirvió de base para su consagración legislativa en el Código Civil a partir de la reforma introducida por la Ley n° 17.711 del año 1968, la que realizó una modificación en el art. 1071[61] del referido cuerpo legal. Entre las modificaciones destacadas incorporadas a la referida norma, cabe señalar que en el primer párrafo se agrega la palabra “regular”, esto modifica sustancialmente el sentido de la norma, toda vez que no siempre el ejercicio de un derecho está protegido por la ley; debe tratarse de un ejercicio regular, es decir, justo, legítimo, normal[62].

A la luz de lo dispuesto en el precepto normativo citado, se considera que hay abuso cuando el ejercicio contraría los fines tenidos en cuenta por la ley al reconocer el derecho o cuando dicho ejercicio contraría la buena fe, la moral y las buenas costumbres. Es decir que se adoptan en la ley, los criterios que venían siendo afirmados por la doctrina y jurisprudencia, cuando aún no contaba la teoría del abuso del derecho con consagración normativa.

Es así como la consagración de la teoría del abuso del derecho en el Cód. Civ. posibilitaba que tanto adherentes como consumidores puedan valerse de sus postulados para tratar de cuestionar la legalidad de aquellas cláusulas que podían reputarse abusivas. Es decir, ante la ausencia de un precepto normativo que regulase en forma específica las cláusulas abusivas, existía la posibilidad de cuestionar la validez de una cláusula en particular, por resultar la misma violatoria del principio de buena fe contractual, e implicar un abuso del derecho por parte del predisponente de la cláusula, al excederse éste último en el ejercicio de su libertad de configuración.

III. c) La lesión

El instituto de la lesión constituye una herramienta jurídica, introducida en el Cód. Civ. con la reforma de la ley n° 17.771, que podía ser invocada en los casos en que una de las partes, en el marco de las relaciones jurídicas patrimoniales, obtenía una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación como consecuencia de haberse aprovechado de la necesidad, ligereza o inexperiencia de la otra parte, pudiendo demandarse la nulidad o modificación de los actos jurídicos celebrados en tales circunstancias.

Cuando se hace visible que las obligaciones contraídas por una de las partes solo lo han sido en virtud de su ignorancia, su debilidad o su inexperiencia; cuando es evidente que la otra parte se ha aprovechado de estas circunstancias para sacarles beneficio, el juez no puede convalidar tales convenciones, que resultan repugnantes a la moral y las buenas costumbres. Será necesario anularlas o reducir las obligaciones a sus justos límites[63]. Es importante señalar que Vélez Sarsfield expresó su repudio a esta institución en la nota del art. 943[64] del Cód. Civ., lo que motivó que durante largos años la jurisprudencia acató este criterio sin tener en cuenta que una nota no es un texto legal y que no obliga al intérprete.

De acuerdo al art. 954 del Cód. Civ. derogado, la lesión quedaba configurada cuando una de las partes, explotando la necesidad, ligereza o inexperiencia de la otra, obtenía por medio de un acto jurídico una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación. Cabe decir que el CCyC regula el instituto en análisis en el art. 332[65], en un sentido similar, tan solo efectuando la sustitución del término “ligereza” por el de “debilidad síquica” y dejando en claro que solo el lesionado o sus herederos pueden ejercer la acción.

En cuanto a las condiciones para la aplicabilidad de la figura de la lesión, cabe decir que lo sustancial es el aprovechamiento de la situación de inferioridad en que se encuentra la otra parte, y que se haya obtenido del contrato una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación, siendo la norma flexible y dejando librada a la apreciación judicial cuándo la ventaja debe considerarse evidentemente desproporcionada[66]. En virtud de lo señalado, queda claro que solo los contratos onerosos pueden estar viciados por lesión, puesto que en los gratuitos las obligaciones pesan sobre una sola de las partes y, por lo tanto, mal puede hablarse de desigualdad de las prestaciones. En este caso, el contrato no reposa en la idea de equidad y equivalencia, sino en el propósito de hacer una liberalidad[67].

En síntesis, la lesión constituía una de las herramientas jurídicas idóneas con las que, tanto los consumidores como los adherentes de contratos de adhesión que no fueran de consumo, contaban para tratar de obtener la declaración de nulidad o el reajuste de sus condiciones, en aquellos casos en donde la parte fuerte se aprovechaba de la necesidad, ligereza o inexperiencia de la parte débil para obtener una ventaja patrimonial excesiva e injustificada. Pero vale decir, que la aplicación de esta figura jurídica se encuentra limitada a los contratos onerosos y

sujeta, a la difícil prueba del aprovechamiento de la ligereza, necesidad o inexperiencia de una de las partes contratantes.

Capítulo 3: Las cláusulas abusivas en la Ley de Defensa del Consumidor [arriba]

I.- Primera regulación legal: Ley de defensa del consumidor.

La aparición de una regulación específica en materia de cláusulas abusivas en el ordenamiento argentino se produjo con la LDC, sancionada el 22 de septiembre del año 1993. En la mencionada normativa se incorporaron en el capítulo IX titulado “De los términos abusivos y cláusulas ineficaces”, los artículos 37 a 39, que, hasta la actualidad no han sido objeto de modificaciones por leyes posteriores.

El advenimiento de una regulación específica en materia de cláusulas abusivas, tiene lugar ante la necesidad de brindar a los consumidores y usuarios, herramientas legales que les posibiliten hacer frente a las condiciones contractuales vejatorias y excesivas a las que son sometidos, por parte de los proveedores, quienes en la mayoría de los casos son predisponentes del contenido contractual. Con el régimen de cláusulas abusivas inserto en la LDC, el régimen tuitivo provee una normativa que pretende restaurar el equilibrio en el marco de los contratos de consumo, en donde se observa un frecuente y constante aprovechamiento de la situación de vulnerabilidad del consumidor por parte de los proveedores de bienes y servicios.

Las desigualdades existentes entre los cocontratantes, ya desde principios de la era industrial, han generado la necesidad del surgimiento de normas tendientes a restablecer -preservando la autonomía de la voluntad- la igualdad de hecho, evitando que una de las partes pueda abusar, en su beneficio de la libertad contractual. Así, el sistema ha ido consagrando, respecto de temáticas particulares y también en forma genérica, reglamentaciones del contrato que, en forma imperativa, buscan restablecer la igualdad de hecho entre los contratantes[68].

El surgimiento de este tipo de normativas, que inciden directamente sobre la libertad de configuración de los contratos, se encuentra justificada, toda vez que el comercio actual requiere modalidades de contratación cada vez más expeditivas, uniformes, veloces y adaptadas a la actividad masiva, lo que ha conducido a un distanciamiento cada vez mayor entre las características del contrato moderno y los principios básicos estructurales del derecho civil[69].

En este mismo sentido, se ha dicho que el surgimiento de nuevos tipos contractuales especiales o estatutarios en diferentes áreas negociales (ahorro previo, espectáculos deportivos, fideicomiso, leasing, tarjeta de crédito, tiempo compartido, entre otros), ha contribuido a avanzar en la concepción de normas tendientes a proscribir diversas estipulaciones contractuales[70].

Puede constatar que las cláusulas abusivas aparecen, predominantemente, en los contratos concluidos por adhesión a condiciones generales, en los que el empresario aprovecha esta técnica de sustitución de la discusión paritaria y clásica para introducir, por la vía de la predisposición, cláusulas que afirman injustamente su posición contractual dominante. Y el poder de negociación, al concentrarse en uno de los polos, corrientemente conduce al abuso, muy especialmente cuando el empresario aprovecha su dominio negocial para exonerarse de responsabilidades o limitar sus consecuencias, o, desde la perspectiva del consumidor, para agravar subrayadamente sus cargas, acentuar sus deberes, invertir en su contra la carga probatoria, en fin, desequilibrar el principio de reciprocidad de las estipulaciones[71].

Ante esta realidad fáctica y jurídica, se encuentra el estatuto del consumidor, que tiene por principal objeto el de proteger la figura del consumidor o usuario[72] frente a la situación desventajosa que tiene dentro del sistema económico actual. Así, tiende a protegerlos frente a su creciente vulnerabilidad, donde el poder económico de las empresas es mucho mayor del que pueden tener los individuos que adquieren los bienes y servicios que ellas ofrecen. Y es el ámbito de las cláusulas abusivas previstas en los negocios celebrados entre consumidor y proveedor donde reviste mayor importancia las previsiones del ordenamiento, en búsqueda de restablecer el equilibrio contractual[73].

La sanción de la LDC representó un enorme avance en materia de protección de los consumidores y usuarios[74], y la incorporación, dentro del estatuto consumeril, de un capítulo específico destinado a regular los términos abusivos y cláusulas ineficaces en los contratos de consumo, representa el comienzo de un reconocimiento concreto respecto de un cambio en la concepción del contrato, que fuera impulsado por la realidad contractual, que evidenciaba un constante aprovechamiento de la situación de vulnerabilidad de los consumidores, por parte de los proveedores predisponentes del contenido contractual.

A partir de la entrada en vigencia de la LDC, el proveedor de bienes o servicios debió enfrentarse a un régimen legal concreto, que le impedía continuar resguardándose bajo el escudo de la autonomía de la voluntad, estableciendo condiciones contractuales en menosprecio de los derechos de los consumidores y usuarios. De esta manera, el ordenamiento jurídico argentino manifestaba su intención de posicionarse, si vale la expresión, en la vereda del denominado débil jurídico, proporcionándole herramientas legales concretas y precisas, con el objeto de lograr restaurar el equilibrio negocial en el marco de los contratos de consumo.

II. Cláusulas abusivas en la Ley de Defensa del Consumidor: Análisis del art. 37.

Como mencionamos precedentemente, la LDC, sancionada en el año 1993, constituyó el primer avance concreto del ordenamiento argentino en materia de cláusulas abusivas al incorporar normas específicas destinadas a regular una problemática que venía evidenciándose no solamente en los contratos de consumo sino en los contratos por adhesión a cláusulas predisuestas, celebrados incluso por sujetos no consumidores. En este apartado se estudiarán las cláusulas consideradas abusivas por el estatuto del consumidor y los efectos que prevé la ley especial ante este fenómeno contractual.

El artículo 37 de la LDC[75], en primer lugar, determina cuáles cláusulas del contrato de consumo serán consideradas abusivas y la sanción ante su inclusión en el negocio. En segundo término, establece las pautas de interpretación del contrato de consumo. A través de este tipo de normas, el estatuto del consumidor tiene por principal objeto proteger a la figura del consumidor o usuario frente a la situación desventajosa que tiene dentro del sistema económico actual. Así, tiende a protegerlos frente a su creciente vulnerabilidad, donde el poder económico de las empresas es mucho mayor del que pueden tener los individuos que adquieren los bienes y servicios que ellas ofrecen. Y es en el ámbito de las cláusulas abusivas previstas en los negocios celebrados entre consumidor y proveedor donde reviste mayor importancia las previsiones del ordenamiento, en búsqueda de restablecer el equilibrio contractual[76].

El precepto normativo en análisis contempla tres incisos que permiten determinar los parámetros para saber cuándo una cláusula es abusiva en régimen de protección del consumidor. Algunos de ellos se refieren a criterios generales y, otros, se refieren a cláusulas vejatorias en particular. Así, dentro de aquellas cláusulas que contienen criterios generales, la norma enumera como abusivas, en

primer lugar, las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones y, en segundo término, aquellas que importen una renuncia o restricción de los derechos de la otra parte. Luego, sanciona en particular las previsiones del contrato de consumo que limiten la responsabilidad por daños del proveedor, o que contengan cualquier precepto que imponga la inversión de la carga de la prueba[77].

Se considera adecuada la distinción efectuada por algunos miembros de la doctrina respecto de las cláusulas consideradas abusivas por la LDC, al señalar que esta norma introduce dos cláusulas abusivas (la limitativa de responsabilidad por daños y la que impone la inversión de la carga probatoria) que, al hallarse patentes o manifiestas en el texto contractual, su nulidad también será manifiesta e inexorable. En cambio, las restantes cláusulas del contrato discrecional o las condiciones generales, particulares o especiales cuestionadas en el contrato predispuesto requieren, para determinar si constituyen cláusulas abusivas, una investigación, lo que presupone que la nulidad no es manifiesta, sino que debe ser apreciada judicialmente[78].

II. a) Cláusulas que desnaturalicen las obligaciones de las partes.

En primer término, es dable determinar qué debe entenderse por cláusula que “desnaturalice las obligaciones”. Al respecto la doctrina, señala que esta previsión normativa implica que existe algo “natural” en el contrato que es modificado, pero este término debe ser entendido en el sentido de “normal”, es decir, el modelo que en la materia es consagrado por el derecho dispositivo. De esta forma, la normalidad del contrato va a estar determinada por el modelo que el legislador consideró razonable, y que suministra a las partes para que éstas lo tomen en cuenta. Es decir, si una cláusula se aparta del sistema de razonabilidad sin un motivo justificado, resultará irrazonable y, de esta forma, “desnaturalizará” las obligaciones a cargo de cada una de las partes del negocio[79].

En síntesis, se trata de la modificación injustificada del derecho supletorio, de manera que, mediante renuncia o limitación a los derechos del adherente, o ampliación de los derechos del predisponente, se altera el equilibrio contractual y las obligaciones correlativas del negocio. El derecho supletorio, pese a las derogaciones que su propia naturaleza autoriza, implica un cuadro jurídico en el cual pueden tener cabida la mayor parte de las convenciones, viniendo a ser a través de su función de orden un componente esencial del orden jurídico. De ahí que la regla según la cual las partes pueden apartarse de sus previsiones debe ser limitada cuando se trate de un apartamiento injustificado o abusivo[80].

II. b) Cláusulas que limiten la responsabilidad por daños

Esta previsión normativa considera abusivas las cláusulas que limiten la responsabilidad por daños que le incumbe al proveedor, tanto por el incumplimiento de la prestación principal (art. 10 bis LDC) como de la obligación de seguridad (art. 5 LDC), y también los supuestos daños ocasionados por vicio o riesgo de la cosa o del servicio (art. 40 LDC). Estas cláusulas, pueden llamarse de no responsabilidad, y parten de la idea de que el deudor de una prestación se exonera de reparar los daños que una ejecución imperfecta o una inejecución pudiera causar a la persona, a los bienes o a los intereses patrimoniales de su cocontratante. El proveedor, en uso de su poder de negociación, lleva a cabo un apartamiento del derecho dispositivo, haciendo recaer los riesgos en forma total o parcial sobre el consumidor[81].

Cabe señalar que antes de la introducción del régimen protectorio del consumidor, la existencia de estas cláusulas contractuales había sido criticada por la doctrina, principalmente por cuanto derivan claramente en abusos por parte de quien

detenta un rol predominante en el contrato, en perjuicio del adquirente de bienes y servicios. Se aludía a la contradicción interna que genera dar nacimiento a una disposición contractual, para después reservarse la facultad de no cumplirla[82].

Así como la ley preordena aquellos elementos configurativos de la responsabilidad civil, la voluntad contractual puede crear, en los límites que habremos de examinar, reglas que alteren las directivas legales, distinguiendo, separando o, si se quiere, diferenciando, la responsabilidad de las consecuencias que estrictamente se producirían ex lege. Aquí la cuestión radica en determinar si las partes pueden, antes del nacimiento del débito, estipular la exoneración de responsabilidad, entendido ello como que el incumplimiento de una de ellas no le obligue a indemnizar los daños y perjuicios ocasionados[83].

Antes de la vigencia de la LDC, las cláusulas limitativas de responsabilidad no estaban prohibidas en principio en el ordenamiento positivo argentino, salvo cuando se tratara de la dispensa del dolo, vedada por el art. 507 Cód. Civ. Luego, con el art. 37 de la ley 24.240, se estableció la nulidad de las cláusulas que limiten la responsabilidad por daños, pasando a estar genéricamente prohibidas este tipo de cláusulas en los contratos de consumo. Cabe mencionar que el CCyC en su art. 1743[84] también establece la invalidez de las cláusulas que liberan anticipadamente, en forma total o parcial, del daño sufrido por dolo del deudor o de las personas por las cuales debe responder.

La doctrina en un intento por conceptualizar a las cláusulas limitativas de responsabilidad, ha señalado que los contratos por adhesión a condiciones generales contienen cláusulas limitativas de responsabilidad, cuando el predisponente expresa que no responderá respecto del adherente por el daño que éste pudiese eventualmente sufrir, de tal suerte que debería responder, de no haberse insertado tal pacto, con abstracción del factor de atribución, en razón de que el móvil de la cláusula consiste en eliminar o disminuir los efectos generados en la responsabilidad civil[85].

No obstante, considerar acertada en forma general a la definición transcrita ut supra, el concepto debería incluir también a los contratos de consumo y a los negociados o paritarios, toda vez que las cláusulas abusivas también pueden estar presentes en dichos contratos. Lo manifestado encuentra apoyo en el concepto legal de cláusula abusiva plasmado en el art. 1119 del CCyC, que considera abusiva a aquella cláusula que, habiendo sido o no negociada individualmente, tiene por objeto o por efecto provocar un desequilibrio significativo entre los derechos y obligaciones de las partes.

II. c) Cláusulas que importen renuncia o restricción a los derechos del consumidor

En el análisis del inciso b del art. 37 LDC, la doctrina se ha preguntado si el precepto normativo se refiere a los derechos del consumidor contemplados en la normativa aplicable o a las previsiones del derecho dispositivo, concluyendo que lo dispuesto en este inciso de la norma bajo análisis se encuentra de una u otra forma contemplado en el inciso a, de forma tal que se trata prácticamente de una reiteración[86].

La cláusula será abusiva tanto cuando se modifiquen las normas supletorias aplicables al contrato, consagrando obligaciones que coloquen al consumidor en peor situación que la prevista en esas mismas normas, como también cuando la previsión contractual contraríe los derechos del consumidor contemplados en el ordenamiento legal[87].

La ley no dispuso un catálogo de derechos del consumidor. Para establecerlos hay que referirse a la propia ley, y a sus fuentes de integración legal (art. 3 LDC).

Siguiendo lo expuesto por la doctrina al respecto, se pueden enunciar que los principales derechos del consumidor son los siguientes: a) a un mercado de competencia razonable (ley 22.262); b) a la lealtad comercial (ley 22.802); c) a la información (arts. 4, 7 y cctes., LDC); d) a la seguridad (art. 5 LDC); e) a la protección de la salud e integridad física (art. 4 LDC); y f) a la garantía de los productos (arts. 11 y cctes. LDC). Estas previsiones, a su vez, se tiñen de los principios generales de buena fe, equidad y no abuso del derecho, que pueden ser factores de integración incorporando nuevas situaciones[88].

La regulación legal se propone construir un standard legal a favor del consumidor con base en los criterios interpretativos del art. 3 de la LDC. Para ello, las normas supletorias aplicables a los contratos de consumo no pueden modificarse consagrando circunstancias que coloquen al consumidor en peor situación que la prevista por ellas[89]. Por consiguiente, cualquier determinación contractual que signifique una ampliación a favor del proveedor de las facultades, que en virtud de esas normas le corresponden, tildará de abusiva dicha cláusula, siempre analizando la situación de manera contextual[90].

Cabe aclarar que la lectura del inciso en comentario puede llevar a la conclusión de que todos los derechos del consumidor son irrenunciables. Sin embargo, entiende la doctrina que esta afirmación sería excesiva porque conduciría a la paralización de toda negociación contractual. No es la sola renuncia, sino el resultado al que ésta lleva lo que ha de resultar abusivo. 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[91].

II. d) Cláusulas que entrañen la inversión de la carga probatoria en perjuicio del consumidor

El art. 37 inciso c de la LDC prevé también la abusividad de aquellas cláusulas que impongan la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor, en cualquier supuesto que esto se produzca. En los contratos de consumo, este tipo de cláusula se tiene por no convenida y es formalmente ilícita la cláusula por la que se consagre la inversión de la carga probatoria en perjuicio del consumidor, que deberá ser declarada nula por los jueces, atento su carácter manifiesto[92].

El principio general en materia de distribución de la carga de la prueba impone que cada parte compruebe los presupuestos de hecho que tornan aplicable la normativa que invoca (art. 377, CPCCN). Este sistema así expuesto puede resultar en algunos supuestos un poco rígido, toda vez que muchas veces a la víctima le va a ser muy difícil demostrar determinados presupuestos. Por ello, este principio ha sido flexibilizado sensiblemente por la doctrina autoral y jurisprudencial. En particular, en materia de derecho del consumo, cobran particular relevancia determinadas morigeraciones de la carga que importan un beneficio innegable para el consumidor en la prueba del hecho que invoca[93].

En este sentido, cabe traer a consideración lo dispuesto por el art. 53 de la LDC luego de la reforma introducida por la ley n° 26.361, que impone a los proveedores el deber de aportar al proceso todos los elementos de prueba que obren en su poder, conforme las características del bien o servicio, prestando la colaboración necesaria para el esclarecimiento de la cuestión debatida en el juicio. Claramente se trata de un deber de colaboración con el proceso, que se encuentra acentuado respecto del proveedor demandado en un proceso de consumo.

La inversión por el proveedor de la carga de la prueba que le incumbe en el marco del contrato de consumo puede producirse de dos formas distintas, a saber: a)

estableciendo una inversión directa de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor; o b) restringiendo las morigeraciones de dicha carga con las que cuenta éste último[94].

No caben dudas acerca de la ilicitud formal en el ámbito de los contratos de consumo, de la cláusula por la cual las partes contratantes pactan la inversión de la carga probatoria en perjuicio del consumidor, ello en razón de la existencia de una prohibición expresa al respecto en el estatuto consumeril. Sin embargo, resulta interesante analizar argumentos que evidencian que fuera del ámbito de la LDC e incluso en el marco de la contratación predispuesta, también reviste carácter ilícito este tipo de cláusulas.

La doctrina autorizada en materia procesal ha señalado que el fundamento concreto de la ilicitud de la cláusula de inversión de la carga probatoria estaba referido a que no podía exigirse al juez la observancia de un convenio sobre la prueba, pues éste se refiere a una actividad ajena (la actividad del juez) sobre cuya ordenación “no puede influir la voluntad de las partes sino en los casos en que la ley lo disponga expresamente”[95].

En igual sentido, se ha afirmado que los contratos sobre la prueba son aquellos que tienden a restringir la apreciación libre de la prueba por parte del juez, por ejemplo al admitir solo determinados medios de prueba, o al excluir ciertas especies de prueba, o al fijar la fuerza probatoria de algunos medios de prueba, o bien concluir de la existencia de ciertas circunstancias la verdad o la falsedad de determinados hechos. Se sostiene que estos contratos son inadmisibles y nulos porque significan una intromisión en la actividad del juez, y porque la convicción judicial no puede ser objeto de convenios entre las partes[96].

III. Efectos: La ineficacia de las cláusulas abusivas ¿Nulidad o Inexistencia de la cláusula? Alcances de la sanción

De la primera parte del precepto normativo en estudio se desprende que en los supuestos en que una cláusula sea considerada abusiva, la misma se tendrá por “no convenida”, expresión que ha generado en un momento cierta discusión acerca de la naturaleza y los alcances de la sanción legal prevista por el estatuto de consumo para este fenómeno contractual. Hoy, con la entrada en vigencia del CCyC esta cuestión parece superada en razón de que el art. 1122[97] del mencionado cuerpo legal establece que cuando el juez declara la nulidad parcial del contrato, simultáneamente lo debe integrar si no puede subsistir sin comprometer su finalidad, por lo que el ordenamiento argentino cuenta hoy con una norma expresa que establece que la sanción correspondiente a las cláusulas abusivas es la de nulidad.

Cabe recordar que, antes de la sanción del CCyC, algunos autores habían deslizado que, en razón de que el art. 37 de la LDC hacía referencia a que las cláusulas abusivas se tendrán por no convenidas, se trataba más que de un supuesto de nulidad, de un supuesto de inexistencia de la cláusula, quedando la cuestión últimamente planteada no bien el consumidor introducía la pretensión de inexistencia de la cláusula[98]. En términos generales, mientras el acto nulo es un acto jurídico viciado (por motivos que dan lugar a la privación de sus efectos), el acto inexistente no logra constituirse como acto jurídico, aunque aparente serlo, por ausencia de algún elemento esencial referente al sujeto, al objeto o a la forma. La inexistencia constituye una noción conceptual -no legal- que el ordenamiento argentino aplica a ciertos hechos, que no obstante tener la apariencia de actos jurídicos, no son tales, pues carecen de algún elemento esencial de ellos[99].

Como se manifestó anteriormente, la discusión respecto de si en materia de cláusulas abusivas la sanción es de nulidad o inexistencia parece encontrarse superada por el CCyC, no obstante ello, se puede afirmar que configura un supuesto de inexistencia, el caso de aquellas cláusulas respecto de las cuales, el consumidor o adherente no ha tenido posibilidad de conocer al momento de celebración del contrato, por no encontrarse éstas incorporadas al mismo, pudiendo ser calificada la ineficacia de dicha cláusula como derivada de su inexistencia, ello en virtud de que resulta imposible que el consumidor o adherente manifieste su consentimiento sobre una cláusula o disposición contractual que no pudo conocer.

Pacíficamente, la cuestión relativa a los efectos jurídicos que recaen sobre las cláusulas abusivas se decide por la nulidad de la cláusula y la conservación del contrato si es que éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas[100]. Argentina participa del criterio legal expuesto, dado que el efecto que sigue a la declaración de abusiva de una cláusula se halla constituido por la nulidad parcial del contrato, en razón de que se tiene por no convenida.

Cabe señalarse que, la LDC menciona dos cláusulas abusivas de carácter manifiesto, siendo ellas la cláusula limitativa de la responsabilidad por daños y la que establece la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor, por lo que se torna inexorable la declaración de nulidad de las mismas. En cambio, cuando se halle cuestionada la eficacia de cláusulas que no sean las enunciadas precedentemente, el juez deberá realizar un test de confrontación entre las cláusulas cuya legitimidad se cuestiona y las normas constitucionales, legales y principios generales. Ello constituye un control de legitimidad y equidad. Se trata de las cláusulas objetadas por desnaturalizar las obligaciones o por renuncia o restricción a sus derechos, por lo que requieren una investigación o apreciación judicial dado su carácter no manifiesto[101].

La nulidad constituye el instrumento jurídico de reacción frente al fenómeno en estudio, la misma consiste en la sanción legal con que el derecho positivo rechaza las cláusulas abusivas incorporadas al contrato. Implica la privación de los efectos propios del acto, de las consecuencias que la ley reputa queridas por las partes[102]. En cuanto a su esencia, participa de la categoría de las sanciones civiles, propiamente de las resarcitorias, que presididas por la idea de igualdad procuran recomponer la situación del damnificado por la infracción del deber jurídico, al statu quo ante[103].

El carácter absoluto de la nulidad es una cuestión aceptada por la doctrina mayoritaria en tanto la misma surge de violaciones del orden público contractual. Consecuentemente es aplicable de oficio o a petición de parte, y sería ab initio, imprescriptible[104]. Cabe decir que al tratarse de un supuesto de nulidad absoluta, implicaría que existe cierta amplitud respecto de los legitimados activos para demandar la nulidad de la cláusula reputada abusiva, ello pese a que el art. 37 de la LDC pareciera conceder legitimación activa solo al consumidor afectado para plantear la ineficacia de la cláusula abusiva.

En lo que respecta al alcance de la invalidez, es decir, la extensión material que ha de atribuirse a la sanción de invalidez jurídica, respecto del contenido del acto, cabe decir que el problema se plantea con motivo de que, componiéndose el negocio jurídico de una serie de cláusulas (condiciones generales, en los contratos celebrados por adhesión), al hallarse viciada solo una de estas partes de su contenido perceptivo, son abstractamente posibles dos soluciones diametralmente opuestas[105].

Entre las opciones se encuentra el mantenimiento de la invalidez con carácter parcial, limitada a aquella disposición del contrato, pero dejando incólumes a las otras, es decir, la nulidad parcial del negocio[106], o bien, el sometimiento al régimen de la invalidez, también a la parte sana del negocio, que aunque de suyo sería válida, viene a ser atrapada por la suerte de la cláusula viciada, configurándose la nulidad total del acto.

La sanción de nulidad que prevé la LDC para las cláusulas abusivas tiene carácter parcial, en razón de que alcanzará solamente a aquella cláusula o disposición particular del contrato, que se contraponga a lo establecido en el régimen tuitivo. El CCyC con lo establecido en su art. 1122, ha venido a reforzar esta solución, ya que en la mencionada norma se establece expresamente que “si el juez declara la nulidad parcial del contrato, deberá simultáneamente integrar el contrato, si no puede subsistir sin comprometer su finalidad”, lo que demuestra que el mencionado cuerpo legal se ha inclinado por conferirle carácter parcial a la sanción legal.

En base a lo expuesto, se observa que el CCyC, conforme lo establecido en la norma referenciada ut supra, ha adoptado el criterio que venía siendo sostenido por la doctrina, respecto de que a la hora de llevar a cabo la declaración de nulidad parcial de una cláusula contractual y su posterior integración, debe tenerse presente la finalidad práctica perseguida por las partes y la prevalencia del principio de conservación del negocio[107]. En este sentido, la doctrina ha afirmado que, en líneas generales, cuando el negocio puede existir -desde el punto de vista lógico y jurídico - aún sin el elemento viciado, habrá que atenerse a la particular finalidad perseguida por las partes, afirmando la validez de las restantes cláusulas del negocio no afectadas de nulidad, en la medida en que constituyan el mínimo contenido deseable con relación a todo el acto así como estaba proyectado[108]. En estas consideraciones descansa el acierto de la regla de la “incomunicabilidad de nulidad” que se corresponde con el principio de conservación del negocio[109].

En suma, puede afirmarse que, siendo el objetivo principal de la LDC, en tanto régimen protectorio de los consumidores y usuarios, brindar protección a éstos frente a situaciones de abuso, la solución legal frente a las cláusulas abusivas que surge tanto de la ley especial como del CCyC, resulta adecuada ya que lo que al consumidor le interesa es la obtención del bien o servicio contratado, despojado de aquellas disposiciones o cláusulas que pretendan instaurar un desequilibrio injustificado de los derechos y obligaciones de las partes. La solución legal se encuentra justificada, toda vez que el bien o servicio constituyen el fin práctico que tuvo en miras el consumidor a la hora de contratar, por lo que, como regla general, debe buscarse siempre la conservación del negocio.

Sin embargo, cabe señalarse que la inclusión de cláusulas abusivas puede acarrear también como sanción la nulidad total del contrato. Tal posibilidad está contemplada en el último párrafo del art. 37 LDC, como facultad exclusiva del consumidor, quien podrá optar entre demandar que el contrato sea privado totalmente de sus efectos o solo de modo parcial, según su conveniencia[110]. La facultad del consumidor de demandar la nulidad total del contrato, se condice con la idea de que lo esencial para conservar la subsistencia del contrato radica en que se mantenga vigente la finalidad práctica perseguida por el consumidor; si ella desaparece, ya no tiene sentido conservar el negocio jurídico, por lo que la introducción de la cláusula vejatoria implicará en esos casos la caída del contrato.

IV. Facultades del consumidor ante cláusulas abusivas: Legitimación activa

Como se adelantó anteriormente, la LDC establece la facultad del consumidor de demandar la nulidad del contrato o de una o más cláusulas. Esta previsión, juntamente con la facultad otorgada al magistrado de integrar el contrato cuando la nulidad es parcial, termina de darle forma al sistema de ineficacia de la cláusula abusiva en el contrato de consumo, de acuerdo a las disposiciones normativas del mencionado cuerpo legal[111].

La doctrina ha señalado que esta facultad conferida al consumidor es primordial, pues se aparta de la solución tradicional prevista en el derecho común para aquellos supuestos en que el negocio se encuentre viciado. Es así como, la nulidad del contrato, en general, traerá aparejada como sanción que se lo prive de sus efectos propios y, por ende, de la obtención del fin perseguido por la relación jurídica. Así, la ineficacia tiene por efecto la no obtención del propósito práctico perseguido por los contratantes. Pero esta solución, viable en el derecho común, no trae una solución adecuada en el ámbito de defensa del consumidor[112].

En este sentido se ha dicho que la razón por la cual el consumidor muchas veces se enfrenta a tener que contratar en condiciones claramente desventajosas es la necesidad que le genera, en el actual sistema de comercio de masas, contar con el bien o servicio que pretende adquirir. Ante ello, la posición preponderante del proveedor surge ante la imposición a su contraparte de la opción entre contratar en los términos por él establecidos -en numerosas ocasiones desventajosos -, o simplemente no celebrar la operación, viéndose privado el consumidor de obtener el bien o servicio que precisa[113].

La norma en análisis le posibilita al consumidor demandar la nulidad en forma parcial respecto de una o varias cláusulas en particular, que establezcan en el marco del contrato un desequilibrio injustificado entre los derechos y obligaciones de las partes, permitiéndole a la parte débil del contrato desestimar aquellas cláusulas que resulten vejatorias, pero conservar la vigencia del vínculo contractual a fin de poder alcanzar la finalidad práctica perseguida con el mismo. No obstante lo señalado, y conforme fue expuesto en el punto anterior la norma también confiere al consumidor la facultad de reclamar la nulidad total del contrato.

Ingresando en el análisis de la legitimación activa que confiere la norma en estudio para obtener la declaración de nulidad de una cláusula abusiva, resulta cuestionable que el mencionado precepto normativo parece solo otorgarle legitimación activa al consumidor, considerándose que en razón de encontrarse en esta temática involucrados derechos de incidencia colectiva, pueden constituirse en legitimados activos de acciones de nulidad de cláusulas abusivas, tanto las asociaciones de consumidores o usuarios, las autoridades de aplicación nacionales o locales, el Defensor del Pueblo e incluso el Ministerio Público Fiscal, lo que encuentra fundamento en los arts. 52 y 54 de la LDC e incluso los arts. 42 y 43 de la CN, que se analizarán más adelante en este trabajo, bastando por ahora señalar que una herramienta legal muy útil para hacer frente a la problemática de las cláusulas abusivas la constituyen las acciones colectivas, cuyo ejercicio se prevé expresamente en otros ordenamientos jurídicos[114].

V. La integración del contrato: Facultades del Juez.

La norma en análisis dispone en su última parte que el juez, cuando declare la nulidad parcial, simultáneamente integrará el contrato, si ello fuera necesario. Es por ello que en este punto se analiza la facultad integradora del juez, la cual persigue la finalidad de mantener vivo el contrato respecto del cual se ha declarado la nulidad parcial de alguna de sus cláusulas.

