



CAPÍTULO SEXTO

PROTECCIÓN CONTRACTUAL

SUMARIO: *Primera Parte. La disciplina de las cláusulas abusivas.* I. Contratos por adhesión y de consumo. 1. Distintas clasificaciones. A) Contratos de consumo. B) Contratos predispuestos o *standards*. C) Contratos celebrados por adhesión. 1) Concepto. 2) Distingo con el contrato de consumo. D) Contratos paritarios. E) Contratos discrecionales. F) Contratos de consumo y cláusulas. 2. Normas aplicables a los contratos discrecionales y de consumo. 3. Efectos de la calificación de un contrato celebrado por adhesión a condiciones predispuestas. 4. Las normas que regulan el contrato de consumo. 5. Orden de prevalencia de cláusulas. II. Definición de la cláusula abusiva. 1. El criterio del artículo 37: criterios generales y particulares para calificar la cláusula abusiva. A) El control de incorporación de la cláusula. B) Control de contenido. 2. Indiferencia respecto de las condiciones generales y las cláusulas negociadas. 3. Cláusulas que desnaturalicen las obligaciones. A) El significado de "desnaturalización". B) El apartamiento del tipo contractual. C) La desnaturalización de la causa obligacional y el tipo como integrador. 4. Cláusulas que importen renuncia o restricción de derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte. A) Los derechos. B) Su renuncia. 5. El principio de la obtención del *fiu*. 6. El principio de reciprocidad en el trato. Naturaleza de las obligaciones. III. Ámbito de aplicación. Tipos de contratos excluidos. IV. Efectos de la cláusula abusiva. 1. El sistema de la ley. 2. Eficacia, ineficacia y reconversión en contratos de consumo. 3. Grados de ineficacia. 4. La nulidad implícita. 5. El carácter absoluto. 6. Carácter parcial. 7. Efectos de la ineficacia. Integración del contrato. 8. Cláusulas ambiguas. *Segunda Parte. Cláusulas abusivas en particular.* I. Cláusula relativa al objeto: la relación precio-bien. II. Cláusula de modificación unilateral del contenido. III. Cláusula de sustitución del obligado. IV. Cesiones de carteras y modificaciones subjetivas y objetivas del contrato de consumo. V. Garantía de cumplimiento abusiva. 1. Penas e indemnizaciones excesivas. 2. Cláusulas limitativas de excepciones y defensas. VI. Cláusula de suspensión de la ejecución. VII. Derecho de retención y pérdida de las sumas abonadas. VIII. Renuncia anticipada. IX. Cláusula limitativa de la responsabilidad. X. Limitación parcial del resarcimiento. XI. Cláusula penal. XII. Limitación en la legitimación pasiva. XIII. Limitación de plazos de prescrip-

ción. XIV. Cláusulas que imponen la inversión de la carga probatoria. XV. Cláusulas que imponen plazos de caducidad. XVI. Cláusula de arbitraje obligatorio. XVII. Cláusula de rescisión unilateral incausada. XVIII. Cláusula de compensación. XIX. Cláusula facultativa para la interpretación del contrato. XX. Cláusula de sujeción de entrada en vigencia a acto unilateral. XXI. Cláusula de limitación al ejercicio del pacto comisorio. XXII. Cláusula de sustitución de bienes o servicios. XXIII. Cláusula de imposición de representante o apoderado.

Primera Parte – La disciplina de las cláusulas abusivas

I. Contratos por adhesión y de consumo

Una vez perfeccionado el contrato, conforme lo vimos en el capítulo anterior, surge el problema de la protección contractual del consumidor¹. Comenzaremos precisando los conceptos jurídicos.

1. Distintas clasificaciones

Es necesario precisar conceptos que la doctrina y jurisprudencia han elaborado y que se usan confusamente, aunque en Argentina se avanza hacia cierto consenso en la materia².

¹ DE LUCCA, Newton, *A proteção contratual no Código de Defesa do Consumidor*, en *Rev. de Direito Mercantil*, N° 86; DE AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado, *Do incumprimento contratual*, Aide, Rio de Janeiro, 1991; *Cláusulas abusivas no Código do Consumidor*, en *Estudios sobre a proteção do consumidor no Brasil e no Mercosul*, coord. por Cláudia Lima Marques, Livraria dos Advogados, Porto Alegre, 1994. DO AMARAL JÚNIOR, Alberto, *A boa-fé no controle das cláusulas contratuais abusivas nas relações de consumo*, en *Rev. do Direito do Consumidor*, Rev. dos Tribunais, São Paulo, N° 6.

² El Anteproyecto de Código Civil, elaborado por la comisión creada por decreto 685/95, presentado el 18-12-98, establece: *Artículo 899. Definiciones*. Se denomina: a) Contrato, al acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales. b) Contrato discrecional, a aquel cuyas estipulaciones han sido determinadas de común acuerdo por todas las partes. c) Contrato predispuesto, a aquel cuyas estipulaciones han sido determinadas unilateralmente por alguna de las partes; y cláusula del contrato en iguales circunstancias. d) Condiciones generales, a las cláusulas predispuestas por alguna de las partes, con alcance general y para ser utilizadas en futuros contratos particulares, sea que estén incluidas en el instrumento del contrato, o en otro separado. e) Contrato celebrado por adhesión, al contrato predispuesto en que la parte no predispuesta ha estado precisada a declarar su aceptación.

A) Contratos de consumo

Los contratos de consumo, en el Derecho argentino, tienen un alcance muy preciso, limitado a lo previsto en los artículos 1° y 2° de la ley 24.240 y su decreto reglamentario, que definimos al tratar la relación de consumo.

Al referimos 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 contratos³, resultando incalculable la cantidad de acuerdos que pueden revestir o no el carácter de contratos de consumo, según se configuren los presupuestos descriptos precedentemente. De esta manera un mismo tipo contractual puede ser o no considerado como contrato de consumo, pudiendo darse el caso en que nos encontremos frente a dos acuerdos idénticos, calcados, hallándose sólo uno de ellos dentro de la categoría que estamos analizando.

B) Contratos predispuestos o “standards”⁴

El origen de estos contratos es la respuesta de la tecnología jurídica a la masividad: si un comerciante vende un producto, podrá hacer un contrato para cada acto, pero si debe hacer muchas contrataciones, necesariamente intentará recurrir a un formulario. Se trata entonces de una técnica que afecta la manifestación que hace una de las partes, razón por la cual no estamos ante un nuevo tipo de contrato. Con ello aparece el problema de dar una explicación acerca de esta nueva clase de contratación, “en la que una de las partes propone, o más

³ WAJNTRAUB, Javier H., *Defensa del consumidor*, LexisNexis, Buenos Aires, 2002, p. 11.

⁴ “Standard” es la terminología utilizada en los Principios Unidroit (art. 2.19) al definirlos como “aquellas preparadas con antelación por una de las partes para su uso general y repetido y que son utilizadas, de hecho, sin ser negociadas con la otra parte”. En los comentarios se afirma que no es decisivo si están en un documento separado o no; si están hechas en formularios preimpresos o por computadora, ni su extensión; lo relevante es que hayan sido predispuestas para el uso generalizado y repetido de una de las partes y ser usadas en el caso concreto sin ser negociadas. Conf. *Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales*, Unidroit, Roma, 1995.

bien impone, ciertas condiciones generales que forman el contenido predispuesto del contrato, a las cuales la otra parte se limita simplemente a adherir"⁵.

Su uso es beneficioso, ya que produce rebajas de costos y utilidad para todas las partes.

Esta técnica requiere que exista⁶:

1. Predisposición: que una de las partes redacte las cláusulas, antes de ponerse en contacto con la otra. Esta redacción puede ser efectuada por un tercero, como cuando se hace un contrato en base a un modelo *standard* que provee una cámara empresarial.
2. Generalidad: que la redacción sea con alcance general, es decir, para muchos contratos.
3. Rigidez: es decir que sus cláusulas se establecen en bloque, sin posibilidad de discutir las en forma particularizada.

La técnica es legítima. La ilicitud surge si se la usa para trasladar costos a la otra parte siendo abusiva⁷ o se trata de cláusulas sorpresivas, que no son razonablemente previsibles.

Boggiano⁸ utiliza esta expresión para decir que puede haber un contrato *standard* entre empresarios y entre consumidores, y en estos

⁵ SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo, *Derecho del consumidor*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2004, p. 79.

⁶ GÓMEZ LAPLAZA, María del Carmen, *Condiciones generales de los contratos y tutela de los consumidores*, en *Reforma del Derecho Privado y protección del consumidor*, Junta de Castilla y León, Valladolid, Gráficas Varona, 1994, p. 52.

⁷ Examinemos este ejemplo: Si una persona vende un automóvil a otra, usará un contrato de compraventa. Si vende muchos autos a muchas personas, hará un formulario, es decir, ofrecerá condiciones predispuestas. Si los autos que vende no son buenos, puede esperar que se promuevan juicios en su contra, razón por la cual puede incluir una cláusula que limite su responsabilidad. De este modo, usa la técnica de la predisposición para trasladar a la otra parte el riesgo de juicio, ya que si hay eximición de responsabilidad, no habrá juicios. La otra parte puede o no aceptarla. Si está en condiciones de debilidad, la aceptará y prestará una mera adhesión, lo que hará que esa cláusula pueda ser calificada de vejatoria. De allí que cuando la técnica es usada con propósitos de trasladar costos a la otra parte, y ésta la acepta porque presta una mera adhesión o es una contratación de consumo, surge el problema de la abusividad de la cláusula, que veremos más adelante.

⁸ BOGGIANO, Antonio, *El poder normativo del caso. Del precedente a la norma*, en L. L. 1989-B-4.

últimos hay una protección especial. En los contratos *standard* entre empresarios es crucial el problema de la incorporación, puesto que sólo son válidas las cláusulas si se dio una razonable oportunidad de conocerlas, y para que esto suceda deben darse a conocer antes o al tiempo de la celebración, y no una vez comenzada la ejecución. Es decir que se utiliza la expresión en sentido análogo a la celebración por adhesión, que veremos en el punto siguiente.

C) *Contratos celebrados por adhesión*

1) *Concepto*

El contrato se celebra por adhesión cuando 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, como lo expresamos en el punto anterior⁹.

Conviene primero distinguir la contratación predispuesta de la celebración por adhesión¹⁰. La predisposición es una técnica del oferente, mientras que la adhesión es una característica de un acto del aceptante. De allí, que una parte de la doctrina entienda que la primera se vincula

⁹ MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Contratos*, ed. act., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998, p. 146.