La facultad conferida al juez para llevar a cabo un control judicial de las cláusulas abusivas y, llegado el caso, desarrollar una tarea integrativa del contenido del mismo, pone de manifiesto que el mencionado tipo de contrato se trata de un supuesto que admite como regla general el control externo respecto de su contenido. La doctrina entiende que este tipo de controles son indispensables a los fines de restablecer el equilibrio, y que se logra mediante la supresión (cancelación) de las cláusulas a las que se les atribuya el efecto de desnaturalizar la relación contractual[115].

En los casos en los que se cuestione la eficacia de cláusulas que no sean las enunciadas expresamente por el art. 37 LDC, es decir, la cláusula limitativa de la responsabilidad por daños y la cláusula que importe la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor, la tarea del juez debe realizar un control de legitimidad y equidad. Se trata de las cláusulas objetadas por desnaturalizar las obligaciones o por renuncia o restricción a sus derechos, que requieren de una investigación o apreciación judicial dado su carácter no manifiesto[116].

Removida o neutralizada la cláusula del esquema negocial en razón de su ineficacia, es menester integrar el contenido del contrato para complementar la regulación contractual insuficiente, con base en la consideración del contenido negocial dispuesto por las partes en conjunto[117]. Para ello, el juez deberá regirse por las reglas y los principios del sistema de consumo, que establecen la aplicación de la solución más favorable para el consumidor (arts. 42 CN; 3 y 37 LDC)[118].

La labor integradora del intérprete es clave para sanear y hasta reconvertir el negocio afectado por la nulidad de alguna cláusula, de modo de aventar la posibilidad de que el acto caiga en su totalidad. Domina así una hermenéutica de preservación, propia del principio de conservación del contrato, en sintonía con el recaudo de que la ineficacia de la estipulación lo es “sin perjuicio de la validez del contrato”. Bajo esta óptica, algunos señalan que la integración también procede ante la impugnación de las cláusulas esenciales o principales del negocio, y no necesariamente secundarias o accesorias[119].

A los fines de ejercer correctamente su función de integración del contenido contractual, el juez interviniente deberá acudir a directivas de interpretación como la de a) relevancia de la finalidad práctica perseguida por las partes, b) la de prevalencia del principio de conservación del acto y su correlato el de la incomunicabilidad de la nulidad, y la c) divisibilidad de la prestación[120]. Cuando el negocio pueda subsistir -lógica y finalísticamente-, aun sin la cláusula viciada, habrá que atenerse a la economía del negocio o al propósito práctico perseguido por las partes, afirmando la validez del resto del contenido contractual no afectado, en la medida en que constituya el mínimo contenido deseable en relación con todo el acto, tal como estaba proyectado[121].

En el ejercicio de su función integradora, el magistrado deberá tener en mira también que el empresario, muchas veces, diseña el contrato de modo que la ineficacia de alguna de las cláusulas contempladas en él haga caer la integralidad del negocio, pues ello haría perder al consumidor el fin práctico que lo condujo a entablar la relación[122]. Es por ello que el proveedor no podrá plantear en su favor la ineficacia de la totalidad del negocio por los vicios alegados respecto de una cláusula en particular[123], ello en razón de que la facultad dispuesta por la norma en análisis, resulta a favor del consumidor, a fin de que éste evalúe si cuestionar la eficacia total o parcial del contrato, en función de si la consecución de los fines tenidos en cuenta a la hora de contratar, resulta posible con la declaración de ineficacia parcial de algunas cláusulas particulares.

En virtud de lo expuesto en este punto, la norma en análisis evidencia que el contrato de consumo resulta un tipo contractual que posibilita un cierto dirigismo contractual, en aras a favorecer el equilibrio de las prestaciones y la consecución de los fines prácticos pretendidos por el consumidor a la hora de contratar. El dirigismo que se observa en la contratación moderna, se justifica, -como se dijo anteriormente-, en virtud de que en la actualidad el contrato tiene un fin ético y social y no es solo un instrumento de realización de intereses económicos sino que tiene una dimensión distinta que debe conllevar a la realización del progreso económico, ético y social de las comunidades[124].

Capítulo 4: La finalidad del régimen de cláusulas abusivas y su distinción respecto de otros institutos jurídicos [arriba]

I. Finalidades de la regulación de cláusulas abusivas

En este apartado se abordará la cuestión atinente a las finalidades que persigue la regulación de las cláusulas abusivas, tal como se encuentra planteada dentro de la LDC. Se observará que los fines de la protección que brinda el régimen tuitivo frente a este fenómeno contractual resultan coherentes con los objetivos generales del microsistema de consumo, el cual busca proporcionar herramientas jurídicas que permitan hacer frente y brindar soluciones ante la situación de asimetría contractual imperante en la contratación de consumo. Se pretende básicamente que el consumidor o usuario en vistas de satisfacer sus necesidades básicas a través de la adquisición de bienes y servicios no resulte preso del abuso por parte de quien detenta una posición contractual de privilegio.

I. a) Preservación de la justicia conmutativa del contrato

Para desarrollar esta primera finalidad perseguida por la regulación de las cláusulas abusivas dentro de la LDC, es dable señalar que el referido cuerpo legal confiere una norma concreta que posibilita que, en el marco de un contrato de consumo, se configure un equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, es decir, un contexto en el que encuentre vigencia la justicia conmutativa.

Como se señaló anteriormente, la doctrina civilista moderna ha resignado el postulado del respeto absoluto al contrato negociado y de su inmovible fuerza obligatoria a partir de la autonomía de la voluntad de las partes. Esto no significa renegar de uno de los pilares de la teoría general de los contratos. Se trata de buscar que el contrato sea “justo”, pues, en definitiva el contrato debe ser un componedor de la justicia conmutativa. Cuando un acuerdo de voluntades no conduce al verdadero equilibrio entre las prestaciones, pierde su esencia, pues las partes contratan libremente para “recibir cada uno lo suyo” y la buena fe que debe estar presente en el momento de “hacer el contrato” conlleva la necesidad de restablecer la equivalencia de las prestaciones, evitar el abuso, condenar la mala fe[125].

Cabe recordar que dos son los fenómenos que exhibe el derecho privado patrimonial actual, que se hallan constituidos por la automatización del intercambio y la estandarización del contenido contractual. En orden a la contratación sistemática, los ordenamientos jurídicos deben intervenir desde “afuera” del contrato en punto a la preservación de la justicia conmutativa (control previo), o para restablecerla si ha sido conculcada (control judicial). La intervención del Estado tiene por finalidad la protección del polo débil de la relación (orden público de protección), entendido ello como “carente de poder de negociación”[126].

Se observa en la contratación moderna que el auge de los contratos de consumo, unido a la protección de la parte débil en la negociación, ha conducido a ampliar

las facultades de revisión de los jueces, a una búsqueda mayor del equilibrio negocial de la justicia contractual[127], lo que ha motivado el surgimiento de una nueva moral contractual mediante la intervención del juez en el contrato para hacer reinar un mínimo de equidad en las relaciones negociales[128].

En este sentido, puede concebirse que la regulación de las cláusulas abusivas introducida en el art. 37 de la LDC, constituye una disposición legal concreta que permite dejar de lado la voluntad de las partes expresada en un contrato de consumo, en los casos en que ello resulte necesario para equilibrar las prestaciones, generando así un ámbito propicio para la plena vigencia de la justicia contractual. Sin embargo, debe entenderse que no se procura un equilibrio aritmético o mecánico, sino una proporcional igualdad entre los derechos y obligaciones negociales, ya que si los contratantes fueran obligados a perseguir un equilibrio objetivo en todos los aspectos del contrato, una tercera persona debería determinar su contenido y ya no habría más lugar para la voluntad de las partes[129].

I. b) Protección del débil jurídico dentro de la relación contractual

El régimen regulatorio de las cláusulas abusivas en la LDC, constituye una clara demostración del propósito perseguido por el mencionado cuerpo legal, que aspira a brindar protección a la parte débil de la relación de consumo. Las normas en estudio configuran herramientas legales para tratar de solucionar un problema de asimetría contractual, que se presenta en la generalidad de los casos en la contratación de consumo, por lo que el régimen tuitivo busca favorecer el equilibrio sustancial entre las partes y la justicia contractual.

Cabe traer a consideración que para algunos autores la protección del denominado “débil jurídico”, no ha de limitarse solo al consumidor, sino que la contratación abusiva entre profesionales determina negocios ruinosos para el empresario débil, quien pone en juego la propia existencia de su emprendimiento, hiriendo la estructura del mercado y permitiendo una concentración de las actividades económicas que vacía la concurrencia[130].

No obstante la opinión referenciada ut supra, cabe señalar que a los efectos de la aplicación de la disposición del art. 37 de la LDC, a fin de plantear la ineficacia de una cláusula por abusividad, debe estarse frente a un contrato de consumo, por lo que quien invoque la aplicación de esta norma, deberá, en principio, revestir el carácter de consumidor en los términos de la ley, por lo que no resulta posible que un empresario pueda valerse de la citada norma para cuestionar la abusividad de los términos del contrato celebrado por él con otro empresario que detente una posición negocial más fuerte.

La situación planteada precedentemente parece encontrar ahora solución en el CCyC, que ha venido a regular las cláusulas abusivas en el marco de los contratos celebrados por adhesión a condiciones generales predispuestas, en cuyo caso no será menester revestir el carácter de consumidor o usuario para poder cuestionar la validez de aquellas cláusulas que importen un desequilibrio injustificado de las prestaciones, por lo que el empresario débil, en el marco de un contrato celebrado por adhesión con otro empresario, podrá plantear la abusividad de ciertas cláusulas, dentro de los límites que establece el art. 988 del CCyC.

En síntesis, puede decirse que la LDC, a través de sus disposiciones normativas, capta la posición de debilidad estructural del consumidor, en las relaciones de consumo, admite la insuficiencia de las reglas del mercado y de las normas del derecho tradicional, y diseña por ende un sistema jurídico de protección particularmente intenso, que pretende asegurar a quienes ocupan los planos

inferiores, su elevación hacia un punto de equilibrio respecto de los más fuertes[131].

I. c) Fin último: impedir la frustración del fin del contrato

Por último resulta importante destacar que la disposición legal en análisis, pone de manifiesto que el régimen tuitivo de los consumidores y usuarios, se preocupa especialmente porque el consumidor no vea frustrado su contrato por las condiciones abusivas que el proveedor haya introducido al mismo. Ello en razón de que lo importante es que el contrato le permita al consumidor alcanzar el fin práctico que tuvo en miras al momento de celebrarlo, esto es, el bien o servicio que éste requiere para satisfacer sus necesidades.

Lo manifestado surge palmariamente del texto del art. 37 de la LDC, toda vez que la referida disposición normativa establece que el consumidor tiene derecho a demandar la nulidad del contrato o de una o más cláusulas. Es decir, le confiere la posibilidad al consumidor de analizar si el contrato, desprovisto de los términos o condiciones que resulten abusivos, le sigue resultando un medio útil para alcanzar la finalidad que tuvo presente al momento de celebrarlo.

Refuerza lo expuesto el hecho de que la ley establece que ante la presencia de una cláusula abusiva la reacción consistirá en la nulidad parcial del contrato y posterior integración del mismo por el juez, en caso de que ello resulte necesario a fin de conservar el negocio jurídico celebrado, lo que pone de manifiesto que el régimen legal comprende que lo que le interesa al consumidor es acceder al bien o servicio procurado, pero, obviamente, sin estar sujeto a un contrato con condiciones abusivas, razón por la cual, siempre que sea posible, debe prevalecer el criterio por el cual deben conservarse aquellas cláusulas del contrato que resulten lícitas e integrarse las lagunas con las normas de derecho dispositivo.

El deber del juez de integrar la cláusula con el resto de los términos del contrato aún vigentes pone de relieve que el mismo deberá procurar como primera máxima la integración del contrato. Para ello, llevará a cabo un examen de confrontación entre estas cláusulas y las normas constitucionales, legales y los principios generales, conforme al art. 3 de la LDC, para determinar si corresponde integrar el contrato y si esta integración responde al contenido en que estaba proyectado a los fines de preservarlo y permitir que el consumidor obtenga el bien o servicio requerido[132].

II. Las cláusulas abusivas como un supuesto de infracción al principio de buena fe

Se ha señalado en doctrina que la cláusula abusiva comporta una transgresión a la buena fe en la celebración y ejecución de los contratos y, al mismo tiempo, revela un ejercicio antifuncional de los derechos subjetivos del predisponente, lo determinante para su calificación es el efecto que causa en la ecuación contractual[133], el que se revela como un desequilibrio injustificado en los derechos y obligaciones de las partes contratantes.

En igual sentido se afirmó que la utilización de cláusulas abusivas presupone una conducta de mala fe de quien las impone, que lleva a la ruptura del equilibrio contractual. En definitiva, se trata de respetar la “celebración y ejecución” del negocio de buena fe[134], principio consagrado expresamente en el art. 961 del CCyC[135].

Al analizarse la cuestión de las cláusulas abusivas en el marco de los contratos celebrados por adhesión a condiciones generales predispuestas, se sostiene que cuando una cláusula causa un perjuicio indebido al adherente debe decidirse en relación con el principio de buena fe. En opinión de la doctrina, el perjuicio

indebido por una parte y la contravención a la buena fe por el otro, son características típicas que no deben separarse una de otra, ya que se penetran mutuamente: si tiene lugar un perjuicio indebido del adherente solo se puede juzgar en base al fondo valorativo del mandato de buena fe[136].

La importancia de la cuestión aquí planteada, radica en determinar si la cláusula abusiva requiere desde un punto de vista caracterológico, que constituya una infracción a la buena fe o si, por el contrario, no se hace necesario imponer al consumidor que deba acreditar en juicio que el proveedor ha incurrido en mala fe al predisponer una cláusula abusiva. De ser ello así, autorizada doctrina considera que se constituiría una prueba de imposible producción ya que, la intención (dolo), constituye “un estado interno de ánimo no susceptible de pruebas directas” y, por tanto, no verificable[137].

Conceptualmente se sostiene que, a los fines de la identificación de una cláusula abusiva, basta con que cause, en detrimento del adherente/consumidor o en beneficio exclusivo del predisponente, un desequilibrio relevante entre los derechos y obligaciones de las partes, que se derivan del contrato[138].

En el derecho comparado, la tesis contraria surge de la Directiva 93/13 de la CEE (Hoy Unión Europea), la que en su artículo 3.1[139] define a la cláusula abusiva mediante la inclusión de dos presupuestos: a) la infracción a la buena fe a través de una cláusula que consagre un b) desequilibrio significativo en detrimento del consumidor. Tal como ha quedado redactada, motivó que se la interpretara en el sentido de que la cláusula es abusiva solo cuando determina un desequilibrio significativo que se halle en contraste con el principio de buena fe, de suerte tal que pareciera que la referida Directiva, a contrario sensu, admite que una cláusula que consagre un desequilibrio como el referido, pero que no infrinja la buena fe, podría no constituirse en abusiva[140].

Sobre esta cuestión particular se comparte la opinión de la doctrina, en el sentido de que el abuso que por sí implica una cláusula que fractura significativamente el principio de la máxima reciprocidad de intereses no requiere que, a su vez, importe una infracción al principio de buena fe. No obstante, la cláusula que importe en perjuicio del consumidor un desequilibrio manifiesto entre los derechos y obligaciones que derivan del contrato, presupone irrefragablemente mala fe del proveedor/predisponente, se considera que ello surge de la propia definición que brinda el art. 1119 del CCyC, que señala como abusivas aquellas cláusulas que tienen “por objeto o por efecto” provocar el mencionado desequilibrio, y que esa expresión ha sido señalada como “fin del acto”, y, si ello es así, la cláusula abusiva siempre es dolosa dado que la finalidad que le es inherente (provocar desequilibrio) presupone una acción intencional[141].

La infracción a las exigencias de la buena fe debe mantenerse como criterio autónomo de toda caracterización de la cláusula abusiva y como contenido de una cláusula general abierta, apta para la determinación del sentido y alcance de una cláusula y para establecer su efecto. Es decir, la remisión al principio de buena fe se hace operativa, es útil y se halla al servicio del intérprete en punto a la realización de un test de confrontación entre a) la cláusula de dudosa legitimidad, y b) el derecho dispositivo y la finalidad jurídico-económica del contrato[142].

En conclusión, puede presumirse que la introducción de cláusulas abusivas en un contrato de consumo implica una infracción al principio de buena fe contractual, dado que intrínsecamente persiguen la deliberada intención de dañar los intereses económicos del consumidor, pero ello no implica que tal extremo deba ser acreditado por el consumidor damnificado a fin de obtener la declaración de nulidad de la cláusula en cuestión, bastándole tan solo acreditar la existencia de

un desequilibrio significativo e injustificado entre los derechos y obligaciones derivados del contrato.

III. Las cláusulas abusivas como un supuesto de abuso de derecho: Distinción entre cláusula abusiva y ejercicio abusivo de una cláusula contractual.

La incorporación de cláusulas abusivas, tanto dentro de un contrato de consumo como de un contrato predispuesto, implica un ejercicio abusivo de la libertad de configuración, llevada a cabo por el proveedor o predisponente que ha dotado de contenido al mismo. Ese tipo de ejercicio abusivo de un derecho, no solo colisiona con las normas del ordenamiento jurídico que regulan la cuestión atinente a las cláusulas abusivas, sino que, en primer orden, implica un ejercicio abusivo del derecho, reprobado por los arts. 10[143] y 958[144] del CCyC.

Es importante destacar que la libertad de configuración a la que hacemos referencia en el párrafo anterior, tiene un sentido particular en los contratos concluidos por adhesión y en los de consumo, que resulta distinto al que se le asigna en los contratos paritarios o discrecionales. Ello en virtud de que el sistema jurídico autoriza en los primeros que una de las partes predetermine el contenido del contrato, es decir, establezca el plan prestacional al que habrán de someterse las partes, lo que no es exactamente libertad de configuración, ya que el sistema consiente un rol preponderante del predisponente o proveedor al encomendarle la creación de la “ley para las partes” a solo uno de los centros de interés dentro del contrato.

La consagración expresa del abuso del derecho en el ordenamiento argentino vigente se ubica dentro del Título Preliminar del CCyC, lo que reviste importancia en virtud de que las normas incorporadas en el mismo cuentan con una proyección sobre la totalidad del ordenamiento jurídico argentino, cumpliendo las mismas, en muchas ocasiones, la función de ser parámetros interpretativos de notable trascendencia para decidir acerca de la legalidad de determinadas relaciones jurídicas.

En este punto, es importante efectuar una distinción respecto de lo que debe entenderse por cláusula abusiva, de aquellas circunstancias en las que se lleva a cabo un ejercicio abusivo de una cláusula contractual, que, por sí misma, no reviste el carácter de abusiva, y que, de haber sido ejercida en forma regular la facultad consagrada por la cláusula contractual, no se configuraría un supuesto de abuso de derecho.

El ejercicio de un derecho entrará en el terreno de lo que la ley toma por “abusivo” cuando se incurra en alguna de las hipótesis previstas por la ley para calificarla de esa manera. Y, cuando esto ocurre, se ingresa en el terreno de la ilicitud, dado que se verifica una conducta contraria a la ley. Por eso, el ejercicio calificado como “abusivo” respecto de una facultad que, por lo demás, es legal, importa una conducta ilícita y, con esta ilicitud, se está frente a uno de los requisitos necesarios para no darle amparo a dicha conducta y, de ser el caso, para proceder a la reparación del daño que se haya ocasionado[145].

Corresponde traer a consideración lo señalado por la CSJN en un reconocido precedente jurisprudencial[146], en el que afirmó que es necesario distinguir entre el derecho y el ejercicio del mismo, ya que una cosa es que el derecho estipulado a favor de una de las partes sea abusivo y otra distinta es establecer que ese derecho fue ejercido en forma abusiva. Lo señalado resulta de vital importancia, ya que en muchas cláusulas contractuales se confieren facultades a las partes contratantes, que, por sí mismas, no resultan abusivas, pero muchas veces son ejercidas en forma abusiva por sus titulares.

En este sentido, el fallo referenciado ut supra, señala que cuando la teoría del abuso del derecho es utilizada para privar de efectos a una cláusula contractual, su uso debe ser restrictivo; solamente cuando aparezca manifiesto el antifuncionalismo debe acudir a este remedio excepcional[147]. Asimismo, en el caso concreto se consideró que la cláusula de rescisión unilateral sin causa no resulta ilícita, en la medida en que se encuentre estipulada a favor de ambas partes contratantes, pero el ejercicio de dicha facultad debe analizarse de acuerdo a las circunstancias particulares del caso, a fin de determinar si se incurrió en un ejercicio abusivo de la facultad rescisoria.

Es importante tener presente lo manifestado en los párrafos precedentes, en razón de que, si bien la introducción de cláusulas abusivas en el marco de un contrato de consumo o predispuesto ha de considerarse como un ejercicio abusivo de la libertad de configuración del contrato, por parte de quien detenta mayor poder de negociación en el mismo, existen otros supuestos en los que una cláusula contractual valorada en abstracto puede resultar lícita, pero apreciando las circunstancias particulares en las que la facultad conferida por la misma fue ejercida, puede llegarse a la conclusión de que hubo un ejercicio abusivo del derecho, el que, a la luz de las disposiciones normativas citadas, resultará igualmente reprobado por el ordenamiento argentino.

Capítulo 5: Los mecanismos de control de las cláusulas abusivas [arriba]

I. Control de cláusulas abusivas: Clases

El control ejercido por el ordenamiento jurídico respecto de las cláusulas abusivas pone de manifiesto el creciente cambio en la concepción del contrato, la que, como manifestamos anteriormente, se asienta actualmente sobre la concepción social-humanista. Ello se contrapone a lo que ocurría durante la concepción liberal del contrato, en donde las partes manifestaban su voluntad en libertad, no solo en lo atinente a la decisión de contratar o no, sino en lo relativo al contenido del contrato, que solo se enfrentaba con las exclusivas restricciones resultantes de su oposición al orden público y la moral. La seguridad en el tráfico jurídico era el principio que dominaba por sobre el de la justicia en el caso concreto, de forma que no era factible que el contrato fuera objeto de revisión[148].

Antes de la sanción de la LDC en el año 1993, frente a la orfandad legislativa en cuanto a una regulación específica del control sobre las cláusulas predispuestas, debía ser el poder jurisdiccional el llamado a cumplir un rol esencial de control, en ocasiones dirigiendo su pronunciamiento a la declaración de ineficacia del contrato o de alguna de sus cláusulas. En este caso su pertinencia devenía legítima por razones fundadas en el ejercicio abusivo del derecho, en el desvío de la finalidad económico-social perseguida[149], en el exceso a los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres, o cuando la condición predispuesta contrariaba una norma imperativa[150].

La doctrina señala que existen tres clases de control respecto de las cláusulas abusivas: a) el control administrativo: a través del cual el Estado vigila que las cláusulas generales tengan un contenido equitativo, sometiéndolas a una aprobación previa a su lanzamiento; b) el control judicial: llevado a cabo por el juez, quien ante un abuso del predisponente revisa las condiciones generales, modificando el contenido del contrato para adecuarlo a la buena fe contractual y; c) control legal: en este caso es la ley la que establece garantías, impone deberes al predisponente y describe conductas prohibidas. A través del control de cláusulas abusivas, el derecho es un correctivo de las aspiraciones individuales[151].

I. a) El control establecido por la Ley de Defensa del Consumidor.

El control judicial de las cláusulas abusivas se encuentra regulado en el marco de la LDC, en el art. 37, el que ya fue analizado en los acápites precedentes, por lo que en este apartado se abordará la cuestión atinente al control ejercido por la autoridad de aplicación, el que, como se verá, no se limita tan solo a los contratos de consumo sino también se extiende sobre los contratos por adhesión a condiciones generales predispuestas. A su vez se analizará en este acápite, lo atinente a los contratos tipo, que requieren autorización de un ente distinto a las partes que autorice al mismo.

La LDC en su art. 38[152] establece que la autoridad de aplicación vigilará que los contratos de adhesión o similares no contengan cláusulas abusivas y que la misma atribución se ejercerá respecto de las cláusulas uniformes, generales o estandarizadas de los contratos hechos en formularios, reproducidos en serie y en general, cuando dichas cláusulas hayan sido redactadas unilateralmente por el proveedor de la cosa o servicio, sin que la contraparte tuviere posibilidad de discutir su contenido. Cabe agregar que antes de la entrada en vigencia del CCyC, la referenciada norma constituía la única disposición legal con la que contaba el ordenamiento jurídico argentino respecto de los contratos celebrados por adhesión a condiciones generales predispuestas.

La tarea de control de las cláusulas abusivas en los contratos por adhesión, no se desarrolla únicamente con anterioridad a la celebración del contrato en particular, sino también durante la etapa de cumplimiento del contrato, y también una vez generado el conflicto entre las partes de la relación jurídica[153]. Se comparte la opinión respecto de que la pauta principal a tener en cuenta para considerar que un determinado contrato se encuentra incluido en las previsiones de esta disposición se revela en la última parte del art. 38, donde se establece expresamente que, en general, se encuentran incorporados los contratos cuando las cláusulas hayan sido redactadas unilateralmente por el proveedor de la cosa o servicio, sin que hayan mediado posibilidades de discutir su contenido[154].

La autoridad de aplicación a nivel nacional de la LDC es la Secretaría de Industria y Comercio, quien actúa concurrentemente con las jurisdicciones locales en las tareas de control y vigilancia del cumplimiento de la ley. La administración, en uso de las facultades conferidas por el ordenamiento, tiene por función primordial la de vigilar y cuidar que los contratos por adhesión no contengan cláusulas abusivas. Ese control, a su vez, puede producirse por tres vías, previstas expresamente en el ordenamiento que rige la materia: a) de oficio; b) por denuncia de quien invoque un interés particular; c) en virtud de la denuncia que efectúen las asociaciones de consumidores en defensa del interés general de que los contratos por adhesión no contengan cláusulas abusivas[155].

Conforme lo dispuesto por la norma antes referenciada, la autoridad de aplicación se encuentra autorizada para llevar a cabo el ejercicio de una facultad legal que la legitima para declarar o denegar un derecho, haciéndolo a través de una actividad administrativa de contenido jurisdiccional. A su vez, la debida intervención judicial se encuentra amparada en virtud de lo previsto por el art. 45 LDC, cuando prevé la posibilidad de cuestionar por la vía del recurso de apelación ante la justicia contencioso administrativa la decisión adoptada por el órgano de contralor[156].

Por otra parte, el art. 39[157] de la LDC establece una obligación legal de las entidades que aprueben los llamados contratos tipos, - cuando éstos requieran aprobación de la administración-, de forma tal que dichas entidades deberán llevar adelante las tareas necesarias para adaptar estos contratos a las previsiones del régimen tuitivo, excluyendo toda cláusula que resulte contraria a su ordenamiento[158]. Esto pone de manifiesto que la LDC también establece un

control de las cláusulas de algunos contratos tipo específicos, por parte de determinadas autoridades administrativas, las que deben adaptar el contenido contractual a pedido de la autoridad de aplicación en caso de que se observe la presencia de cláusulas abusivas.

La disposición normativa citada ut supra regula específicamente el caso de los llamados contratos autorizados, que requieren la intervención de un ente distinto de las partes que autorice el contrato tipo[159]. En estos casos el contrato no puede ser predispuesto a libre voluntad del empresario, sino que requiere previamente la autorización administrativa correspondiente. A título ejemplificativo de estos contratos tipos se pueden mencionar a los contratos de seguro que deben ser aprobados por la Superintendencia de Seguros de la Nación y a los contratos de capitalización y ahorro para fines determinados que deben serlo por la Inspección General de Justicia.

Queda claro que la disposición normativa en análisis obliga a la autoridad que apruebe el contrato en cuestión, a adaptar las previsiones del tipo autorizado a los términos del estatuto del consumidor, excluyendo las cláusulas que resulten abusivas y vejatorias, tarea que puede ser cumplida de oficio o por solicitud de la autoridad de aplicación, si bien la norma se refiere únicamente a la autoridad de aplicación[160].

Lo importante respecto de lo establecido en el art. 39 de la LDC, es determinar si el consumidor se encuentra facultado a impugnar las cláusulas o condiciones generales de los contratos autorizados por la autoridad administrativa correspondiente. Al respecto, se ha afirmado que la aprobación administrativa significa que el correspondiente órgano administrativo no tiene nada que oponer a dichas condiciones generales desde el punto de vista de los intereses por los que haya que velar; pero esa función de vigilancia, preventiva, no supone una delegación de facultades, que permita, sin más, elevar al plano legislativo las condiciones generales redactadas por un particular, ni que les dé eficacia para derogar las disposiciones legales que las contradigan[161].

En suma, el hecho de que el contrato deba ser autorizado por la autoridad correspondiente no controvierte a su naturaleza contractual, de forma tal que podrá igualmente ser cuestionado por el consumidor por la vía correspondiente[162]. Cabe manifestar al respecto, que el CCyC consagra expresamente esta solución legal, tanto para el control de cláusulas abusivas en los contratos por adhesión a condiciones generales predispuestas[163], como en los contratos de consumo[164].

I. b) La resolución n° 53/2003.

Es dable mencionar entre los mecanismos de control de cláusulas abusivas en el ámbito de los contratos de consumo, a la resolución n° 53/2003 dictada por la Secretaría de Industria y Comercio el 21 de abril de 2003, en ejercicio de las facultades conferidas por el art. 38 LDC. Mediante esta disposición, la autoridad de aplicación en la órbita nacional se propuso instrumentar un mecanismo que evite la inclusión de cláusulas leoninas en los contratos de consumo predispuestos, efectuando un control ex ante, y de características generales, de las cláusulas vejatorias que puede introducir el proveedor al contrato de consumo[165].

Lo dispuesto por la resolución en su art. 2[166] ha sido criticado por la doctrina, por cuanto delega en los proveedores la facultad de extraer de los instrumentos vigentes las cláusulas que resulten cuestionables. Se ha señalado que la resolución es un tanto inocente, más aún teniendo en cuenta las dificultades que, hasta la actualidad, reviste la aplicación del régimen tuitivo por parte de los proveedores.

En consecuencia, resulta harto discutible que sea aquel que incluyó entre las cláusulas del negocio la disposición que resulta abusiva quien deba interpretarla y excluirla del contrato[167].

A su vez, se criticó lo dispuesto en el art. 3 de la resolución, que dispone que ante el incumplimiento de lo establecido en la misma, el proveedor se torna pasible de las sanciones previstas en el art. 47 LDC. Acertadamente se ha dicho, que poco le puede importar al proveedor cumplir cuando la consecuencia de su incumplimiento sería, únicamente, la misma sanción que se le aplicaría en forma particular al ser analizada la cláusula vejatoria por el procedimiento administrativo contemplado en el art. 45 LDC[168].

I. c) Resolución 9/2004

Con el objeto de complementar lo dispuesto por la resolución n° 53/2003, la Secretaría de Coordinación Técnica dependiente del Ministerio de Economía y Producción dictó la resolución 9/2004 el 16 de enero de 2004, para ser aplicada a los contratos que tengan por objeto la prestación de servicios de medicina prepaga, servicio de comunicaciones móviles y servicios financieros y/o bancarios.

La resolución en análisis cuenta con tres anexos, en los que se prevé la enunciación de supuestos de cláusulas contractuales, que de encontrarse presentes en los contratos que tengan por objeto la prestación de servicios de medicina prepaga, servicios de comunicaciones móviles o servicios financieros o bancarios, se considerarán abusivas. Resulta objetable a la resolución el hecho de no haber subsanado las falencias de la resolución n° 53/2003, que habían sido señaladas en forma reiterada por la doctrina, las que tornan a este tipo de resoluciones en ineficaces, al delegar la función de contralor de las previsiones contractuales justamente en el sujeto que las incluyó en el contrato.

Es por ello que se sostiene la concepción de que la mejor forma de tutela del consumidor en la materia consiste en la intervención de la autoridad de aplicación en uso de las facultades conferidas por el art. 38 LDC, la que debe velar por efectuar un control eficaz de las cláusulas que resulten contrarias al régimen tuitivo[169].

I. d) La ley n° 25.065 de Tarjetas de Crédito: Análisis del art. 14

La ley n° 25.065 de tarjetas de crédito lleva a cabo en su art. 14[170] una enumeración de cláusulas que en el ámbito del sistema de tarjeta de crédito serán consideradas nulas, debiendo señalarse que esta disposición normativa implica una protección específica respecto del titular de la tarjeta de crédito frente a determinadas cláusulas contractuales que de encontrarse incorporadas en el contrato de adhesión al sistema de tarjeta de crédito serán pasibles de ser declaradas nulas.

Cabe señalar que las cláusulas enumeradas en la referenciada norma, encuadran a su vez como cláusulas abusivas en los términos de la LDC, como también de conformidad a lo establecido en el CCyC, siendo que éste último cuerpo legal ahora prevé una regulación específica de las cláusulas abusivas, aplicable no solo respecto de los contratos de consumo, sino también un régimen especial aplicable a los contratos celebrados por adhesión a condiciones generales predispuestas. Es decir, aún en el hipotético caso en que el contrato celebrado por el titular de la tarjeta y el emisor de la misma no sea considerado un contrato de consumo (Por ej.: tarjeta de crédito corporativa de un empresario), el titular de la tarjeta encontrará protección como adherente frente a las cláusulas abusivas, debiendo integrarse las normas de esta ley especial con las del código.

I. e) La Comunicación “A” 5460 BCRA.

La Comunicación “A” 5460 dictada por el BCRA el 19 de julio de 2013, destinada a brindar protección a los usuarios de servicios financieros, establece entre los puntos 2.3.8 y 2.3.8.8 una regulación específica de cláusulas abusivas, enumerando una serie de disposiciones contractuales que, en el marco de los contratos celebrados entre el usuario de servicios financieros y los sujetos obligados, se tendrán por no escritas.

En primer lugar, cabe decir que los ocho supuestos enunciados en la norma del BCRA, encuadran dentro de los supuestos de cláusulas abusivas que prevé la LDC en su art. 37. Ello en razón de que se alude, entre otras, a aquellas cláusulas que desnaturalicen las obligaciones del sujeto obligado, importen renuncia o restricción a los derechos del usuario de servicios financieros, o amplíen los derechos del sujeto obligado; las que establezcan la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del usuario de servicios financieros.

El resto de las cláusulas particulares enunciadas por la comunicación “A” 5460 pueden quedar aprehendidas también en la noción de desnaturalización de las obligaciones del sujeto obligado, o, en su caso, importan renuncia o restricción a los derechos del usuario de servicios financieros. No obstante, cabe resaltar que el punto 2.3.8.3 hace referencia a aquellas cláusulas que “por su contenido, redacción o presentación no sea razonable esperar que se las incluya por no guardar conexión con la naturaleza del contrato”, siendo importante remarcar que aquí la norma en análisis se anticipó al régimen legal imperante, toda vez que actualmente el CCyC incorporó dentro de los supuestos de cláusulas abusivas en contratos por adhesión a las llamadas “cláusulas sorprendentes”[171], que serán analizadas más adelante en este trabajo.