¹⁰ El contrato predispuesto tiene estipulaciones determinadas unilateralmente por alguna de las partes; el contrato celebrado por adhesión es aquel contrato predispuesto en que la parte no predisponente ha estado precisada a declarar su aceptación (conf.: ALTERINI, Atilio A., *Contratos*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, ps. 129 y 132). Por su parte, el proyecto de Código Civil de 1998 realizó un intento importante para mejorar el tratamiento de las cláusulas abusivas en nuestro Derecho positivo. Para ello definió al contrato predispuesto como "aquel cuyas estipulaciones han sido determinadas unilateralmente por alguna de las partes", haciéndose inmediata referencia a las cláusulas predispuestas como aquellas que pueden integrar, precisamente, contratos predispuestos. Estas condiciones leoninas son fulminadas con el carácter de *no convenidas*, por lo que resultarán inexistentes las cláusulas que desnaturalizan las obligaciones de las partes; las que limiten la responsabilidad del predisponente por daños al proyecto de vida; las que limiten la responsabilidad del predisponente por daños patrimoniales sin una adecuada equivalencia económica; las que importen una renuncia o restricción a los derechos del no predisponente, o ampliación de los derechos del predisponente, que resultan de normas supletorias; y las que obligan al no predisponente a pagar intereses, si su tasa excede sin justificación y desproporcionadamente el costo del dinero para deudores en operaciones similares.

con la oferta y la segunda con la aceptación. Otros autores, en cambio, sostienen que el empresario lanza formularios al mercado sin que ello signifique una oferta, sino una invitación a ofertar no vinculante; cuando el cliente los llena y firma el formulario se configura la oferta del cliente hacia el empresario predisponente¹¹.

En virtud de ello "la legitimidad del uso de las condiciones generales de los contratos constituye una de las premisas generalmente aceptadas por la doctrina comparada"¹². La Ley de Defensa del Consumidor y sus normas complementarias contienen la única regulación de la cuestión de las cláusulas abusivas en los contratos predispuestos, sin perjuicio del catálogo de criterios que pueden construirse a partir de la experiencia de nuestros tribunales¹³.

En un fallo se ha dicho que el contrato de formulario debe ser interpretado a la luz de las normas de la ley 24.240 de protección del consumidor, esto es, en el sentido más favorable al consumidor, en virtud del principio del *favor debilis*¹⁴. Este principio puede ser aplicado siempre que el formulario sea en una relación de consumo, porque el formulario también se emplea en la contratación empresarial. El formulario no es por sí mismo un elemento calificante.

¹¹ STIGLITZ, Rubén y STIGLITZ, Gabriel, *Reformas al Código Civil. Contratos. Parte General*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993, p. 26. Explica Alterini que con frecuencia la parte predisponente no hace la oferta sino que prepara el formulario para que la haga el solicitante mediante "notas de pedido", "solicitudes de cobertura en los contratos de seguro" (*Contratos...* cit., p. 130).

¹² PIZARRO WILSON, Carlos, *La protección de los consumidores en materia contractual*, Editorial Jurídica Cono Sur, Santiago de Chile, 1999, ps. 16 y 17.

¹³ En referencia a la validez de las cláusulas de restricción de responsabilidad contractual, características de las condiciones generales negociales y de acuerdo con el criterio de que la calificación de abusiva requiere una interpretación previa, explica Doddi que "el punto de partida de la interpretación de estas cláusulas se torna relevante debido a la necesidad de compatibilizar el texto de la cláusula con los valores del ordenamiento jurídico. Resulta imprescindible articular el grado de tutela jurídica que prevé el ordenamiento con el contenido de la cláusula para ver si se puede justificar" (DODDI, Cristina D., *Cláusulas de restricción de responsabilidad contractual*, LexisNexis, Buenos Aires, 2005, ps. 38 y 39).

¹⁴ CNFed.CAdm., sala II, "Confiable SA c/Ministerio de Economía, Obras y Servicios Públicos", L. L. 1997-A-92.

2) Distingo con el contrato de consumo

Veamos ahora el distingo entre la contratación por adhesión y el contrato de consumo. Los contratos celebrados por adhesión a condiciones generales se caracterizan por su modo de celebración¹⁵. En los

¹⁵ Las notas definitorias del fenómeno analizado son, tomando en cuenta el análisis realizado por el destacado maestro español Luis Díez-Picazo, 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, ya que es precisamente esta imposibilidad de discutir las lo que separa a los contratos con condiciones generales de los contratos negociados, y c) corresponderá definir cuáles deberán ser las calificaciones personales de las partes para que el fenómeno pueda ser considerado de "condiciones generales" (DÍEZ-PICAZO, L., *Las condiciones generales de contratación y las cláusulas abusivas*, Civitas, Madrid, 1996, ps. 35 y ss.). Por su parte, el célebre profesor uruguayo Jorge Gamarrá expresa:

1º) Existe predeterminación del contenido contractual (redacción anticipada), por obra exclusiva de una de las partes. Vale decir, que el contrato es elaborado unilateralmente de antemano, y esta predisposición de su materia tiene lugar estableciendo sus cláusulas:

a) De manera rígida (inmodificable), porque deben ser aceptadas o rechazadas en bloque;

b) con carácter general (genérico) y uniforme (tipificado), por cuanto se dirige a una pluralidad de adherentes que contratarán todos en igualdad de condiciones, dado que estos negocios tienen siempre una misma disciplina (contratos en masa o en serie);

c) por tanto, las condiciones contractuales preestablecidas, a diferencia de toda propuesta, no se extinguen con la aceptación ni con el rechazo (carácter de permanencia), sino que se mantienen vigentes en espera de anudar otros potenciales negocios con diversos particulares;

d) que los contratos se pacten en las mismas condiciones es también consecuencia inevitable del empleo de módulos o formularios impresos, a los que debe ajustarse la contratación: contratos en masa, automáticos, impresos.

2º) Sucesiva adhesión de consumidor a dicho esquema contractual preestablecido; éste carece de toda posibilidad de modificarlo y ni siquiera puede discutirlo. Y en consecuencia:

a) supresión de la etapa de tratativas;

b) el contrato aparece como obra exclusiva de una sola parte, puesto que la otra se limita a dar su asentimiento a lo que se le presenta: la aprobación. Es ésta la particularidad de la "adhesión" y aquello que la distingue de la "aceptación".

3º) Superioridad económica del predisponente (por lo general una empresa que goza de monopolio) y consecuente "estado de necesidad" (inferioridad o sometimiento)

contratos de consumo, en cambio, la característica definitoria no es la adhesión, sino el consumo final. En los contratos celebrados por adhesión, no hay consentimiento en sentido técnico, sino mera adhesión de una de las partes a condiciones predispuestas por la otra. La calificación de un contrato con estas características acarrea consecuencias jurídicas que veremos en el punto siguiente.

De lo dicho se desprende que un contrato puede ser celebrado por adhesión y ser, además, de consumo, o también ser de consumo y no de adhesión.

De ello se sigue que muchos contratos realizados fuera del ámbito del consumo, aun en la contratación empresarial, pueden ser sometidos a una interpretación *contra stipulatorem* o sus cláusulas ser declaradas abusivas.

En el Derecho Comparado se detectan reglamentaciones que abarcan el fenómeno más allá del Derecho del consumidor, haciéndolo fundamentalmente con el eje puesto en la figura del adherente, sin perjuicio de lo cual de tratarse éste de un consumidor, gozará de una cobertura adicional. Así, varios han sido los países que han contemplado la temática de las condiciones generales de contratación en sus legislaciones, lo que ha originado diversos criterios para su tratamiento¹⁶. En

del adherente (parte débil, no organizada), constreñido a "tomar o dejar" el esquema contractual ofrecido (GAMARRA, Jorge, *Tratado de Derecho Civil uruguayo*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1993, t. IX, ps. 206 y 207).

¹⁶ La tutela que se brinda al adherente en relación a la facultad de determinar el contenido del acuerdo con que cuenta el estipulante apunta a "contrarrestar la pérdida de confianza en la autonomía privada de los contratantes vinculada a la utilización de las CGC, dado que ya no se podía considerar garante de la adecuación del contenido de las condiciones contractuales o garantías de la exactitud del contrato celebrado. Esta pérdida de confianza tiene su origen en la tendencia —que se puede detectar en las modernas transacciones en masa— de los predisponentes que preformulan las condiciones estándar para simplificar la celebración de contratos a aprovecharse de sus posibilidades de diseñar los contratos para trasladar los riesgos a la parte adherente, poniéndola en desventaja". Por su parte, en lo afín a la segunda de las posturas mencionadas, el profesor europeo agrega que "la tutela del consumidor se basa, por lo contrario, en el hecho de que, en el momento de celebrar un contrato con un proveedor industrial de bienes o servicios, el consumidor acostumbra a ser la parte más débil" (ULMER, Peter, *La protección contra cláusulas contractuales abusivas preformuladas unilateralmente. La armonización del Derecho europeo y las experien-*

el caso español, la necesidad de transponer la Directiva 93/13/CEE llevó al legislador a sancionar la ley 7/1998 sobre condiciones generales de la contratación, que ha decidido mantener lo normado en relación a la temática en análisis que surgía del artículo 10 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, llevando a cabo leves modificaciones a dicho precepto. Concretó, además, la creación de un régimen más amplio de regulación de la cuestión de las condiciones generales, alcanzando como resultado la existencia de dos normativas con un ámbito de aplicación similar. Pero si bien la regulación contenida en ambas leyes es semejante, existen importantes distinguos.

El ámbito de aplicación de la ley 7/1998 será, según su artículo 1º, el referido a aquellas "cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos". A su vez, el artículo 4º determina aquellos contratos a los que no se les aplicará la ley.

Por ende esta regulación resultará aplicable a los denominados contratos predispuestos, salvo que importen una operación de consumo, contando en su caso con los beneficios de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios que rige desde el 19 de julio de 1984.

D) *Contratos paritarios*

En este caso, la característica definitoria no es la adhesión o el consumo final, sino la posición material de las partes al momento de la celebración. Se hace referencia con este término a los contratos en los que las partes están en igualdad de negociación, o por lo menos no existe una desigualdad jurídicamente relevante. Es una categoría doctrinaria, no receptada expresamente en el Derecho argentino, y cuyo

cias alemanas con la ley sobre CGC de 1976, conferencia pronunciada el día 11 de diciembre de 1998 en la Universidad de Lleida, España, publicada en la obra *Las condiciones generales de la contratación y la ley 7/1998 del 13 de abril*, coord. por Santiago Espiau Espiau, Marcial Pons, Madrid, 1999, p. 36).

efecto es señalar que en ellos no se aplican los efectos de los contratos celebrados por adhesión, ni los que se derivan de los vínculos de consumo.

E) *Contratos discrecionales*

Los contratos “discrecionales” se oponen a los “celebrados por adhesión”, ya que en ellos hay consentimiento, uso de la discrecionalidad, hay negociación entre las partes. También es una categoría doctrinaria, derivándose de ello la regulación por las normas generales de la contratación, y no las específicas de un orden público de protección particular, como ocurre en la adhesión o en el consumo.

F) *Contratos de consumo y cláusulas*

El contrato de consumo tiene “cláusulas” que son las obligaciones que causa y que tienen efectos distintos del contrato. La calificación de un contrato como de consumo no acarrea la declaración de abusividad de sus cláusulas, sino cuando reúnen las características que la ley expresa (art. 37, ley 24.240).

Algunas cláusulas, incluso, no pueden ser declaradas abusivas, aun cuando estén en un contrato de consumo. En algunas legislaciones se ha regulado la contratación de consumo, estableciéndose, de modo expreso, la exclusión de algunas categorías. En este sentido, la Directiva 93/13 del 5 de abril de 1993 del Consejo de las Comunidades Europeas, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, dispone en su artículo 1° que las normas sobre cláusulas abusivas no se aplican a:

- Cláusulas que reflejen disposiciones legales o reglamentarias imperativas;
- disposiciones o principios de los convenios internacionales, en especial en el ámbito de los transportes.