Capítulo 6: Las acciones colectivas frente al fenómeno de cláusulas abusivas [arriba]

I. La necesidad de una respuesta jurídica colectiva frente a las cláusulas abusivas

Es de imperiosa necesidad que el ordenamiento jurídico argentino sea capaz de brindar soluciones o respuestas jurídicas de índole colectiva frente a la problemática de las cláusulas abusivas, teniéndose en cuenta la naturaleza de los derechos involucrados, y, sobre todo resultaría de utilidad el diseño de mecanismos judiciales capaces de brindar una tutela preventiva frente a este fenómeno contractual.

Ya no complace ese amparo que no solo es exclusivamente individual, sino además estrictamente sucesivo y represivo (sea desancionatorio o resarcitorio), porque permanece incólume el riesgo a la comunidad, dado que la causa de la inequidad sobrevive mientras no sea desplazada[172]. La adecuada defensa del consumidor exige un esfuerzo particular que no se estanque en la previsión de los tradicionales mecanismos que neutralizan a posteriori los efectos de las cláusulas abusivas, sino que además se anticipen para prohibirlas y detenerlas, atacando el mal en su raíz[173].

II. Acciones colectivas:

En otros países, como Alemania con una ley de 1977, al disciplinar el régimen del control judicial de las condiciones generales, consagra en su § 13 la acción inhibitoria contra el predisponente de cláusulas abusivas[174]. Ante la ausencia en el ordenamiento argentino de disposiciones normativas en este sentido, resulta interesante analizar la posibilidad, en el marco legal vigente, de incoar acciones colectivas de índole preventiva para tratar de contrarrestar los eventuales daños

que el fenómeno de las cláusulas abusivas puede llegar a ocasionar sobre los contratantes débiles.

Planteado el interrogante acerca de si pueden entre nosotros operarse mecanismos jurisdiccionales preventivos que bloqueen la utilización de estipulaciones leoninas, cabe adelantar que autorizada doctrina ha esbozado una respuesta afirmativa, sobre la base de que el orden jurídico no tolera que el contrato se transforme en un instrumento engendrante de injusticias. Por ello es esencial remediar anticipadamente el abuso conformado por una condición negocial que, en contradicción con la ley o el orden público económico-social, fluye en provecho exclusivo de su predisponente y siempre carente de un contrapeso equilibrador. La importancia de los intereses colectivos del consumidor torna vital el afianzamiento prioritario de mecanismos judiciales cautelares, como un capítulo de la protección de los derechos fundamentales de la persona, explícita o implícitamente reconocidos por la Constitución Nacional[175].

La aparición de los llamados derechos colectivos o difusos, o derechos de incidencia colectiva, como los denomina la CN en el art. 43, obliga a buscar nuevas herramientas que permitan su real ejercicio y protección judicial. Un “amparo colectivo”, o sea, una institución funcional congruente con la entidad de los intereses a proteger[176].

Se comparte plenamente el criterio según el cual el silencio de la ley no obsta a la certeza sobre la vigencia en el derecho positivo argentino de un control preventivo de las cláusulas abusivas insertas en los contratos por adhesión, porque él deviene como consecuencia de una directiva de raigambre constitucional[177], de tinte amparador y que abraza operativamente toda la amplitud de los derechos de la persona. En caso contrario, si se legitima la falta de aplicación de las cláusulas programáticas por ausencia de reglamentación, quedaría planteada una lesión al principio de la supremacía de la Constitución[178]. Aquéllas deben en todos los casos operar como directivas, y entonces su eficacia puede ser también lograda directamente por los jueces, mediante una interpretación dinámica compatible con los principios constitucionales[179].

Un primer paso para la solución del problema de las cláusulas abusivas a través de las acciones colectivas consiste en atender la entidad grupal de los derechos de los consumidores. A partir de allí, calificados sus intereses como supraindividuales, queda institucionalizada una transformación que habrá de requerir, para la adecuada protección de estas nuevas prerrogativas, la adopción de remedios dotados también de naturaleza colectiva o difusa. La legitimación de las agrupaciones de consumidores reconocidas legalmente, del Defensor del Pueblo, el Ministerio Público y la autoridad de aplicación, para obrar en juicio en representación de la categoría interesada, es el modelo de tutela más idóneo y fue aceptado por los arts. 52 LDC[180] y el art. 43 CN. También se legitima colectivamente al consumidor “afectado”, para el inicio de acciones preventivas o sancionatorias[181].

Cabe mencionar que el art. 54 de la LDC, con la modificación introducida por la ley n° 26.361, regula aspectos de relevancia en lo que se refiere a las acciones de incidencia colectiva dirigidas a tutelar a los consumidores, por la protección de intereses colectivos o individuales homogéneos. La existencia de las acciones colectivas en el estatuto del consumidor actúa como medio fundamental para tutelar los derechos del consumidor, impidiendo que, debido a las complejidades que presenta para éste último la sustanciación de un juicio individual, se vea impedido de obtener la debida tutela de sus derechos[182].

Resulta importante efectuar una distinción entre lo que debe entenderse por derechos colectivos y por derechos individuales homogéneos. Al respecto la doctrina ha efectuado la distinción terminológica, señalando que los derechos colectivos propiamente dichos tienen la particularidad de ser indivisibles, por lo que solo pueden ser tutelados por medio de acciones colectivas, como lo es, por ejemplo, el derecho a gozar de un medio ambiente sano. En cambio, los derechos individuales homogéneos son los mismos derechos subjetivos tradicionales pero que, al pertenecer a varios sujetos por la misma causa, pueden ser ejercidos tanto en forma individual como colectiva[183].

No obstante haberse señalado en los párrafos precedentes quienes son sujetos legitimados activos en el ordenamiento argentino para incoar acciones colectivas, es importante agregar que en esta categoría de acciones aparece un nuevo concepto jurídico relativo a la legitimación, que es el de la representatividad adecuada. Consiste en determinar si el sujeto accionante representa apropiadamente al grupo en nombre del cual entabla la demanda colectiva[184]. Este examen de representatividad debe realizarse al inicio del proceso, y en caso de determinarse que el actor no es un representante adecuado para defender el derecho colectivo de que se trate, corresponde el rechazo liminar de la demanda[185].

Otra cuestión de radical importancia en los procesos colectivos es la de determinar los efectos de la sentencia ante los sujetos que no intervinieron en el proceso, es decir, definir la extensión subjetiva de la cosa juzgada. A diferencia de los procesos individuales, en los cuales la sentencia adquiere fuerza de cosa juzgada solo entre las partes, aquí el principio es el de la eficacia erga omnes de la sentencia, justamente por la naturaleza de los derechos que se debaten[186].

El Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica también establece este principio de eficacia de la cosa juzgada erga omnes, para el caso de derechos colectivos propiamente dichos, en su art. 33, el que sin embargo incluye una excepción: “En los procesos colectivos de que trata este Código, la sentencia hará cosa juzgada erga omnes, excepto cuando la pretensión fuera rechazada por insuficiencia de pruebas, caso en el cual cualquier legitimado podrá intentar otra acción con idéntico fundamento, si se valiere de nueva prueba”. La otra excepción a la extensión erga omnes de la cosa juzgada se da en el caso de rechazo de la demanda colectiva por derechos individuales homogéneos. En esta hipótesis, el sujeto que no participó del proceso colectivo podrá instar una nueva acción pero a título individual, ya que de lo contrario se estaría vulnerando su derecho de defensa en juicio[187].

En el régimen del ordenamiento argentino, de acuerdo a lo establecido en el art. 54 LDC, los consumidores individuales se encuentran facultados por la mencionada disposición legal para apartarse de los efectos de la cosa juzgada, pero su facultad se encuentra limitada, por cuanto únicamente podrán hacerlo en aquellos supuestos en que hayan manifestado su voluntad en contrario con anterioridad al dictado de la sentencia[188].

Ante la posibilidad de utilizar las acciones colectivas como herramienta jurídica idónea para brindar protección a los consumidores frente al fenómeno de las cláusulas abusivas, cabe decir que la doctrina ha afirmado que aun en el marco de un régimen de control de las cláusulas abusivas basado en la legitimación de las asociaciones de consumidores es necesario resguardar la zona de reserva de la persona individual para que cada adherente pueda recurrir a los tribunales, si quiere, en forma aislada y singular[189].

La CSJN ha reconocido expresamente la viabilidad de las acciones colectivas como medio jurídico para reclamar la ineficacia de cláusulas contractuales abusivas, en el marco de contratos tipo celebrados con consumidores. En un reconocido fallo dictado por el mencionado Tribunal, se sostuvo que la procedencia de acciones que tutelan derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos requiere la verificación de una causa fáctica común, una pretensión procesal enfocada en el aspecto colectivo de los efectos de ese hecho y constatación de que el ejercicio individual no aparece plenamente justificado[190].

En el precedente jurisprudencial referenciado ut supra, entre los fundamentos para reconocer la legitimación activa de una asociación de consumidores para reclamar por vía de acción colectiva la ineficacia de una cláusula abusiva, se sostuvo que la acción prevista en los arts. 52, 53, 54 y 55 de la ley 24.240 no es estrictamente en amparo a favor de las asociaciones de consumidores y usuarios cuando resulten objetivamente afectados o amenazados intereses de los consumidores y usuarios, y no se ve impedida por la circunstancia de que algunos de ellos tengan un interés patrimonial diferenciado e incluso contrapuesto con el defendido por la asociación accionante, pues se contempla una vía por la cual esos intereses pueden ser puestos a salvo de la cosa juzgada mediante una oportuna petición de exclusión[191].

En conclusión, no caben dudas que la problemática de las cláusulas abusivas en los contratos de consumo requiere de soluciones de tipo colectivo, ello atento a los derechos de incidencia colectiva que se encuentran involucrados en la temática, y que los arts. 42 y 43 de la CN[192] y las acciones colectivas reguladas en la LDC pueden erigirse como una herramienta jurídica útil a tales fines.

II. a) La posibilidad de ejercerlas como tutela preventiva frente al fenómeno de las cláusulas abusivas

Existiendo certeza sobre la idoneidad de las acciones colectivas como medio para hacer frente al fenómeno contractual en análisis, resulta interesante observar la posibilidad de incoar tales acciones en forma preventiva, a fin de contrarrestar los eventuales daños que la introducción de cláusulas abusivas puede ocasionar al consumidor o usuario, razón por la que se hará hincapié en los argumentos jurídicos que se pueden extraer del derecho positivo argentino vigente, y que dan razones suficientes para afirmar la posibilidad de una tutela preventiva frente a esta problemática.

Tal como se sostuvo anteriormente, las cláusulas abusivas configuran un supuesto de abuso de derecho, implican un ejercicio abusivo de la libertad de configuración del contrato por parte del predisponente. Sobre el particular es importante recordar lo señalado anteriormente, respecto de que la libertad de configuración en los contratos por adhesión y de consumo, implica el ejercicio de una facultad que el sistema jurídico reconoce al predisponente o proveedor, de ofrecer a la contraparte el “plan prestacional” al que habrá de adherirse si ésta última desea contratar. No obstante, resulta evidente que el ejercicio de esa facultad jurídica no puede ser llevado a cabo en forma abusiva y en desmedro de los derechos de la parte débil de la relación contractual.

En este sentido, es dable mencionar que el CCyC establece una regulación específica de la temática del abuso del derecho, en su art. 10 dentro del Título Preliminar, expresando que la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos y que se considera tal el que contraría los fines del ordenamiento jurídico, o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres. A su vez, el citado precepto normativo agrega que el juez debe ordenar lo necesario

para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización.

La concepción del abuso del derecho consagrada en el CCyC, le otorga la facultad al juez de considerar como ejercicio abusivo del derecho, a cualquier conducta que contraríe los fines del ordenamiento jurídico en su totalidad. A su vez, el art. 2 del CCyC[193] ordena interpretar la ley de modo coherente con todo el ordenamiento, de manera tal que no puede sostenerse, por no contar el ordenamiento argentino con una disposición legal específica, que prescriba la posibilidad de ejercicio de acciones colectivas de manera preventiva frente a las cláusulas abusivas en contratos de consumo, que tal solución no resulte legalmente posible.

En argumentación de lo expuesto se puede afirmar que, teniendo en cuenta que el CCyC en su art. 10 establece expresamente la posibilidad de que el ejercicio abusivo del derecho ocasione daños resarcibles, puede concebirse a las acciones colectivas preventivas de cláusulas abusivas, como una especie de acción preventiva de daños, figura que si se encuentra regulada expresamente en el CCyC en el art. 1711[194], y que se corresponde perfectamente con una de las funciones de la responsabilidad civil que consiste precisamente en la prevención del daño[195].

La solución legal propuesta en el párrafo anterior se ve reforzada además por la circunstancia de que el CCyC reconoce expresamente los derechos de incidencia colectiva en su artículo 14[196], también dentro del Título Preliminar del código, lo que no resulta una cuestión menor, ya que al haberse adoptado esa decisión metodológica, ese precepto normativo presenta la particularidad de que sus efectos se propagan e influyen sobre todo el ordenamiento jurídico.

En este sentido, puede afirmarse que las acciones colectivas pueden ser ejercidas en forma preventiva frente a las cláusulas abusivas introducidas en contratos de consumo, pudiendo interponerse durante la etapa previa a que dichos contratos sean incorporados al tráfico negocial. Por lo tanto, y a los fines de poder sustanciarse en la práctica este tipo de acciones colectivas preventivas, aquellos entes autorizantes de contratos tipo, como ser los contratos de seguro, de capitalización y ahorro para fines determinados, contratos bancarios, etcétera, deben garantizar un acceso público a la información relativa al procedimiento administrativo de autorización de dichos contratos, a las asociaciones y demás entes que ejerzan la representatividad adecuada de los intereses de los consumidores y usuarios.

Además de las normas jurídicas citadas como fundamento para la viabilidad legal de las acciones colectivas de tipo preventivo frente a las cláusulas abusivas, cabe destacar que por sobre todas ellas, la fuente normativa principal que da sustento a lo afirmado se encuentra el art. 42 de la CN[197], por constituir el fundamento principal de la protección del consumidor en el derecho argentino, lo que no puede dejarse de lado en razón de que el art. 1 del CCyC, establece expresamente que la aplicación de las leyes debe llevarse a cabo conforme al bloque constitucional, resolviéndose los casos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos.

En función de lo expuesto en el párrafo precedente, atento a que el CCyC ordena interpretar la ley en conformidad con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional, constituye otro fundamento que torna posible la procedencia de acciones colectivas preventivas frente al fenómeno de las cláusulas abusivas en los contratos de consumo, lo dispuesto en el art. 25.1

de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que consagra el principio pro actione, al establecer que “toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”,

En síntesis, los argumentos jurídicos expuestos constituyen razones suficientes para afirmar la posibilidad legal, en el ordenamiento argentino vigente, de instaurar acciones colectivas en forma preventiva frente a las cláusulas abusivas en contratos de consumo. No siendo obstáculo para tal afirmación la ausencia de norma legal expresa que consagre tal facultad, en razón de que la naturaleza de los derechos involucrados, que gozan de protección en la CN y en tratados internacionales, y los nuevos criterios de interpretación de las leyes aplicables instaurado por el CCyC, posibilitan inclinarse por una solución legal en este sentido.

II. b) Análisis de la cuestión en el derecho comparado. El modelo europeo

Se considera oportuno llevar a cabo un análisis de la cuestión relativa a la protección de los consumidores y usuarios frente a las cláusulas abusivas que brindan otros ordenamientos jurídicos. Un buen espejo es el modelo europeo, donde la eficacia del sistema de protección del consumidor radica en el ejercicio de acciones judiciales colectivas, por ejemplo, en materia de cesación de cláusulas abusivas[198].

Al respecto cabe traer a consideración la recomendación mínima suministrada por la Directiva 93/13 de la CEE, la que en su art. 7.1 hace referencia a la necesidad de que “los Estados miembros velarán para que, en interés de los consumidores y de los competidores profesionales, existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores”. El eje directriz de la directiva apunta a la creación de normativas locales que tengan por objeto tutelar al débil jurídico de ilegítimas alteraciones en la relación sinalagmática. A partir de la referida directiva se han sancionado por parte de los países miembros de la UE normativas nacionales, a las que solo se hará referencia por su trascendencia y sus diferencias con Italia y España[199].

En Italia, el legislador ha previsto dos hipótesis de remedios. Uno de ellos, que podría enunciarse como reprobatorio, opera con relación al contrato singular concluido, que por contener una cláusula abusiva el consumidor queda habilitado para el ejercicio de una pretensión de nulidad parcial contra el profesional. El otro supuesto, el preventivo, se halla representado por las pretensiones inhibitorias colectivas ejercitables antes de la conclusión del contrato. Con carácter general, la tutela inhibitoria ha sido concebida en vista de dos resultados: uno se halla constituido por el cese de un comportamiento ilícito ya producido (reprobatorio); y el otro, consistente en la imposición al autor de la conducta disvaliosa de una obligación futura de no hacer (abstención) o de no producir conductas antijurídicas (preventivo)[200].

En este sentido, el art. 1469 sexies del Código Civil italiano admite una acción inhibitoria cuyo objeto reside en obtener un pronunciamiento judicial que disponga la inhibición del uso de condiciones generales juzgadas abusivas respecto de potenciales consumidores. Constituye presupuesto de la pretensión inhibitoria la mera difusión de las condiciones generales predispuestas por un profesional y que sean vejatorias, por lo que la acción puede ser deducida antes de la transposición de la cláusula al contrato particular. Cabe agregar que la legitimación activa de la

pretensión inhibitoria colectiva les viene atribuida a las asociaciones representativas de consumidores y de los profesionales, así como a la Cámara de Comercio, Industria, Artesanato y Agricultura[201].

En España, con la sanción de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación del año 1998, cabe afirmar que se reconocen legitimaciones colectivas y se consagran las acciones de cesación, de retractación y la acción declarativa respecto de las condiciones generales de contratación, las que en lo sucesivo serán analizadas.

La acción de cesación se encuentra prevista en el art. 12 inciso 2 de la mencionada ley y tiene por objeto obtener una sentencia por la cual se condene al demandado a eliminar de sus condiciones generales las que se reputen nulas y abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo[202]. Es decir, por intermedio de esta acción se demanda al profesional que incluye en los contratos cláusulas abusivas y se persigue que en los contratos presentes y futuros dejen de ser utilizadas, pudiendo ser ejercida en forma preventiva.

Por intermedio de la acción de retractación, regulada en el art. 12 inciso 3 de la mencionada ley, se pretende lograr una imposición al demandado, sea o no el predisponente, por la que se lo obligue a retractarse en la recomendación que haya efectuado de utilizar las cláusulas de condiciones generales que se consideren nulas y de abstenerse de seguir recomendándolas en el futuro. Suelen ser destinatarios de estas acciones las asociaciones de profesionales en razón de que tienden a recomendar o aconsejar la utilización de determinadas cláusulas.

Por último, el derecho español regula la acción declarativa en el art. 12 inciso 4, por medio de la cual se persigue que una determinada cláusula sea declarada como condición general y que consecuentemente se registre como tal en el correspondiente registro de condiciones generales previsto en el art. 11 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación.

En lo que respecta a la legitimación activa, el art. 16 de la ley en estudio señala que la referidas acciones podrán ser ejercidas por: a) asociaciones de empresarios, b) cámaras de comercio, industria y navegación, c) asociaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas y que tengan estatutariamente encomendada la defensa de éstos, d) el instituto Nacional de Consumo, e) los colegios profesionales legalmente constituidos y f) el Ministerio Fiscal.

En cuanto a la legitimación pasiva cabe señalarse que la acción de cesación procede contra cualquier profesional que utilice condiciones generales que se reputen nulas; la acción de retractación procede contra cualquier profesional que recomiende públicamente la utilización de determinadas condiciones generales que se consideren nulas y la acción declarativa procede contra cualquier profesional que utilice condiciones generales[203].

En síntesis y conforme lo señala la doctrina, puede afirmarse que las acciones colectivas de cesación, retractación y declaración, constituyen remedios de tipo preventivo, cuya actuación se proyecta en abstracto sobre las condiciones generales al margen de su empleo concreto en una relación negocial, operando de forma tal de evitar en el futuro la inclusión de condiciones generales que desequilibran el contenido negocial[204].

II. c) Las acciones colectivas en el Proyecto de Código Civil y Comercial

El Anteproyecto de CCyC redactado por la Comisión de Reformas, propuso una regulación específica sobre derechos colectivos, daños colectivos y acciones colectivas. En primer lugar puede marcarse que, en lo que respecta al art. 14 del

CCyC[205], contaba con un contenido mucho más extenso y descriptivo que el que tiene la norma vigente en la actualidad, a su vez, en su redacción original el Anteproyecto incluía una sección sobre los daños a los derechos de incidencia colectiva, que ha sido suprimida por el Poder Ejecutivo nacional, y que contenía: a) daño a los derechos de incidencia colectiva (art. 1745) y legitimados para accionar; b) daño a derechos individuales homogéneos (art. 1746) y legitimados para accionar; c) presupuestos de admisibilidad (art. 1747) para el reconocimiento de la legitimación en los procesos; d) alcances de la sentencia; cosa juzgada (art. 1748)[206].

El Poder Ejecutivo efectuó observaciones al Anteproyecto de CCyC, mediante las cuales eliminó toda la regulación pormenorizada de los derechos colectivos, pasando solo a consignarse la enunciación de este tipo de derechos, incluyendo los de incidencia colectiva, tal cual como se encuentran hoy en el art. 14 CCyC[207]. Esta circunstancia llama la atención, en razón de que la categoría de derechos de incidencia colectiva se encuentra reconocida por la CN en su art. 43, y su extensión había sido desarrollada por la CSJN en el fallo Halabi, por lo que no se comprende la decisión de cercenar la regulación que sobre los mismos proponía el Anteproyecto.

Es importante destacar, que el modo eficaz de proteger jurídicamente los derechos de incidencia colectiva es a través de acciones preventivas y resarcitorias de los daños colectivos. Es por ende, materia de derecho de daños, que debe ser regulada por el CCyC. En concordancia con lo señalado por autorizada doctrina, cabe afirmar que si el Proyecto reconoce los derechos colectivos, no puede dejar de regular también lo atinente a daños colectivos y acciones colectivas. Pues es ilusorio reaccionar frente a los daños colectivos a través de herramientas de fondo y las consecuentes acciones tradicionales, que son propias de derechos individuales. Reconocer los derechos colectivos, pero impidiendo que se regulen los mecanismos adecuados para su implementación, es lo mismo que negarlos[208].

Lamentablemente el PEN adoptó la decisión de eliminar toda referencia a las acciones individuales homogéneas, cuestión relevante para facilitar la indemnización de los daños sufridos a esos derechos, lo que ha motivado críticas de la doctrina en razón de que el Estado debe suministrar estructuras legales coherentes e idóneas para facilitar el ejercicio y la defensa de los derechos fundamentales previstos en los arts. 42 y 43 de la CN[209].

Resulta absolutamente cuestionable la decisión adoptada por el PEN, sobre todo trasladando sus efectos a lo beneficioso que podría haber sido para el régimen de cláusulas abusivas incorporado al CCyC, contar a su vez, en el mismo cuerpo legal, con una serie de disposiciones legales concretas que regulen la cuestión de los daños a los derechos de incidencia colectiva, a los individuales homogéneos y los legitimados para accionar ante tales daños, la representatividad adecuada de los entes que pretendan ejercer las acciones colectivas y los efectos de la sentencia en los procesos colectivos. Ello en razón de que la consagración de ese tipo de normas en el CCyC redundaría en mayor seguridad jurídica, ya que la procedencia de las acciones colectivas y la legitimación activa de determinados entes que las ejerzan dejaría de estar sujeta a la discrecionalidad judicial en la interpretación de las normas aplicables.

No obstante lo señalado ut supra, y conforme se afirmó en el punto anterior, la ausencia de una disposición legal expresa no es óbice a la procedencia y admisibilidad de las acciones colectivas para obtener la declaración de ineficacia de las cláusulas abusivas en los contratos de consumo, ello en virtud de que su fundamento último se encuentra en los arts. 42 y 43 de la CN, lo que se ve

reforzado a su vez con el criterio de aplicación e interpretación de las normas que se encuentra establecido en los arts. 1 y 2 del CCyC, los que ordenan resolver los casos e interpretar la ley de conformidad con la Carta Magna y los tratados de derechos humanos, siempre de un modo coherente con todo el ordenamiento jurídico.

Capítulo 7: La regulación de las cláusulas abusivas en el Código Civil y Comercial de la Nación [arriba]

En este capítulo se abordará en concreto la regulación del fenómeno de las cláusulas abusivas contractuales que brinda el CCyC, la que, como se adelantó en diversos pasajes de este trabajo, presenta novedades respecto del régimen regulatorio anterior. Precisamente una de las cuestiones más sobresalientes del nuevo régimen legal la configura el hecho de que el ámbito de aplicación material del mismo se ha visto ampliado hacia otro tipo de contrato además de los contratos de consumo.

1. El Código Civil y Comercial de la Nación: La ampliación del ámbito de aplicación del régimen de cláusulas abusivas

En primer lugar, cabe señalar que el CCyC ha previsto tres tipos de contratos, el discrecional, el celebrado por adhesión a cláusulas generales predispuestas y el contrato de consumo, ello no significa que en esencia esas tres modalidades difieran en cuanto a los fines que las personas en general buscan cuando deciden celebrar un contrato, esto es, la satisfacción de un interés o una necesidad patrimonialmente apreciable que las mismas tienen[210]. Al respecto la doctrina ha señalado que distinguir entre contratos discrecionales, por adhesión y de consumo constituye una de las principales clasificaciones modernas de los contratos[211].

En lo que respecta a los contratos por adhesión, como se manifestó anteriormente, éstos no contaban con recepción normativa en el Cód. Civ. derogado, existiendo como única mención o regulación legal a este tipo contractual en el art. 38 de la LDC. Por lo tanto, resulta destacable que el CCyC haya tomado la decisión de incluirlos con un régimen específico en el nuevo ordenamiento.

Entre las cuestiones más destacables de la regulación legal de los contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales predispuestas, se encuentra su régimen específico en materia de cláusulas abusivas, lo que resulta toda una novedad en razón de que esa temática contaba con un ámbito de aplicación exclusivo en los contratos de consumo. En virtud de ello, con anterioridad a la entrada en vigencia del CCyC, un sujeto no podía plantear la ineficacia de una cláusula contractual, con fundamento en el art. 37 de la LDC, sin previamente acreditar que dicha estipulación se encontraba inserta en un contrato de consumo, lo que configuraba un valladar legal para que los empresarios o incluso las PyMES cuestionasen determinadas disposiciones de sus contratos de adhesión celebrados con proveedores.

Lo señalado ut supra, implica un reconocimiento a la ampliación del ámbito material de aplicación del régimen de cláusulas abusivas en el CCyC, que al prever en su art. 988 supuestos aplicables a los contratos por adhesión, pareciera tornar posible que incluso en contratos celebrados por adhesión en los que ambas partes revistan el carácter de empresarios o de entes societarios regulados por la ley general de sociedades n° 19.550, o en los celebrados entre un empresario y una sociedad puedan plantearse situaciones de ineficacia de cláusulas, por resultar las mismas generadoras de un desequilibrio injustificado en las prestaciones de las partes.

II. Método de enunciación de cláusulas abusivas adoptado por el CCyC y en el derecho comparado

Inicialmente cabe aclarar que si bien el CCyC regula sobre cláusulas abusivas en los contratos por adhesión en su art. 988[212], cabe aclarar que la regulación se completa posteriormente, en el Título III que regula los contratos de consumo, con el concepto mismo de cláusulas abusivas plasmado en el art. 1119[213] del mencionado cuerpo legal.

En el análisis de lo establecido en el art. 988 CCyC, la doctrina ha remarcado que el mencionado precepto normativo establece dos supuestos en que las cláusulas se tendrán por no escritas, alude a dos cláusulas abiertas en las que el código optó por reproducir el texto del art. 37, incisos a) y b) de la LDC[214], pero con una mejora ostensible.

Sobre el particular, cabe señalar que si bien es cierto que existen diversos sistemas de control sobre las cláusulas abusivas, el que mejor satisface, por su plenitud, un sistema de control judicial es aquel que a) incluye una cláusula abierta, b) un elenco de cláusulas nulas de pleno derecho y c) otros de cláusulas factibles de ser declaradas nulas luego de una apreciación judicial. Las dos últimas deberían ser contenido de listas que deberán incluirse en la ley[215].

La cláusula abierta se caracteriza por tratarse de una disposición legal de carácter imperativo, que tiene por objeto o por efecto el control de legitimidad directo de los preceptos de autonomía que integran el contrato. Su contenido halla fundamento en la preservación de la equidad y en el principio de buena fe, en el equilibrio del sinalagma, en las reglas especiales que gobiernan el derecho dispositivo, en la intangibilidad de los derechos de los consumidores en tanto débiles jurídicos, y en la finalidad misma del contrato tal como las partes lo han tenido en vista al concluirlo. Operan como una red de protección en tanto impiden que se evadan aquellas hipótesis no incluidas en los elencos de cláusulas calificadas como abusivas, y dada su amplitud, presupone que las listas de cláusulas -negras o grises - sean meramente indicativas[216].

La mejora ostensible que lleva a cabo el CCyC al plasmar las cláusulas abiertas que determinarán la abusividad en los contratos celebrados por adhesión a condiciones generales, se observa en el hecho de que el art. 988 del referido cuerpo legal identifica expresamente como cláusulas abusivas a aquellas que “desnaturalicen las obligaciones del predisponente”. Como se advierte, la LDC refiere a “las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones...”, sin indicar a quién hacen referencia. En cambio, el código, con un criterio más realista, más sometido a los hechos que exhibe la realidad, indica inequívocamente que son cláusulas abusivas aquellas “que desnaturalizan las obligaciones del predisponente”. La expresión se refiere a dos hipótesis: a) ampliando los derechos del proveedor/profesional con daño al consumidor; y b) modificando, en su favor y en algún sentido, la obligación a la que se ha comprometido el proveedor/profesional[217].

Lo dispuesto en el inciso b del art. 988, que señala que constituyen cláusulas abusivas “las que importen renuncia o restricción a los derechos del adherente, o amplíen derechos del predisponente que resulten de normas supletorias”, resulta aplicable a las siguientes hipótesis: a) reduciendo o suprimiendo las cargas u obligaciones del proveedor/profesional y b) ampliando las cargas u obligaciones del consumidor. Y de todo ello resulte un desequilibrio significativo de los derechos y las obligaciones recíprocos de tal entidad que quede comprometido el principio de la máxima reciprocidad de intereses, al afectarse la relación de equivalencia[218].

En síntesis, el código en lo que respecta a la regulación de los contratos por adhesión, adopta un método de enunciación de cláusulas abusivas que se basa en el establecimiento de dos cláusulas abiertas, tendientes a englobar todos aquellos supuestos en los que se genere un desequilibrio injustificado de los derechos y obligaciones del predisponente o del adherente, y un supuesto concreto de cláusula abusiva configurado por las llamadas cláusulas sorprendentes, que se analizarán más adelante.

A. Cláusulas abusivas en los contratos celebrados por adhesión a condiciones generales predispuestas:

A.1). Contratos por adhesión y su distinción respecto de los contratos de consumo

En el presente título se procede a realizar una conceptualización de los contratos celebrados por adhesión, efectuando una distinción de los mismos respecto de los contratos consumo, debiendo resaltarse que un mismo contrato puede revestir el doble carácter de ser de consumo y a su vez celebrado por adhesión a cláusulas predispuestas.

El contrato celebrado por adhesión es aquél en el que la redacción de sus cláusulas corresponde a una sola de las partes, mientras que la otra se limita a aceptarlas o rechazarlas, sin poder modificarlas[219]. En el mismo sentido se ha dicho, que es aquel en que la configuración interna del mismo (reglas de autonomía) es dispuesta anticipadamente solo por una de las partes (predisponente, profesional, proveedor, empresario, etcétera), de modo que si la otra decide contratar, debe hacerlo sobre la base de aquél contenido[220].

De las definiciones citadas, se deduce que la contratación predispuesta porta los siguientes caracteres: unilateralidad, rigidez, poder de negociación a favor del predisponente y el riesgo de tal circunstancia para consolidarlo a través de cláusulas inequitativas contrarias al adherente[221], como también se ve caracterizado por el hecho de que el esquema predispuesto tiene un destinatario genérico, el público consumidor o usuario y no va dirigido a persona determinada[222].

La doctrina señala que tal vez la unilateralidad sea uno de sus rasgos más característicos. La configuración interna del contrato viene modelada solo por una de las partes. Precisamente identificada como el predisponente, lo que significa que el adherente no participa en la redacción ni influye en su contenido. La rigidez del esquema predeterminado por el empresario significa que su contraparte carece del poder de negociación consistente en contar con la posibilidad de discutir o de intentar influir en la redacción del contrato o tan siquiera de una cláusula. La alternativa de que dispone el adherente consiste en no contratar, hipótesis excepcional, pues habitualmente se halla en estado de compulsión, del cual no puede sustraerse, pues necesita del bien o servicio que presta el predisponente[223].

Lo manifestado ut supra supone la existencia de un riesgo que consiste en que quien detenta el poder de negociación aproveche tal condición para reafirmarlo a través de cláusulas que, integrando la configuración interna del contrato, apuntalen la posición dominante de que disfruta el profesional. Por lo tanto, si el contrato por adhesión presupone desigualdad formal, y el desequilibrio es connatural a las formulaciones a tipos uniformes o constantes, es razonable que los controles (cualquiera de ellos) programados para bloquear el abuso o el desequilibrio deben ser suministrados desde afuera del contrato y su propósito debe conducir a restablecer la justicia contractual, o sea, un justo equilibrio de los intereses en disputa[224].

En lo que respecta a la distinción entre la contratación por adhesión y el contrato de consumo, cabe decir que los contratos celebrados por adhesión a condiciones generales se caracterizan por su modo de celebración[225], mientras que en los contratos de consumo, en cambio, la característica definitoria no es la adhesión, sino el consumo final[226].

Respecto de los contratos de consumo, se puede señalar que antes de la entrada en vigencia del CCyC, los alcances del mismo se encontraban delimitados exclusivamente por lo establecido en los artículos 1 y 2 de la ley 24.240, sin embargo, el nuevo cuerpo legal procede a conceptualizar al contrato de consumo. El art. 1093 del CCyC establece que contrato de consumo es aquél celebrado entre un consumidor o usuario final con una persona humana o jurídica que actúe profesional u ocasionalmente o con una empresa productora de bienes o prestadora de servicios, pública o privada, que tenga por objeto la adquisición, uso o goce de los bienes o servicios por parte de los consumidores o usuarios, para su uso privado, familiar o social.

Cabe tener presente que al referirnos a los contratos de consumo no estamos significando un tipo contractual determinado, sino que, por el contrario, se está haciendo alusión a una categoría que atraviesa de manera transversal prácticamente todo el universo de los contratos[227], resultando incalculable la cantidad de acuerdos que pueden revestir o no el carácter de contratos de consumo.

La distinción efectuada en este título resulta de importancia, toda vez que, atento a los cambios efectuados por el CCyC en el régimen de cláusulas abusivas, ya no resulta necesario en forma excluyente detentar la calidad de consumidor para poder plantear la nulidad de una cláusula contractual con fundamento en el carácter abusivo de la misma. Esta circunstancia pone de manifiesto la intención del código de velar por la vigencia de la justicia contractual y el principio de máxima reciprocidad de intereses en aquellos contratos, que se presupone que son ámbitos propicios para el desarrollo de situaciones de abuso por parte de quienes detentan una posición de preeminencia.

A.II). La libertad contractual en los contratos por adhesión.

En el ámbito contractual, el obrar voluntario del individuo está dirigido a crear una relación jurídica así como también a darle su contenido a través de la libertad jurídica. Todo contrato supone la existencia de libertad para contratar, que le permite al individuo celebrar o no el negocio jurídico, junto a una libertad contractual que se traduce en la libre determinación del contenido contractual[228].

No obstante lo expresado en el párrafo anterior, es necesario señalar que en la actualidad el poder de determinación contractual se ve superado por nuevas realidades como lo son la estandarización de las relaciones jurídicas, la uniformización del contenido contractual, los aprovechamientos por parte del contratante más fuerte, entre otras situaciones fácticas que se tornan evidentes en los contratos concluidos por adhesión a condiciones generales predispuestas.

El decaimiento de la libertad jurídica de los contratantes se manifiesta, por lo general, tan solo en uno de los sujetos de la relación jurídica contractual: en el aceptante que ahora se ha transformado en un simple adherente, al ver limitado su poder de determinación a contratar o no contratar. También se ha cercenado gravemente la decisión respecto del contenido de la relación jurídica creada por “acuerdo de voluntades”[229].

En el contrato concluido por adhesión a cláusulas predispuestas, en la negociación, sin duda la libertad se restringe en claro detrimento de lo previsto en el art. 958[230] y 990[231] del CCyC. Sin embargo no desaparece totalmente, pues la parte que decide contratar toma una decisión voluntaria no ya para determinar el contenido del contrato sino para decidir vincularse o no hacerlo[232].

Las particularidades de esta modalidad contractual conducen a afirmar que solamente a través de la intervención del Estado podrán solucionarse los grandes problemas originados en el tráfico negocial contemporáneo. La ruptura del equilibrio económico de los contratantes, el aprovechamiento de la parte más fuerte frente a las necesidades de un tomador de ofertas desprotegido, débil y carente de toda libertad de contratación así lo impone[233]. El nuevo régimen de cláusulas abusivas establecido para los contratos por adhesión representa claramente un medio de intervención externa en el contenido de estos contratos, por intermedio del cual, el Estado, pretende equilibrar la relación negocial garantizando la vigencia de la justicia conmutativa en el ámbito interno del contrato.

A.III). La incorporación de los contratos por adhesión al CCyC: Análisis de las disposiciones normativas.

En este punto se analizarán las disposiciones legales del CCyC contenidas en el Libro Tercero de los Derechos Personales, Título II de los contratos en general, Capítulo 3, Sección 2ª de los “contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales predispuestas”, profundizándose el estudio de aquellas normas específicas que regulan las cláusulas abusivas y el control judicial susceptible de ser ejercido sobre las mismas.

Art. 984. Definición.- El contrato por adhesión es aquel mediante el cual uno de los contratantes adhiere a cláusulas generales predispuestas unilateralmente, por la otra parte o por un tercero, sin que el adherente haya participado en su redacción.

Puede observarse en el precepto normativo transcrito ut supra la definición legal de contrato por adhesión a cláusulas generales predispuestas, y como surge de la misma, el CCyC alude al término contrato, por lo que suprime todo debate en torno a la naturaleza jurídica de su contenido, o sea, de las cláusulas predispuestas. En segundo lugar, cabe manifestar que se desprende de la definición la existencia de dos partes: por un lado, el predisponente, que es quien redacta el documento contractual o se sirve de la redacción efectuada por un tercero; y por otro, la contraparte del predisponente es el adherente que no participa en la creación del texto contractual ni influye en su contenido[234].

Art. 985. Requisitos.- Las cláusulas generales predispuestas deben ser comprensibles y autosuficientes.

La redacción debe ser clara, completa y fácilmente legible.

Se tienen por no convenientes aquellas que efectúan un reenvío a textos o documentos que no se facilitan a la contraparte del predisponente, previa o simultáneamente a la conclusión del contrato.

La presente disposición es aplicable a la contratación telefónica, electrónica o similares.

Sobre esta norma se ha expresado que el CCyC hizo prevalecer la legibilidad, la inteligibilidad y la completitud de la cláusula, de modo que para la comprensión de su lectura se haga innecesario un reenvío a otra cláusula. Sobre el particular, cabe señalar que la claridad se une a la legibilidad para que las cláusulas

predispuestas que contienen restricciones dirigidas al adherente no pasen desapercibidas y, para ello, deben aparecer destacadas del resto del documento contractual[235].

Resulta destacable que el nuevo orden legal expresamente disponga que se consideren como no convenidas aquellas estipulaciones que implican una remisión o reenvío a textos que no se faciliten al adherente con anterioridad o simultáneamente a la celebración del contrato. En este caso la ineficacia de esa cláusula puede entenderse que está dada por la falta de conocimiento de la misma, toda vez que no resulta posible manifestar consentimiento sobre algo que no se tuvo posibilidad de conocer al momento de contratar.

Cabe traer a consideración una crítica formulada al precepto normativo en análisis, en virtud de que omite como elemento prioritario y fundamental que las cláusulas predispuestas a las que adhiera el no predisponente deben resultar cognoscibles por él. Si bien puede entenderse que la comprensión importa el conocimiento, no siempre es ésta la conclusión, porque bien pueden serle expuestas sin que ello implique la posibilidad de acceder al conocimiento directo por el no predisponente. En todo caso, cabe destacar que bastaría con que el no predisponente tenga la posibilidad cierta de acceder a las cláusulas, aunque no se requiere que efectivamente las conozca[236].

Art. 986. Cláusulas particulares.- Las cláusulas particulares son aquellas que, negociadas individualmente, amplían, limitan, suprimen o interpretan una cláusula general. En caso de incompatibilidad entre cláusulas generales y particulares, prevalecen estas últimas.

Incluso en los contratos celebrados por adhesión a cláusulas predispuestas, la necesidad del giro del negocio o las particularidades que plantea la contraparte hace necesario que junto a las cláusulas generales predispuestas se negocie o incluya en el contrato una cláusula particular. Se trata entonces de una cláusula negociada o discrecional en un contexto predispuesto[237].

Las cláusulas particulares que tienen por fin sustituir, ampliar, suprimir o modificar una cláusula general, predominantemente traducen una expresión de voluntad que atiende al mecanismo tradicional en la formación del contrato. En ese caso, prevalecen por sobre la condición general que deviene derogada[238].

En la discrepancia entre una cláusula general y otra particular, habrá de atenderse a esta última, en razón no solo de que apunta a alterar, suprimir o aclarar el contenido de la primera, suministrándole un contenido más concluyente y concretamente adaptado al caso de que se trata, sino que es tarea relevante del intérprete no perder de vista que la cláusula manuscrita o mecanografiada se estipula al tiempo de la conclusión del contrato, mientras que la cláusula predispuesta general viene formulada previamente por el predisponente sin consideración al negocio concreto, por lo que cabe concluir que la regla de autonomía particularmente concertada revela la auténtica y real intención de las partes de derogar, en el caso singular, la cláusula general redactada por el profesional uniformemente para sus futuros contratos[239].

Asimismo, se afirma que el CCyC ha optado por la prevalencia de la cláusula particular por sobre el contexto predispuesto por dos motivos; primero, porque en la cláusula negociada se satisface en mayor medida el principio de libertad negocial, en razón de que las partes para llegar a su contenido confrontan posiciones “negociando”; y en segundo término, porque cronológicamente la cláusula particular negociada resulta posterior al contexto predispuesto, por lo que cabe considerar que expresa la voluntad más reciente de las partes[240].

Art. 987. Interpretación.- Las cláusulas ambiguas predispuestas por una de las partes se interpretan en sentido contrario a la parte predisponente.

Las cláusulas ambiguas deberían ser inválidas en razón de lo dispuesto por el art. 985, pero en caso de que el no predisponente no impulse la acción de nulidad, las cláusulas ambiguas deben interpretarse conforme al artículo en estudio, en contra del predisponente. Si el contrato con cláusulas generales predispuestas y celebrado por adhesión instrumenta una relación de consumo, la aplicación del art. 1095[241] del CCyC lleva a una solución análoga a favor del no predisponente que en tal caso es el consumidor[242].

Cabe señalar que la modalidad que adopta la formación del contrato predispuesto - la predisposición unilateral del contenido-, impide acudir a criterios subjetivos, como podría ser la indagación de la intención común de los contratantes mediante la reconstrucción del pensamiento y de los propósitos de los autores de la regla contractual[243].

Es por eso que la norma en análisis sea examinada a través de criterios predominantemente objetivos y con extremado rigor, ya que en razón de que el predisponente reserva para sí la creación del texto contractual, lo debe hacer de forma tal que el destinatario comprenda su significado utilizando esfuerzos comunes, con extensión proporcionada al alcance del negocio[244]. Es el predisponente quien debe asumir los riesgos de una defectuosa declaración. Para alcanzar esta conclusión, cabe señalar que su fundamento está dado en que es él quien dispone de los medios a su alcance para evitar toda duda por no haberse expresado con claridad[245].

La regla de interpretación contra proferentem importa una aplicación del principio de buena fe que conduce a sancionar a quien ha infringido el deber de expresar su declaración comprensiblemente[246]. Todo ello justifica trasladar al predisponente las consecuencias que derivan de la imprecisión o vaguedad en la redacción de las cláusulas[247].

Resulta destacable que el CCyC haya adoptado la postura de consagrar expresamente la regla de interpretación contra proferentem, en razón de que tuvieron lugar durante la vigencia del Cód. Civ. derogado, precedentes jurisprudenciales en donde se llegó a sostener que “tratándose de un negocio entre empresarios, no rige el criterio de interpretar contra el predisponente las cláusulas impresas”[248], por lo que este tipo de norma acude a brindar mayor seguridad jurídica al sistema de interpretación de los contratos predispuestos.

Art. 988. Cláusulas abusivas.- En los contratos previstos en esta sección, se deben tener por no escritas:

- a) las cláusulas que desnaturalizan las obligaciones del predisponente;
- b) las que importan renuncia o restricción a los derechos del adherente, o amplían derechos del predisponente que resultan de normas supletorias;
- c) las que por su contenido, redacción o presentación, no son razonablemente previsibles.

Tal como se manifestó anteriormente, el CCyC lleva a cabo una enunciación de cláusulas que en caso de encontrarse insertas en un contrato celebrado por adhesión a cláusulas generales predispuestas serán reputadas como abusivas. En dicha enunciación, el mencionado cuerpo legal recurre a dos cláusulas abiertas, en los incisos a) y b), mientras en el último inciso procede a mencionar a las denominadas cláusulas sorprendivas.

Las cláusulas que desnaturalizan las obligaciones son aquellas que alteran o desfiguran el vínculo obligacional en tanto presupone dos centros de interés. La desnaturalización a la que se refiere, implica un apartamiento injustificado del derecho dispositivo, situación que brinda al intérprete un marco de discrecionalidad importante para determinar la existencia de una cláusula abusiva[249]. Se requiere a su vez, que de todo ello resulte un desequilibrio significativo de los derechos y las obligaciones recíprocas de tal entidad, que quede comprometido el principio de la máxima reciprocidad de intereses, al afectarse la relación de equivalencia[250].

Efectuándose una sistematización de cláusulas que desnaturalizan las obligaciones podría ser la siguiente: a) cláusulas por las que se amplíen los derechos del predisponente, como, por ejemplo, la cláusula que solo a él lo faculta para rescindir unilateral e incausadamente el contrato, o suspender la ejecución, o confiere el derecho exclusivo a interpretar cualquiera de las cláusulas; b) cláusulas por las que se reserve el predisponente el derecho de modificar, en algún sentido, la obligación a la que se ha comprometido, como, por ejemplo, la relativa a las características del producto o el contenido del contrato; c) cláusulas por las que se reduzcan o supriman obligaciones comprometidas por el predisponente, como, por ejemplo, la cláusula exonerativa de responsabilidad o limitativa de reparación; d) cláusulas por las que se amplíen o agraven inequitativamente las cargas u obligaciones del adherente, como, por ejemplo, la cláusula por la que se modifiquen las normas sobre prórroga de jurisdicción; e) cláusulas por las que se supriman o reduzcan los derechos del adherente, como, por ejemplo, la cláusula que limite la facultad de oponer excepciones[251].

En lo que respecta a las cláusulas sorprendidas, cabe señalar que las mismas constituyen una categoría o, si se prefiere, un desprendimiento de las cláusulas abusivas. Los contratos por adhesión pueden llegar a contener cláusulas excepcionales, imprevisibles según las circunstancias y la materia objeto del contrato[252].

Contribuye a perfilar más nítidamente el concepto de cláusula sorprendente, el cotejo que se efectúe entre la materia (objeto) del contrato y de su contenido o marco regulatorio, con la configuración interna de la cláusula cuestionada. No es suficiente que la cláusula sorprendente sea inesperada. Es preciso que se trate de una situación de acentuada inequidad (desequilibrio) y de subrayada anormalidad. Debe tratarse de una cláusula que no es normal incluir entre las cláusulas predispuestas con las que se opera; no se contaba razonablemente con su inclusión[253].

Para considerar sorprendente una cláusula predispuesta se debe realizar un análisis total del “iter negocial” desde las tratativas precontractuales hasta la etapa formativa, lo que incluye la publicidad y, por ende, las expectativas normales generadas en el adherente de acuerdo con la materia introducida al campo contractual. Es decir que la cláusula sorprendente es aquella que contradice de modo trascendente con las expectativas legítimas y normales que genera en el adherente un contrato de la naturaleza del concluido y que aparece insólitamente en el contenido del negocio, provocando una desnaturalización de la relación de equivalencia[254].

Art. 989.- Control judicial de cláusulas abusivas. La aprobación administrativa de las cláusulas generales no obsta a su control judicial. Cuando el juez declara la nulidad parcial del contrato, simultáneamente lo debe integrar si no puede subsistir sin comprometer su finalidad.

La doctrina enseña que son tres los sistemas de control de cláusulas abusivas que se utilizan en diversos países. En primer lugar, se utiliza un control directo, que se realiza mediante un registro de cláusulas generales, como ocurre en España, o concediendo una autorización administrativa previa como sucede en Perú y un listado de cláusulas abusivas. En segundo término, puede utilizarse un control indirecto, que lo realizan directamente los jueces mediante la interpretación judicial. Finalmente, también se ha propuesto un control judicial preventivo para inhibir las cláusulas generales antes de su utilización[255].

Tal como se señaló, en oportunidad de estudiar la ineficacia de las cláusulas abusivas como efecto previsto por el ordenamiento jurídico ante este fenómeno contractual, se reitera aquí que la nulidad parcial del contrato es la reacción que prevé el ordenamiento legal ante las cláusulas vejatorias, lo cual queda de manifiesto con el art. 989 en análisis.

La solución legal adoptada por el CCyC frente a las cláusulas abusivas en los contratos por adhesión a cláusulas generales predispuestas se corresponde con lo dispuesto por la LDC en su art. 37, por cuanto señala que las cláusulas enunciadas en dicha norma “se tendrán por no convenidas, sin perjuicio de la validez del contrato”. A su vez encuentra correspondencia con lo establecido en el art. 389[256] CCyC el que reconoce expresamente que la nulidad de una disposición de un acto jurídico no afecta a las otras disposiciones válidas, si son separables.

Se desprende de los preceptos normativos del CCyC citados precedentemente que en caso de declararse la nulidad parcial el juez se encuentra facultado para integrar el acto jurídico[257]. El código recoge de este modo las propuestas doctrinarias sobre integración del contrato. Rige aquí el principio de conservación de los actos jurídicos. La integración judicial procede solamente cuando “es necesario”, vale decir, no se persigue que el juez subsane los malos negocios y sustituya - como regla - la voluntad negocial, sino que su integración ha de proceder cuando la índole del negocio lo requiera para salvar su validez y no romper la economía interna del acto[258].

En efecto, las facultades del juez no son discrecionales, sino que tiene el deber de integrar el acto o contrato si fuere necesario para salvar su subsistencia. Es una manifestación del principio de conservación. Para ello, tendrá en cuenta la naturaleza del negocio de que se trata y los intereses que razonablemente puedan considerarse perseguidos por las partes. Habrá de considerar especialmente el fin abstracto, el que normalmente el negocio está destinado a producir, y no las circunstancias concretas de las partes[259].

Surgiendo de las disposiciones legales citadas, que el código acepta la posibilidad de declaración de la nulidad parcial de las cláusulas que se consideren abusivas, con la subsistencia del resto del negocio, cabe señalar ahora cuál será el criterio que deberá adoptar el juez para llevar a cabo la integración del contrato, en aquellos supuestos en los que resulte necesario para la conservación del mismo. En el caso de los contratos celebrados por adhesión[260], la integración del contrato a la que aludimos debe ser llevada a cabo conforme a las pautas establecidas en el art. 964 del CCyC[261].

A.IV). Aspectos positivos del régimen específico aplicable a los contratos por adhesión.

Puede efectuarse un balance positivo de la incorporación por parte del CCyC de una regulación específica en materia de contratos por adhesión a cláusulas generales predispuestas, ello en razón de que hasta la entrada en vigencia del nuevo digesto, el ordenamiento argentino no contaba, más allá de lo dispuesto por

el art. 38[262] de la LDC, de disposiciones legales que regulen los alcances de una modalidad de contratación que en la actualidad se perfila junto a los contratos de consumo como predominante.

Si bien puede sostenerse que muchas de las cuestiones incorporadas al CCyC relativas a los contratos por adhesión, constituyen criterios que venían siendo reiterados en la doctrina[263] y jurisprudencia, es dable destacar las novedades que traen las normas, entre las que resalta, obviamente, el régimen específico en materia de cláusulas abusivas, junto con el correspondiente control judicial que le confiere al juez la facultad, en los casos que resulte necesario, de integrar el contenido del contrato con el objetivo primordial de permitir la subsistencia del negocio jurídico celebrado.

La existencia de un régimen legal de cláusulas abusivas aplicable a los contratos por adhesión demuestra la clara intención del ordenamiento legal de brindar herramientas que puedan ser utilizadas por los operadores jurídicos para controlar el contenido los contratos concluidos bajo esa modalidad, con el objetivo de que éstos no solo constituyan un medio ágil para el tráfico negocial, sino también un ámbito en el que pueda existir un cierto equilibrio entre las prestaciones de los sujetos contratantes. En suma, estas disposiciones legales tendientes a posibilitar un mayor equilibrio obligacional, ponen de manifiesto la concepción social-humanista del contrato que se desprende con notoriedad de las disposiciones del CCyC.

A.V). El impacto de la regulación de las cláusulas abusivas en la Teoría General del Contrato

El impacto al que se hace referencia en este punto se observa en el hecho de que el régimen de cláusulas abusivas en el CCyC no resulta tan solo aplicable a los contratos de consumo, para los cuales se había previsto inicialmente en la regulación que prevé la LDC. En el sistema legal actual se verifica una ampliación del ámbito material de aplicación del régimen de cláusulas vejatorias, al preverse un régimen especial para los contratos celebrados por adhesión.

La repercusión que genera la ampliación a la que hacemos referencia sobre la Teoría General del Contrato se vislumbra en diversas cuestiones. En primer orden, en el hecho de que el contrato ya no configura un ámbito dentro del cual los predisponentes del contenido contractual puedan valerse para imponer las condiciones que les plazca, sino que lo acordado por las partes va a tener validez y eficacia en el nuevo régimen legal, en la medida en que las estipulaciones no puedan ser reputadas como abusivas, en los términos del art. 988 del CCyC. Esto en razón de que el principio de la autonomía de la voluntad pasa en el nuevo cuerpo legal a contar con una vigencia relativa, subordinada a los límites que le son inherentes, conformados por las normas indisponibles, la buena fe, la moral y las buenas costumbres.

Lo manifestado ut supra puede constatarse a su vez en la circunstancia de que el CCyC no replica entre sus normas una que resulte idéntica al art. 1197 del Cód. Civ. derogado, precepto en virtud del cual se concebía que lo convenido por las partes constituía una regla a la que éstas debían someterse como a la ley misma. Como contrapartida de la derogada norma, se encuentra el art. 959[264] del CCyC, que deja abierta la posibilidad para la modificación del contenido del contrato en supuestos previstos por la ley, siendo uno de ellos, el supuesto de presencia de una cláusula abusiva.

Otro aspecto en el que puede vislumbrarse un considerable cambio en la estructura del contrato, tal como clásicamente lo concebía la Teoría General del Contrato, es

en el dirigismo contractual que permite el nuevo digesto. En otros tiempos resultaba verdaderamente excepcional concebir la posibilidad de que el contenido del contrato pudiera ser revisado por el juez, o bien, la revisión del contenido contractual, estaba subordinada a la concurrencia de los presupuestos establecidos en las figuras que así lo autorizaban, cuya concurrencia se juzgaba con criterio restrictivo (Por ejemplo: vicios del consentimiento, vicios del contrato, lesión, imprevisión, etcétera).

Lo afirmado en el párrafo anterior, se fundaba en la fuerza obligatoria que se le reconocía a la autonomía de la voluntad y la plena libertad contractual con la que contaban los sujetos contratantes. Hoy, en cambio, se observan en el tráfico negocial contratos en donde la libertad contractual se ve reducida a la mera adhesión o no respecto de un contenido contractual predispuesto, lo que obliga al ordenamiento a estar alerta ante los posibles abusos de parte de quienes detentan mayor poder de negociación, interviniendo en aquellos casos que resulte necesario para preservar la justicia conmutativa.

Por último, puede decirse que los diversos cambios introducidos en la concepción del contrato, modificando los alcances de principios que otrora resultaban absolutos, obedecen principalmente a que el contrato ha dejado de ser tan solo un mecanismo idóneo para que las partes puedan satisfacer sus intereses individuales, para pasar a ser considerado como un instrumento que cumple una función social. El contrato moderno ha de ser concebido como una herramienta al servicio de la realización de los intereses privados, sin embargo, en un análisis más global, puede observarse cómo esa realización personal contribuye de algún modo a la realización de intereses más generales. Es que de hecho siempre hay una perspectiva que permite conectar los fines individuales inmediatos con los fines sociales mediatos[265].

A.VI). Aplicación del régimen de cláusulas abusivas a los contratos predispuestos celebrados entre sociedades o entre empresarios

El régimen especial de cláusulas abusivas aplicable a los contratos concluidos por adhesión a cláusulas generales predispuestas, tal como se encuentra regulado, permite que en los contratos celebrados entre empresas, o entre un empresario individual y una empresa puedan verificarse planteos de ineficacia de determinadas cláusulas contractuales, por considerar a las mismas abusivas. Esto se vincula obviamente con la ampliación del ámbito material de aplicación del régimen de cláusulas abusivas, al que se hizo referencia en los puntos anteriores.

Lo manifestado en el párrafo anterior resulta destacable toda vez que en el régimen jurídico vigente antes de la sanción del CCyC resultaba necesario, para poder valerse del régimen de cláusulas abusivas regulado únicamente en el art. 37 de la LDC, que el adherente revistiese a su vez el carácter de consumidor o usuario, es decir, que pudiese acreditar que el bien o servicio adquirido no lo había sido con fines de introducirlo a un nuevo proceso de producción o comercialización.

Lo afirmado hasta aquí no implica que la jurisprudencia no haya declarado la ineficacia de determinadas cláusulas en contratos comerciales, o considerado situaciones de abuso de derecho en el ejercicio de determinadas facultades permitidas por cláusulas del contrato[266], sin embargo favorece a una mayor seguridad jurídica y uniformidad de criterios judiciales, que el CCyC contenga normas expresas que tornen posible el planteamiento de la abusividad de determinadas cláusulas en los contratos concluidos bajo la modalidad de adhesión a condiciones generales predispuestas.

A su vez, cabe señalar que para que resulte posible por parte de una empresa o sociedad adherente cuestionar la eficacia de una cláusula de un contrato celebrado por adhesión, por considerar a la misma abusiva, será necesario que se configure el desequilibrio significativo entre los derechos y obligaciones de las partes contratantes, al que alude el art. 1119 del CCyC[267], norma que proporciona el concepto legal de cláusula abusiva que resulta aplicable tanto a los contratos de consumo como a los celebrados por adhesión a cláusulas generales predispuestas.

Resulta sumamente positiva la incorporación de un régimen especial relativo a cláusulas abusivas en contratos celebrados por adhesión a condiciones generales, lo que le otorga protección jurídica a quien se presenta como parte débil en un contrato por adhesión, posición que puede ser detentada por ejemplo por una PyME al contratar con una gran empresa que detenta mayor poder de negociación y que predispone todas las cláusulas que conforman el vínculo contractual. Esta cuestión no es menor, ya que ha sido objeto de discusión en doctrina, si correspondía o no aplicar las normas del estatuto del consumidor a las PyMES en sus relaciones con grandes empresas, discusión que a priori podría evitarse en lo que respecta al régimen de cláusulas abusivas acudiendo a las normas que las regulan en los contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales predispuestas.

Las normas del CCyC reguladoras de los contratos por adhesión, y especialmente el régimen de cláusulas abusivas, brindan mayor seguridad jurídica, a la vez que acotan el ámbito de discrecionalidad judicial con el que contaban los jueces en el Cód. Civ. derogado para evaluar si, en determinados casos concretos, se habían configurado situaciones de abuso de derecho, por parte de quien, detentando el mayor poder de negociación, incorporaba cláusulas con el único objetivo de fortalecer su posición en el contrato, en desmedro de los derechos de la parte débil. Es así como muchos precedentes jurisprudenciales, incluso de máximos tribunales provinciales, dejarían de tener vigencia a la luz de las nuevas disposiciones normativas del CCyC[268].

Para concluir, cabe agregar que atento a las particularidades que pueden presentarse en los contratos por adhesión celebrados entre empresas, el régimen de cláusulas abusivas debería ser aplicable solo en los casos en que pueda acreditarse que efectivamente existe un desequilibrio significativo e injustificado en las prestaciones de las partes, lo que deberá observarse con particular detenimiento, ya que es propio de esta clase de contratos la asunción de determinados riesgos por los empresarios, los que encuentran su correlato en mayores beneficios que pueden llegar a obtenerse como consecuencia de los mayores riesgos asumidos.

A.VII) La influencia del Derecho del Consumidor sobre el Derecho de los Contratos.
La nueva concepción del contrato

El arribo del régimen de cláusulas abusivas en el CCyC, susceptible de ser aplicado tanto a los contratos de consumo como a los contratos concluidos por adhesión a condiciones generales predispuestas, constituye una clara expresión de la notable influencia que el Derecho del Consumidor ha ejercido sobre el nuevo digesto, la que se observa, entre otras cosas, en el reconocimiento expreso de los contratos de consumo y la incorporación de un núcleo duro de normas protectorias de los consumidores en el mencionado cuerpo legal.

La influencia del estatuto protectorio de los consumidores y usuarios sobre el CCyC ha contribuido al afianzamiento de la concepción social humanista del contrato, toda vez que de las normas del mencionado cuerpo legal se desprende al igual que,

en esta concepción del contrato, existe una preocupación concreta del ordenamiento por los denominados débiles jurídicos, aquellos que se ven obligados, por lo general, a adherirse al contenido contractual predispuesto por quien detenta el mayor poder de negociación. Es por ello que, tanto la incorporación del régimen de cláusulas abusivas, como los criterios de interpretación de las cláusulas ambiguas en sentido contrario a la parte predisponente, o en el caso de los contratos de consumo la interpretación del contenido del contrato a favor del consumidor, demuestran que el derecho argentino se inclina decididamente por una concepción del contrato en ese sentido, con el objetivo de garantizar la justicia conmutativa en el ámbito interno del contrato.

Cabe agregar que la doctrina ha expresado que a través de normas específicas de Derecho del Consumidor hay un avance en el código, en sus disposiciones sobre la “Teoría General del contrato” que se verifica en la regulación de la conexidad contractual, de la situación jurídica abusiva y, por sobre todo, con las regulaciones pormenorizadas, novedosas y progresivas en materia de contratos de consumo, por ejemplo sobre cláusulas abusivas, prácticas abusivas, publicidad abusiva, cesación de la publicidad ilícita y anuncios rectificatorios, comercio electrónico, etcétera. El CCyC dedica a los “Contratos de Consumo” el Título III íntegro, del Libro Tercero de “Derechos Personales”, o sea, que son elevados a la misma jerarquía legislativa otorgada a “Las obligaciones en general” (Título I); los “Contratos en general” (Título II) y los “Contratos en particular” (Título IV).

Sin lugar a dudas, el CCyC adopta la concepción en virtud de la cual en los casos de contratación con disparidad sustancial entre las partes, es decir, cuando la posición dominante o de poder de una de las partes convierte a la relación jurídica en asimétrica. El criterio es que, cuanto mayor sea la desigualdad de facto entre los sujetos de la relación (por ejemplo: Contratos de consumo, monopolio, servicio esencial) menor es la restricción tolerable del derecho fundamental de la parte “débil” y, correlativamente, mayor será el margen de autonomía privada cuyo sacrificio es admisible[269].

III. La incorporación de los contratos de consumo al CCyC

Uno de los grandes avances del Derecho del Consumidor que se observan en el CCyC está representado por el hecho de que el referido cuerpo legal pasa a regular a los “contratos de consumo” dentro del Título III del Libro III de “Derechos Personales”, lo que demuestra la relevancia que se le reconoce a la protección de los consumidores y usuarios en el nuevo orden legal. Cabe resaltar que esta incorporación, no representó la derogación de la ley especial que regula la materia, sino que lo que se pretendió es la incorporación de una “protección mínima” que el ordenamiento pretende brindar a los consumidores y usuarios, sin perjuicio de que por ley especial se puedan establecer condiciones superiores de protección.

La protección mínima que se ha pretendido brindar al consumidor con la regulación de los contratos de consumo en el CCyC presenta efectos importantes: a) en materia de regulación, ello implica que no hay obstáculos para que una ley especial establezca condiciones superiores, b) ninguna ley especial en aspectos similares puede derogar esos mínimos sin afectar el sistema. El Código, como cualquier ley, puede ser modificado, pero es mucho más difícil hacerlo que con relación a cualquier ley especial, por lo tanto, estos “mínimos” actúan como un núcleo duro de tutela, c) también es considerable el beneficio en cuanto a la coherencia del sistema, porque hay reglas generales sobre prescripción, caducidad, responsabilidad civil, contratos, del Código Civil que complementan la legislación

especial proveyendo un lenguaje normativo común y d) en el campo de la interpretación se establece un “diálogo de fuentes” de manera que el Código recupera una centralidad para iluminar a las demás fuentes[270].

B. Cláusulas abusivas en los contratos de consumo: Análisis de las disposiciones del CCyC

En este apartado se analizan las disposiciones normativas regulatorias de las cláusulas abusivas en el marco de los contratos de consumo, las que se encuentran en el Libro III de “Derechos Personales”, Título III de “Contratos de Consumo” y Capítulo 4 sobre “cláusulas abusivas”. El análisis propuesto se efectuará teniendo presente la necesaria integración de las normas del CCyC con las de la LDC que constituye el microsistema normativo que en forma especial rige las relaciones de consumo.

Art. 1117.- Normas aplicables.- Se aplican en este Capítulo lo dispuesto por las leyes especiales y los arts. 985, 986, 987 y 988, existan o no cláusulas generales predisuestas por una de las partes.

El precepto normativo citado establece expresamente que en lo que respecta a las cláusulas abusivas en los contratos de consumo, resultarán aplicables las normas contenidas en la ley especial y los artículos 985 a 988, lo que pone de manifiesto que las disposiciones que regulan la temática respecto de los contratos por adhesión a cláusulas generales predisuestas resultan aplicables también en el ámbito de los contratos de consumo.

La remisión a las leyes especiales, refiere, indudablemente como mínimo, a la ley de defensa del consumidor 24.240 (arts. 37 y concordantes), y las disposiciones aludidas precedentemente relativas a los contratos por adhesión a cláusulas predisuestas. El último párrafo, referido a “existan o no cláusulas generales predisuestas por una de las partes”, refiere a la posibilidad de que los contratos por adhesión lo sean a cláusulas predisuestas, no por una de las partes, sino por un tercero[271].

Respecto de la norma en análisis se ha afirmado que, con buen criterio la misma establece una disposición general aplicable a las cláusulas abusivas, que necesariamente deberá interpretarse conjuntamente con las normas del propio CCyC, referidas al “contrato celebrado por adhesión a cláusulas generales predisuestas (arts. 985, 986, 987 y 988)” y aquellas incluidas en leyes especiales (ley 24.240, ley 25.065, ley 26.682)[272]. En otros términos, se trata de una disposición complementaria y que resulta aplicable “existan o no cláusulas generales predisuestas por una de las partes”, lo cual implica amplificar su ámbito de aplicación, porque deberá determinarse el carácter de cláusula abusiva, ya sea que se encuentre en un contrato de consumo sujeto o no a cláusulas generales predisuestas[273].

Con la norma en análisis se armonizan los principales criterios protectorios de la debilidad jurídica, como fruto de la generalización de las soluciones que originariamente el ordenamiento argentino receptara en el ámbito del derecho del consumidor. Ello no significa desconocer que, en el art. 1117 del CCyC, los criterios de tutela lógicamente presentan una mayor intensidad, como lo deja traslucir la parte final del mencionado artículo[274].

Entre las implicancias que surgen de la aplicación integrada a los contratos de consumo, de las normas que rigen las cláusulas abusivas en el marco de los contratos celebrados por adhesión a condiciones generales predisuestas, se encuentra la posibilidad de plantear la nulidad de las denominadas cláusulas sorpresivas en los contratos de consumo. Sin embargo, cabe aclarar que si bien

este tipo de cláusulas no se encontraban enunciadas en el art. 37 de la LDC, podía afirmarse que se encontraban implícitamente abarcadas como un supuesto de cláusula que desnaturaliza las obligaciones de las partes, o que restringe los derechos del consumidor.