La ley portuguesa es más detallista aún (dec. 446.85) al indicar que no se aplica a:

- Cláusulas aprobadas por el legislador;
- cláusulas que resulten de tratados o convenciones internacionales;

- cláusulas impuestas por entidades públicas con competencia para limitar la autonomía privada;
- contratos sometidos a normas de Derecho Público;
- actos de Derecho de Familia o de Sucesiones;
- cláusulas de instrumentos de reglamentación colectiva de trabajo.

Ni la ley argentina ni la brasileña tienen exclusiones de este tipo. Sin embargo, no quiere decir que no existan si se analiza la cuestión detenidamente.

La ley 24.240 regula contratos de consumo; se trata de actos jurídicos de contenido patrimonial, por lo que resultan excluidas las cláusulas generales que puedan existir en el Derecho de Familia o Sucesiones.

El problema que se intenta resolver es la vulnerabilidad del consumidor que lo obliga a aceptar cláusulas abusivas, y por esta razón la ley dispone que se tendrán por “no convenientes”. Evidentemente la finalidad es evitar la imposición contractual abusiva.

Quedan excluidas, por no tener su fuente en el contrato, las cláusulas que provengan de disposiciones legales, reglamentarias, las que se insertan a través de tratados, aprobadas por el legislador, las emitidas por autoridades autorizadas al efecto. Sin embargo, hay situaciones en que resulta admisible la descalificación de una cláusula aprobada por el organismo de contralor estatal¹⁷.

Por la misma razón no son alcanzadas las que resulten de convenciones colectivas de trabajo o de consumidores.

2. *Normas aplicables a los contratos discrecionales y de consumo*

El valor jurídico de las distinciones realizadas en el punto anterior depende de su recepción normativa, ya que los diversos ordenamientos dan un sentido totalmente distinto a estos conceptos.

¹⁷ FRADERA, Vera María Jacob de, *A ineficácia das cláusulas abusivas no sistema brasileiro de Código de Defesa do Consumidor. Uma abordagem clássica*, en *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 43, São Paulo, RT, jul.-set. de 2002, ps. 316-324. STIGLITZ, Rúben, *Cláusulas abusivas en el contrato de seguro*, Abelardo-Perrot, Buenos Aires, 1994.

En el Derecho argentino, se distinguen las reglas aplicables a los contratos en general de las aplicables a los contratos de consumo. Dentro de los primeros, cuando hay mera adhesión, hay también efectos especiales. Consecuentemente, es jurídicamente relevante distinguir entre:

1. Contratos en general;
2. contratos celebrados por adhesión, que pueden ser generales o de consumo;
3. contratos de consumo.

Veamos ahora las reglas aplicables.

Conforme lo indica Alterini¹⁸, en los contratos discrecionales, o paritarios o entre iguales, impera la autonomía de la voluntad, la autodecisión, la libertad, expresándolo así las reglas de Unidroit en su artículo 1°: "las partes tienen libertad para celebrar un contrato y determinar su contenido". Ello es así, porque entre iguales, en un vínculo discrecional, lo convenido debe ser obligatorio con el límite que impongan las normas imperativas.

Por otra parte, en el Derecho argentino, la autonomía privada es un principio general del ordenamiento jurídico.

En virtud de ello cabe distinguir:

A) *Contratos discrecionales* o paritarios, se aplican:

- Las reglas que surgen de la autonomía privada;
- las normas sobre buena fe, abuso del derecho y todas las previstas en el Código sobre la conducta que debe seguir un buen contratante.

Ésta es la regla general.

B) *Contratos celebrados por adhesión*: puede ocurrir que un contrato entre partes iguales, se celebre por adhesión a condiciones generales de la contratación. En estos casos, se aplican las reglas especiales sobre interpretación *contra preferentem* y sobre cláusulas vejatorias que veremos en el punto siguiente.

C) *Contratos de consumo*: se aplican las normas de la ley 24.240.

¹⁸ ALTERINI, Atilio, *Los principios sobre los contratos de Unidroit y las soluciones de Derecho común*, en D. J. del 20-8-97.

3. *Efectos de la calificación de un contrato celebrado por adhesión a condiciones predispuestas*

Para limitarnos a presentar este tema, que corresponde a la parte general, mencionaremos las principales conclusiones de congresos en esta materia, que han sido reseñadas por López Cabana¹⁹, y que se reflejan en las siguientes reglas:

- La invalidez de las cláusulas que desnaturalizan la esencia del vínculo obligacional, afectan la libertad contractual o la buena fe, o importan abuso del derecho;
- la invalidez de las cláusulas que limitan la responsabilidad, en especial en cuanto no existe una contrapartida económica justificante de esa renuncia;
- la prevalencia de los efectos normales de los contratos típicos consagrados por normas dispositivas por sobre las condiciones generales;
- la necesidad de firma expresa de las condiciones generales; tal firma no es por sí sola suficiente;
- la inoponibilidad de las cláusulas no legibles;
- la necesidad de evitar condiciones generales "sorpresivas", exigiendo que el no predisponente las conozca de manera efectiva si se hallan en instrumento separado;
- la prevalencia de las cláusulas especiales sobre las generales, y de las incorporadas sobre las preexistentes;
- en caso de ambigüedad, la interpretación en contra del predisponente;
- la inequivalencia de las condiciones generales a los usos y costumbres;
- la interpretación favorable a la mayor equivalencia de las prestaciones.

4. *Las normas que regulan el contrato de consumo*

El contrato de consumo se rige por las normas que surgen:

¹⁹ LÓPEZ CABANA, Roberto, *El proyecto de unificación legislativa civil y comercial*, en L. L. 1987-D-845.

- a) Del contrato (incluidas las precisiones publicitarias);
- b) de la ley de protección del consumidor (24.240);
- c) de las leyes especiales complementarias (lealtad y competencia);
- d) de la ley general que surge de los Códigos Civil y Comercial;
- e) de la Constitución Nacional y de los tratados.

En cuanto al Derecho dispositivo, cabe señalar lo siguiente:

El Derecho supletorio es imperativo cuando hay una cláusula que desnaturaliza las obligaciones de las partes. En virtud de lo dicho, el contrato debe ser rectificado cuando hay normas que desnaturalicen las obligaciones y específicamente limiten la responsabilidad por daños, impongan renunciaciones de los derechos del consumidor o amplíen los de la otra parte, o inviertan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor.

En la doctrina moderna se habla de un doble Derecho dispositivo: aquel que se aplica a los contratos entre iguales y aquel que se refiere a las contrataciones en masa, entre desiguales.

En este segundo campo se ha señalado que el Derecho dispositivo deja progresivamente de serlo para transformarse en semioactivo, porque sus normas sólo pueden ser modificadas cuando el empresario tiene un motivo razonable o una justa causa. En este sentido, Santos Briz²⁰ propone la siguiente regla: "Las condiciones generales negociales sólo producirán efecto cuando esté justificada por las circunstancias particulares de los contratantes, la desviación que en ellas se contenga de la regulación legal vigente".

Sostiene que con este principio se obligaría a los empresarios a tener un mayor cuidado en la redacción de cláusulas.

En lo que hace al control de contenido de los contratos por adhesión, expresan Tapia y Valdivia que éste se justifica, "no en la búsqueda de una equivalencia aritmética entre las prestaciones, sino en la prohibición de alterar irrazonablemente el equilibrio entre ellas. Como esta regla no es absoluta, sino que hace referencia a un patrón normativo de conducta, sólo puede ser definida con auxilio de criterios que permitan fijar límites, discriminando las alteraciones del equilibrio que

²⁰ SANTOS BRIZ, Jaime, *Los contratos civiles. Nuevas perspectivas*, Comares, Granada, 1992, p. 57.

resultan desproporcionadas e injustificadas en el contrato por adhesión. Estos límites, tal como ha reconocido la legislación comparada y sobre todo la jurisprudencia alemana, se refieren esencialmente al abuso de poder negociador del empresario, que subyace a la diversa posición de las partes, y a la defraudación de las expectativas del adherente, que han sido tratados separadamente a pesar de la proximidad de las conductas que se reprimen²¹.

Esta imperatividad del Derecho supletorio no ha sido dispuesta expresamente en el artículo 37 que comentamos.

Sin embargo, se prevé que se tendrán por no convenidas las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones (inc. a). El criterio para establecer cuándo una obligación está desnaturalizada es el Derecho supletorio, puesto que ése es el programa que el legislador ha considerado como el deseable, el que deberían adoptar los contratantes.

En la regla que propone Santos Briz, es el empresario quien debe justificar que el apartamiento del Derecho supletorio está justificado en una situación especial.

En la regla establecida por la ley, es el consumidor quien debe demostrar que la cláusula se aparta del Derecho supletorio.

5. Orden de prevalencia de cláusulas

En los contratos de consumo, principalmente constituidos por cláusulas generales y predispuestas, puede plantearse un problema de jerarquía de normas, que excede el problema interpretativo. Se trata de dar prioridad a unas en lugar de otras, y no de mera interpretación.

En la doctrina que ha estudiado las condiciones generales de la contratación se ha dicho con unanimidad que la cláusula negociada en particular debe prevalecer por sobre la general.

En el proyecto de Código Único de 1987 (art. 1197) se entendía que prevalecían las especiales sobre las generales, las incorporadas sobre las preexistentes, entendiéndose que ellas eran las negociadas. En

²¹ TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio y VALDIVIA OLIVARES, José Miguel, *Contrato por adhesión. Ley 19.496*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2002, p. 83.

el proyecto de la Comisión designada por decreto 468/92 del Poder Ejecutivo, se dispone algo similar en el artículo 936.

La ley no trae un orden de prevalencia. Sólo establece una regla de interpretación en el sentido más favorable al consumidor²².

Sin embargo, en virtud de la regla general de la buena fe contractual puede deducirse el mismo principio. Así lo ha dicho la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires al señalar que “generalmente la intención común o voluntad común surge con mayor nitidez de las cláusulas que se apartan del pliego de condiciones tipo. La razón jurídica de esta interpretación encuentra apoyo en las prescripciones del artículo 1198 del Código Civil que impone el *standard* de la buena fe en la interpretación contractual”. Y avanzando más allá de la interpretación dice la Corte que “tales formularios no revelan la obra común de las partes, que sí se pone de manifiesto en cambio, en aquellas cláusulas especialmente estipuladas por las partes”²³.

Conviene hacer otra precisión. Parte de la doctrina ha señalado que la cláusula negociada, en tanto no hay adhesión sino consentimiento, excluye la aplicación de las reglas protectorias²⁴.

Este criterio no rige en los contratos de consumo, ya que la ley no se basa en la generalidad, o en la adhesión como criterio legislativo, sino en la existencia de consumidores hiposuficientes.

Para la aplicación de la ley no es necesario que existan condiciones generales, siendo suficiente con que se trate de un contrato de consumo.

No hay una regulación de las condiciones generales que prevea un orden interno de las mismas, aunque el mismo puede deducirse de la buena fe. Prevalece la cláusula escrita por sobre la impresa.

²² Frente al ejercicio unilateral de la potestad contractual por parte de la prestadora médica se debe optar por la interpretación más favorable para el consumidor, pauta que alcanza tanto a la interpretación de la ley como del contrato y, de acuerdo con lo prescripto por el art. 1198 del Cód. Civ., en caso de duda debe optarse por privilegiar a la parte más débil, por lo que debe asumirse el criterio interpretativo *favor debitoris* con la fórmula más abarcativa de *favor debilis*, como modo de expurgación de abusos en los contratos (CNCiv., sala L, 25-6-2007, “Hnerta, María V. y otro c/Organización de Servicios Directos Empresarios”, L. L. 2007-E-433).

²³ SCJBA, “Petringa de Portela c/Prov. de Buenos Aires”, D. J. B. A. 1123-273.

²⁴ Ver SANTOS BRIZ, *Los contratos civiles. Nuevas perspectivas* cit., p. 115.

II. Definición de la cláusula abusiva

1. El criterio del artículo 37: criterios generales y particulares para calificar la cláusula abusiva

El tema de la definición de la cláusula abusiva ha sido extensamente tratado en el Derecho Comparado y nacional, desde numerosas perspectivas²⁵. Nos limitaremos a examinar aspectos vinculados a la ley argentina, para contener la extensión del libro en general.

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 puede adoptar distintas coloraciones, pero en general indica 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 litigio²⁶.

Frente al fenómeno del surgimiento de las condiciones generales de la contratación y del Derecho del consumo, se ha pensado en desarrollar metodologías más eficaces, que actúen *ex ante* y no *ex post*. Estos mecanismos tienen la particularidad de actuar en modo preventivo. Algunos de ellos como el control administrativo, verifican antes de que se celebre el acuerdo, mientras que otros lo hacen después, pero indicando con precisión lo que no se debe hacer, tipificando cláusulas prohibidas, a fin de incitar a que no se las introduzca.

El control es el siguiente:

– El control administrativo: es el Estado quien vigila que las cláusulas

²⁵ BANAKAS, Stathis, *Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores: la europeización del Derecho inglés*, en R. C. y S. 2000-88; VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto, *Las cláusulas de prórroga de la competencia frente a la Ley de Defensa del Consumidor*, en E. D. 174-494; PAOLANTONIO, Martín, *El control judicial de las cláusulas predisuestas y un fallo ejemplar*, en E. D. 176-458; MARIÑO, Andrés, *El control de contenido del contrato de adhesión en la ley uruguaya de relaciones de consumo. Estudio comparado con la normativa comunitaria europea y del Mercosur y las leyes argentina y brasileña*, en R. C. y S. 2002-II-52; BORETTO, Mauricio, *Responsabilidad empresarial: shopping centers y supermercados. Estacionamiento gratuito. Cláusulas exonerativas de la responsabilidad: ineficacia*, en E. D. 190-915.

²⁶ REZZÓNICO, Juan C., *Contratos con cláusulas predisuestas*, Astrea, Buenos Aires, 1987, p. 449.

sulas generales tengan un contenido equitativo, sometiéndolas a una aprobación previa a su lanzamiento. Lo veremos al tratar el artículo 38.

- El control judicial: es el juez quien ante un abuso del predisponente revisa las condiciones generales, modificando el contenido del contrato para adecuarlo a la buena fe contractual.
- Control legal: en este caso es la ley la que establece garantías. Se imponen deberes al predisponente y se describen conductas prohibidas.

En realidad lo que varía es la fuente: la ley, el juez o el Estado.

Lo novedoso es que se imponen obligaciones imperativas a las partes. Se trata de una regulación del contrato a través de obligaciones representativas de valoraciones colectivas que se imponen a los contratantes. Aquí el Derecho es un correctivo de las aspiraciones individuales. Se considera que aun los hombres más profesionales están en dudas frente a lo que les conviene o no, sin contar con que la gran mayoría cuando sabe lo que quiere no lo puede llevar a cabo por situaciones de hiposuficiencia.

A) *El control de incorporación de la cláusula*

Los artículos 1341 y 1342 del Código Civil italiano de 1942 fueron pioneros al proteger a la parte débil, posibilitándole el conocimiento del contenido y del alcance de las cláusulas predisuestas. Dispone que las cláusulas generales son válidas si al momento de la conclusión del contrato eran conocidas o podían ser conocidas con una diligencia ordinaria.

Se parte del supuesto de que el problema central es la oscuridad de la cláusula y la ignorancia del consumidor, y se articula exclusivamente en la distancia existente entre un experto y un profano. Si éste es el problema a solucionar, hay que tratar que el profano se ilustre adecuadamente.

La consecuencia de este modus operandi es que si el profano es informado está en condiciones de igualdad. Si hay una cláusula negociada individualmente, es válida.

A lo largo del tiempo este modelo perdió vigencia y fue criticado,

diciendo que es una suerte de "sadismo jurídico". Lo que se obtiene mediante este sistema es, en todo caso, una mayor y mejor información de la víctima acerca de los abusos de que será objeto²⁷.

El problema real no es sólo relativo al conocimiento, ya que una persona experta puede no estar en poder de negociar.

B) *Control de contenido*

Un cambio trascendente de modelo se produce con la ley alemana de condiciones generales. Sin perjuicio de lo que diremos en aspectos específicos sobre esta ley, lo importante aquí es señalar que la técnica utilizada no es solamente informar, sino imponer la ineficacia de ciertas cláusulas especialmente lesivas, aunque hubieren sido firmadas conciente e informadamente.

Aquí hay un enorme avance puesto que se desechan cláusulas, teniéndose por no escritas, aunque no se plantee la ineficacia.

El texto contractual se conforma sólo con lo que es socialmente aceptable.

Un tercer paso es la preservación del objetivo final del consumidor. Si se le permite obtener la declaración de ineficacia, pero con ello se descalabra el contrato y no puede obtener el bien, lo que en realidad se hace es frustrarlo.

En definitiva, el empresario diseñará el contrato de modo que se presenten las siguientes opciones:

- O se firma el contrato con cláusulas abusivas,
- o se obtiene la declaración de ineficacia de ellas y se priva del bien.

Por este camino se vuelve al tómelo o déjelo, opción que se quiso neutralizar mediante estas técnicas.

Consecuentemente se buscó una solución que se basara en la nulidad parcial de las cláusulas, en el mantenimiento general del contrato y la obtención del bien o servicio por parte del consumidor.

La Ley de Defensa del Consumidor explicita el mecanismo que

²⁷ Conf. GOSALBEZ, Luis, *El control de las condiciones generales de los contratos*, en *Curso sobre el nuevo Derecho del consumidor*, Inst. Nac. del Consumo, Madrid, 1990, p. 126.

deberá llevarse a cabo para determinar la existencia de cláusulas abusivas, estableciendo una especie de "filtrado" por el que deberán pasar los contratos de consumo, de manera de poder detectar cuáles pueden ser las condiciones que se considerarán ineficaces.

El texto que comentamos tiene tres incisos que dan diversos parámetros para saber cuándo una cláusula es abusiva. Algunos señalan criterios generales y otros se refieren a cláusulas en particular.

Pueden ser considerados criterios generales los que refieren a:

- Cláusulas que desnaturalicen las obligaciones, y
- cláusulas que importen renuncia o restricción de derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte.

En cambio, son particulares los que aluden a:

- Cláusulas que limíten la responsabilidad por daños, y
- cláusulas que contengan cualquier precepto que imponga la inversión de la carga de la prueba.

Además hay que bucear en el texto íntegro de la ley para indagar otros principios generales que permitan construir lo abusivo y, lógicamente, en los principios de Derecho común, que son fuente de integración según el artículo 3° de la ley.

Nuestro método será entonces extraer los principios generales y luego analizar las cláusulas en particular.

2. Indiferencia respecto de las condiciones generales y las cláusulas negociadas

La ley prescinde de toda alusión a las cláusulas generales, salvo en lo referente al control administrativo (art. 38). Ya dijimos que el criterio es aplicar estas reglas a los contratos de consumo, que la ley define, con independencia de si son redactados con cláusulas generales o no.

Tampoco hace alusión alguna a la cláusula negociada en particular. Muchas legislaciones y proyectos, como el de 1987, traían excepciones respecto a las cláusulas negociadas en particular que la ley no recogió, aplicándose sus normas indiferenciadamente.

3. Cláusulas que desnaturalicen las obligaciones

A) El significado de "desnaturalización"

La expresión tiene su fuente directa en el proyecto presentado por Alterini, López Cabana y Stiglitz, y obra también expresamente en el proyecto de Código Único de 1987 (art. 1157).

¿Qué se quiere decir con "desnaturalización"? El término tiene un sesgo aristotélico un poco desusado en la ciencia actual, ya que la "naturaleza" de las cosas es bastante inasible.

De todos modos el sentido es el que se deriva de la *communis opinio*, y supone que hay algo "natural" que se deforma en el caso; lo "natural" es usado en sentido de "normal", y concretamente se hace referencia al modelo que patentiza el Derecho dispositivo.

El Derecho dispositivo es 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.

Si una cláusula se apartara de este modelo de razonabilidad sin un motivo justificado sería irrazonable, sería una cláusula que "desnaturaliza" lo natural, lo normal.

La desnaturalización es entendida en general por la doctrina extranjera y argentina en el sentido de apartamiento injustificado del Derecho dispositivo, situación que le brinda al intérprete un marco de discrecionalidad importante para determinar la existencia de una cláusula abusiva, toda vez que debe construirse con anterioridad una noción acerca del modelo esperable o razonable para el caso, tarea que siempre tendrá una considerable cuota de subjetividad, rigiendo en cualquier caso los principios generales del Derecho. No se trata de convertir el abuso contractual en un abuso de interpretación.

Cabe preguntarse a qué parte del Derecho dispositivo hacemos referencia y cuándo es injustificado.

Se ha dicho que "debe tenerse por no convenida en los términos del artículo 37 de la ley 24.240 la cláusula de prórroga jurisdiccional por la cual se establece que el banco puede iniciar acciones judiciales contra el cliente ante los tribunales del domicilio de éste, pero sólo

faculta al cliente a accionar contra el banco ante tribunales extranjeros, toda vez que dicha estipulación exhibe un evidente desequilibrio entre los contratantes en tanto opera de un modo desigual frente a idéntica contingencia, en clara violación a la garantía de igualdad ante la ley²⁸.

B) *El apartamiento del tipo contractual*

El legislador describe modelos de contratos, que constituyen disciplinas que lo tipifican. Las partes pueden apartarse de ello, pero sostiene Spota²⁹ que el apartamiento que es impuesto por la parte fuerte, o el que se aparta de los requisitos esenciales del tipo, no es legítimo. Hay una serie de requisitos esenciales de los que no pueden apartarse las partes (art. 1326 en el caso de la compraventa), y que señalan una frontera a la atipicidad.

El problema sería entonces que hay un apartamiento del tipo. Sin embargo, la ley que comentamos habla de desnaturalización de las obligaciones, y no del contrato.