Art. 1118.- Control de incorporación. Las cláusulas incorporadas a un contrato de consumo pueden ser declaradas abusivas aun cuando sean negociadas individualmente o aprobadas expresamente por el consumidor.

El citado artículo encuentra como fuente lo establecido en el art. 3.2 de la Directiva 93/13 CEE (hoy UE), que establece que “el hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se haya negociado individualmente no excluirá la aplicación del presente artículo al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata, no obstante, de un contrato de adhesión”.

La doctrina ha manifestado que tal vez sea más lograda la fórmula empleada en España en oportunidad de replicar en su derecho interno la norma comunitaria, a tenor de lo dispuesto por el art. 82 inciso 2 del decreto-ley 1/2007 TRLDCEU, por el que se establece: “El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente, no excluirá la aplicación de las normas sobre cláusulas abusivas al resto del contrato”[275].

No obstante, se ha señalado que la norma en análisis va más allá que su fuente a través de una disposición muy clara y más breve, sin remitir a la necesidad de efectuar ningún tipo de apreciación global que induzca al intérprete a suponer que se halla frente a un contrato por adhesión. En efecto, el art. 1118 CCyC se aplica a los contratos de consumo y, también, a los contratos por adhesión por manifestación del art. 1117 CCyC[276].

Cabe señalar que la norma en estudio introduce la cuestión del control de inclusión de cláusulas, que en la denominación del título del artículo se lo llama “control de incorporación”, aunque no va acompañado de ninguna reglamentación, y por tanto, obliga a integrarlo con el art. 985 CCyC[277], al que remite el art. 1117 CCyC. En definitiva, se propugna que las cláusulas contractuales predispuestas sean sometidas, a priori, a un severo “control de inclusión”, determinándose si fueron suficientemente “conocidas” por el adherente, y, en este caso, por el consumidor[278].

Resulta válida la “aclaración y sana consecuencia del principio de irrenunciabilidad derivado del orden público, que no sea necesario reducir la abusividad de una cláusula a supuestos de contratos de adhesión, ya que las mismas bien pueden existir en casos de negociación individual, o supuestos donde el consumidor aparece consintiendo abusos en forma expresa, por ejemplo, relativas a la modificación unilateral del precio o de pautas contractuales en forma unilateral por parte del proveedor, renuncias a defensas procesales, prórrogas de jurisdicción u otras[279].

En síntesis y en virtud de lo expuesto, las cláusulas pueden ser declaradas abusivas “aun cuando sean negociadas individualmente o aprobadas expresamente por el consumidor”, en la medida en que se configure un desequilibrio de obligaciones entre el proveedor y el consumidor[280].

Art. 1119.- Regla general. Sin perjuicio de lo dispuesto en las leyes especiales, es abusiva la cláusula que, habiendo sido o no negociada individualmente, tiene por objeto o por efecto provocar un desequilibrio significativo entre los derechos y obligaciones de las partes, en perjuicio del consumidor.

La doctrina, al efectuar un análisis de esta norma, se ha preguntado si la cláusula abusiva presupone una infracción a las exigencias de la buena fe, cuestión que ya fue analizada anteriormente, por lo que sobre este tema cabe remitirse a lo señalado en el capítulo 4 punto II de este trabajo. Sin embargo, cabe recordar que lo esencial en el ordenamiento jurídico argentino a los fines de la identificación de una cláusula abusiva, radica en que la disposición contractual cause, en detrimento del adherente/consumidor, o en beneficio exclusivo del predisponente, un desequilibrio relevante entre los derechos y obligaciones de las partes, que se derivan del contrato[281].

Puede observarse en la norma citada que el CCyC se aparta un poco de su fuente, esto es, de la Directiva 93/13 CEE sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores, que en su art. 3.1 establece: “Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato”.

El CCyC a la hora de elaborar un concepto de cláusula abusiva evitó toda referencia a la buena fe, como recaudo necesario para la configuración de la situación de abuso. A diferencia de lo que acontece en el ámbito de la Directiva comunitaria, donde parece resultar necesario para endilgar el carácter de abusiva a una cláusula, que ésta importe una infracción a la buena fe que consagre un desequilibrio significativo en detrimento del consumidor[282].

Los requisitos para considerar como abusiva una cláusula no tienen que ver con la libertad de configuración o no del consumidor, sino con su objeto o efecto. Por ello, se requiere que tenga la virtualidad de producir o provocar un desequilibrio desfavorable para el consumidor, tanto en sus derechos como obligaciones[283]. La fórmula pone el acento en el resultado práctico del contrato, es decir en la alteración del equilibrio de la ecuación económica del mismo[284].

La norma agrega el calificativo de “significativo”, que debe consistir en un detrimento de la posición del consumidor y es menester que se presente manifiesto y evidente, como resultante de un abuso en el poder de negociación por parte del proveedor que ostenta superioridad técnica y cognoscitiva sobre el consumidor[285]. El desequilibrio que resulta de una cláusula abusiva debe ser relevante o manifiesto, ya que el equilibrio contractual, conceptualmente, no implica una simetría a rajatabla. En síntesis, es característica definitoria de la cláusula abusiva que importe un desequilibrio significativo entre los derechos del consumidor y las obligaciones y cargas del profesional derivadas del contrato, en perjuicio del primero[286].

Cabe agregar que el art. 1119 CCyC vuelve a dejar en claro que la circunstancia de que la cláusula particular del contrato haya sido o no negociada individualmente por el consumidor, no obsta a la posibilidad de plantear la abusividad de la misma, en un sentido coincidente con lo establecido por el art. 1118 CCyC que fue analizado anteriormente. La negociación o aprobación expresa de la cláusula por parte del consumidor no impide bajo ninguna circunstancia que éste último pueda plantear la abusividad de la cláusula en sede judicial.

Art. 1120.- Situación jurídica abusiva. Se considera que existe una situación jurídica abusiva cuando el mismo resultado se alcanza a través de la predisposición de una pluralidad de actos jurídicos conexos.

En la presente norma se regula la denominada “situación jurídica abusiva”, la que es susceptible de generarse como consecuencia de la celebración de una pluralidad

de actos jurídicos conexos. Cabe destacar lo apropiado de la técnica legislativa, por cuanto hace alusión a “actos jurídicos conexos” y no solamente a “contratos conexos”, en razón de que la situación de abusividad no siempre será producto de una pluralidad contractual, como se explicará seguidamente.

El art. 1120 CCyC se refiere a actos jurídicos conexos que persiguen en su conjunto provocar un desequilibrio significativo en los derechos y obligaciones de las partes en perjuicio del consumidor. Señala la doctrina que esta norma resulta más precisa que el art. 4.1 de la Directiva Europea 93/13, pues ésta última hace una referencia tangencial a la conexidad contractual cuando ordena tener en cuenta para apreciar el carácter abusivo de una cláusula todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa[287].

Se ha dicho que existe conexión contractual cuando varias partes celebran dos o más contratos distintos, funcionalmente vinculados en razón del propósito práctico común querido por las partes[288]. La característica principal de la conexidad estriba en que son “dos o más contratos autónomos” pero que se encuentran vinculados entre sí por una misma finalidad económica o mejor dicho finalidad económica común que permite interpretarlos como si fueran una sola unidad jurídica o contractual, a pesar de que sean partes distintas[289].

Sin embargo, es necesario tener en cuenta que la norma en análisis hace referencia a una pluralidad de actos jurídicos conexos, lo que bien puede suceder, por ejemplo, con la predisposición de una conexidad entre dos o más contratos, o de un contrato y un cartular. Lo cual es completamente lógico, en razón de que si el ordenamiento consiente que el desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes se concrete a través de una “cláusula”, la misma reprobación debe operarse cuando, en una misma operación económica, dicho desequilibrio se produce, no ya a través de una cláusula contractual, sino a través de una conexión de actos jurídicos[290].

Aplicaciones prácticas del precepto normativo en estudio se encuentran en el contrato de mutuo bancario y el seguro de vida e incapacidad del prestatario; el contrato de compraventa y el de crédito para su financiamiento; el contrato de leasing financiero, etcétera, todos los cuales suelen ser celebrados mediante la adhesión a cláusulas generales predisuestas[291].

Resulta valiosa la incorporación en el CCyC de una norma expresa que regule las situaciones jurídicas abusivas, en virtud de que constituyen un fenómeno que resulta ostensible en la práctica negocial, en donde se somete al consumidor a la conclusión de una pluralidad de actos jurídicos para la consecución de una finalidad común a todos ellos, la que consiste en la adquisición del bien o servicio. Con esta norma se pretende evitar que la pluralidad de actos jurídicos celebrados y la escasa información que se suele brindar al consumidor en el momento de la conclusión de los mismos, termine generando una situación de desequilibrio injustificado tendiente a fortalecer la posición del proveedor, quien detenta mayor poder de negociación.

Art. 1121.- Límites. No pueden ser declaradas abusivas:

- a) a cláusulas relativas a la relación entre el precio y el bien o el servicio procurado;
- b) las que reflejan disposiciones vigentes en tratados internacionales o en normas legales imperativas.

El CCyC establece una breve enunciación de supuestos de cláusulas que se encuentran excluidas de la calificación de abusivas, estas son: las relativas a la

relación entre el precio y el servicio procurado y las que reflejan disposiciones vigentes en tratados internacionales o en normas legales imperativas.

No caben dudas que la fuente de la norma en análisis se encuentra tanto en el art. 4.2 de la Directiva 93/13 CEE, que establece: “La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible”, como también en el art. 1.2 de la mencionada Directiva comunitaria que establece: “Las cláusulas contractuales que reflejen disposiciones legales o reglamentarias imperativas, así como las disposiciones o los principios de los convenios internacionales, en especial en el ámbito de los transportes, donde los Estados miembros o la Comunidad son parte, no estarán sometidos a las disposiciones de la presente Directiva”.

A favor de esta particular norma se ha dicho en doctrina que la apreciación del carácter abusivo de una cláusula no podrá resultar de la definición del objeto principal del contrato, ni de la adecuación existente entre los dos polos correspondientes (el precio o retribución pagados por los bienes o servicios que se habrán de brindar o que hayan sido brindados). Los fundamentos están dados en que: a) a los fines del juicio de vejatoriedad de una cláusula, cuenta lo que se ha dado en denominar “el desequilibrio normativo y no el económico”, b) así como que el objeto del contrato y la adecuación de la correlación precio/servicio son temas que, en ocasiones, son presumiblemente factibles de ser negociados individualmente. En todo caso, si media abuso sobre algunas de estas cuestiones, estarán sometidas a controles de equidad emergentes de otras instituciones del derecho contractual, como ser la buena fe, regla moral, abuso del derecho, lesión, imprevisión, etcétera[292].

Es evidente que el derecho del consumidor tiende a restablecer el desequilibrio existente entre el proveedor como parte fuerte y el consumidor como parte débil, por lo general, del contrato de consumo. Pero esta relación, además de jurídica, es económica, en la cual el proveedor tiene ciertos márgenes para establecer cuál será su ecuación económico-financiera, y en la cual, en principio, el consumidor ni el Estado pueden interferir[293]. Esta es una de las cuestiones que se suele manifestar como un justificativo de los límites impuestos por el art. 1121 CCyC.

En lo que respecta a la relación del precio con el bien o servicio, tratándose de un bien o servicio ofrecido no podrá cuestionarse como abusivo y dentro del marco jurídico analizado, el precio establecido por el proveedor. Al respecto cabe recordar que en el contrato de compraventa o en la locación de servicios, el precio constituye un elemento esencial en su configuración como tal. Basta su inclusión para que se cumpla. Pero, nada se dice sobre cuál deberá ser su monto, ya que en su determinación influyen muchos factores, demasiados, para que sean juzgados unilateralmente por el consumidor[294].

Lo señalado en el párrafo precedente demuestra las dificultades que implicaría en determinados contratos, como por ejemplo la compraventa de consumo, sostener la posibilidad de declarar abusiva la cláusula que fija el precio del bien o servicio. Ello en razón de que el precio constituye un elemento esencial en determinados contratos, y declarar la nulidad de la cláusula que lo determina puede llevar a la caída del negocio jurídico, cuestión que se contrapone con la finalidad del régimen de cláusulas abusivas, consistente en lograr la conservación del negocio jurídico purgado de aquellas cláusulas o estipulaciones leoninas.

Cierta doctrina ha juzgado poco feliz esta norma, en virtud de que en esos casos donde se producen cuantiosas situaciones abusivas, debiéndose haber previsto que

la relación pueda establecerse conforme a precios testigo o referenciales de mercado, en lugar de reflejar la idea de que los precios surgen razonablemente del libre juego de la oferta y la demanda, aspecto solamente posible con ese carácter de razonabilidad en un utópico mercado de competencia perfecta[295].

Sobre esta particular norma, cabe traer a consideración que el Código de Consumo de Brasil, en su art. 6.v[296], instituye específicamente la posibilidad de modificación de las cláusulas contractuales que establezcan prestaciones desproporcionadas. Lo que, por lo menos, llama la atención, ya que el CCyC en algunas cuestiones como puede ser la exclusión de la figura del bystander o sujeto expuesto a la relación de consumo[297], efectuada en el art. 1092 y art. 1 de la LDC, fundamentó tal decisión de política legislativa en la necesidad de armonizar nuestro régimen de protección al consumidor con la legislación brasileña; sin embargo, en estos límites a las cláusulas abusivas impuestos en el art. 1121, el ordenamiento argentino aparentemente decide diferenciarse del régimen protectorio existente en Brasil.

En lo que respecta a la segunda limitación referida a las cláusulas que reflejan disposiciones vigentes en tratados internacionales o en normas legales imperativas, se ha manifestado que ello resulta lógico en virtud del orden de prelación establecido por el art. 31 de la CN y que el CCyC no podría vulnerar. En efecto, conforme el derecho internacional, los tratados a los cuales la República Argentina se adhiera integran el derecho interno y, por lo tanto, no podrían ser dejados de lado por los jueces[298].

Como se manifestó al comienzo del comentario de esta norma, la misma encuentra su fuente en la Directiva 93/13 CEE; sin embargo, cabe resaltar que el art. 4.2 de la referida norma comunitaria, en oportunidad de señalar que la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, se encarga de aclarar que esta prohibición opera siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible[299].

La cuestión señalada ut supra es traída a consideración en virtud de que el art. 1121 del CCyC no expresa que la cláusula relativa a la relación entre el precio y el bien o el servicio procurado no podrá ser declarada abusiva, en la medida en que dicha cláusula se encuentre redactada de manera clara y comprensible. Sin embargo, en virtud de lo establecido en el art. 1117, que expresa que se aplica a los supuestos de cláusulas abusivas en los contratos de consumo lo dispuesto en las leyes especiales y los artículos 985, 986, 987 y 988, la cuestión queda subsanada en razón de que el art. 985 establece expresamente que la redacción de las cláusulas generales predispuestas deben ser comprensibles y autosuficientes, y que la redacción debe ser clara, completa y fácilmente legible.

En virtud de lo expuesto, el límite en razón del cual no resulta posible plantear la abusividad de la cláusula relativa a la relación del precio y el bien o servicio procurado, encuentra una excepción en los casos en que la estipulación contractual destinada a determinar el precio no cumpla con los requisitos establecidos en el art. 985 CCyC, que exige que las cláusulas generales sean comprensibles, autosuficientes y de redacción clara, completa y de fácil lectura. Es decir, que las cláusulas que establezcan procedimientos complejos para la determinación del precio, que impidan al consumidor o usuario conocer con precisión los alcances de la obligación que está asumiendo, podrían ser atacadas por su carácter abusivo, con sustento en las normas antes referenciadas.

Art. 1122.- Control judicial. El control judicial de las cláusulas abusivas se rige, sin perjuicio de lo dispuesto en la ley especial, por las siguientes reglas:

- a) a aprobación administrativa de los contratos o de sus cláusulas no obsta al control;
- b) las cláusulas abusivas se tienen por no convenidas;
- c) si el juez declara la nulidad parcial del contrato, simultáneamente lo debe integrar, si no puede subsistir sin comprometer su finalidad;
- d) cuando se prueba una situación jurídica abusiva derivada de contratos conexos, el juez debe aplicar lo dispuesto en el artículo 1075.

La presente norma busca disciplinar los principales efectos del control judicial de cláusulas abusivas, procurando un adecuado diálogo de fuentes en el derecho del consumidor. En tal sentido, aborda su relación con el control administrativo, los alcances de la nulidad y la eventual integración del contrato de consumo. Finalmente se ocupa de las implicancias de la conexidad frente a una situación jurídica abusiva para el consumidor[300].

En doctrina se ha dicho que el art. 1122 constituye una clara expresión del diálogo de fuentes que el nuevo orden legal propone entre la Constitución Nacional, las disposiciones que el CCyC consagra sobre los contratos de consumo y la ley 24.240 y sus normas integradas. Con ese propósito, se consagran reglas pertinentes para el control judicial[301]. Se ha criticado el epígrafe “Control judicial” por no resultar técnicamente acertado, pues en rigor la norma establece parámetros para la interpretación de los jueces, con respecto a las cláusulas del contrato de consumo, por lo que se manifestó que hubiera sido recomendable poner como tal “Reglas de interpretación”[302].

En el inciso a) se hace referencia a que la aprobación administrativa de los contratos o de sus cláusulas no obsta a su control judicial, en este supuesto se abarca a los denominados contratos vigilados o contratos autorizados, que fueron analizados en este trabajo, al tratar las cláusulas abusivas en la LDC, y específicamente la norma del art. 38 de la referida ley.

Puede observar que en una importante cantidad de contratos se atribuye a una autoridad administrativa el control de las condiciones generales de contratación referidas a relaciones de consumo. Ello ocurre en el contrato de seguro, según facultades reconocidas por la ley 20.091 a la Superintendencia de Seguros de la Nación; en el contrato de ahorro previo, en donde se hace lo propio con la Inspección General de Justicia de la Nación (IGJ), de acuerdo a la resolución 10/89, y principalmente por medio de la LDC que su art. 38 dispone que las autoridades de aplicación vigilarán que los contratos por adhesión o similares no contengan cláusulas abusivas de las previstas en el art. 37 del mismo cuerpo legal[303].

En lo que respecta a la naturaleza y los alcances de la ineficacia que afecta a la cláusula declarada abusiva, pareciera que el CCyC no supera la ambigüedad que ya se generaba en la LDC, en razón de que el inciso b) de la norma en comentario declara que la cláusula abusiva se tiene por “no convenida”. Sin embargo, con la lectura del inciso c), parece claro que el nuevo Código se inclina por la solución legal de sancionar de manera expresa y directa con nulidad absoluta, a priori parcial y excepcionalmente total, y no caben dudas que este debe ser el correcto entendimiento que debe dársele a la cuestión[304].

Cabe recordar, en cuanto a la categoría que distingue entre la nulidad total de la parcial, que es aquella que se extienda al acto como unidad, o a una o más cláusulas que integran su contenido. La nulidad es total cuando afecta todo el negocio y parcial cuando se refiere solo a una cláusula o a varias, o a uno de varios negocios conexos entre sí. En efecto, la nulidad puede afectar a la totalidad del contenido del contrato o limitarse a uno o a varios de sus preceptos[305].

En el caso de la nulidad parcial, se puede sostener la validez del resto del contrato, en la medida en que se alcance la función económico-jurídica perseguida por las partes[306]. En este supuesto, lo que debe decidirse es la reconstrucción del contrato sobre la base de la voluntad que habrían manifestado las partes; esto es, si habrían formalizado el contrato mutilado por la nulidad parcial. Para ello deberá indagarse la voluntad real o presunta de las partes y de allí deducir si hubieran querido el contrato sin la parte nula. Si la respuesta es afirmativa, el resto del contrato conserva su validez pese a la nulidad parcial. Si, por el contrario, de la indagación en torno a la voluntad de las partes conduce a una solución contraria, corresponde la nulidad total del contrato[307].

Sobre la integración del inciso c), afirma que si el juez declara la nulidad de la cláusula simultáneamente debe integrar el contrato “...si no puede subsistir sin comprometer su finalidad”. Adviértase que en este caso no se ve a la integración como una etapa siempre necesaria, desde que solo sería procedente cuando esté en riesgo la finalidad que estaba llamado a cumplir el negocio. Se trata de una respuesta que exhibe consenso en el derecho comparado, donde se afirma que el contrato vale tal como queda sin la cláusula ineficaz[308].

La doctrina ha señalado que a los fines de la integración del contrato, una vez declarada la nulidad parcial habrá de atenerse a lo que las partes hayan previsto; si no lo han hecho, cobran operatividad las normas supletorias aplicables y, finalmente, si éstas no existen, habrá de estarse a los principios fundamentales en materia de integración contractual[309].

Resulta importante destacar que a los fines de llevar a cabo la integración de los contratos de consumo, habrá que tener presente la norma consagrada en el art. 1094[310] del CCyC, el que deberá ser interpretado de la siguiente manera: a) las normas del CCyC y de leyes especiales que regulan las relaciones de consumo se aplican componiendo la respuesta más favorable a la protección del consumidor; b) las normas del CCyC y leyes especiales que protegen al consumidor cuando concurren con leyes especiales que protegen otros derechos de los cuales es titular el mismo consumidor, o de los cuales son titulares los proveedores, deben ser puestas en diálogo de modo de alcanzar la solución del caso que respete y desarrolle los derechos fundamentales en juego en la mayor medida posible[311].

Finalmente, el inciso d) prescribe que “...cuando se prueba una situación jurídica abusiva derivada de contratos conexos, el juez debe aplicar lo dispuesto en el artículo 1075”. Aunque no se precisó, la doctrina ha interpretado que la remisión parece pensada para el último párrafo de la citada norma, que autoriza la extinción por la frustración de la finalidad económica común de los contratos conexos. La situación parece atendible, puesto que el consumidor que padece una situación jurídica abusiva puede tener interés en petitionar la extinción de los contratos conexos que lo oprimen, alejados de los propósitos a los que estaban llamados a cumplir[312].

A la luz de lo expuesto, puede afirmarse que el art. 1122 del CCyC constituye una clara expresión del dirigismo contractual que explícitamente permite el nuevo orden legal al configurar un supuesto concreto en el que la ley le permite a los jueces modificar el contenido contractual, con el objetivo de generar un mayor

equilibrio en las prestaciones entre las partes, evitándose de esta manera que el contrato sea utilizado por quienes detentan mayor poder negocial para imponer sus condiciones, avasallando los derechos fundamentales de los consumidores y usuarios.

B.I). La necesaria integración normativa entre el CCyC y la LDC. El diálogo de fuentes

De los preceptos legales analizados en el punto anterior, se desprende que la respuesta que brinda el ordenamiento jurídico argentino frente al fenómeno contractual de las cláusulas abusivas no se encuentra parcializada tan solo en la ley especial, sino que las nuevas disposiciones del CCyC están llamadas a integrarse con las propias del microsistema, debiendo ser interpretadas en sus alcances siempre en el sentido que resulte más favorable para el consumidor, en razón de su concepción como débil jurídico.

El CCyC señala que, a la hora de buscar solución a los conflictos jurídicos, se debe interpretar el ordenamiento jurídico en su totalidad, de acuerdo a la Constitución Nacional, tratados internacionales en los que la república sea parte, en especial los “tratados de derechos humanos”, tal como surge de los artículos 1 y 2 incorporados en el Título Preliminar del mencionado cuerpo legal.

Aunque no se menciona en ningún momento el diálogo de las fuentes en los textos de los artículos, se organiza un sistema para que el operador del campo legal resuelva los casos de conflictos normativos que se compone, por un lado, de órdenes de prelación normativa y, por el otro, un principio de organización del diálogo (Por ejemplo, la normas más favorable al consumidor y al consumo sustentable). El diálogo de fuentes es una teorización alternativa y superadora del dispositivo de resolución de antinomias del derecho moderno, basado en la idea de que una regla debe excluir a la otra por razones temporales, de especificidad, o de jerarquía[313].

Según la postura del diálogo de fuentes, el sistema es un complejo producto de la convivencia de diferentes racionalidades regulatorias; por ello, unas reglas de resolución de conflictos normativos que hicieran prevalecer una por sobre otra cada vez equivaldría a una pérdida de riqueza por disminución de la diversidad. Por esta razón, el objetivo que se propone el diálogo de fuentes y sus reglas derivadas es poner en práctica una labor de integración de las diferentes fuentes en las que se hallan cada una de las reglas en conflicto[314].

El nuevo Código se propone la reconstrucción de la coherencia del sistema de derecho privado a partir de los derechos fundamentales[315]. El derecho privado vive tiempos de materialización, de corrección de desigualdades a través de la construcción de las diferenciaciones. Mientras tanto, el contrato, de su lado, busca su nueva identidad entre los nuevos principios que lo orientan y la influyente penetración de los valores constitucionales, y particularmente del principio pro homine. Son rasgos de un contrato ajustado a los parámetros constitucionales, necesarios para pensar un nuevo humanismo de los negocios a través de una repersonalización del derecho patrimonial[316].

En el campo del derecho del consumidor, existen ahora tres niveles de regulación: a) normas fundamentales; b) normas codificadas y c) normas establecidas en las leyes especiales, lo que torna ineludible clarificar de qué manera interactúan esos preceptos normativos. En lo que respecta a esta cuestión, se ha dicho que el operador del campo debe partir de las normas fundamentales, en particular del principio de protección del consumidor, procurando lograr la composición de normas que más favorezcan la protección del consumidor[317].

Por último, es importante señalar que en doctrina se ha manifestado que el diálogo de fuentes es doble. Por una parte, el diálogo intraregulación de las relaciones de consumo que está guiado por la directiva de progresividad maximalista, que pretende lograr componer respuestas normativas a los casos que se presenten, que asegure el mayor nivel de protección del consumidor posible. Por otro lado, se encuentra el diálogo extramicrosistema de protección del consumidor, que debe estar guiado por la directiva desarrollista tendiente a que todos los derechos fundamentales en juego se vean potenciados[318].

Capítulo 8: Conclusiones [arriba]

I. La expansión del ámbito de aplicación del régimen de cláusulas abusivas se traduce en un reconocimiento de la importancia de la temática por parte del CCyC.

Con la entrada en vigencia del CCyC, en el ordenamiento jurídico argentino se ha verificado una expansión del ámbito de aplicación material del régimen de cláusulas abusivas, el cual se encontraba reservado anteriormente a los contratos de consumo, lo que implicaba que únicamente una persona humana o jurídica que revista el carácter de consumidor o usuario podía valerse de las normas de la LDC para plantear la ineficacia de determinadas cláusulas del contrato de consumo. En el nuevo orden legal, en cambio, no resulta necesario el carácter de consumidor, sino que el nuevo Código le otorga la facultad al adherente de un contrato concluido por adhesión a condiciones generales, de cuestionar la legalidad de determinadas cláusulas.

La ampliación a la que se hace referencia es tal que una sociedad, o incluso una persona humana que desarrolle una actividad empresarial, podría plantear la abusividad de las cláusulas frente al predisponente de las mismas en un contrato por adhesión. No obstante, esta posibilidad se encontrará siempre limitada a que se configure un supuesto de desequilibrio significativo e injustificado en los derechos y obligaciones de las partes, cuestión que resulta importante toda vez que en los contratos entre empresas se suelen asumir riesgos propios de la actividad empresarial, los que ameritan que el juez observe con detenimiento las circunstancias particulares del caso, a fin de determinar si efectivamente hubo una situación de desequilibrio padecida por el adherente, que amerite la intervención en el ámbito interno del contrato.

La irrupción del régimen de cláusulas abusivas en las normas que regulan los contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales predispuestas constituye una clara manifestación de la influencia que el Derecho del Consumidor sobre la Teoría General del Contrato y la regulación de los contratos en general en el CCyC, marcando límites específicos sobre la autonomía privada en la configuración del contenido de los contratos.

II. El nuevo régimen de cláusulas abusivas contribuye a una mayor seguridad jurídica al acotar el margen de discrecionalidad judicial en la revisión del contenido contractual.

Las disposiciones del CCyC relativas a las cláusulas abusivas, extendiendo su aplicación a los contratos por adhesión, contribuirán a una mayor seguridad jurídica que se podrá observar en una mayor uniformidad en las respuestas judiciales. Lo afirmado cobra relevancia ante las soluciones brindadas por numerosos precedentes jurisprudenciales, que con criterios en extremo rígidos impedían la revisión de las cláusulas de contratos celebrados por adhesión, fundándose en la circunstancia de que se trataba de contratos de naturaleza comercial en los que el adherente no revestía el carácter de consumidor, por lo

que no resultaba posible aplicar soluciones legales que son propias del estatuto de defensa del consumidor, como tampoco llevar a cabo una interpretación del principio del abuso del derecho que resultase en desmedro de la autonomía de la voluntad.

El desembarco del régimen de cláusulas abusivas en el ámbito de los contratos concluidos por adhesión a condiciones generales predispuestas, implicará la pérdida de vigencia de ciertos criterios jurisprudenciales que, en aparente intención de dotar al principio de autonomía de la voluntad de un carácter absoluto, se mostraban excesivamente reticentes a permitir la revisión del contenido del contrato por parte del juez.

Si bien la intervención estatal en el ámbito interno del contrato no debe ser la regla, ello no resta importancia a las normas que posibilitan un cierto grado de revisión de los términos del contrato, en la medida en que las mismas sean aplicadas con la debida prudencia para garantizar la justicia conmutativa y lograr que el contrato constituya un instrumento que cumpla no solo una función de satisfacción de intereses individuales, sino también una función social.

III. El régimen de cláusulas abusivas implica la consolidación de la concepción social humanista del contrato en el CCyC

El CCyC redujo notoriamente el protagonismo con el que, al menos normativamente, contaba el principio de autonomía de la voluntad en el Cód. Civ. derogado, pasando el mencionado principio en el nuevo orden legal a detentar una vigencia relativa y subordinada a los límites que le son inherentes, los que provienen de normas imperativas, el orden público, la moral y las buenas costumbres. Las consecuencias del nuevo rol del principio de la autonomía de la voluntad en el CCyC se observan en la circunstancia de que las partes contratantes ya no pueden resguardarse bajo el imperio del referido principio para pactar lo que les plazca, sino que encontrarán restringida su libertad de configuración contractual por ciertas normas imperativas imbuidas de orden público protectorio.

Lo señalado en el párrafo precedente no implica desconocer que la jurisprudencia ya se había pronunciado en el sentido de limitar los alcances de la autonomía de la voluntad en numerosas ocasiones. Sin embargo, corresponde destacar la decisión del nuevo Código de consagrar la vigencia del principio antes mencionado, con alcances más adecuados a la concepción moderna del contrato, la que se asienta decididamente en una concepción social humanista que se preocupa por proteger a quien se presenta en situación de vulnerabilidad en el contrato y en preservar el principio de máxima reciprocidad de intereses.

En síntesis, resulta evidente en el nuevo digesto el avance en la protección de la debilidad jurídica en el ámbito contractual, estableciéndose reglas claras que deberán ser acatadas y soportadas por quienes pretendan aún resistirse a los límites que tanto el ordenamiento como la realidad jurídica le han impuesto a la autonomía de la voluntad. Esto no implica desconocer el importante rol que cumple la voluntad en el ámbito contractual, sino que el orden legal pretende evitar que el contrato se constituya en un instrumento utilizado por quien detenta mayor poder de negociación para generar situaciones de desequilibrio injustificado en desmedro de los derechos de quienes se encuentran en situación de vulnerabilidad.

IV. La interpretación del régimen de cláusulas abusivas del CCyC debe ser llevada a cabo en forma integrada y coherente con el ordenamiento jurídico en su totalidad.

Las normas que regulan las cláusulas abusivas en el nuevo Código deben ser interpretadas y aplicadas en forma armónica e integrada con los principios generales consagrados en el Título Preliminar, los que cuentan con proyección sobre todo el ordenamiento, y en particular teniendo presente las normas de los artículos 1 y 2 que conducen al intérprete a solucionar los conflictos jurídicos mediante la aplicación de las normas del Código en forma coherente con el “bloque constitucional”.

En particular, debe tenerse presente la integración con las normas del Título Preliminar que regulan la buena fe y el abuso del derecho, en razón de que la introducción de cláusulas vejatorias, tanto en los contratos por adhesión como en los de consumo, implica un ejercicio abusivo de la libertad de configuración del predisponente, quien valiéndose de su situación de preeminencia incorpora disposiciones contractuales tendientes a limitar sus responsabilidades o agravar las obligaciones y cargas del consumidor o adherente.

En el caso concreto de los contratos de consumo, la interpretación deberá efectuarse en forma armonizada con las normas que emanan de la ley especial, y teniendo presente el criterio establecido por el art. 1094 del CCyC, que conduce a aplicar e interpretar las normas que regulan la relación de consumo conforme con el principio de protección del consumidor y el de acceso al consumo sustentable.

V. La protección colectiva frente a las cláusulas abusivas en los contratos de consumo debería profundizarse en el régimen legal

Una de las cuestiones sobre la que el nuevo Código desaprovechó la oportunidad de profundizar la protección se vincula a las respuestas jurídicas colectivas frente a la problemática de las cláusulas abusivas. No hay dudas de que la eliminación efectuada por el PEN respecto de las normas del Anteproyecto de CCyC que regulaban los derechos colectivos, las acciones colectivas y los daños colectivos se traduce, al menos, en la pérdida de una oportunidad importante para introducir dentro del ordenamiento disposiciones legales que podrían haber sido útiles para brindar una protección eficaz y colectiva frente al fenómeno contractual en análisis.

Resulta absolutamente cuestionable la decisión adoptada por el PEN, sobre todo trasladando sus efectos a lo beneficioso que podría haber sido para el régimen de cláusulas abusivas incorporado al CCyC, contar a su vez, en el mismo cuerpo legal, con una serie de disposiciones legales concretas que regulen la cuestión de los daños a los derechos de incidencia colectiva, a los individuales homogéneos y los legitimados para accionar ante tales daños, la representatividad adecuada de los entes que pretendan ejercer las acciones colectivas y los efectos de la sentencia en los procesos colectivos. Ello en razón de que la consagración de ese tipo de normas en el CCyC redundaría en una mayor seguridad jurídica, ya que la procedencia de las acciones colectivas, y la legitimación activa de determinados entes que las ejerzan, dejaría de estar sujeta a criterios excesivamente restrictivos en la interpretación de las normas aplicables.

Hubiese resultado positivo que el CCyC aproveche la oportunidad para legislar sobre acciones colectivas de cesación, retractación y declaración, que sí se encuentran previstas en otros ordenamientos jurídicos, como el español. Se podría haber precisado con mayor claridad cuestiones como ser la legitimación activa para el ejercicio de tales acciones, los distintos alcances y los efectos que persigue cada una de esas especies de acciones colectivas.

Si bien algunas de estas cuestiones señaladas en el párrafo precedente revisten carácter procesal, por lo que podrían ser reguladas en los códigos de forma de las

provincias, ello no resultaba un obstáculo para que pudieran haber sido incorporadas al CCyC, que cuenta con diversas disposiciones de índole procesal. En este sentido, cabe resaltar que incluso la LDC, revistiendo carácter de norma de fondo, regula cuestiones procesales, entre ellas: la legitimación para interponer la acción judicial de consumo, las normas que ordenan aplicar las del proceso de conocimiento más abreviado que rijan en cada jurisdicción, las acciones colectivas, la legitimación activa de las asociaciones de consumidores, etcétera. Por lo tanto, en el Código de fondo podrían haberse incorporado normas tendientes a intensificar la protección colectiva frente al fenómeno de las cláusulas abusivas, cuestión que no resultaría de dudosa constitucionalidad, sino que, por el contrario, se corresponde con el principio protectorio de los consumidores y usuarios de raigambre constitucional.

Cabe reiterar que una de las formas más efectivas de hacer frente al fenómeno de las cláusulas abusivas es a través de acciones colectivas de tipo preventivo, las que si bien no están previstas de manera explícita en el ordenamiento jurídico argentino, su procedencia y admisibilidad puede justificarse mediante la invocación de las siguientes normas: artículos 10, 14, 1711 y concordantes del CCyC; artículos 52 y 54 de la LDC y principalmente por los artículos 42 y 43 de la CN; y el art. 25.1 de la CADH, que consagra el principio pro actione.

Lo manifestado en el párrafo precedente encuentra asidero a su vez en las reglas generales de interpretación del CCyC establecidas en los artículos 1 y 2 del Título Preliminar, que conducen al intérprete a buscar la solución los conflictos jurídicos mediante una aplicación del ordenamiento jurídico acorde y coherente con el denominado “bloque constitucional” y, en particular, en virtud del art. 1094 CCyC que conduce a interpretar las normas relativas a relaciones de consumo en el sentido más favorable al consumidor.

La innovación legislativa en materia de acciones colectivas preventivas resultaba perfectamente esperable, teniéndose en cuenta que el CCyC adoptó la decisión de avanzar en la protección respecto de cuestiones como la publicidad abusiva, regulando su prohibición, la cesación de la publicidad ilícita y los anuncios rectificatorios. Por lo tanto, se podría haber avanzado en el mismo sentido en materia de cláusulas abusivas en los contratos de consumo, por ejemplo, mediante acciones de cesación, retractación y declaración, similares a las previstas en la Ley de Condiciones Generales de la Contratación en España.

Tal como se manifestó, la ausencia de norma expresa no es óbice para sostener la posibilidad de incoarse acciones colectivas preventivas de cláusulas abusivas en el ordenamiento argentino; sin embargo, a los fines de la eficacia de este tipo de acciones, reviste carácter fundamental que en determinados contratos, denominados “autorizados”, las autoridades de aplicación (Por ejemplo, Inspección General de Justicia o Superintendencia de Seguros de la Nación) encargadas de la aprobación administrativa de tales contratos, garanticen, a los fines de posibilitar un accionar en forma preventiva frente al fenómeno en estudio, el acceso público a la información relativa a los procedimientos de aprobación del contenido de los contratos.

VI. El CCyC conserva de la facultad de integración del contrato por parte del juez en el régimen argentino.

Otro aspecto a resaltar de la regulación de las cláusulas abusivas que prevé el nuevo Código es la conservación de la facultad del juez para integrar el contenido del contrato con normas imperativas o supletorias una vez declarada la nulidad

parcial de aquellas cláusulas consideradas abusivas, tal como expresamente lo establecen los artículos 989 y 1122 del CCyC.

La facultad de integración del juez ya se encontraba plasmada en el régimen de la LDC, pero resulta destacable que el nuevo Código la conserve; contrario a lo que sucede en otros ordenamientos jurídicos, como el español, que recientemente ha efectuado modificaciones en el art. 83 TRLDCU, mediante la ley 3/2014, con objeto de adecuar su derecho interno a la Directiva 93/13 CEE, en razón de que el TJUE en la sentencia del 14 de junio de 2012, en el asunto Banco Español de Crédito, entendió que el derecho español no había adaptado correctamente su derecho interno al art. 6.1 de la mencionada Directiva comunitaria.

Sobre esta cuestión particular, cabe decir que la facultad que confiere al juez el ordenamiento jurídico argentino para integrar el contenido del contrato, una vez declarada la nulidad parcial de una cláusula considerada abusiva, resulta apropiada y acorde para que el régimen cumpla acabadamente con una de sus principales finalidades, consistente en la conservación de negocio jurídico celebrado por el adherente o consumidor. Sin embargo, resulta necesario dejar en claro que el ejercicio de esta facultad, tal como se encuentra prevista en el ordenamiento argentino, no debe ser interpretada como regla general, sino que dicha facultad de integración del contenido contractual deberá ser ejercida por el juez, únicamente en el supuesto en que el contrato no pueda subsistir sin la cláusula declarada nula y a los fines de evitar la caída de la totalidad del contrato.

VII. La incorporación de las cláusulas abusivas dentro del núcleo duro de tutela del consumidor contribuye a reforzar la protección de los débiles del mercado

La incorporación del régimen de cláusulas abusivas del CCyC al nuevo cuerpo legal, además de representar una expansión de su ámbito de aplicación como fue analizado, implica un fortalecimiento de la protección que el ordenamiento argentino brinda frente a este fenómeno contractual. Ello en razón de que, al encontrarse insertas en el Código, su modificación o supresión por normas posteriores resulta mucho más difícil a lo que podría suceder encontrándose el régimen solamente inserto en una ley especial.

El legislador del CCyC ha contemplado la trascendencia de la problemática de las cláusulas abusivas y su aplicación en el tráfico negocial, por lo que ha optado por incluirla dentro de lo que se ha dado en llamar el “núcleo duro de tutela de los consumidores y usuarios”, es decir, dentro de la protección mínima que el ordenamiento argentino se compromete a brindar a los consumidores en el marco de las relaciones de consumo.

VIII. El CCyC fortalece el rol de la Constitución Nacional como norma fundamental que integra el microsistema de tutela del consumidor con las normas particulares

La norma fundamental que integra el microsistema de tutela del consumidor se encuentra plasmada en el art. 42 de la CN. Resulta fundamental comprender los alcances de esta afirmación a fin de poder encontrar en el ordenamiento jurídico argentino soluciones a conflictos jurídicos relativos a consumidores que sean adecuadas a la necesidad de resguardar los derechos de los consumidores y usuarios que gozan de protección constitucional.

La amplitud de lo establecido en la norma del art. 42 CN, que confiere raigambre constitucional a los derechos de los consumidores, ha de ser entendida y aplicada como una cláusula operativa que no requiere de una norma inferior concreta que brinde protección específica, o replique derechos ya contemplados por la citada norma constitucional.

Lo afirmado se corresponde perfectamente con los criterios de aplicación e interpretación del CCyC establecidos en los artículos 1 y 2 del mencionado cuerpo legal, que disponen que las normas deben ser aplicadas e interpretadas de conformidad con la CN, los tratados internacionales con jerarquía constitucional y, de modo coherente, con todo el ordenamiento jurídico.

IX. El nuevo régimen de cláusulas abusivas aplicable a los contratos por adhesión constituye una herramienta jurídica de protección del empresario débil.

La expansión del ámbito de aplicación del régimen de cláusulas abusivas, que resulta ahora aplicable a los contratos celebrados por adhesión a condiciones generales predispuestas, implica la consagración en el derecho argentino, de una herramienta jurídica concreta de protección del empresario débil en el marco de las contrataciones que él mismo lleva a cabo con otros empresarios, o entidades societarias que detentan mayor poder de negociación.

La posibilidad de invocar la abusividad de las cláusulas, en el marco de un contrato concluido por adhesión, abre la puerta a que un empresario, en los contratos predispuestos que celebre con sus proveedores, pueda cuestionar determinadas cláusulas que consagren un desequilibrio injustificado de las obligaciones de las partes.

Lo señalado ut supra reviste importancia en razón de que si bien antes de la entrada en vigencia del CCyC, a través del instituto del abuso del derecho, podía cuestionarse la legalidad de determinadas cláusulas contractuales en el marco de contratos comerciales. La procedencia de la revisión del contenido contractual, en esos casos, resultaba valorada con criterios disímiles y, por lo general, muy restrictivos en la jurisprudencia, lo que obedecía en muchos casos a la vigencia del art. 1197 Cód. Civ. y al valor casi absoluto que se le reconocía en algunos fallos a la autonomía de la voluntad.

Por lo tanto, considerando las nuevas normas del CCyC en materia de cláusulas abusivas, puede afirmarse que el empresario débil y las PyMES en sus vinculaciones contractuales con grandes empresas, tendrán el camino un poco más aliviado para cuestionar los términos del contrato en los supuestos en que se consagre una situación de aprovechamiento injustificado por parte de la parte fuerte de la relación.

Bibliografía general [arriba]

- Alterini, Atilio A., Contratos, Abeledo Perrot, Buenos Aires, Año 1998.
- Alterini, Atilio A., “Formas modernas de contratación”, LA LEY, 1980-D, 1108, ap. VII, pág. 1112.
- Alterini Atilio A. - López Cabana Roberto M., La autonomía de la voluntad en el contrato moderno, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1989.
- Benavente, María I., en: Lorenzetti Ricardo L., Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, Año 2015, Tomo II.
- Benítez Caorsi, Juan J., “La interpretación en los contratos con cláusulas predispuestas”, Temis, Bogotá, Año 2002.
- Benítez Caorsi Juan J., La revisión del contrato, 2ª edición, Ed. Temis, Bogotá, Año 2010.
- Betti, E., Teoría general del negocio jurídico, Revista de Derecho Privado, Madrid, Año 1959.

- Borda, Guillermo A., Tratado de Derecho Civil, Parte General, La Ley, Buenos Aires, 13ª. Ed., Año 2008, Tomo I y II.
- Borda, Guillermo A., Tratado de Derecho Civil, “Parte General”, La Ley, Buenos Aires, 2008, T-I.
- Bricks, H., Las cláusulas abusivas, LGDJ, Paris, Año 1982.
- Cas, G., La défense du consommateur. Les pièges des contrats. Presses Universitaires de France, Paris, Año 1980, Cap. III.
- Casella, Mario, Nullità parziale del contratto e inserzione automática di clausole, Giuffrè, Milano, Año 1974.
- Chiovenda, J., Derecho procesal civil, t. II, Reus, Madrid, Año 1925.
- Colautti, Carlos, “Las disposiciones constitucionales sobre el orden económico-social”, LA LEY, 1985-B, 739.
- Conte Grand, Julio. “Perspectiva económica y jurídica. Necesidad de una apreciación integral” en Lorenzetti Ricardo L. y Schötz Gustavo, Defensa del Consumidor, Ed. Ábaco, Buenos Aires, 2003.
- Córdoba, Marcos M., Buena fe y cláusulas abusivas en la contratación con consumidores, en Tratado de la buena fe en el Derecho, coord. por Lidia M. Garrido Cordobera y Viviana Kluger, La Ley, Buenos Aires, t. II.
- Covi, Luis D., El contrato de consumo: influencia de su actual regulación en los contratos civiles y comerciales, en en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, Año 2009.
- De Castro y Bravo, Federico, Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes, 2ª ed., Civitas, Madrid, Año 1987.
- De Lorenzo, Miguel Federico, Contratos, derechos fundamentales y dignidad de la persona humana, LA LEY 19/10/2011, LA LEY 2011-E, 1258, Cita Online: AR/DOC/3517/2011.
- De los Santos, Mabel, “Algunas pautas para la regulación normativa de los procesos colectivos”, J.A., 2005-IV.
- De los Santos, Mabel, “Los procesos colectivos en el Anteproyecto”, LA LEY, 8/6/2012.
- Díez Picazo, Luis, Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Ed. Civitas, Madrid, 1993.
- Díez-Picazo, Luis, Las condiciones generales de contratación y las cláusulas abusivas, Civitas, Madrid, Año 1996.
- Directiva CEE 93/13.
- Escola, Héctor J., Tratado integral de los contratos administrativos, Buenos Aires, Año 1977.
- Farina, Juan M., Contratos comerciales modernos, Astrea, Buenos Aires, Año 1993.
- Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación en: <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf>

- Fourgoux, J. - Mihailov, J. - Jeannin, M., Droit de la consommation, Delmas, Paris, Año 1979.
- Frustragli, Sandra A., Ineficacia de las condiciones generales de contratación y de las cláusulas abusivas (Análisis de su regulación en los derechos español y argentino), Abeledo Perrot, N° 0003/000022, Año 1999, JA 1999-III-975.
- Galoppini, Annamaria, “Tutela del consumatore e diritto alla salute”, en Tutela della salute e diritto privato, Giuffré, Milano, Año 1978.
- Garrido Cordobera, Lidia M. R., Nuevas perspectivas de la teoría general del contrato, La Ley 11/12/2013, 1- LA LEY2013-F, 1011, Cita online: AR/DOC/3321/2013.
- Garrido Cordobera, Lidia M. R., La negociación contractual y el análisis económico del Derecho en Análisis Económico, Heliasta, 1ª ed., Buenos Aires, Año 2006.
- Hernández, Carlos A., en: Lorenzetti Ricardo L Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, Año 2015, Tomo VI.
- Ibáñez, Carlos M., Derecho de los contratos, Parte General, Ed. Ábaco, Buenos Aires, 2010.
- arroumet, Christian, La protección contra las cláusulas abusivas en el derecho francés, JA 1996-I, 728.
- eiva Fernández, Luis F. P., en: Alterini, Jorge Horacio dir. Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético, La Ley, Buenos Aires, Año 2015, Tomo V.
- lambías, Jorge J., Tratado de derecho civil, “Parte General”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1978, t. I.
- lambías, Jorge J., Tratado de derecho civil. Parte general., t. II, Perrot, Buenos Aires, Año 1975.
- orenzetti Ricardo L., Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, Año 2015, Tomo V.
- orenzetti, Ricardo L., Comentarios críticos de jurisprudencia. Contratos en Revista de Derecho Privado y Comunitario, N° 20, Seguros - II, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1999.
- orenzetti, Ricardo L., Consumidores, 2ª Edición Actualizada, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, Año 2009.
- orenzetti, Ricardo L., Tratado de los contratos. Parte General, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, Año 2004.
- Mazeaud, León - Mazeaud, Jean, Lecciones de derecho civil, Parte segunda, Vol. 1, Buenos Aires.
- Mosset Iturraspe, Jorge, Contratos, Ed. Act., Rubinzal Culzoni, Santa Fe, Año 2008.
- Mosset Iturraspe, Jorge, Justicia contractual, Ediar, Buenos Aires, Año 1978.
- Mosset Iturraspe, Jorge - Piedecabras, Miguel A., La revisión del contrato, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, Año 2008.

- Morello Augusto M. y Stiglitz Ruben S., Control jurisdiccional de la administración sobre las cláusulas abusivas de los contratos por adhesión: el acceso del consumidor a la justicia, en JA, 1999-III.
- Morello, Augusto M. - Tróccoli, Antonio A., “La revisión del contrato”, Platense, La Plata, Año 1977.
- Morello, Augusto M., “Legitimación procesal de los colegios profesionales, de las organizaciones de protección de los consumidores y de defensa de los intereses difusos”, JA, Año 1981, nro. 5189.
- Morello, Augusto M - Stiglitz, Gabriel A., Tutela procesal de derechos personalísimos e intereses colectivos, Platense, La Plata, Año 1986.
- Müller, Enrique C., Las cláusulas abusivas en el marco contractual de los derechos del consumidor, en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, Año 2009.
- Pagador López, J., Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, Año 1999.
- Peral, Santiago J., La exclusión de la figura del “consumidor expuesto” en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, Revista Argentina de Derecho Comercial y de los Negocios, n° 13, Agosto 2015, IJ Editores, 27/08/2015, IJ-LXXXI-311
- Picasso - Vázquez Ferreyra, Ley de Defensa del Consumidor Comentada y Anotada, La Ley, Buenos Aires, 2009.
- Picasso, Sebastián, Responsabilidad Civil por Daños al Consumidor, en Anuario de Derecho Civil Uruguayo, Ed. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Año 2001.
- Picasso, Sebastián - Wajntraub, Javier H., Las leyes 27.787 y 24.999: Consolidando la protección del consumidor, en J. A. 1998-IV-752.
- Pierre-Gabriel Jobin, “Coup d’oeil sur les multiples facettes de l’intervention du juge dans le contrat”, en LCD, vol. 47, núm. 1, Faculté de Droit Université Laval, mars 2006.
- Prieto Molinero, Ramiro J., El abuso del derecho y el Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012, Revista Derecho Privado, Año I Nro 2, Editorial Infojus. Págs.215-216.
- Rezzónico, Juan Carlos, Cláusulas abusivas en condiciones contractuales generales: panorama y soluciones, LA LEY 1983-B, 998, Derecho Comercial Doctrinas Esenciales, Tomo II, 01/01/2009, 103- DCCyE 2015 (febrero), 24/02/2015, 221, Cita Online: AR/DOC/339/2004.
- Rezzónico, Juan Carlos, Contratos con cláusulas predispuestas, Astrea, Buenos Aires, Año 1987.
- Rezzónico, Juan Carlos, Principios fundamentales de los contratos, Astrea, Buenos Aires, Año 1999.
- Rivera, Julio César - Medina Graciela, Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, La Ley, Buenos Aires, Año 2014, T. III.
- Rivera, Julio César, en: Rivera, Julio César - Medina Graciela, Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, La Ley, Buenos Aires, Año 2014, T. III.

- Roca Sastre, R. M., Estudios de derecho privado. Obligaciones y contratos, t. I, RDP, Madrid, Año 1948.
- Roppo, V., “La nuova disciplina delle clausole abusive nei contratti fra imprese e consumatori”, en *Diritto ed Economia del’Assicurazione*, Giuffrè, Milano, Año 1994.
- Rosemberg, Leo, La carga de la prueba, Ejea, Buenos Aires, Año 1956.
- Royo Martínez, M., Contrato de adhesión, A.D.C., Madrid, Año 1949.
- Ruiz Muñoz, M., La nulidad parcial del contrato y la defensa de los consumidores, Lex Nova, Valladolid, Año 1993.
- Rusconi, Dante D. en *Manual de Derecho del Consumidor*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009
- Sáenz, Luis R. J., en: Picasso - Vázquez Ferreyra, *Ley de Defensa del Consumidor Comentada y Anotada*, La Ley, Buenos Aires, 2009, T-I.
- Sáenz Luis R. - Silva Rodrigo en: Picasso - Vázquez Ferreyra, *Ley de Defensa del Consumidor Comentada y Anotada*, La Ley, Buenos Aires, 2009, T-I.
- Santarelli, Fulvio G., La regulación del mercado a través del contrato. Una propuesta para la protección del empresario débil, en L.L. 2007-C-1044.
- Stathopoulos, M., “Equality in the law of contract”, en *International Encyclopedia of Laws. World law conference. Law in motion*, Kluwer, Año 1997.
- Saux, Edgardo I - Müller, Enrique C., Cláusulas abusivas en el contrato de compraventa de automotores, JA, 1999-I.1008.
- Sozzo, Gonzalo, La resistematización de la regulación del consumo en el Proyecto de Código Civil 2012, disponible en: <http://www.saij.gob.ar/gonzalo-sozzo-resistematizacion-regulacion-consumo-proyecto-codigo-civil-2012-dacf130079/123456789-0abc-defg9700-31fcanirtcod>
- Stiglitz, Gabriel A., “Normativa inconstitucional sobre cláusulas abusivas”, La Ley, RCyS2003, 857, Cita Online: AR/DOC/930/2003.
- Stiglitz, Rubén S., Cláusulas abusivas en las relaciones de consumo, en J.A. 2005-II-1403, sec. doct.
- Stiglitz, Rubén S. — Stiglitz, Gabriel A., *Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección al consumidor*, La Ley, Buenos Aires, 2012.
- Stiglitz, Rubén S. en: Lorenzetti Ricardo L., *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, Año 2015, Tomo V.
- Stiglitz, Rubén S., *Contratos por adhesión, contratos de consumo y cláusulas abusivas*, La Ley, RCCyC (septiembre), 17/09/2015, 125, Cita online: AR/DOC/2850/2015.
- Stiglitz, Rubén S., Un nuevo orden contractual en el Código Civil y Comercial de la Nación, La Ley, Cita Online: AR/DOC/3668/2014, 15-OCT-2014.
- Tambussi, Carlos E., “Contratos de consumo”, en: *Código Civil y Comercial de la Nación*, dirigido por Bueres, Alberto J., Hammurabi, Buenos Aires, Año 2014, T. 1.
- Vallespinos, Carlos Gustavo, *El contrato por adhesión a condiciones generales*, Ed. Universidad, Buenos Aires, Año 1984.

- Vergara, Leandro, Nuevo orden contractual en el Código Civil y Comercial, La Ley 17/12/2014, Cita Online: AR/DOC/4608/2014.
- Von Tuhr, A., Derecho civil, Depalma, Buenos Aires, Año 1947, t. IV.
- Von Tuhr, Teoría General del Derecho civil, t.II, vol. 1, pág. 150, nota 63.
- Wajntraub, Javier H., Defensa del consumidor, Lexis Nexis, Buenos Aires, Año 2002.
- Wajntraub, Javier H. en: Lorenzetti Ricardo L., Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, Año 2015, Tomo VI.
- Wajntraub, Javier, El sistema de control de las cláusulas abusivas, en: Mosset Iturraspe, Jorge - Wajntraub, Javier, Ley de Defensa del Consumidor, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, Año 2008.
- Zentner, Diego H., Contrato de Consumo, La Ley, Buenos Aires, Año 2010.

JURISPRUDENCIA CITADA

- CNCom, Sala E, “Dirección General de Defensa del Consumidor de la Ciudad de Buenos Aires c. Banca Nazionale del Lavoro”, 10/05/2005. Publicado en: LA LEY 24/06/2005, Cita Online: AR/JUR/429/2005.
- CSJN, “PADEC c. Swiss Medical S.A.”, fecha 21/08/2013, Publicado en: LA LEY 23/09/2013, Cita online: AR/JUR/44235/2013.
- CSJN, “Automóviles Saavedra, S.A. c. Fiat Argentina, S.A.”, 04/08/1988, Publicado en: LA LEY 1989-B, 4, con nota de Antonio Boggiano, LLC 1989, 693, con nota de Juan C. Hariri, Colección de Análisis Jurisprudencial Contratos Civ. y Com.
- Luis F. P. Leiva Fernández, 702 - Colección de Análisis Jurisprudencial Contratos Civiles y Comerciales - Ricardo Luis Lorenzetti, 266, DJ1988-2, 693. Cita Online: AR/JUR/1579/1988.
- CSJN, “Halabi, Ernesto c. P.E.N. Ley 25.873. DTO 1563/04” 24/2/2009, LA LEY 02/03/2009 Cita fallos Corte: 332:111, Cita online: AR/JUR/182/2009.
- SCJ de Mendoza, Sala I, 24/05/1988, “Rojas, Rolando I. c. Huarpe, Coop. de Seguros”, La Ley 1989-E, 15, AR/JR/1383/1988, Cita online: 70028141.
- CNCiv. Sala E, 7/5/1985, “Rosenberg, C. y Katz de Rosenberg, A.”, JA, 1985-III-síntesis.
- CNCiv., 21.11.2000, “Liotta c/Cía. Arg. de Seguro Visión s/Ordinario”, L. L. del 21-3-2001, Fº 101.716.
- CNCom. Sala D, 13/2/2002, “Randon argentina S.A. c. Etchart R.” LA LEY, 2002-C, 815; DJ, 2002-2-574.
- CNCom., Sala B, 15/4/1993, “Odriozola B. c. Optar S.A.”, 1994-II-375.
- CNCiv., Sala G, 24/11/1983, “Gadea, J. c. Coop. Familiar de Vivienda”, JA, 1984-IV-330.
- CNCom., Sala C, 18/10/1982, “Parodi A. c. Ruta Coop. de Seg.”, JA, 1984-I-499.
- CCiv. y Com. Mercedes, Sala I, 19/3/1987, “García C. c. Chapartegui Hnos.”, DJ, 987-2-276.
- CNCom., Sala B, 25/11/1991, “Albert, A. c. La Austral Cía. De Seg.”, LA LEY, 1992-E-575, DJ, 1992-2-697.

- CNCom., Sala E, 4/3/1986, “Wattman S.A. c. Exim S.R.L.”, JA, 1987-I-118.
- CNCom., Sala B, 17/6/2001, “Ingral S.A. c. Sintelar S.A.” JA 2002-II-síntesis.
- CSJT, Frau y Bernardo y otro c. Cervecería y Maltería Quilmes SAICA y G s/Daños y Perjuicios” Sentencia n° 101, fecha: 22/03/2011.
- CSJT, Gimenez Juan Alberto c. Compañía de Alimentos Fargo S.A. s/Contratos (ordinario)”, Sentencia n° 179, fecha: 14/03/2014.
- TJUE (Sala cuarta) en el Caso Kásler y Káslerné Rábai, Sentencia de 30 de abril de 2014, TJCE/2014/105.

Abreviaturas utilizadas [arriba]

Art.: Artículo.

CCyC: Código Civil y Comercial de la Nación.

LDC: Ley de Defensa del Consumidor.

CSJN: Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Cód. Com: Código de Comercio.

Cód. Civ: Código Civil.

CN: Constitución Nacional.

CPCCN: Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

CEE: Comunidad Económica Europea.

UE: Unión Europea.

BCRA: Banco Central de la República Argentina.

PEN: Poder Ejecutivo Nacional

PyMES: Pequeñas y medianas empresas.

CPCCT: Código Procesal Civil y Comercial de Tucumán.

CSJT: Corte Suprema de Justicia de Tucumán.

TRLDCU: Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de España.

TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

CADH: Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Notas [arriba]

[1] Cfr. Mosset Iturraspe, Jorge - Piedecabras, Miguel A., La revisión del contrato, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, Año 2008, pág. 10.

[2] Ibidem.

[3] Ibidem.

[4] Garrido Cordobera, Lidia M. R., Nuevas perspectivas de la teoría general del contrato, La Ley 11/12/2013, 1- LA LEY 2013-F, 1011, Cita online: AR/DOC/3321/2013. En igual sentido: Stiglitz, Rubén S. - Stiglitz, Gabriel A.,

Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección al consumidor, La Ley, Buenos Aires, Año 2012, pág. 126.

[5] Garrido Cordobera, Lidia M. R, Nuevas perspectivas...Ob. Cit.

[6] Garrido Cordobera, Lidia M. R., La negociación contractual y el análisis económico del Derecho en Análisis Económico, Heliasta, 1ª ed., Buenos Aires, Año 2006, cita en: Garrido Cordobera, Lidia M. R, Nuevas perspectivas...Ob. Cit. Sobre la función social del contrato ver: Vergara, Leandro, Nuevo orden contractual en el Código Civil y Comercial, La Ley 17/12/2014, Cita Online: AR/DOC/4608/2014, pág. 10, quien sostiene: "...el contrato es una herramienta al servicio de la realización de los intereses privados. Sin embargo, un análisis más global no impide ver cómo esa realización personal contribuye de algún modo a la realización de intereses más generales. Es que de hecho siempre hay una perspectiva que permite conectar los fines individuales inmediatos con los fines sociales mediatos".

[7] Mazeaud, León - Mazeaud, Jean, Lecciones de derecho civil, Parte segunda, Vol. 1, Buenos Aires, nro. 116, pág. 128, cita en: Stiglitz, Rubén S. - Stiglitz, Gabriel A., Contratos...Ob. Cit., pág. 133.

[8] Vallespinos, Carlos Gustavo, El contrato por adhesión a condiciones generales, Ed. Universidad, Buenos Aires, Año 1984, pág. 211.

[9] Escola, Héctor J., Tratado integral de los contratos administrativos, Buenos Aires, Año 1977, págs. 25 y sgtes. Cita en: Vallespinos, Carlos Gustavo, El contrato...Ob. Cit., pág. 213.

[10] Stiglitz, Rubén S. - Stiglitz, Gabriel A., Contratos...Ob. Cit., págs. 120-121.

[11] Resulta ilustrativo de esto la nota del art. 943 del Cód. Civil, donde a los fines de argumentar en contra de la regulación de la lesión (enorme o enormísima), Vélez Sarsfield afirma una razón evidentemente ideológica: "Dejaríamos de ser responsables de nuestras acciones si la ley nos permitiera enmendar todos nuestros errores o todas nuestras imprudencias. El consentimiento libre, prestado sin dolo, error ni violencia y con las solemnidades requeridas por la ley, debe hacer irrevocables los contratos".

[12] La autonomía de la voluntad constituye, junto con la libertad de contratación, la fuerza obligatoria y la igualdad de los contratantes, uno de los dogmas jurídicos sobre los que se estructuró el contrato del sistema liberal. (Cfr. Vallespinos, Carlos Gustavo, El contrato por adhesión a condiciones generales, Ed. Universidad, Buenos Aires, Año 1984, pág. 208). En este sentido, se ha afirmado que la esencia de todo negocio jurídico se encuentra en la autodeterminación de los intereses por parte de los celebrantes del mismo, lo que ha conducido a la doctrina a sostener que la autonomía privada, en un sentido amplio que abriga a la autodeterminación, puede definirse como un reconocimiento jurídico de la posibilidad de dar nacimiento a consecuencias jurídicas o de impedir las, y ello dentro del orden jurídico (Cfr. Rezzónico, Juan Carlos, Principios fundamentales de los contratos, Astrea, Buenos Aires, Año 1999, pág. 162-163; Ver también: Betti, E., Teoría general del negocio jurídico, Revista de Derecho Privado, Madrid, Año 1959, pág. 47, quien afirma que "la autonomía es la actividad y potestad de autorregulación de intereses y relaciones propias, desplegada por el mismo titular de ellas"). En España, autorizada doctrina señala que la idea de contrato y la obligatoriedad del contrato encuentran su fundamento en la idea misma de persona y en el respeto de la dignidad que a la persona le es debida. Ello implica el reconocimiento de un poder de autogobierno de los propios fines e intereses, o un poder de autorreglamentación de las propias situaciones y relaciones jurídicas al que la doctrina denomina "autonomía privada" o "autonomía de la voluntad", que configuran un principio esencial, en el que el contrato tiene, pues, su fundamento más hondo (Cfr. Díez Picazo, Luis, Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Ed. Civitas, Madrid, 1993, T. I, pág. 127).

[13] Sobre la libertad de contratación la doctrina ha afirmado que ésta significa la

libre opción del individuo entre contratar y no contratar, libertad para la elección del otro contratante y la posibilidad de dotar de contenido al contrato. Significa, además, la libertad de elección del tipo contractual y la libertad de construir otros distintos. (Cfr. Stiglitz, Rubén S. – Stiglitz, Gabriel A., Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección al consumidor, La Ley, Buenos Aires, 2012, pág. 120; en igual sentido: Alterini Atilio A. - López Cabana Roberto M., La autonomía de la voluntad en el contrato moderno, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1989, págs. 36 y sgtes.; Garrido Cordobera, Lidia M. R., Nuevas perspectivas de la teoría general del contrato, La Ley 11/12/2013, 1- LA LEY 2013-F, 1011, Cita online: AR/DOC/3321/2013). Libertad contractual implica las libertades de conclusión, de configuración y de elección de las formas para la celebración del contrato (Cfr. Ibañez, Carlos M., Derecho de los contratos. Parte general, Ed. Ábaco, Buenos Aires, Año 2010, págs. 105-107). Libertad de conclusión o de celebración significa la posibilidad del individuo de contratar o no contratar y, en su caso, libertad de elección del otro contratante. En lo que respecta a la libertad de configuración o de regulación, significa la libertad de los contratantes de determinar el contenido del contrato, o sea la autorregulación y la misma tiene como límite el orden público (art. 12 CCyC). Finalmente, la tercera manifestación de la libertad contractual, la libertad de elección de formas, existe en los contratos que no tienen formas impuestas (art. 284 CCyC), las que se encuentran establecidas en la ley, pero también las partes pueden elegir que una determinada forma sea obligatoria.

[14] Cfr. Stiglitz, Ruben S., en: Lorenzetti Ricardo L., Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, Año 2015, Tomo V, págs. 535 y sigtes.

[15] Rivera, Julio César, en: Rivera, Julio César - Medina Graciela, Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, La Ley, Buenos Aires, Año 2014, T. III, pág. 411; en igual sentido Mosset Iturraspe, Jorge - Piedecasas, Miguel A., Ob. Cit., pág. 46: “...conclusiones contrarias a las aquí desarrolladas podrían resultar altamente peligrosas para la seguridad jurídica, pues la ejecución y el cumplimiento de los contratos se sometería al arbitrio de los jueces, quienes terminarían por convertirse en contratantes, o en sustituir a las partes en el ejercicio de su libertad contractual, garantía que se encuentra firmemente amparada por la Constitución Nacional”.

[16] Cfr. Stiglitz, Ruben S., en: Lorenzetti Ricardo L., Código Civil...Ob. Cit., pág. 544.

[17] Stiglitz, Rubén S. - Stiglitz, Gabriel A., Contratos...Ob. Cit., pág. 122. En este sentido se ha dicho que la declaración de voluntad común, hoy, tiene fuerza obligatoria en la medida que lo acordado por las partes se halle: a) conforme con el ordenamiento jurídico; b) sea individual y socialmente útil y; c) se adecue al principio de la máxima reciprocidad de intereses (Stiglitz, Rubén S., Un nuevo orden contractual en el Código Civil y Comercial de la Nación, La Ley, Cita Online: AR/DOC/3668/2014, 15-OCT-2014).

[18] Idem., pág. 128.

[19] Díez Picazo, Luis, Fundamentos...Ob. Cit., pág. 131.

[20] Ibidem.

[21] Cfr. Vallespinos, Carlos Gustavo, El contrato...Ob. Cit., pág. 207.

[22] Vallespinos, Carlos Gustavo, El contrato...Ob. Cit., pág. 237-238.

[23] Ibidem.

[24] Ibañez, Carlos M., Ob. Cit., pág. 119.

[25] Ibidem

[26] Idem., pág. 131.

[27] Ibidem.

[28] Cfr. Stiglitz, Rubén S. - Stiglitz, Gabriel A., Contratos...Ob. Cit., pág. 117.

[29] Zentner, Diego H., Contrato de Consumo, La Ley, Buenos Aires, Año 2010, pág. 191.