C) *La desnaturalización de la causa obligacional y el tipo como integrador*

La razón por la cual la ley habla de obligaciones y no de contratos, es que quiere preservar el vínculo aun a costa del sacrificio de algunas obligaciones, siempre teniendo en miras la protección del consumidor.

Consecuentemente declara la ineficacia de cláusulas de limitación de la responsabilidad, las que se tendrán por no convenidas, pero subsiste el contrato para que el consumidor obtenga el bien y no se frustre.

La ley se refiere a obligaciones y su carácter abusivo es el elemento activante de la ineficacia.

Este carácter abusivo puede valorarse en dos situaciones:

- 1) Una obligación es abusiva cuando favorece desmedidamente a una de las partes en perjuicio de la otra. Esto significa una afectación de la causa obligacional.

²⁸ CNCom., sala B, 22-6-2005, "V., M. C. c/UBS AG (ex Unión de Bancos Suizos)", L. L. 2005-D-836.

²⁹ SPOTA, Alberto, *Instituciones de Derecho Civil. Contratos*, Depalma, Buenos Aires, t. IV, p. 20.

- 2) Una obligación que en sí misma no se presenta como abusiva, lo es si desequilibra el contrato, afectando la función o causa del negocio. Aquí la obligación repercute mediatamente.

La interpretación es contextual³⁰.

Como lo dice expresamente la directiva comunitaria, "el carácter abusivo de la cláusula contractual se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurren en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro contrato del que dependa".

Finalmente, la integración también es contextual.

Luego, ante el vacío dejado, el juez debe integrar el contrato, recurriendo para ello al tipo. El tipo contractual describe los elementos estructurales del contrato y la función contractual o causa es la que recepta la finalidad económico-social en cuyo interés es disciplinado³¹.

4. *Cláusulas que importen renuncia o restricción de derechos del consumidor o amplien los derechos de la otra parte*

Apreciada en su conjunto esta enunciación es similar a la anterior, puesto que alude a la causa, al equilibrio: no favorecer renunciaciones o ampliaciones de derechos que desequilibren el contrato.

Hay que hacer algunas precisiones con referencia a la renuncia.

A) *Los derechos*

La redacción tiene la misma fuente que la anterior, aunque limitando algunos aspectos que la toman confusa.

³⁰ Podemos dar como ejemplo una cláusula que faculta a resolver el contrato al proveedor (bajo ciertas circunstancias) en el marco de un contrato de ahorro previo para fines determinados y en un rntuo para consumo. En el primer caso la falta de pago por parte del dendor pone en riesgo el sistema de ahorro (recordemos que el bien se adquiere con el aporte de todo el grupo), en cambio, en el segundo supuesto, la entidad prestadora cuenta con recursos para cubrirse, siendo razonable, en todo caso, aplicar una tasa de interés acorde a la situación. Con ello no decimos que a veces se justifique el incumplimiento, sino que la respuesta frente al mismo no puede ser razonablemente igual en todos los casos.

³¹ Sobre estos conceptos ver GETE ALONSO Y CALERA, María del Carmen, *Estructura y función del tipo contractual*, Bosch, Barcelona, 1979.

En primer lugar, la ley habla de derechos. Si se trata de cláusulas ineficaces que tienen su causa fuente en el contrato son obligaciones (no derechos), que tienen su aspecto creditorio y debitorio. En realidad la ley se refiere a obligaciones del empresario cuyo acreedor es el consumidor.

Estas obligaciones son causadas por el contrato. Pero lo que aquí se juzga es si por la autonomía de partes se pueden derogar obligaciones que tienen su fuente en el principio protectorio, de fuente legal.

Consecuentemente, para establecer cuáles son los créditos irrenunciables hay que atender a la ley y no al contrato.

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

Precisamente la regulación legal se propone la construcción de un *standard* legal a favor del consumidor, con base en los criterios interpretativos del artículo 3° de la ley 24.240. 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 mismas³². En el mismo sentido, la legislación establece una serie de normas dispositivas que resultan ser el plexo de prerrogativas correspondientes al proveedor de bienes o servicios. Por consiguiente, cualquier determinación contractual que signifique una ampliación en 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.

Finalmente, hay que atender a que estos derechos son los que se refieren al contrato y no a los de otra índole, como por ejemplo el derecho a la educación.

Puede señalarse que los principales serían:

- A un mercado de competencia razonable (ley 22.262);
- a la lealtad comercial (ley 22.802);
- a la información (arts. 4°, 7° y ss., ley 24.240);
- a la seguridad (art. 5°);

³² PICASSO, Sebastián y WAINTRAUB, Javier H., *Las leyes 24.787 y 24.999: Consolidando la protección del consumidor*, en J. A. 1998-IV-752.

- a la protección de la salud e integridad física (art. 4°);
- a la garantía de productos.

Naturalmente, los principios generales de buena fe, equidad, abuso del derecho pueden ser factores de integración contractual incorporando nuevas situaciones.

B) *Su renuncia*

La sola renuncia no es per se causa de ineficacia. Adviértase que la ley admite la conciliación, que está integrada por renunciaciones y reconocimientos.

La lectura del inciso que comentamos puede llevar a la conclusión de que todos los derechos son irrenunciables. Esta afirmación sería excesiva porque conduciría a la paralización de toda negociación contractual.

Hay que encontrar algunos criterios. El ejercicio de la libertad de comercio y de contratar son las fuentes de fijación de precio, retribución y elección del producto o servicio. Éste es el propósito práctico que se persigue en la contratación y sobre ello no hay aplicación de la técnica de ineficacia por abuso.

La renuncia no se refiere a las cláusulas nucleares, sino a las complementarias.

En este caso puede haber dos situaciones principales.

En el camino de acceso al bien o al servicio, el empresario suele imponer condiciones que desequilibran el resultado final. Por ejemplo, la prórroga de competencia o la rescindibilidad unilateral sin contrapartida. No es la sola renuncia, sino el resultado al que ésta lleva lo que resulta abusivo.

Hay otras renunciaciones que se refieren a bienes extrapatrimoniales. En este caso el acto es ineficaz porque el bien está protegido por normas extracontractuales e imperativas.

No se trata entonces de que el consumidor no pueda renunciar a nada, sino que no pueden imponérsele renunciaciones en el camino de acceso al bien o servicio, o que afecten aspectos no patrimoniales o que desequilibren la justicia conmutativa del contrato.

5. *El principio de la obtención del fin*

El fenómeno de la frustración del negocio ha sido estudiado por la doctrina en los supuestos de imposibilidad sobreviniente, absoluta o relativa. Es un supuesto de hecho externo a las partes que, posteriormente a la celebración, impacta sobre las bases del mismo desarticulando la programación privada. Debe intervenir el juez rectificando el negocio desbaratado mediante los institutos de la excesiva onerosidad sobreviniente o bien la frustración de la finalidad.

Otro aspecto distinto es el que se presenta cuando el juez debe integrar el negocio, luego de haber desechado una cláusula abusiva. En estos casos la programación privada no ha sido desarticulada, ya que el problema es justamente que se mantiene inalterada. Se decide modificarla porque no se adecua al Derecho imperativo. Consecuentemente el negocio se rectifica, se desechan cláusulas y se sustituyen por otras.

En este caso, lo que debe guiar al juez es el mantenimiento del propósito práctico, de la finalidad subjetiva perseguida.

La doctrina está conteste en que este elemento en el negocio no es un asunto irrelevante. Aunque hay diferencias en cuanto a la caracterización de este elemento, lo cierto y concreto es que el ordenamiento tiende a su protección.

En los contratos de consumo se ve con malos ojos la frustración, y con ello que el consumidor no obtenga el bien.

La finalidad defensiva de la ley se aprecia claramente en este tema al desarrollarse una serie de instrumentos que permiten la obtención del propósito práctico que guió al consumidor hacia la contratación.

En este sentido, la ley entiende que es la oferta inasiva, principalmente la publicitaria, la que induce a contratar. En consecuencia el fin que ella revela es el que resulta finalmente exigible.

La mala influencia publicitaria en el período precontractual produce una nulidad parcial, porque se tiende a la preservación.

Asimismo, en el examen de las cláusulas abusivas, se declara la ineficacia, pero siempre parcial a fin de preservar el contrato y permitir que el consumidor obtenga el bien o servicio requerido.

En todos los casos se trata de evitar que el empresario diseñe el contrato de modo que la nulidad de alguna cláusula haga caer toda la contratación, porque ello colocaría al consumidor en la alternativa de aceptar la cláusula abusiva o perder el propósito práctico.

Lo mismo sucede con el régimen de garantías que se impone a fin de asegurar que el fin sea adecuadamente obtenido.

Es de particular interés la garantía de funcionalidad, de "correcto funcionamiento" que se prevé en el artículo 11. Podría postularse una identificación con el principio de "conservación del contrato", de antigua data en el Derecho Comercial. Sin embargo, no es siempre coincidente, ya que la conservación se impone cualquiera sea el resultado, mientras que en la ley protectoria la conservación vale en cuanto instrumento para la consecución de lo querido por el consumidor.

6. *El principio de reciprocidad en el trato.*

Naturaleza de las obligaciones

El artículo 37, inciso a, de la ley dispone que son ineficaces las cláusulas que "desnaturalicen" las obligaciones.

El artículo 26 de la ley tiene un título importante: *Reciprocidad de trato*. En ese texto se señala que las empresas (refiriéndose a los servicios públicos domiciliarios) deben otorgar a los usuarios reciprocidad de trato, aplicando para los reintegros o devoluciones los mismos criterios que establezcan para los cargos por mora. De alguna manera esa pauta se ha hecho extensiva al conjunto de los contratos de consumo con la incorporación del artículo 8° bis en la ley 24.240 que establece el necesario "trato equitativo y digno" en favor del consumidor.

¿Cuál es el significado de "desnaturalización"? ¿cuál es la "naturaleza" de la obligación? ¿qué significa igualdad de trato?

Pensamos que ambas disposiciones aluden a un mismo principio: el de reciprocidad obligacional, y que ambos textos son muestras de la inderogabilidad del Derecho dispositivo en algunos aspectos esenciales.

En el punto anterior hablamos de finalidad subjetiva, del propósito práctico. Aquí podría hablarse de causa en sentido objetivo, alu-

diendo a que la finalidad objetiva del negocio vinculada a la relación de equivalencia³³.

En general se entiende que en los contratos onerosos "las ventajas que procuran a una u otra de las partes no les es concedida sino por una prestación que ella le ha hecho, o que se obliga a hacerle" (art. 1139, Cód. Civ.). La onerosidad se vincula con la interdependencia, con las obligaciones recíprocas (arts. 510 y 1204, Cód. Civ.), con la noción de equilibrio, o como bien se dice en la doctrina italiana, con las obligaciones "correspectivas".

La reciprocidad de trato se vincula con este tema.

Lo que ocurre en la ley protectoria es que la correspectividad no tiene su fuente en la autonomía privada, sino que es impuesta, porque es una solución de Derecho supletorio que se considera esencial para la buena marcha de los contratos de consumo.

Esta idea se vincula con la "Desnaturalización de las obligaciones" a que refiere el artículo 37, inciso a. Si se trata de obligaciones recíprocas, su "naturaleza" es la que hemos hecho referencia.