[30] Bricks, H., Las cláusulas abusivas, LGDJ, Paris, Año 1982, pág. 9.

[31] Cas, G., La défense du consommateur. Les pièges des contracts. Presses Universitaires de France, Paris, Año 1980, Cap. III, pág. 53, cita en: Stiglitz, Rubén S. - Stiglitz, Gabriel A., Contratos...Ob. Cit., pág. 299-300.

[32] Cfr. Directiva CEE 93/13, art. 3º-1.

[33] Es importante señalar que la Ley nº 26.994 que aprobó el Código Civil y Comercial de la Nación, estableció en su artículo 3 inciso d) la derogación del art. 37 del decreto 1798 del 13 de octubre de 1994, reglamentario de la Ley de Defensa del Consumidor, que contenía la siguiente definición de cláusula abusiva: “Se considerarán términos o cláusulas abusivas las que afecten inequitativamente al consumidor o usuario en el cotejo entre los derechos y obligaciones de ambas partes”.

[34] Rezzónico, Juan C., Contratos con cláusulas predispuestas, Astrea, Buenos Aires, Año 1987, pág. 449. Cita en Lorenzetti, Ricardo L., Consumidores, Rubinzal Culzoni, 2ª Edición Actualizada, Santa Fe, Año 2009, pág. 289. En el mismo sentido se expresa Farina, quien ha definido a las cláusulas abusivas como “...aquellas que se imponen unilateralmente por una de las partes de la relación negocial, perjudicando a la otra parte, o determinando una posición de desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de los contratantes, en perjuicio, por lo común, de los consumidores o usuarios, aunque también de cualquier contratante que no llegue a revestir el carácter de consumidor.” (Farina, Juan M., Contratos comerciales modernos, Astrea, Buenos Aires, Año 1993, pág. 138).

[35] En el Derecho Comparado se observa que también se ha adoptado como elemento caracterizante de las cláusulas abusivas o vejatorias al desequilibrio significativo entre los derechos y obligaciones de las partes intervinientes en el contrato:

En España el tema se halla regulado por el Decreto Legislativo 1/2007, del 16 de noviembre de 2007, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. En su art. 82 se establece: “Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato...”.

En Francia lo relativo a la “Protección de los consumidores contra las cláusulas abusivas” pasó a integrar el Capítulo II del Code de la Consommation, el que define en el art. 132-1 a la cláusula abusiva de la siguiente manera: “En los contratos concluidos entre profesionales y no profesionales o consumidores, son abusivas las cláusulas que tienen por objeto o por efecto crear, en detrimento del no profesional o del consumidor, un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes contratantes”. El Code contiene a su vez un anexo con una lista indicativa no exhaustiva de cláusulas que pueden ser consideradas como abusivas siempre y cuando ellas satisfagan las condiciones puestas en la definición. En Italia, la definición de cláusula abusiva fue incorporada al art. 33 del Código del Consumo (Decreto Legislativo del 6 de septiembre del 2005, nro. 206): “Cláusulas vejatorias en el contrato entre profesional y consumidor. En el contrato concluido entre el consumidor y el profesional, se consideran vejatorias las cláusulas que, malogrando la buena fe, determinan a cargo del consumidor un significativo desequilibrio de los derechos y de las obligaciones derivadas del contrato”.

[36] Cfr. Sáenz, Luis R. J., en Picasso - Vázquez Ferreyra...Ob. Cit., Tomo I., pág. 444. Cabe señalar que la situación de hecho, que justifica la protección por parte del régimen tuitivo de los consumidores y usuarios, la constituye la vulnerabilidad

del consumidor, la que motiva al sistema protectorio a intervenir para equilibrar las desigualdades existentes en la relación de consumo (Cfr. Lorenzetti, Ricardo L., Consumidores...Ob. Cit., pág. 35).

La vulnerabilidad del consumidor puede ser económica o cognoscitiva. La primera, también llamada debilidad material, se manifiesta en el hecho de que las decisiones del consumidor en el mercado son, por lo general, intuitivas, adoptadas sobre la base de sus necesidades, reales o creadas por los diferentes estímulos generados por quienes comercializan los bienes de consumo (Cfr. Rusconi, Dante D., Manual de Derecho del Consumidor, Abeledo Perrot, Buenos Aires, Año 2009, pág. 13).

La vulnerabilidad cognoscitiva, en cambio, se presenta en el consumidor, en virtud de que existen diferencias en el volumen de información referido al bien o servicio que constituye objeto de la prestación contratada, y puede manifestarse a través de una vulnerabilidad técnica o jurídica, en razón de que el comprador no posee conocimientos específicos referidos al bien o servicio y, por ello, puede ser particularmente explotado (Cfr. Lorenzetti, Ricardo L., Consumidores...Ob. Cit., pág. 41). Para subsanar la situación de vulnerabilidad cognoscitiva del consumidor resulta fundamental la información, toda vez que funciona como instrumento tendiente a generar una situación de equilibrio entre el consumidor y el proveedor en el contrato de consumo, buscando contrarrestar la situación de inferioridad negocial en la que se encuentra aquél respecto de este (Cfr. Farina, Juan M., Contratos Comerciales Modernos, Astrea, 3ª Edición, Buenos Aires, 2005, pág. 321. Ver también: Conte Grand, Julio. "Perspectiva económica y jurídica. Necesidad de una apreciación integral" en Lorenzetti Ricardo L. y Schötz Gustavo, Defensa del Consumidor, Ed. Ábaco, Buenos Aires, Año 2003, págs. 42-47).

[37] Stiglitz, Rubén S. - Stiglitz, Gabriel A., Contratos...Ob. Cit., págs. 312-313.

[38] Zentner, Diego H., Ob. Cit., pág. 193. En igual sentido: Müller, Enrique C., Las cláusulas abusivas en el marco contractual de los derechos del consumidor, . 184: "...son aquellas estipulaciones, impuestas o "negociadas" desde una posición de fuerza, que alteran la equivalencia funcional de las prestaciones, al colocar en mejor situación al predisponente y, paralelamente, agravando la del consumidor".

[39] Córdoba, Marcos M., Buena fe y cláusulas abusivas en la contratación con consumidores, en Tratado de la buena fe en el Derecho, coord. por Lidia M. Garrido Cordobera y Viviana Kluger, La Ley, Buenos Aires, t. II, pág. 236. Cita en: Müller, Enrique C., Ob. Cit., pág. 196-197.

[40] Cfr. Zentner, Diego H., Ob. Cit., pág. 192-193. Cfr. Lorenzetti, Ricardo L., Consumidores...Ob. Cit., pág. 293.

[41] Cfr. Müller, Enrique C., Ob. Cit., pág. 186. En este sentido se ha expresado la jurisprudencia: "La cláusula general es abusiva cuando causa un desequilibrio importante entre las obligaciones de las partes en perjuicio del consumidor, que se apreciara tomando en cuenta la naturaleza de los bienes y servicios que sean objeto del contrato y las circunstancias que concurran en su celebración y todas las demás cláusulas" (CNCiv., 21.11.2000, "Liotta c/Cía. Arg. de Seguro Visión s/Ordinario", L. L. del 21-3-2001, Fº 101.716).

[42] Cfr. Leiva Fernández, Luis F. P., en: Alterini, Jorge Horacio dir. Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético, La Ley, Buenos Aires, Año 2015, Tomo V, pág. 954.

[43] Cfr. Directiva CEE 93/13, art. 4º-2. En igual sentido el art. 1121 CCyC establece: "Límites. No pueden ser declaradas abusivas: a) las cláusulas relativas a la relación entre el precio y el bien o el servicio procurado...".

[44] Cfr. Zentner, Diego H., Ob. Cit., pág. 194.

[45] Alfaro Águila Real, Jesús, Las condiciones generales de la contratación, cita en: Zentner, Diego H., Ob. Cit., pág. 194.

[46] Stiglitz, Rubén S., Cláusulas abusivas en las relaciones de consumo, en J.A.

2005-II-1403, sec. doct. Cita en: Müller, Enrique C., Ob. Cit., pág. 185.

[47] Stiglitz, Rubén S. - Stiglitz, Gabriel A., Contratos...Ob. Cit., pág. 312.

[48] Crovi, Luis D., El contrato de consumo: influencia de su actual regulación en los contratos civiles y comerciales, en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, Año 2009, pág. 432.

[49] Rezzónico, Juan Carlos, Contratos con cláusulas predispuestas, Astrea, Buenos Aires, Año 1987, pág. 448.

[50] Zentner, Diego H., Ob. Cit., pág. 191.

[51] Von Tuhr, Teoría General del Derecho civil, t. II, vol. 1, pág. 150, nota 63, cita en: Borda, Guillermo A., Tratado de Derecho Civil, Parte General, La Ley, Buenos Aires, 13ª. Ed., Año 2008, Tomo I, pág. 19.

[52] Borda, Guillermo A., Tratado de Derecho Civil, Parte General, La Ley, Buenos Aires, 13ª. Ed., Año 2008, Tomo I, pág. 19.

[53] Cfr. Borda, Guillermo A., Tratado...Ob. Cit., Tomo II, pág. 133.

[54] Idem, pág. 146.

[55] Borda, Guillermo A., Tratado...Ob. Cit., Tomo I, pág. 42.

[56] Jossierand, Derecho civil, ed. Buenos Aires, t. 1, vol. 1, n° 162. En el mismo sentido, C. Civil Cap., Sala A, 6/12/1960, L.L., t. 101, p. 635; Sala F, 20/3/1973, E.D., t. 51, p. 576.

[57] Borda, Guillermo A., Tratado...Ob. Cit., Tomo I, pág. 45.

[58] Idem, pág. 46 y sgtes.

[59] Idem, pág. 47.

[60] CSJN, 18/4/1956, J.A., 1956-III, p. 366. Cita en: Borda, Guillermo A., Tratado...Ob. Cit., Tomo I, pág. 47.

[61] Art. 1071 Código Civil: “El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considerará tal al que contrarie los fines que aquélla tuvo en mira al reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres”.

[62] Borda, Guillermo A., Tratado...Op. Cit., Tomo I, pág. 52.

[63] Borda, Guillermo A., Tratado...Ob. Cit., Tomo II, pág. 336.

[64] Nota art. 943 Cód. Civ.: “...dejaríamos de ser responsables de nuestras acciones, si la ley nos permitiera enmendar todos nuestros errores, o todas nuestras imprudencias. El consentimiento libre, prestado sin dolo, error ni violencia y con las solemnidades requeridas por las leyes, debe hacer irrevocables los contratos”.

[65] Art. 332 CCyC: “Lesión. Puede demandarse la nulidad o la modificación de los actos jurídicos cuando una de las partes explotando la necesidad, debilidad síquica o inexperiencia de la otra, obtuviera por medio de ellos una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación. Se presume, excepto prueba en contrario, que existe tal explotación en caso de notable desproporción de las prestaciones. Los cálculos deben hacerse según valores al tiempo del acto y la desproporción debe subsistir en el momento de la demanda. El afectado tiene opción para demandar la nulidad o un reajuste equitativo del convenio, pero la primera de estas acciones se deben transformar en acción de reajuste si éste es ofrecido por el demandado al contestar la demanda. Solo el lesionado o sus herederos pueden ejercer la acción”.

[66] Cfr. Borda, Guillermo A., Tratado...Ob. Cit., Tomo II, pág. 338.

[67] Idem, pág. 342.

[68] Larroumet, Christian, La protección contra las cláusulas abusivas en el derecho francés, JA 1996-I, 728. Cita en: Sáenz, Luis R., en: Picasso - Vázquez Ferreyra, Ley de Defensa del Consumidor, Comentada y Anotada, La Ley, Buenos Aires, Año 2009, Tomo I, pág. 440.

[69] Saux, Edgardo I - Müller, Enrique C., Cláusulas abusivas en el contrato de compraventa de automotores, JA, 1999-I.1008. Cita en: Sáenz, Luis R., en: Picasso - Vázquez Ferreyra, Ley de Defensa...Ob. Cit., pág. 440.

[70] Zentner, Diego H., Ob. Cit., pág. 192.

[71] Stiglitz, Rubén S. - Stiglitz, Gabriel A., Contratos...Ob. Cit., pág. 293.

[72] Es preciso señalar que el principio protectorio de los débiles del mercado, no resulta tan solo aplicable en los contratos de consumo. La protección del consumidor se materializa en el marco de una relación de consumo, la cual puede o no tener su origen en un vínculo jurídico derivado de un contrato. En este sentido se ha dicho que la noción de consumidor, se relaciona con el acto de consumo, y no específicamente con la calidad de acreedor o deudor en una obligación o con un contrato particular. Engloba una cantidad de contratos disímiles, de actos jurídicos unilaterales y de hechos jurídicos. (Cfr. Lorenzetti, Ricardo L., Consumidores...Ob. Cit., pág. 16). A su vez, es importante señalar que el principio protectorio de los consumidores y usuarios tiene sustento constitucional en el art. 42 CN, y por esencia pretende ser una herramienta que garantice un mayor equilibrio en el marco de las relaciones de consumo, a fin de disminuir la asimetría que suele observarse en los vínculos jurídicos entre proveedores y consumidores y usuarios.

[73] Picasso, Sebastián, Responsabilidad Civil por Daños al Consumidor, en Anuario de Derecho Civil Uruguayo, Ed. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Año 2001, pág. 753.

[74] El CCyC consagra el principio protectorio del consumidor en el art. 1094: "Interpretación y prelación normativa. Las normas que regulan las relaciones de consumo deben ser aplicadas e interpretadas conforme con el principio de protección del consumidor y de acceso al consumo sustentable. En caso de duda sobre la interpretación de este Código o las leyes especiales, prevalece la más favorable al consumidor".

[75] Art. 37 de la LDC: "Interpretación. Sin perjuicio de la validez del contrato, se tendrán por no convenidas:

- a) Las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones o limiten la responsabilidad por daños;
- b) Las cláusulas que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte;
- c) 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".

[76] Picasso, Sebastián, Responsabilidad Civil...Ob. Cit., pág. 753, cita en: Sáenz, Luis R. J., en Picasso - Vázquez Ferreyra...Ob. Cit., Tomo I., págs. 440 y 441.

[77] Lorenzetti, Ricardo L., Tratado de los contratos. Parte General, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, Año 2004, pág. 680 y sigtes. Cita en: Sáenz, Luis R. J., en Picasso - Vázquez Ferreyra...Ob. Cit., Tomo I., pág. 441.

[78] Cfr. Stiglitz, Rubén S. - Stiglitz, Gabriel A., Contratos...Ob. Cit., págs. 343.

[79] Cfr. Lorenzetti, Ricardo L., Consumidores...Ob. Cit., pág. 293. Sáenz, Luis R. J., en Picasso - Vázquez Ferreyra...Ob. Cit., Tomo I., pág. 448.

[80] Rezzónico, Juan C., Contratos...Ob. Cit., pág. 366 y sigtes.

- [81] Sáenz, Luis R. J., en Picasso - Vázquez Ferreyra...Ob. Cit., Tomo I., pág. 450.
- [82] Rezzónico, Juan C., Contratos...Ob. Cit., pág. 478.
- [83] Roca Sastre, R. M., Estudios de derecho privado. Obligaciones y contratos, t. I, RDP, Madrid, Año 1948, pág. 176, recuerda que la licitud de celebrar con la posible víctima un convenio de liberación ha sido una cuestión muy debatida desde mediados del siglo XIX, que es cuando hacen su aparición las cláusulas de no responsabilidad, sin duda, por la extensión de la responsabilidad que varios factores de la época ocasionaron, especialmente los medios de transporte. Cita en: Stiglitz, Rubén S. - Stiglitz, Gabriel A., Contratos...Ob. Cit., pág. 365.
- [84] Art. 1743 CCyC: "Dispensa anticipada de la responsabilidad. Son inválidas las cláusulas que eximen o limitan la obligación de indemnizar cuando afectan derechos indisponibles, atentan contra la buena fe, las buenas costumbres o leyes imperativas, o son abusivas. Son también inválidas si liberan anticipadamente, en forma total o parcial, del daño sufrido por dolo del deudor o de las personas por las cuales debe responder".
- [85] Stiglitz, Rubén S. - Stiglitz, Gabriel A., Contratos...Op. Cit., pág. 377.
- [86] Farina, Juan M., Contratos...Ob. Cit., pág. 415.
- [87] Sáenz, Luis R. J., en Picasso - Vázquez Ferreyra...Ob. Cit., Tomo I., pág. 451.
- [88] Lorenzetti, Ricardo L., Consumidores...Ob. Cit., pág. 296-297.
- [89] Picasso, Sebastián - Wajntraub, Javier H., Las leyes 27.787 y 24.999: Consolidando la protección del consumidor, en J. A. 1998-IV-752.
- [90] Lorenzetti, Ricardo L., Consumidores...Ob. Cit., pág. 296.
- [91] Idem, pág. 297.
- [92] Stiglitz, Rubén S. - Stiglitz, Gabriel A., Contratos...Ob. Cit., pág. 424.
- [93] Sáenz, Luis R. J., en Picasso - Vázquez Ferreyra...Ob. Cit., Tomo I., pág. 453.
- [94] Idem, pág. 454.
- [95] Chioyenda, J., Derecho procesal civil, t. II, Reus, Madrid, Año 1925, pág. 263. Cita en: Stiglitz, Rubén S. - Stiglitz, Gabriel A., Contratos...Ob. Cit., pág. 433.
- [96] Rosemberg, Leo, La carga de la prueba, Ejea, Buenos Aires, Año 1956, págs. 83/109. Cfr. SCBA, 23/2/1960, DJBA, 1960-III-23 Y 27; CCiv. y Com. Morón, Sala I, 14/5/1981, ED, 95-590; CNFed. Civ. y Com., Sala III, 26/3/1981, ED, 93-734. Cita en: Stiglitz, Rubén S. - Stiglitz, Gabriel A., Contratos...Ob. Cit., pág. 431.
- [97] Art. 1122 CCyC: "Control judicial. El control judicial de las cláusulas abusivas se rige, sin perjuicio de lo dispuesto en la ley especial, por las siguientes reglas:...c) si el juez declara la nulidad parcial del contrato, simultáneamente lo debe integrar si no puede subsistir sin comprometer su finalidad;..."
- [98] Cfr. Alterini, Atilio A., Contratos, Abeledo Perrot, Buenos Aires, Año 1998, p. 392 y sigtes.
- [99] Sáenz, Luis R. J., en Picasso - Vázquez Ferreyra...Ob. Cit., Tomo I., pág. 455.
- [100] Cfr. Stiglitz, Rubén S. - Stiglitz, Gabriel A., Contratos...Ob. Cit., pág. 450. El mismo criterio es seguido en el derecho comparado: art. 6° ap. 1 Directiva 93-13 CEE; art. 1469 quinquies, Cód. Civ. Italia; parág. 6, ap. I, AGB-Gesetz; art. 132-1, Code de la Consommation, Francia; art. 51, parág. 2 Brasil; art. 10, ley 7/1998, España.
- [101] Ibidem.
- [102] Llambías, Jorge J., Tratado de derecho civil. Parte general., t. II, Perrot, Buenos Aires, Año 1975, nros. 1873 y sigtes., pág. 565.
- [103] Idem, nro. 1869 a, pág. 562.
- [104] Cfr. Lorenzetti, Ricardo L., Consumidores...Ob. Cit., pág. 302. En igual sentido: Frustragli, Sandra A., Ineficacia de las condiciones generales de contratación y de las cláusulas abusivas (Análisis de su regulación en los derechos español y argentino), Abeledo Perrot, N° 0003/000022, Año 1999, JA 1999-III-975.
- [105] Cfr. Stiglitz, Rubén S. - Stiglitz, Gabriel A., Contratos...Ob. Cit., pág. 501.
- [106] Casella, Mario, Nullità parziale del contratto e inserzione automatica di

clausole, Giuffrè, Milano, Año 1974, pág. 16. Díez Picazo, Luis, “Eficacia e ineficacia del negocio jurídico”, en Anuario de Derecho Civil, nro. 2, oct-dic, 1961, Madrid.

[107] Cfr. Stiglitz, Rubén S. - Stiglitz, Gabriel A., Contratos...Ob. Cit., pág. 502. En cambio, otros autores como Borda Guillermo, expresaban que como principio no es aceptable la nulidad parcial del contrato, porque sus cláusulas forman un conjunto, y entonces “lo que se ha querido no es tal o cual parte aislada, sino el todo; cada cláusula es una de las condiciones del consentimiento prestado” (Borda, G., Tratado de derecho civil. Parte general, t. II, 2ª ed., Perrot, Buenos Aires, Año 1970, pág. 405. En el mismo sentido, Bustamante Alsina, Jorge, Teoría general de la responsabilidad civil, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Año 1972, nro. 783, p. 243.

[108] Idem, págs. 503-504. En igual sentido: Frustragli, Sandra A., Ineficacia de las condiciones generales de contratación y de las cláusulas abusivas (Análisis de su regulación en los derechos español y argentino), Abeledo Perrot, N° 0003/000022, Año 1999, JA 1999-III-975.

[109] Von Tuhr, A., Derecho civil, Depalma, Buenos Aires, Año 1947, t. IV, págs. 314 y sigtes. Cita en: Stiglitz, Rubén S. - Stiglitz, Gabriel A., Contratos...Ob. Cit., pág. 504.

[110] Cfr. Frustragli, Sandra A., Ineficacia de las condiciones...Ob. Cit.

[111] Cfr. Sáenz, Luis R. J., en Picasso - Vázquez Ferreyra...Ob. Cit., Tomo I., pág. 459.

[112] Idem, págs. 459-460

[113] Ibídem.

[114] En el modelo europeo, la eficacia del sistema de protección del consumidor radica, entre otras claves en el ejercicio de acciones judiciales colectivas, por ej., en materia de cesación de cláusulas abusivas. En este sentido cabe traer a consideración que la recomendación mínima suministrada por la Directiva 93-13 de la Comunidad Económica Europea hace referencia a la necesidad de que “los Estados miembros, velarán para que, en interés de los consumidores y de los competidores profesionales, existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas...” (art. 7º, ap. 1º). Cfr. Stiglitz, Rubén S. - Stiglitz, Gabriel A., Contratos...Ob. Cit., págs. 555-556.

[115] Cfr. Stiglitz, Rubén S. - Stiglitz, Gabriel A., Contratos...Ob. Cit., pág. 357.

[116] Idem., pág. 450. Ver también: Zentner, Diego H., Ob. Cit., pág. 197.

[117] Benítez Caorsi, Juan J., “La interpretación en los contratos con cláusulas predispuestas”, Temis, Bogotá, Año 2002, pág. 101. Cita en: Zentner, Diego H., Ob. Cit., pág. 199.

[118] XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Córdoba, Año 2009, Comisión n° 3. Cita en: Zentner, Diego H., Ob. Cit., pág. 199.

[119] Zentner, Diego H., Ob. Cit., pág. 200.

[120] Ruiz Muñoz, M., La nulidad parcial del contrato y la defensa de los consumidores, Lex Nova, Valladolid, Año 1993, pág. 300. Cita en: Stiglitz, Rubén S. - Stiglitz, Gabriel A., Contratos...Ob. Cit., pág. 451. Ver también: Sáenz, Luis R. J., en Picasso - Vázquez Ferreyra...Ob. Cit., Tomo I., pág. 461.

[121] CNCiv. Sala E, 7/5/1985, “Rosenberg, C. y Katz de Rosenberg, A.”, JA, 1985-III-síntesis.

[122] Lorenzetti, Ricardo L., Tratado...Ob. Cit., pág. 707

[123] Sáenz, Luis R. J., en Picasso - Vázquez Ferreyra...Ob. Cit., Tomo I., pág. 461.

[124] Ver nota n° 6 de este trabajo.

[125] Covi, Luis D., Ob. Cit., pág. 432. Ver nota n° 143.

[126] Stiglitz, Rubén S. - Stiglitz, Gabriel A., Contratos...Ob. Cit., págs. 125-126.

[127] Mosset Iturraspe Jorge - Piedecasas, Miguel A., La revisión...Ob. Cit., pág. 37.

[128] Pierre-Gabriel Jobin, “Coup d’oeil sur les multiples facettes de l’intervention du juge dans le contrat”, en LCD, vol. 47, núm. 1, Faculté de Droit

Université Laval, mars 2006, págs. 3 y 4. Cita en: Benítez Caorsi, Juan J., La revisión del contrato, 2ª edición, Ed. Temis, Bogotá, Año 2010, pág. 71.

[129] Cfr. Stathopoulos, M., “Equality in the law of contract”, en International Encyclopedia of Laws. World law conference. Law in motion, Kluwer, Año 1997, págs. 367 y 388. Cita en: Benítez Caorsi Juan J., La revisión del contrato, 2ª edición, Ed. Temis, Bogotá, Año 2010, pág. 73.

[130] Cfr. Santarelli, Fulvio G., La regulación del mercado a través del contrato. Una propuesta para la protección del empresario débil, en L.L. 2007-C-1044.

[131] Stiglitz, Rubén S. - Stiglitz, Gabriel A., Contratos...Ob. Cit., pág. 4.

[132] Cfr. Müller, Enrique C., Ob. Cit., pág. 197.

[133] Cfr. Zentner, Diego H., Ob. Cit., pág. 192.

[134] Cfr. Crovi, Luis D., Ob. Cit., pág. 435.

[135] Art. 961 CCyC: “Buena fe. Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe. Obligan no solo a lo que está formalmente expresado, sino a todas las consecuencias que puedan considerarse comprendidas en ellos, con los alcances en que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor”.

[136] Rezzónico, Juan Carlos, Cláusulas abusivas en condiciones contractuales generales: panorama y soluciones, LA LEY 1983-B, 998, Derecho Comercial Doctrinas Esenciales, Tomo II, 01/01/2009, 103- DCCyE 2015 (febrero), 24/02/2015, 221, Cita Online: AR/DOC/339/2004, pág. 5.

[137] Stiglitz, Rubén S. - Stiglitz, Gabriel A., Contratos...Ob. Cit., pág. 308.

[138] Ibidem.

[139] Art. 3.1 Directiva 93/13 CEE: “Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente, se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato”.

[140] Roppo, V., “La nuova disciplina delle clausole abusive nei contratti fra imprese e consumatori”, en Diritto ed Economia del’Assicurazione, Giuffrè, Milano, Año 1994, nro. 12, pág. 47. Cita en: Stiglitz, Rubén S. - Stiglitz, Gabriel A., Contratos...Ob. Cit., pág. 309.

[141] Cfr. Stiglitz, Rubén S. - Stiglitz, Gabriel A., Contratos...Ob. Cit., pág. 309.

[142] Idem, pág. 310. Al respecto cabe traer a consideración lo establecido por el parág. 307 del B.G.B alemán, reformado y vigente a partir del 1 de enero del 2002: “Parág. 307. (1) Las cláusulas de las condiciones generales de la contratación, contrarias a la buena fe son ineficaces si perjudican de forma indebida a la contraparte del predisponente. Un perjuicio indebido puede resultar también cuando la cláusula esté redactada de forma no clara e incomprensible. (2) En la duda se presume un perjuicio indebido, cuando la cláusula: 1) no es compatible con las ideas esencialmente fundamentales de la regulación legal de la cual se aparta; o 2) limita de tal forma los derechos y deberes derivados de la naturaleza del contrato que se pone en peligro la consecución de la finalidad de éste”.

[143] Art. 10 CCyC: “Abuso del derecho. El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto.

La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considera tal el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres.

El juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización”.

[144] Art. 958 CCyC: “Libertad de contratación. Las partes son libres para celebrar un contrato y determinar su contenido, dentro de los límites impuestos por la ley,

el orden público, la moral y las buenas costumbres”.

[145] Prieto Molinero, Ramiro J., El abuso del derecho y el Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012, Revista Derecho Privado, Año I Nro 2, Editorial Infojus. Págs. 215-216. Disponible en:

<http://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/cf120183f1.pdf>

[146] CSJN, “Automóviles Saavedra, S.A. c. Fiat Argentina, S.A.”, 04/08/1988, Publicado en: LA LEY 1989-B, 4, con nota de Antonio Boggiano, LLC 1989, 693, con nota de Juan C. Hariri, Colección de Análisis Jurisprudencial Contratos Civ. y Com. - Luis F. P. Leiva Fernández, 702 - Colección de Análisis Jurisprudencial Contratos Civiles y Comerciales - Ricardo Luis Lorenzetti, 266, DJ1988-2, 693. Cita Online: AR/JUR/1579/1988, pág. 2.

[147] Ibidem.

[148] Cfr. Stiglitz, Rubén S. - Stiglitz, Gabriel A., Contratos...Ob. Cit., pág. 440.

[149] Mosset Iturraspe, Jorge, Justicia contractual, Ediar, Buenos Aires, Año 1978, nro. 5, pág. 90.

[150] Cfr. Stiglitz, Rubén S. - Stiglitz, Gabriel A., Contratos...Ob. Cit., pág. 442.

[151] Cfr. Lorenzetti, Ricardo L., Consumidores...Ob. Cit., pág. 289-290.

[152] Art. 38 LDC: “Contratos de adhesión. Contratos en formularios. La autoridad de aplicación vigilará que los contratos de adhesión o similares, no contengan cláusulas de las previstas en el artículo anterior. La misma atribución se ejercerá respecto de las cláusulas uniformes, generales o estandarizadas de los contratos hechos en formularios, reproducidos en serie y en general, cuando dichas cláusulas hayan sido redactadas unilateralmente por el proveedor de la cosa o servicio, sin que la contraparte tuviere posibilidades de discutir su contenido”.

[153] Sáenz, Luis R. J., en Picasso - Vázquez Ferreyra...Ob. Cit., Tomo I., pág. 481.

[154] Idem, pág. 485.

[155] Morello, Augusto M. y Stiglitz, Ruben S., Control jurisdiccional de la administración sobre las cláusulas abusivas de los contratos por adhesión: el acceso del consumidor a la justicia, en JA, 1999-III, pág. 783. Cita en: Sáenz, Luis R. J., en Picasso - Vázquez Ferreyra...Ob. Cit., Tomo I., pág. 486.

[156] Cfr. Sáenz, Luis R. J., en Picasso - Vázquez Ferreyra...Ob. Cit., Tomo I., pág. 487.

[157] Art. 39 LDC: “Modificación contratos tipo. Cuando los contratos a los que se refiere el artículo anterior requieran la aprobación de otra autoridad nacional o provincial, ésta tomará las medidas necesarias para la modificación del contrato tipo a pedido de la autoridad de aplicación”.

[158] Sáenz, Luis R. J., en Picasso - Vázquez Ferreyra...Ob. Cit., Tomo I., pág. 490.

[159] Rezzónico, Juan C., Contratos...Ob. Cit., pág. 249 y sigtes.

[160] Cfr. Sáenz, Luis R. J., en Picasso - Vázquez Ferreyra...Ob. Cit., Tomo I., pág. 490.

[161] Cfr. De Castro y Bravo, Federico, Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes, 2ª ed., Civitas, Madrid, Año 1987, p. 15

[162] Cfr. Sáenz, Luis R. J., en Picasso - Vázquez Ferreyra...Ob. Cit., Tomo I., pág. 491. En este sentido se ha expresado la jurisprudencia: “No empece a lo expuesto el que las condiciones generales de la póliza hayan sido aprobadas por la Superintendencia General de Seguros. No es ajena la discusión que sobre el tema ha existido en el derecho comparado; es verdad que autores de la jerarquía intelectual de Ascarelli, Zanobini, Polo, etc., han sostenido que la aprobación administrativa convierte a las condiciones generales en normas jurídicas vinculantes para la empresa y para quienes con ella contratan. No obstante, la solución que propongo no se encuentra huérfana de apoyo doctrinal. Así García Amigo, (“Condiciones generales de los contratos”, Rev. de Derecho Privado., Madrid, 1969) De Castro Bravo, Federico (“Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes”, p. 15, 2ª., Ed. Civitas, Madrid), etc. explican

que la aprobación administrativa solo significa que el órgano administrativo no tiene nada que oponer a dichas condiciones generales, pero esta función de vigilancia preventiva, no supone una delegación de facultades que permita, sin más, elevar el plano legislativo las condiciones generales redactadas por una empresa, ni que les dé eficacia para derogar las disposiciones legales imperativas que la contradiga. Sí podría sostenerse que la aprobación de las condiciones generales convierte a éstas en cláusulas "Administrativamente" vinculantes para el asegurador, pero nunca para el asegurado. Este es el criterio, según los mencionados autores, de los Superiores Tribunales de España y Alemania (Conf. en lo fundamental Stiglitz, Rubén S., y Stiglitz, Gabriel, "Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección al consumidor", p. 249, Ed. Depalma, Buenos Aires 1985)...No empece a la naturaleza contractual de las condiciones generales que las mismas hayan sido aprobadas por la autoridad administrativa (en el caso, la Superintendencia de Seguros de la Nación)" (SCJ de Mendoza, Sala I, 24/05/1988, "Rojas, Rolando I. c. Huarpe, Coop. de Seguros", La Ley 1989-E, 15, AR/JR/1383/1988, Cita online: 70028141).

[163] Art. 989 CCyC: "Control judicial de cláusulas abusivas. La aprobación administrativa de las cláusulas generales no obsta a su control judicial. Cuando el juez declara la nulidad parcial del contrato, simultáneamente lo debe integrar, si no puede subsistir sin comprometer su finalidad".

[164] Art. 1122 CCyC: "Control judicial. El control judicial de las cláusulas abusivas se rige, sin perjuicio de lo dispuesto en la ley especial, por las siguientes reglas: a) la aprobación administrativa de los contratos o de sus cláusulas no obsta al control;..."

[165] Cfr. Sáenz, Luis R. J., en Picasso - Vázquez Ferreyra...Ob. Cit., Tomo I., pág. 488. Respecto de esta resolución 53/2003, cabe señalar que Stiglitz, Gabriel A. ha manifestado que: a través de esta resolución administrativa, una Secretaría ministerial se ha atribuido la facultad de efectuar, de un modo general y abstracto, la calificación normativa, como abusivas, respecto a ciertas cláusulas contractuales. Cuestión que pertenece nítidamente, a los dominios del Derecho de los Contratos, materia Civil y Comercial, reservada al Congreso de la Nación...La resolución 53/2003...es por lo tanto inconstitucional, por infracción al régimen de División de Poderes, en cuanto invade atribuciones legislativas reconocidas por el art. 75 inc. 12 de la Constitución Nacional. Esto es, reservadas al Congreso de la Nación" (Stiglitz, Gabriel A., "Normativa inconstitucional sobre cláusulas abusivas", La Ley, RCyS2003, 857, Cita Online: AR/DOC/930/2003).