Este principio tiene dos consecuencias importantes en la arquitectura legal que guían al juez.

El primero es que el empresario debe aplicar al consumidor este criterio de reciprocidad, de equilibrio, de correspectividad. Si no lo hace la obligación se "desnaturaliza", pudiendo ser declarada ineficaz.

El segundo refiere a que el empresario puede aplicar algunas cláusulas de un modo legítimo siempre que dé la misma oportunidad al consumidor, como por ejemplo:

- La rescisión unilateral en favor del empresario es legítima si concede igual derecho al consumidor (conf. directiva comunitaria).
- Las cláusulas que obliguen al consumidor a resarcir los costos de cobro de su obligación son ineficaces si no se confiere igual derecho al consumidor (directiva comunitaria).
- Es ineficaz el ejercicio de un derecho de retención de las cantidades abonadas por el consumidor en caso de renuncia a la

³³ Conf. BUERES, Alberto, *Objeto del negocio jurídico*, Hammurabi, Buenos Aires.

celebración o cumplimiento del contrato sin permitir el ejercicio de un derecho equivalente (directiva comunitaria).

III. Ámbito de aplicación. Tipos de contratos excluidos

La Directiva 93/13 del 5 de abril de 1993 del Consejo de las Comunidades Europeas, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores dispone en su artículo 1° que todas las normas sobre cláusulas abusivas no se aplican a:

- Cláusulas que reflejen disposiciones legales o reglamentarias imperativas;
- disposiciones o principios de los convenios internacionales, en especial en el ámbito de los transportes.

La ley portuguesa es más detallista aún (dec. 446.85) al indicar que no se aplica a:

- Cláusulas aprobadas por el legislador;
- cláusulas que resulten de tratados o convenciones internacionales;
- cláusulas impuestas por entidades públicas con competencia para limitar la autonomía privada;
- contratos sometidos a normas de Derecho Público;
- actos de Derecho de Familia o de Sucesiones;
- cláusulas de instrumentos de reglamentación colectiva de trabajo.

Ni la ley argentina ni la brasileña tienen exclusiones de este tipo. Sin embargo, no quiere decir que no existan si se analiza la cuestión detenidamente.

La ley regula contratos de consumo; se trata de actos jurídicos de contenido patrimonial, por lo que resultan excluidas las cláusulas generales que puedan existir en el Derecho de Familia o Sucesiones.

El problema que se intenta resolver es la hiposuficiencia del consumidor. Este problema surge cuando una de las partes impone a la otra cláusulas abusivas, y por esta razón la ley habla de que se tendrán por "no convenidas". Evidentemente la finalidad es evitar la imposición contractual abusiva.

Quedan excluidas, por no tener su fuente en el contrato, las cláusulas que provengan de disposiciones legales, reglamentarias, las que se

insertan a través de tratados, aprobadas por el legislador, las emitidas por autoridades autorizadas al efecto.

Por la misma razón no son alcanzadas las que resulten de convenciones colectivas de trabajo o de consumidores.

IV. Efectos de la cláusula abusiva

1. El sistema de la ley

La ley establece que si se declara un negocio como existente, con todos sus elementos, y hay en él algunas cláusulas abusivas, el juez debe declarar su ineficacia e integrar el contrato con normas del Derecho dispositivo.

También establece la nulidad parcial en caso de:

- Violación del deber de buena fe en la etapa previa a la conclusión del contrato o en su celebración;
- transgresión del deber de información;
- transgresión de la legislación de defensa de la competencia o de lealtad comercial.

El sistema de la ley es entonces:

- Nulidad parcial de cláusulas por violación de deberes precontractuales, y
- nulidad parcial de cláusulas abusivas en el contrato existente.

Esta nulidad es parcial y absoluta en tanto surge de violaciones del orden público contractual. Consecuentemente es aplicable de oficio o a petición de parte y sería *ab initio*, imprescriptible.

Producida la nulidad, se integra el contrato "si ello fuera necesario".

Es interesante la discusión acerca del carácter de inexistentes o nulas de las cláusulas abusivas en los contratos de consumo, por encontrarse en la doctrina ambas posiciones. En ese sentido afirma Alterini que "al tenerse la cláusula por no convenida se trata, antes bien que de su nulidad, de su inexistencia. Por lo tanto, la cuestión queda útilmente planteada no bien el consumidor introduce la pretensión de inexistencia de la cláusula"³⁴.

³⁴ ALTERINI, *Contratos* cit., ps. 392 y ss.

Es común la confusión que se presenta entre los conceptos de nulidad y de inexistencia, sobre todo si se considera que esta última es rechazada como idea autónoma por un prestigioso sector de la doctrina³⁵ y la jurisprudencia.

Las nociones de nulidad e inexistencia corresponden, según algunos, a "categorías lógicas distintas, lo cual no debe ser confundido con la circunstancia que impone resolver el régimen jurídico aplicable a las consecuencias de cada una de ellas [...] Es por ello que corresponde decidir al legislador la forma especial de regular las consecuencias para cada una de ellas. Justamente, en ocasión de tal tarea bien puede equiparar el tratamiento legal para ambas categorías, o bien, por el contrario, crear regulaciones distintas y propias para cada una", por lo que "no es procedente afirmar que el legislador no ha recibido la categoría de inexistencia porque ésta es de origen lógico y no legal; tampoco es pertinente tal afirmación por la circunstancia de que en el plano legal puedan no haber diferencias en el régimen jurídico"³⁶.

El acto inexistente es aquel que carece de los elementos esenciales y necesarios para que tenga vida legal. En materia de contratos dichos elementos esenciales son, siguiendo a Mosset Iturraspe, el consentimiento o acuerdo de voluntades, el objeto y la causa. La capacidad es sólo un presupuesto del consentimiento. La forma, entendida como expresión o exteriorización de la voluntad, no puede faltar en ningún contrato y como tal es también un presupuesto del consentimiento³⁷.

De entenderse aplicable la doctrina de los actos inexistentes a las cláusulas abusivas, habrá que considerar que no pudo haber existido consentimiento del consumidor acerca del contenido de la condición impugnada, por lo que, al caer uno de los elementos estructurales del

³⁵ Consideran que la teoría es inútil, bastando las normas sobre nulidad para privar de efectos al acto que se considera inexistente. Se enrolan en esta postura Salvat, Spota, Arauz Castex, Cardini, entre otros.

³⁶ CAFARO, Eugenio B. y CARNELLI, Santiago, *Eficacia contractual*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1996, p. 34.

³⁷ MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Contratos*, Ediar, Buenos Aires, 1991, p. 45.

acto jurídico contrato, el consentimiento, la convención cuestionada deberá considerarse inexistente³⁸.

La distinción entre nulidad e inexistencia es fecunda en consecuencias³⁹, no sólo porque permite resolver determinadas situaciones de la vida real, sino porque reposa en una neta diferencia conceptual, ya que no es lo mismo que no haya acto jurídico a que exista un acto jurídico pero esté viciado.

2. Eficacia, ineficacia y reconversión en contratos de consumo

En principio, un negocio es eficaz cuando produce los efectos queridos por las partes; contrariamente, la ineficacia es la privación de esos efectos por alguna causa establecida en la ley.

La solución tradicional es que cuando las partes han hecho algo mal, se las sanciona con la privación de los efectos queridos, transformándose en un acto ilícito (art. 1056, Cód. Civ.).

Así, la ineficacia tiene por efecto la no obtención del propósito práctico perseguido por los contratantes; sólo en algunos casos la indemnización sustitutiva.

En muchos aspectos esto ha cambiado. Frente a algo mal hecho no se los castiga con la expulsión del ordenamiento, sino con la reconversión del pecador, manteniendo los efectos pero "convertidos", "civilizados".

Naturalmente, y como hemos visto al examinar el orden público contractual, los contratantes se aventuran en una ruta balizada, y lo que quieren es ordenado, regulado, recortado por el ordenamiento. Con estas técnicas derivadas del orden público de protección, de di-

³⁸ No debe preocuparnos la apariencia que revista la convención calificada de inexistente. Dice en ese sentido Puig Brutau que "el calificativo de inexistente ha de referirse a un contrato que de alguna manera parezca existir o haberse celebrado. No tendría sentido calificar de inexistente a un imaginario contrato que nunca hubiese existido ni se hubiese intentado celebrar. Por tanto, se trata de la manera más rigurosa de considerar que un supuesto contrato es radical o absolutamente nulo" (PUIG BRUTAU, José, *Fundamentos de Derecho Civil*, Bosch, Barcelona, 1988, t. II, vol. I, p. 283).

³⁹ BELLUSCIO, Augusto César, *Derecho de Familia*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, t. II, ps. 35 y ss.

rección, etcétera, lo que se pretende no es la nulidad, sino que el contrato sea eficaz obteniendo los fines queridos por las partes, pero legitimados por la ley.

El legislador moderno utiliza técnicas para "transformar" el negocio; la convalidación, la confirmación, la reconversión son algunas de ellas. Lo que antes daba lugar a la frustración, ahora da lugar a la transformación.

En este sentido, la sustitución automática de cláusulas abusivas puede ser apreciada como una técnica para obtener esa finalidad.

Aunque la ley habla de nulidad, hay poco de vicio originario, hay poco de sanción y poco de defectos absolutos.

3. Grados de ineficacia

Es difícil precisar el sentido de algunos términos en atención al uso disímil que les han dado los autores⁴⁰.

En el ámbito de los efectos podríamos señalar que hay distintos grados de ineficacia, pero no sólo analizaremos los conceptos vinculados a nuestro tema.

- a) *Inexistencia*: cuando al contrato le falta alguno de sus elementos esenciales. Por ejemplo, no hay consentimiento, objeto o causa. Su importancia radica en que crea una "apariencia" de validez que es necesario desmontar⁴¹.
- b) *Nulidad*: aquí el contrato reúne sus elementos esenciales, existe, pero hay un vicio originario sustancial que la ley sanciona expresa o implícitamente.
- c) *Anulabilidad*: la sanción de anulabilidad deviene cuando el vicio no es manifiesto; por ejemplo, cuando concurren el error, el dolo, la violencia, cuya presencia no es ostensible. Algunos autores identifican la anulabilidad con la impugnabilidad, en

⁴⁰ Sobre estos temas ver ZANNONI, Eduardo, *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos*, Buenos Aires, 1986; LLOVERAS DE RESK, María, *Tratado teórico-práctico de las nulidades*, Buenos Aires, 1985, y RIVERA, Julio, *Instituciones de Derecho Civil*, Buenos Aires, 1993, t. II, p. 921.

⁴¹ Sobre este tema ver sugerencias de *lege ferenda* de BELLUSCIO, Augusto, en *Reformas al Código Civil*, Astrea, Buenos Aires, p. 421.

el sentido de que es característico de ella que depende de la voluntad de un participante.

4. *La nulidad implícita*

En Argentina una corriente de pensamiento, siguiendo a la obra de Sourdat⁴², propone recoger las denominadas nulidades virtuales. Ésta surge de un contraste entre el acto y el ordenamiento jurídico y se fundamenta en una interpretación amplia del artículo 1037 del Código Civil (a favor)⁴³.

La nulidad no necesariamente debe ser expresa, y puede surgir implícitamente de la ley.

Se ha señalado en el Derecho español que hay que adoptar un criterio flexible y que no es preciso que la validez de los actos contrarios a la ley sea ordenada de un modo expreso, pero tampoco caer en la cuenta de que toda disconformidad con la ley pueda conducir a ese extremo⁴⁴.

El uso de módulos abiertos como los que refiere la ley importa recoger la indicación virtual como modo de señalamiento de nulidades.

5. *El carácter absoluto*

Si entendemos, como lo hace la doctrina mayoritaria, que la nulidad absoluta se califica de tal modo porque hay un defecto esencial y que tal carácter surge cuando hay una afectación del interés general, o colectivo o bien orden económico social, cabe concluir que se trata de nulidades absolutas.

Consecuentemente, en nuestro Derecho, la acción es imprescriptible, irrenunciable y no es susceptible de confirmación, aunque sí de integración. Puede ser declarada de oficio o a petición de parte.

Suscita muchas dudas la imprescriptibilidad, que la ley que comentamos no resuelve, probablemente porque el legislador no se ha dado cuenta del problema.

⁴² SOURDAT, A., *Traité général de la responsabilité*, Marchal et Billard, Paris, 1902, p. 549.

⁴³ STIGLITZ, Gabriel, *Protección jurídica del consumidor*, Depalma, Buenos Aires, 1986, p. 87.

⁴⁴ SANTOS BRIZ, *Los contratos civiles...* cit., p. 198.

Por otra parte, el consumidor puede pedir la sustitución de la cláusula, pero cuando quiere reclamar frente al incumplimiento habrá prescripción.

6. *El carácter parcial*

Se ha dicho que, como principio, sólo cabe la nulidad total del negocio, porque el consentimiento es un todo, y cada cláusula es una de las partes de ese todo indivisible⁴⁵.

La nulidad parcial supone la divisibilidad del negocio (art. 1039, Cód. Civ.). Esta idea se basa en que una vez separada la parte nula quede el resto en pie, sin una pata. Con ello quiere señalarse que la nulidad debe afectar una cláusula accesoria.

Con referencia a la cláusula abusiva, se ha señalado que la nulidad es siempre relativa al objeto; la cláusula abusiva contamina el objeto y consecuentemente deviene la nulidad con fundamento en el artículo 953 del Código Civil. Pero la nulidad no sería parcial sino total, porque el consentimiento no puede ser parcelado⁴⁶.

La ley modifica expresamente este criterio al indicar que se tendrán por no escritas pero que el negocio continúa, y señala la integración como solución.

7. *Efectos de la ineficacia. Integración del contrato*

La nulidad es parcial puesto que afecta únicamente la cláusula viciada, que queda sustituida de pleno derecho por las normas dispositivas o imperativas. Se ha invocado el artículo 1039 del Código Civil interpretado con relación a pactos contrarios a la ley, la regla moral o las buenas costumbres⁴⁷.

⁴⁵ Por todos BORDA, Guillermo, *Tratado de Derecho Civil. Parte general*, 5ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1970, t. II, p. 405.

⁴⁶ LLAMBIAS, J. J., *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, 2ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, t. III, ps. 492, 493 y nota 454.

⁴⁷ SANTOS BRIZ, Jaime, *La contratación privada*, Montecorvo, Madrid, 1966, p. 249; VON THUR, Andreas, *Derecho Civil*, Depalma, Buenos Aires, 1947, t. 4, p. 313; STIGLITZ, Rubén y STIGLITZ, Gabriel, *Invalidez de las cláusulas limitativas de responsabilidad en la contratación predispuesta*, en L. L. 1984-D-1006; VINEY, G., *La responsabilité: conditions*, Paris, 1982, N° 496; RIPERT, G., *El régimen de*

En algunas leyes como la brasileña, se señala una excepción cuando a pesar de los esfuerzos de integración hubiera una carga excesiva para cualquiera de las partes.

8. Cláusulas ambiguas

En cuanto al tratamiento de las cláusulas ambiguas, debemos decir que la normativa protectoria de los consumidores y usuarios recoge el principio de la interpretación *contra proferentem*. Así, corresponde la aplicación del segundo párrafo del artículo 37 de la Ley de Defensa del Consumidor,⁴⁸ que sienta como principio básico el *in dubio pro consumidor*, lo cual ya tiene su principio general en el artículo 3º, que dice que en caso de duda se estará siempre a la interpretación más favorable para el consumidor. La norma lo expresa con similares palabras: "La interpretación del contrato se hará en el sentido más favorable para el consumidor". Se entiende que ello constituye un deber impuesto al juez, aun cuando el consumidor no lo plantee, lo cual guarda relación con el carácter de orden público de la legislación.

Segunda Parte – Cláusulas abusivas en particular

El análisis particular de las cláusulas abusivas supone entrar en un mundo inconmensurable de situaciones dispares. Cada cláusula tiene un significado distinto según el tipo de contrato en el que está inserta, la finalidad económica de las partes y la ley aplicable. A su vez, cada sector de la actividad económica ha desarrollado su particular fenómeno de abusividad, lo que motiva a un examen especializado, como ha ocurrido entre nosotros en materia de contratos bancarios, medicina prepaga, concesión comercial, seguro, tarjetas de crédito, locación urbana con destino a vivienda, lo que da una idea de la amplitud del tema⁴⁸.

mocrático y el Derecho Civil moderno, Cajica, Puebla, 1951, N° 144; ALTERINI y LÓPEZ CABANA, *Derecho de Daños* cit., p. 321.

⁴⁸ Fallos sobre cláusulas abusivas, además de los citados más adelante y en los capítulos de la parte especial: JCCom. de Quilmes, N° 3, "Parody, Alejandro A. c/Telefónica de Argentina SA", L. L. B. A. 1998-447; SCJBA, "Mayo, Carlos D. c/Farquimia SA -C. 66.682-", L. L. B. A. 2000-450; CCCom. de Tucumán, sala III,

Por medio de la resolución 53/2003, la autoridad de aplicación se propuso instrumentar un mecanismo que evite la inclusión de condiciones leoninas en los contratos de consumo predispuestos, estipulando de manera genérica que los contratos de consumo no podrán incluir cláusulas del tipo de las descriptas en el anexo que la complementa, "ni otras que infrinjan los criterios establecidos por el artículo 37" de la Ley de Defensa del Consumidor, es decir, se prohíben las cláusulas abusivas y ambiguas en los contratos de consumo.

Estudiaremos las cláusulas más importantes, adjudicándoles ese carácter en virtud del volumen de actividad doctrinaria y jurisprudencial que han provocado⁴⁹, y veremos algunas otras cláusulas en la parte especial vinculadas a cada sector de la actividad económica.

"Banco Integrado Departamental Coop. Ltda. c/Roldán, Irma", L. L. NOA 2000-1142, L. L. 2000-F-970 (43.161-S), CNCom., sala A, "Liotta, Leonardo F. c/Compañía Argentina de Seguros Visión", L. L. 2001-B-321, D. J. 2001-2-271; CI*CCom. de Mar del Plata, sala I, "González, María E. c/Persa SA", L. L. 1998-B-170; CCCom. de Córdoba, 8º Nom., "Santinelli, Lelio P. c/Buenos Aires Embotelladora SA", L. L. C. 2002-232; CCCom. de Rosario, sala II, "M. de M., M. del C. c/Medycyn y/o Fryasa SA", L. L. Litoral 2001-246, con nota de Daniel F. Alonso, y R. C. y S. 2001-II-164; CI*CCom. de Mar del Plata, sala II, "Martinelli, José A. c/Banco del Buen Ayre", L. L. B. A. 1998-511.

⁴⁹ Sobre la base de lo previsto en el Proyecto de reforma de Código Civil de 1998 (ver nota 2), los contratos discrecionales obligan a las partes como la ley misma, y sus estipulaciones prevalecen sobre las normas legales supletorias y los usos (art. 964), sin perjuicio de la aplicación de la buena fe, la lesión, y el abuso del derecho como *standards* que permiten rectificar contenidos contractuales. Por ello, el proyecto establece (art. 967) que "el contrato obliga con los alcances en que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor, incluyendo a las consecuencias virtualmente comprendidas en él, conforme a su naturaleza, a las negociaciones previas, a la conducta ulterior de las partes, a las prácticas establecidas entre ellas, a los usos si no han sido excluidos expresamente, y a la equidad, teniendo en cuenta la finalidad del acto y las expectativas justificadas de la otra parte. Las cláusulas abusivas no constituyen usos, aunque sean de práctica".

En los contratos predispuestos (art. 968) "se tienen por no convenidas las estipulaciones que, por sí solas o combinadas con otras: a) Desnaturalizan las obligaciones de las partes. b) Limitan la responsabilidad del predisponente por daños al proyecto de vida. c) Limitan la responsabilidad del predisponente por daños patrimoniales sin una adecuada equivalencia económica. d) Importan renuncia o restricción a los derechos del no predisponente, o ampliación de los derechos del predisponente, que resultan de normas supletorias. e) Obligan al no predisponente a pagar intereses, si su tasa

I. Cláusula relativa al objeto: la relación precio-bien

En los tiempos actuales el legislador no se inmiscuye, como regla general, en la fijación del precio en un contrato; esta relación no la establece la ley sino el mercado, mediante el libre juego de la oferta y la demanda. Es una libertad constitucionalmente protegida, la que sólo resulta controlable en el Derecho Público a través de la Ley de Defensa de la Competencia y en el Derecho Privado a través de la lesión (art. 954, Cód. Civ.).

La exposición de motivos de la Directiva comunitaria (13/93) dice que "la apreciación del carácter abusivo no debe referirse ni a cláusulas que describan el objeto principal del contrato ni a la relación calidad-precio de la mercadería o la prestación; que en la apreciación del carácter abusivo de otras cláusulas podrán tenerse en cuenta, no obstante, el objeto principal del contrato y la relación calidad-precio". Cuando un consumidor adquiere un bien o un servicio, debe pagar un precio o una retribución. La pregunta es: ¿puede ser declarada abusiva la cláusula que establece el precio de un bien o la retribución de un servicio? La Directiva de la Comunidad Europea deja intacta la relación precio-bien, o retribución-servicio, desechando intervenir en ello, y de la misma manera se entiende en el Derecho argentino⁵⁰.

II. Cláusula de modificación unilateral del contenido

El Código Civil argentino establece que la oferta debe versar "sobre un contrato especial, con todos los antecedentes constitutivos de los contratos", de lo que se deduce que "no puede haber contrato si el

excede sin justificación y desproporcionadamente el costo del dinero para deudores en operaciones similares. En tal caso se los tiene por no convenidos en la demasía, y se aplica el artículo 723 para los pagados en exceso".