[166] El art. 2 establece un plazo de sesenta (60) días hábiles contados a partir de la publicación de la misma, dentro del cual los proveedores que hubieren incluido las cláusulas tipificadas en el Anexo de la resolución, debían removerlas de los respectivos instrumentos contractuales y notificar tal circunstancia a los consumidores con contratos vigentes con expresa indicación de que esa actitud obedecía al cumplimiento de la referida resolución.

[167] Wajntraub, Javier, El sistema de control de las cláusulas abusivas, en: Mosset Iturraspe, Jorge - Wajntraub, Javier, Ley de Defensa del Consumidor, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, Año 2008, pág. 316.

[168] Cfr. Wajntraub, Javier, El sistema de control...Ob. Cit., pág. 317.

[169] Cfr. Sáenz, Luis R. J., en Picasso - Vázquez Ferreyra...Ob. Cit., Tomo I., pág. 489.

[170] Art. 14 Ley nº 25.065: "Nulidad de cláusulas. Serán nulas las siguientes cláusulas: a) Las que importen la renuncia por parte del titular a cualquiera de los derechos que otorga la presente ley; b) Las que faculden al emisor a modificar unilateralmente las condiciones del contrato; c) Las impongan un monto fijo por atraso en el pago del resumen; d) Las que impongan costos por informar la no validez de la tarjeta, sea por pérdida, sustracción, caducidad o rescisión

contractual; e) Las adicionales no autorizadas por la autoridad de aplicación; f) Las que autoricen al emisor la rescisión unilateral incausada; g) Las que impongan compulsivamente al titular un representante; h) Las que permitan la habilitación directa de la vía ejecutiva por cobro de deudas que tengan origen en el sistema de tarjetas de crédito; i) Las que impongan prórroga a la jurisdicción establecida en esta ley; j) Las adhesiones tácitas a sistemas anexos al sistema de tarjeta de crédito”.

[171] El art. 988 CCyC establece en su inciso c: “Cláusulas abusivas. En los contratos previstos en esta sección, se deben tener por no escritas:...c. las que por su contenido, redacción o presentación, no son razonablemente previsibles”.

[172] Cfr. Stiglitz, Rubén S. - Stiglitz, Gabriel A., Contratos...Ob. Cit., pág. 509.

[173] Fourgoux, J. - Mihailov, J. - Jeannin, M., Droit de la consommation, Delmas, Paris, Año 1979, pág. 202; Galoppini, Annamaria, “Tutela del consumatore e diritto alla salute”, en Tutela della salute e diritto privato, Giuffrè, Milano, Año 1978, pág. 506. Citas en: Stiglitz, Rubén S. - Stiglitz, Gabriel A., Contratos...Ob. Cit., pág. 509.

[174] Cfr. Stiglitz, Rubén S. - Stiglitz, Gabriel A., Contratos...Ob. Cit., pág. 509.

[175] Idem, págs. 509-510.

[176] Morello, Augusto M - Stiglitz, Gabriel A., Tutela procesal de derechos personalísimos e intereses colectivos, Platense, La Plata, Año 1986, pág. 237.

[177] Art. 42 CN: “Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno.

Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y usuarios.

La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control”.

[178] Stiglitz, Rubén S. - Stiglitz, Gabriel A., Contratos...Ob. Cit., pág. 509.

[179] Colautti, Carlos, “Las disposiciones constitucionales sobre el orden económico-social”, LA LEY, 1985-B, 739. En la misma línea de ideas, sostienen Morello y Tróccoli que “al juez no se le plantean exclusivamente problemas jurídicos que deba resolver con arreglo a unas determinadas leyes o fórmulas técnicas, sino problemas humanos que han de componer por todos los medios a su alcance, de los cuales no se halla marginada la mesurada influencia de la equidad” (La revisión del contrato, Platense, La Plata, Año 1977, pág. 285) Cita en: Stiglitz, Rubén S. - Stiglitz, Gabriel A., Contratos...Ob. Cit., pág. 509-510.

[180] Art. 52 LDC: “Acciones judiciales. Sin perjuicio de lo dispuesto en esta ley, el consumidor y usuario podrán iniciar acciones judiciales cuando sus intereses resulten afectados o amenazados.

La acción corresponderá al consumidor o usuario por su propio derecho, a las asociaciones de consumidores o usuarios autorizadas en los términos del artículo 56 de esta ley, a la autoridad de aplicación nacional o local, al Defensor del Pueblo y al Ministerio Público Fiscal. Dicho Ministerio, cuando no intervenga en el proceso como parte, actuará obligatoriamente como fiscal de la ley...”

[181] Stiglitz, Rubén S. - Stiglitz, Gabriel A., Contratos...Ob. Cit., págs. 534-535.

[182] Cfr. Sáenz Luis R. - Silva Rodrigo, en: Picasso - Vázquez Ferreyra...Ob. Cit., Tomo I., pág. 675.

[183] Stiglitz, Rubén S. - Stiglitz, Gabriel A., Contratos...Ob. Cit., pág. 551. Sobre

la distinción entre derechos individuales, de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos, y de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos, ver el precedente jurisprudencial sentado por la CSJN en “Halabi, Ernesto c. P.E.N. Ley 25.873. DTO 1563/04” 24/2/2009, LA LEY 02/03/2009 Cita fallos Corte: 332:111, Cita online: AR/JUR/182/2009.

[184] De los Santos, Mabel, “Algunas pautas para la regulación normativa de los procesos colectivos”, J.A., 2005-IV, fasc. 7, pág. 3. Cita en: Stiglitz, Rubén S. - Stiglitz, Gabriel A., Contratos...Ob. Cit., pág. 551.

[185] Cfr. Stiglitz, Rubén S. - Stiglitz, Gabriel A., Contratos...Ob. Cit., pág. 551.

[186] Idem, pág. 552.

[187] Idem, pág. 552-553.

[188] Cfr. Sáenz Luis R. - Silva Rodrigo, en: Picasso - Vázquez Ferreyra...Ob. Cit., Tomo I., págs. 683-684.

[189] Morello, Augusto M., “Legitimación procesal de los colegios profesionales, de las organizaciones de protección de los consumidores y de defensa de los intereses difusos”, JA, Año 1981, nro. 5189, pág. 10. Cita en: Stiglitz, Rubén S. - Stiglitz, Gabriel A., Contratos...Ob. Cit., pág. 543.

[190] CSJN, “PADEC c. Swiss Medical S.A.”, fecha 21/08/2013, Publicado en: LA LEY 23/09/2013, Cita online: AR/JUR/44235/2013. En este precedente se sostuvo: “El hecho de que una asociación de consumidores haya demandado, por la vía prevista en los arts. 52, 53 y 54 de la ley 24.240, la nulidad de una cláusula contractual en un contrato de medicina prepaga que permite la modificación unilateral de las cuotas mensuales por la empresa no constituye óbice para la aplicación de lo dispuesto en el art. 43 de la Constitución Nacional, en virtud de la analogía existente entre esa acción y la de amparo, ya que también constituye un procedimiento abreviado tendiente a evitar que se consuma la violación de derechos y garantías constitucionales, concretamente los derechos de los usuarios y consumidores previstos en el art. 42 de la Carta Magna (voto del Doctor Enrique S. Petracchi)

[191] Idem, voto de la Doctora Carmen M. Argibay.

[192] El art. 43 CN que regula la acción de amparo, en su segundo párrafo establece: “Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización”.

[193] Art. 2 CCyC: “Interpretación. La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento”.

[194] Art. 1711 CCyC: “Acción preventiva. La acción preventiva procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento. No es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución”.

[195] La jurisprudencia se ha pronunciado a favor de la posibilidad de ejercicio de acciones colectivas en defensa de intereses patrimoniales individuales, al respecto ver: CNCom, Sala E, “Dirección General de Defensa del Consumidor de la Ciudad de Buenos Aires c. Banca Nazionale del Lavoro”, 10/05/2005. Publicado en: LA LEY 24/06/2005, Cita Online: AR/JUR/429/2005.

[196] Art. 14 CCyC: “Derechos individuales y de incidencia colectiva. En este Código se reconocen:

- a. derechos individuales;
- b. derechos de incidencia colectiva.

La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general”.

[197] Es importante resaltar que del texto del art. 42 CN surge que las autoridades deben proveer a la protección de los derechos de los consumidores y usuarios, y que la legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, por lo que la construcción jurídica de la posibilidad de acciones colectivas preventivas frente a la problemática de las cláusulas abusivas, resulta coherente con los presupuestos de protección establecidos por la norma constitucional.

[198] Stiglitz, Rubén S. - Stiglitz, Gabriel A., Contratos...Ob. Cit., pág. 555.

[199] Idem, pág. 556.

[200] Idem, págs. 556-557.

[201] Idem, págs.. 557-558.

[202] Idem, pág. 560.

[203] Idem, págs. 560-561.

[204] Cfr. Frustagli, Sandra A., Ineficacia de las condiciones...Ob. Cit., pág. 1.

[205] El art. 14 del Anteproyecto de CCyC establecía: “Derechos individuales y derechos de incidencia colectiva. En este Código se reconocen: 1) derechos individuales; 2) derechos de igual categoría, que pueden ser ejercidos por su titular o mediante una acción colectiva, cuando medie una pluralidad de afectados individuales, con daños comunes pero divisibles o diferenciados, generados por una causa común, según lo dispuesto en el libro IV, título V, de la responsabilidad civil; 3) derechos de incidencia colectiva, que son indivisibles y de uso común. El afectado, el Defensor del Pueblo, las asociaciones registradas y otros sujetos que dispongan las leyes especiales, tienen legitimación para el ejercicio de derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando puedan afectar gravemente al ambiente y los derechos de incidencia colectiva en general”.

[206] Cfr. Stiglitz, Rubén S. - Stiglitz, Gabriel A., Contratos...Ob. Cit., págs. 561-562.

[207] Art. 14 CCyC: “Derechos individuales y de incidencia colectiva. En este Código se reconocen:

a. derechos individuales;

b. derechos de incidencia colectiva.

La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar el ambientes y a los derechos de incidencia colectiva en general”.

[208] Cfr. Stiglitz, Rubén S. - Stiglitz, Gabriel A., Contratos...Ob. Cit., pág. 562-563.

[209] De los Santos, Mabel, “Los procesos colectivos en el Anteproyecto”, LA LEY, 8/6/2012, págs. 1 y 2. Cita en: Stiglitz, Rubén S. - Stiglitz, Gabriel

A., Contratos...Ob. Cit., pág. 563.

[210] Leiva Fernández, Luis F. P., en: Alterini, Jorge Horacio, dir., Código Civil...Ob. Cit., Tomo V, pág. 162.

[211] Díez-Picazo, Luis, Fundamentos...Ob. Cit., Tomo I, pág. 139.

[212] Art. 988 CCyC: “Cláusulas abusivas. En los contratos previstos en esta sección, se deben tener por no escritas:

a) las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones del predisponente;

b) las que importen renuncia o restricción a los derechos del adherente, o amplíen derechos del predisponente que resulten de normas supletorias;

c) las que por su contenido, redacción o presentación, no fuese razonablemente previsibles”.

[213] Art. 1119 CCyC: “Regla general. Sin perjuicio de lo dispuesto en las leyes especiales, es abusiva la cláusula que, habiendo sido o no negociada

individualmente, tiene por objeto o por efecto provocar un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes, en perjuicio del consumidor”.

[214] Cfr. Stiglitz, Rubén S. - Stiglitz, Gabriel A., Contratos...Ob. Cit., pág. 271.

[215] Ibidem.

[216] Idem, pág. 272.

[217] Idem, pág. 273.

[218] Ibidem.

[219] Mosset Iturraspe, Jorge, Contratos, Ed. Act., Rubinzal Culzoni, Santa Fe, Año 2008, pág. 146, cita en: Lorenzetti, Ricardo L., Consumidores...Ob. Cit., pág. 277.

[220] Stiglitz, Rubén S., Contratos por adhesión, contratos de consumo y cláusulas abusivas, La Ley, RCCyC (septiembre), 17/09/2015, 125, Cita online:

AR/DOC/2850/2015, pág. 1

[221] Ibidem.

[222] Idem, pág. 3.

[223] Idem, pág. 1.

[224] Idem, pág. 2.

[225] Las notas definitorias del fenómeno del contrato por adhesión analizadas por el maestro español Luis Diez-Picazo, son las siguientes: a) se suele exigir la previa redacción o la predisposición por una de las partes contratantes sin importar la autoría intelectual de las cláusulas o condiciones; b) se requiere que las cláusulas que se pretende que formen parte del contrato, no hayan podido ser negociadas individualmente y c) corresponderá definir cuáles deberán ser las calificaciones personales de las partes para que el fenómeno pueda ser considerado de “condiciones generales” (Diez-Picazo, Luis, Las condiciones generales de contratación y las cláusulas abusivas, Civitas, Madrid, Año 1996, págs.. 35 y sigtes.)

[226] Cfr. Lorenzetti, Ricardo L., Consumidores...Ob. Cit., pág. 280.

[227] Cfr. Wajntraub, Javier H., Defensa del consumidor, Lexis Nexis, Buenos Aires, Año 2002, pág. 11, cita en; Lorenzetti, Ricardo L., Consumidores...Ob. Cit., pág. 275.

[228] Vallespinos Carlos G., El contrato...Ob. Cit., pág. 206.

[229] Idem, pág. 207.

[230] Art. 958 CCyC: “Libertad de contratación. Las partes son libres para celebrar un contrato y determinar su contenido, dentro de los límites impuestos por la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres”.

[231] Art. 990 CCyC: “Libertad de negociación. Las partes son libres para promover tratativas dirigidas a la formación del contrato, y para abandonarlas en cualquier momento”.

[232] Leiva Fernández, Luis F. P., en: Alterini, Jorge Horacio, dir., Código Civil...Ob. Cit., Tomo V, págs. 165-166.

[233] Escola, Héctor J., Tratado integral de los contratos administrativos, Depalma, Buenos Aires, Año 1977, págs. 25 y sigtes. Cita en: Vallespinos Carlos G., El contrato...Ob. Cit., pág. 213.

[234] Cfr. Stiglitz, Rubén S. - Stiglitz, Gabriel A., Contratos...Ob. Cit., pág. 264.

[235] Ibidem.

[236] Leiva Fernández, Luis F. P., en: Alterini, Jorge Horacio, dir., Código Civil...Ob. Cit., Tomo V, pág. 169.

[237] Idem, pág. 175.

[238] Alterini, Atilio A., “Formas modernas de contratación”, LA LEY, 1980-D, 1108, ap. VII, pág. 1112. Cita en: Stiglitz, Rubén S. - Stiglitz, Gabriel A., Contratos...Ob. Cit., pág. 265.

[239] Royo Martínez, M., Contrato de adhesión, A.D.C., Madrid, Año 1949, pág. 69. López Santa María, J., Sistema de interpretación de los contratos, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Chile, Año 1971, nro. 50, pág. 147. Las condiciones

particulares revelan la verdadera voluntad de los contratantes, quienes necesariamente han entendido que al introducirlas al texto, lo hacían para hacerlas prevalecer sobre las condiciones generales. En este sentido, la jurisprudencia ha expresado: "...en un contrato de prenda prevalece la cláusula mecanografiada - en el caso, dispuso la prórroga de jurisdicción - , sobre otras que integran el formulario al que adhirió el ejecutado, porque la especificidad concedida por las partes a la primera de las cláusulas transcriptas parcialmente, condujo a dejar sin efecto la otra, genérica y preimpresa" (CCom. Sala D, 13/2/2002, "Randon argentina S.A. c. Etchart R." LA LEY, 2002-C, 815; DJ, 2002-2-574).

[240] Cfr. Leiva Fernández, Luis F. P., en: Alterini, Jorge Horacio, dir., Código Civil...Ob. Cit., Tomo V, pág. 175.

[241] Art. 1095 CCyC: "Interpretación del contrato de consumo. El contrato se interpreta en el sentido más favorable al consumidor. Cuando existen dudas sobre los alcances de su obligación, se adopta la que sea menos gravosa".

[242] Cfr. Leiva Fernández, Luis F. P., en: Alterini, Jorge Horacio, dir., Código Civil...Ob. Cit., Tomo V, pág. 177.

[243] Stiglitz, Rubén S. - Stiglitz, Gabriel A., Contratos...Ob. Cit., pág. 267.

[244] CCom., Sala B, 15/4/1993, "Odriozola B. c. Optar S.A.", 1994-II-375.

[245] CCom., Sala C, 18/10/1982, "Parodi A. c. Ruta Coop. de Seg.", JA, 1984-I-499, CCiv. y Com. Mercedes, Sala I, 19/3/1987, "García C. c. Chapartegui Hnos.", DJ, 987-2-276; CCom., Sala B, 25/11/1991, "Albert, A. c. La Austral Cía. De Seg.", LA LEY, 1992-E-575, DJ, 1992-2-697.

[246] CCom., Sala B, 25/11/1991, "Albert, A. c. La Austral Cía. De Seg.", LA LEY, 1992-E-575 (38.235), DJ, 1992-2-697.

[247] CNCiv., Sala G, 24/11/1983, "Gadea, J. c. Coop. Familiar de Vivienda", JA, 1984-IV-330; CCom., Sala E, 4/3/1986, "Wattman S.A. c. Exim S.R.L.", JA, 1987-I-118.

[248] CCom., Sala B, 17/6/2001, "Ingral S.A. c. Sintelar S.A." JA 2002-II-síntesis.

[249] Cfr. Lorenzetti, Ricardo L., Consumidores...Ob. Cit., pág. 293.

[250] Stiglitz, Rubén S. en: Lorenzetti Ricardo L., Código Civil...Ob. Cit., Tomo V, pág. 657.

[251] Idem, págs. 657-658.

[252] La reforma del Código Civil alemán (BGB), que entró en vigencia el 1 de enero de 2002, establece en su parágrafo 305 c: "No se considerarán incluidas en el contrato aquellas cláusulas de las condiciones generales de la contratación que, según las circunstancias, en particular según la apariencia externa del contrato, sean tan excepcionales que la contraparte del predisponente no hubiera podido contar con ellas" (parágrafo 3). Cita en: Stiglitz, Rubén S. - Stiglitz, Gabriel A., Contratos...Ob. Cit., pág. 275.

[253] Stiglitz, Rubén S. - Stiglitz, Gabriel A., Contratos...Ob. Cit., pág. 276.

[254] Se las define como aquellas que "se hallan en contraste con las expectativas legítimas y razonables del cliente fundadas en los acuerdos individuales, por lo que no tiene por qué contar con que lo sean de otro modo, atípico o insólito. (Cfr. Pagador López, J., Condiciones generales y cláusulas contractuales predisuestas, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, Año 1999, págs. 456, 462 y 463) Ver también: Stiglitz, Rubén S. - Stiglitz, Gabriel A., Contratos...Ob. Cit., pág. 277.

[255] Cfr. Leiva Fernández, Luis F. P., en: Alterini, Jorge Horacio, dir., Código Civil...Ob. Cit., Tomo V, pág. 189.

[256] Art. 389 CCyC: "Principio. Integración. Nulidad total es la que se extiende a todo el acto. Nulidad parcial es la que afecta a una o varias de sus disposiciones. La nulidad de una disposición no afecta a las otras disposiciones válidas, si son separables. Si no son separables porque el acto no puede subsistir sin cumplir su finalidad, se declara la nulidad total.

En la nulidad parcial, en caso de ser necesario, el juez debe integrar el acto de acuerdo a su naturaleza y los intereses que razonablemente puedan considerarse perseguidos por las partes”.

[257] Se trata de un supuesto en el que la ley le confiere una facultad excepcional al juez para modificar las estipulaciones de los contratos. Al respecto cabe traer a consideración lo establecido por el art. 960 CCyC: “Facultades de los jueces. Los jueces no tienen facultades para modificar las estipulaciones de los contratos, excepto que sea a pedido de una de las partes cuando lo autoriza la ley, o de oficio cuando se afecta, de modo manifiesto, el orden público”.

[258] Benavente, María I., en: Lorenzetti Ricardo L., Código Civil...Ob. Cit., Tomo II, pág. 528.

[259] Ibidem. En este sentido se ha pronunciado la jurisprudencia: “Cuando el negocio pueda subsistir - lógica y finalísticamente -, aun sin la cláusula viciada, habrá que atenerse a la economía del negocio o al propósito práctico perseguido por las partes, afirmando la validez del resto del contenido contractual no afectado, en la medida en que constituya el mínimo contenido deseable en relación con todo el acto, tal como estaba proyectado” (CNCiv., Sala E, 7/5/1985, “Rosenberg, C. y Katz de Rosenberg, A.”, JA, 1985-III-síntesis).

[260] Resulta importante la aclaración en razón de que el CCyC prevé en los arts. 1094 y 1095 dos criterios específicos de interpretación aplicables a la relación de consumo y al contrato de consumo, y una regla de prelación normativa propia, que deberá ser observada por el juez al efectuar la integración luego de declarar la ineficacia de una cláusula en un contrato de consumo.

[261] Art. 964 CCyC: “Integración del contrato. El contenido del contrato se integra con:

- a. las normas indisponibles, que se aplican en sustitución de las cláusulas incompatibles con ellas;
- b. las normas supletorias;
- c. los usos y prácticas del lugar de celebración, en cuanto sean aplicables porque hayan sido declarados obligatorios por las partes o porque sean ampliamente conocidos y regularmente observados en el ámbito en que se celebra el contrato, excepto que su aplicación sea irrazonable”.

[262] Ver nota n° 152 de este trabajo.

[263] Al respecto cabe señalar la influencia que sobre las normas del CCyC relativas a contratos por adhesión, han ejercido las conclusiones de la Comisión n° 3 de las VII Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en la Universidad Nacional de La Plata en el año 1981, sobre temas como: I. Validez e invalidez de las condiciones generales; II. Interpretación e integración; y III. Normativa para ser eventualmente incorporada al Código Civil. Ver: Alterini, Atilio A. - López Cabana, Roberto M., La autonomía de la voluntad en el contrato moderno, Abeledo Perrot, Buenos Aires, Año 1989, págs. 83 a 87.

[264] Art. 959 CCyC: “Efecto vinculante. Todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes. Su contenido solo puede ser modificado o extinguido por acuerdo de partes o en los supuestos en que la ley lo prevé”.

[265] Cfr. Vergara, Leandro, Nuevo orden contractual...Ob. Cit. pág. 11.

[266] Ver: CSJN, “Automóviles Saavedra, S.A. c. Fiat Argentina, S.A.”, 04/08/1988, Publicado en: LA LEY 1989-B.

[267] Art. 1119 CCyC: “Regla general. Sin perjuicio de lo dispuesto en las leyes especiales, es abusiva la cláusula que, habiendo sido o no negociada individualmente, tiene por objeto o por efecto provocar un desequilibrio significativo entre los derechos y obligaciones de las partes, en perjuicio del consumidor”.

[268] Cabe traer a consideración dos fallos de la Corte Suprema de Justicia de Tucumán. Ver: “CSJT, Frau y Bernardo y otro c. Cervecería y Maltería Quilmes

SAICA y G s/Daños y Perjuicios” Sentencia n° 101, fecha: 22/03/2011, donde se sostuvo respecto de la validez de la cláusula de “prórroga de competencia” o “pacto de foro prorrogado” inserta en un contrato de distribución, que tal pacto solo atañe al interés de las partes contratantes, nada impide la estipulación contractual de la prórroga cuestionada la que llega a ser, por efecto del art. 1197 del C.C., verdadera ley para las partes, lo que -por demás - se encuentra expresamente admitido en el art. 4 del C.P.C.C.T...el abuso de derecho no puede pretender derivarse del solo hecho de mediar una contratación de tipo predispuesta ya que, con este criterio todos los contratos de esta naturaleza quedarían invalidados automáticamente con la mera invocación del art. 1071 del Código Civil, lo que no es posible de sostener...no nos encontramos, en el presente, frente a un caso donde resulten aplicables las disposiciones de la ley 24.240 pues no se dan, en lo que a la cuestión a resolver se refiere, los presupuestos que puedan hacer aplicables, sin más, aquel específico microsistema regulativo, conforme las limitaciones previstas en los arts. 1 y 2 de la citada norma, en torno a su ámbito de aplicación subjetivo. La cláusula en análisis, incorporada a un contrato comercial de distribución no puede ser tratada, por ello mismo, bajo la luz de las disposiciones de orden público protectoras del consumidor”. En igual sentido: “CSJT, Gimenez Juan Alberto c. Compañía de Alimentos Fargo S.A. s/Contratos (ordinario)”, Sentencia n° 179, fecha: 14/03/2014. Estos precedentes jurisprudenciales carecerían de vigencia a la luz de las normas de los arts. 988 y concordantes del CCyC, por cuanto expresamente se permite cuestionar la validez de las cláusulas abusivas en contratos por adhesión, como bien podría ser el supuesto de un contrato comercial de distribución.

[269] De Lorenzo, Miguel Federico, Contratos, derechos fundamentales y dignidad de la persona humana, LA LEY 19/10/2011, LA LEY 2011-E, 1258, Cita Online: AR/DOC/3517/2011, pág. 3.

[270] Wajtraub, Javier H. en: Lorenzetti Ricardo L., Código Civil...Ob. Cit., Tomo VI, págs. 229-230. Ver también, Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación en: <http://www.nuevoco.digocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf> pág. 131.

[271] Stiglitz, Rubén S. - Stiglitz, Gabriel A., Contratos...Ob. Cit., pág. 306-307.

[272] Cfr. Tambussi, Carlos E., “Contratos de consumo” en: Código Civil y Comercial de la Nación, dirigido por Bueres, Alberto J., Hammurabi, Buenos Aires, Año 2014, T. 1, pág. 643.

[273] Leiva Fernández, Luis F. P., en: Alterini, Jorge Horacio, dir. Código Civil...Ob. Cit., Tomo V, pág. 940.

[274] Cfr. Hernández, Carlos A., en: Lorenzetti Ricardo L., Código Civil...Ob. Cit., Tomo VI, pág. 295.

[275] Cfr. Stiglitz, Rubén S. - Stiglitz, Gabriel A., Contratos...Ob. Cit., pág. 307.

[276] Ibidem.

[277] Ver lo expresado al comentar el art. 985 CCyC en las páginas 76 y 77 de este trabajo.

[278] Lorenzetti, Ricardo L., Comentarios críticos de jurisprudencia. Contratos en Revista de Derecho Privado y Comunitario, N° 20, Seguros - II, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1999, págs. 302 y sigtes.

[279] Tambussi, Carlos E., “Contratos de consumo” en Código Civil...Ob. Cit., T. 1, pág. 643.

[280] Cfr. Leiva Fernández, Luis F. P., en: Alterini, Jorge Horacio, dir., Código Civil...Ob. Cit., Tomo V, pág. 952.

[281] Cfr. Stiglitz, Rubén S. - Stiglitz, Gabriel A., Contratos...Ob. Cit., pág. 308. En opinión de los autores citados, el abuso que por sí implica una cláusula que fractura significativamente el principio de la máxima reciprocidad de intereses no requiere que, a su vez, importe una infracción al principio

de buena fe.

[282] Cfr. *Ibidem*.

[283] Leiva Fernández, Luis F. P., en: Alterini, Jorge Horacio, dir., Código Civil...Ob. Cit., Tomo V, pág. 954.

[284] Hernández, Carlos A., en: Lorenzetti Ricardo L., Código Civil...Ob. Cit., Tomo VI, pág. 305.

[285] Tambussi, Carlos E., “Contratos de consumo” en Código Civil...Ob. Cit., T. 1, pág. 644.

[286] Stiglitz, Rubén S. - Stiglitz, Gabriel A., Contratos...Ob. Cit., págs. 311-312.

[287] Cfr. Hernández, Carlos A., en: Lorenzetti Ricardo L., Código Civil...Ob. Cit., Tomo VI, pág. 308.

[288] Stiglitz, Rubén S. - Stiglitz, Gabriel A., Contratos...Ob. Cit., pág. 316.

[289] Leiva Fernández, Luis F. P., en: Alterini, Jorge Horacio, dir., Código Civil...Ob. Cit., Tomo V, pág. 956.

[290] Hernández, Carlos A., en: Lorenzetti Ricardo L., Código Civil...Ob. Cit., Tomo VI, pág. 308.

[291] Cfr. Stiglitz, Rubén S. - Stiglitz, Gabriel A., Contratos...Ob. Cit., pág. 317.

[292] *Idem*, pág. 320-321

[293] Cfr. Leiva Fernández, Luis F. P., en: Alterini, Jorge Horacio, dir., Código Civil...Ob. Cit., Tomo V, pág. 956.

[294] *Idem*, págs. 957-958.

[295] Tambussi, Carlos E., “Contratos de consumo” en Código Civil...Ob. Cit., T. 1, pág. 645.

[296] Art. 6. V del Código de Consumo de Brasil establece: “Son derechos básicos del consumidor:...V. La modificación de las cláusulas contractuales que establezcan cuotas desproporcionadas o su revisión en razón de hechos supervenientes que las hagan exageradamente onerosas”. Disponible en: <http://brasilcon.org.br/arquivos/arquivos/cd-c-es.pdf>

[297] Sobre este tema puede verse: Peral, Santiago J., La exclusión de la figura del “consumidor expuesto” en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, Revista Argentina de Derecho Comercial y de los Negocios, n° 13, Agosto 2015, IJ Editores, 27/08/2015, IJ-LXXXI-311, disponible en: <http://www.ijeditores.com.ar/po.php?option=articulo&Hash=88ad5fd9e9a12e475de0d1505a0e4409>

[298] Leiva Fernández, Luis F. P., en: Alterini, Jorge Horacio, dir. Código Civil...Ob. Cit., Tomo V, pág. 958.

[299] Al respecto cabe traer a consideración la jurisprudencia sentada por el TJUE (Sala cuarta) en el Caso Kásler y Káslerné Rábai, Sentencia de 30 de abril de 2014, TJCE/2014/105: “El artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, en relación con una cláusula contractual como la discutida en el asunto principal, la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible se ha de entender como una obligación no solo de que la cláusula considerada sea clara y comprensible gramaticalmente para el consumidor, sino también que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo de conversión de la divisa extranjera al que se refiere la cláusula referida, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que ese consumidor, pueda evaluar, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo”.

[300] Hernández, Carlos A., en: Lorenzetti Ricardo L., Código Civil...Ob. Cit., Tomo VI, pág. 312.

[301] *Ibidem*.

[302] Leiva Fernández, Luis F. P., en: Alterini, Jorge Horacio, dir. Código Civil...Ob. Cit., Tomo V, pág. 960.

[303] Cfr. Hernández, Carlos A., en: Lorenzetti Ricardo L., Código Civil...Ob. Cit.,

Tomo VI, pág. 313.

[304] Cfr. Frustagli, Sandra A., Ineficacia de las condiciones...Ob. Cit.; Hernández, Carlos A., en: Lorenzetti Ricardo L., Código Civil...Ob. Cit., Tomo VI, pág. 314.

[305] Stiglitz, Rubén S. - Stiglitz, Gabriel A., Contratos...Ob. Cit., pág. 321.

[306] Díez-Picazo, Luis, Fundamentos...Ob. Cit., pág. 586. Cita en: Stiglitz, Rubén S. - Stiglitz, Gabriel A., Contratos...Ob. Cit., pág. 321-322.

[307] Stiglitz, Rubén S. - Stiglitz, Gabriel A., Contratos...Ob. Cit., pág. 322.

[308] Hernández, Carlos A., en: Lorenzetti Ricardo L., Código Civil...Ob. Cit., Tomo VI, pág. 314.

Cabe traer a consideración que en España, actualmente se establece la imposibilidad de que el juez integre el contrato después de declarar abusiva una cláusula, ello en razón de la modificación introducida al art. 83 del TRLDCU por la Ley nº 3/2014 del 27 de marzo de 2014. La referida modificación obedeció a una adecuación del derecho interno español al art. 6.1 de la Directiva 93/13 CEE, tras la sentencia del TJUE en el caso Banco Español de Crédito donde se dispuso: "...si el juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuran en tales contratos, dicha facultad podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el artículo 7 de la Directiva 93/13. En efecto, la mencionada facultad contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores, ya que los profesionales seguirían estando tentados de utilizar esas cláusulas al saber que, aun cuando llegara a declararse la invalidez de las mismas, el contrato podría ser integrado no obstante por el juez nacional en lo que fuera necesario, protegiendo de este modo el interés de dichos profesionales (sentencia Banco Español de Crédito, EU:C:2012:349, apartado 69)" (Ver punto III Preámbulo Ley nº 3/2014 de 27 de marzo, (RCL 2014/466). Modifica TRLDCU y otras leyes complementarias, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, del 16-1-2007, (RCL 2007/2164)). No obstante lo señalado, el TJUE (Sala cuarta) en el Caso Kásler y Káslerné Rábai, Sentencia de 30 de abril de 2014, TJCE/2014/105, dispuso: "El artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, debe interpretarse en el sentido de que, en una situación como la que es objeto del litigio principal, en la que un contrato concluido entre un profesional y un consumidor no puede subsistir tras la supresión de una cláusula abusiva, dicha disposición no se opone a una normativa nacional que permite al juez nacional subsanar la nulidad de esa cláusula sustituyéndola por una disposición supletoria del Derecho nacional".

[309] Cfr. Stiglitz, Rubén S. - Stiglitz, Gabriel A., Contratos...Ob. Cit., pág. 322.

[310] Art. 1094 CCyC: "Interpretación y prelación normativa. Las normas que regulan las relaciones de consumo deben ser aplicadas e interpretadas conforme con el principio de protección del consumidor y el de acceso al consumo sustentable. En caso de duda sobre la interpretación de este Código o las leyes especiales, prevalece la más favorable al consumidor".

[311] Sozzo, Gonzalo, La resistematización de la regulación del consumo en el Proyecto de Código Civil 2012, pág. 100. Disponible en: <http://www.saij.gov.ar/gonzalo-sozzo-resiste-matizacio-n-re-gulaci-on-con-sumo-proyec-to-codi-go-civi-l-2012-d-acf1300-79/12345678-9-0abc-d-efg9700-31fcanirtcod>

[312] Hernández, Carlos A., en: Lorenzetti Ricardo L., Código Civil...Ob. Cit., Tomo VI, págs. 314-315.

[313] Sozzo, Gonzalo, La resistematización de la regulación del consumo...Ob. Cit., págs. 83-84.

[314] Idem, pág. 84.

[315] Idem, pág. 85.

[316] De Lorenzo, Miguel Federico, Contratos, derechos fundamentales y dignidad de la persona humana...Ob. Cit, pág. 9.

[317] Sozzo, Gonzalo, La resistematización de la regulación del consumo...Ob. Cit., págs. 102-103.
[318] Idem, pág. 101.

© Copyright: Universidad Austral