⁵⁰ Distinto es el caso en el que la fijación del precio se convierte en una potestad discrecional del proveedor. Al respecto se ha dicho que "resultan abusivas en los términos del art. 37, incs. a, y b, de la Ley de Defensa del Consumidor las cláusulas del contrato de medicina prepaga que establecen la facultad unilateral de la empresa de modificar el importe de la cuota, sin informar al consumidor con suficiente anticipación la cuantía del aumento" (CCAdm. y Trib. CABA, sala II, 4-5-2004, "Consejo Profesional de Ciencias Económicas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires c/Ciudad de Buenos Aires", L. L. Online).

objeto no es una operación jurídica determinada"⁵¹. El objeto de las obligaciones, causadas por el contrato, debe ser determinado o determinable hasta el momento del cumplimiento⁵². A ello se refiere el artículo 1170 del Código Civil, cuando establece que "las cosas objeto de los contratos, deben ser determinadas en cuanto a su especie, aunque no lo sean en la cantidad, con tal que ésta pueda determinarse". La regla es que la operación jurídica considerada por las partes, que es el objeto del contrato, y las prestaciones, que son el objeto de las obligaciones causadas, deben ser determinadas o determinables en el momento genético.

La determinabilidad debe siempre responder a criterios objetivos que se deben establecer en la génesis contractual, ya que dejar la fijación a la facultad de una de las partes acarrea la nulidad, conforme a la doctrina que sienta el artículo 1355 del Código Civil para la compraventa, pero aplicable *in genere*⁵³. La regla es que el objeto del contrato y de la obligación debe ser determinado o determinable, lo que no se compadece con dejar que una de las partes lo establezca unilateralmente.

En el Derecho del consumo, como regla general, la cláusula que permite la modificación unilateral del contenido de la prestación ha sido calificada como abusiva, y, por lo tanto, acarrea la nulidad parcial. La ley brasileña (ley 8078, art. 51, XIII) considera abusiva la cláusula que autoriza a modificar unilateralmente el contenido o la calidad después de la celebración⁵⁴. En Argentina, es una cláusula que puede

⁵¹ Conf: MOSSET ITURRASPE, *Contratos* cit., ed. act., p. 231. En el mismo sentido LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando, *Teoría general de los contratos*, Zavallía, Buenos Aires, 1984; STIGLITZ, Rubén, *Contratos. Teoría general*, Depalma, Buenos Aires, 1994; GHERSI, Carlos, *Contratos civiles y comerciales*, Astrea, Buenos Aires, 1994, t. I.

⁵² ALTERINI, Atilio; AMEAL, Oscar J. y LÓPEZ CABANA, Roberto M., *Derecho de obligaciones civiles y comerciales*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, p. 37.

⁵³ COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén, *Manual de obligaciones*, Astrea, Buenos Aires, 1997, p. 37.

⁵⁴ En materia de cláusulas generales, en la Unión Europea, la Directiva 93/13 considera abusiva la cláusula que autoriza al profesional a modificar unilateralmente sin motivos válidos especificados en el contrato los términos del mismo; o cualquiera de las características del producto que ha de suministrar o del servicio por prestar.

subsumirse en el *standard* del artículo 37 de la ley 24.240, referido a la desnaturalización de las obligaciones, requiriendo un juicio de concretización para su descalificación⁵⁵.

Las partes pueden establecer, en la celebración del contrato, las causas objetivas por las cuales puede ser modificado, con derecho de rescisión por parte de la otra parte.

Las partes han previsto mecanismos contractuales de modificación del contenido obligacional atendiendo a que es previsible que se produzcan cambios. En estos casos, la cuestión es examinar si estos instrumentos contractuales resguardan debidamente los derechos de las partes mediante mecanismos objetivos que inhiban las imposiciones unilaterales o potestativas. Puede ocurrir que exista una decisión unilateral de la empresa, no arbitraria, sino fundada en necesidades comprobables y, por tanto, lícitas. De acuerdo con ello, la resolución 53/2003 contempla que la facultad de modificar unilateralmente el vínculo pueda ser aceptada, ejercida dentro de ciertos límites. Para ello, la autoridad de aplicación deberá haber determinado apriorísticamente "pautas y criterios objetivos", aunque hubiera sido deseable que se estipule la notificación del cambio al consumidor con una antelación suficiente conforme a la naturaleza y características del objeto del contrato, y también, que se encuentre prevista la posibilidad de rescindir el contrato por parte del consumidor en caso de no aceptar éste la modificación. De todas formas habrá que analizar el caso concreto, ya que en algunos supuestos podría considerarse el adherente con derecho a resolver el vínculo.

También lo es el conceder al profesional el derecho a determinar si la cosa o el servicio se ajusta a lo estipulado en el contrato (anexo art. 3º, incs. k, l, m). En la ley portuguesa (dec. 446.85, art. 19, inc. i), se considera relativamente prohibida la cláusula que autoriza la facultad de modificar prestaciones, sin compensación correspondiente a las alteraciones de valor solicitadas.

⁵⁵ Con anterioridad a la ley conf. VALLESPINOS, *El contrato por adhesión a condiciones generales*, Universidad, Buenos Aires, 1984; REZZÓNICO, *Contratos con cláusulas predispuestas* cit.; con posterioridad a la ley: MOSSET ITURRASPE, Jorge y LORENZETTI, Ricardo, *Defensa del consumidor. Ley 24.240*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1994; STIGLITZ, Rubén y STIGLITZ, Gabriel, *Derechos y defensa del consumidor*, La Rocca, Buenos Aires, 1994; FARINA, Juan, *Defensa del consumidor y del usuario*, Astrea, Buenos Aires, 1995.

También puede pactarse una cláusula de renegociación permanente, que puede ser lícita en los contratos discrecionales, y constituye un fenómeno de autocomposición. Sin embargo, en los contratos de consumo no es admisible, porque a través de este mecanismo logrará prevalecer el profesional por sobre el débil jurídico.

III. Cláusula de sustitución del obligado

La cesión de contrato ha sido muy tratada en la doctrina argentina⁵⁶ y tiene un amplio desarrollo en las costumbres y una tendencia a la aceptación en el Derecho Comparado⁵⁷. Se debe considerar a la cesión del contrato como un instituto distinto de la cesión de créditos o de deudas, que consiste en un único negocio traslativo del complejo de

⁵⁶ La doctrina argentina ha utilizado frecuentemente la obra de ANDREOLI, M., *La cesión del contrato*, trad. de F. J. Osset, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1956, y de VALLS TABERNER, J., *La cesión del contrato*, Barcelona, 1955. Ver también, entre muchos otros CARRESSI, Franco, *La cessione del contratto*, en *Novissimo Digesto Italiano*, t. III, p. 147; MESSINEO, F., *Doctrina general del contrato*, trad. de Sentís Melendo, Forriñarrosa y Volterra, notas del Derecho argentino V. Neppi, Ejea, Buenos Aires, 1986, t. II, p. 235; BARBERO, D., *Sistema de Derecho Privado*, trad. de Sentís Melendo, Ejea, Buenos Aires, 1967, t. III, § 716, p. 298. En relación al Código portugués: DE ALMEIDA COSTA, Mário Júlio, *Direito das obrigações*, 3ª ed., Almedina, Coimbra, 1979, § 72, ps. 377/378. En Argentina ver: MOSSET ITURRASPE, J., *La cesión del contrato*, Santa Fe, 1950; luego trata el tema en *Contratos* cit., y en *Responsabilidad por daños*; ALTERINI, A. A. y REPETTI, E. J., *La cesión del contrato*, Buenos Aires, 1962; COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén, *Cesión de contrato, cesión de créditos y cesión de deudas*, en L. L. 1990-D; LÓPEZ DE ZAVALÍA, *Teoría de los contratos. Parte general*, 3ª ed., Zavallia, Buenos Aires, 1984, p. 369; TRIGO REPPRESAS, Félix, *La cesión del contrato en el "Segundo Encuentro de Abogados Civilistas" de Santa Fe*, en L. L. 1988-E; ALTERINI, *Contratos* cit., p. 467.

⁵⁷ Sin perjuicio de que en la mayoría de los sistemas jurídicos es posible construir una elaboración sobre la cesión de la posición contractual, en base a normas aisladas, la jurisprudencia y la doctrina, hay varios Códigos que han recepcionado una regulación autónoma del instituto. En este sentido, El Código Civil italiano de 1942 (arts. 1406 a 1410) establece que cada parte puede hacerse sustituir por un tercero en las relaciones derivadas de un contrato. El Código Civil portugués, de 1967, regula la cesión de la posición contractual (arts. 424 a 427), el Código boliviano de 1975 la recepta en sus arts. 539 a 542, y el Código de Comercio colombiano en sus arts. 887 a 896. Veremos luego algunas disposiciones de estos Códigos.

derechos y deberes que están adheridos a la calidad de parte⁵⁸, y que están unidos por la posición contractual. Por ello se ha dicho que “en la cesión de la totalidad de los derechos y obligaciones del contrato, la cesionaria adquiere el rango de parte contractual, con su posición activa y pasiva en las prestaciones recíprocas; en tales condiciones, el contratante cedido no es parte, limitándose a dar su asentimiento”⁵⁹. La doctrina actual distingue el contrato-base, que es el contrato transmitido, del contrato de cesión de la posición contractual del contrato base⁶⁰. Debe aclararse que en el contrato de cesión participan el cedente y el cesionario solamente, pero para que se produzca la cesión del contrato, se requiere la participación del cedente, el cesionario y el contratante cedido; por ello, la cesión de la posición contractual se configura como un negocio trilateral, puesto que es celebrado por el cedente, el cesionario y el otro contratante que consiente para liberar al cedente⁶¹.

⁵⁸ Se ha postulado una regulación autónoma en el artículo 1069 del Proyecto del Ejecutivo de 1993 que dispone: “De la cesión de posición contractual: En los contratos con prestaciones pendientes, cualquiera de las partes puede ceder a un tercero su posición contractual si las demás partes lo consienten antes, simultáneamente o después de la cesión. Si la conformidad hubiese sido previa a la cesión, ésta sólo tendrá efecto una vez notificadas las otras partes en la forma establecida para la notificación al deudor cedido”. Andreoli (ob. cit. en nota 56), define a la cesión del contrato diciendo que “es una transferencia negocial a un tercero (cesionario) de conjunto de posiciones contractuales (contenido de derecho u obligaciones orgánicamente independientes) constituida en la persona de uno de los originales contratantes (cedente) de manera tal que a través de esa sustitución del tercero como parte, éste subentra en los derechos y obligaciones del cedente”.

⁵⁹ CNCiv., sala A, 7-4-89, “Alsina 396 c/Corina, Alfredo E.”, L. L. 1990-D.

⁶⁰ ALTERINI, *Contratos* cit., p. 470.

⁶¹ El Segundo Congreso de Abogados Civilistas, Santa Fe, 4ª conclusión, dice: “Tanto en la transmisión voluntaria del contrato, como en principio en la que se produce por ministerio de la ley, la liberación del cedente no opera sin la aceptación del cedido y su expresa declaración de voluntad de desobligarlo” y en la 5ª conclusión se establece que “Cabe distinguir entre el contrato de cesión, en el que puede o no puede participar el cedido, del negocio jurídico complejo que implica la transmisión del contrato cedido, para cuyo perfeccionamiento en orden a la producción de sus efectos traslativos, resulta imprescriptible la aceptación del cedido”. Ello es así por aplicación analógica de las reglas de la cesión de deudas, ya que para la liberación del deudor se requiere la aceptación del acreedor (arts. 814 y 815, Cód. Civ.).

La cláusula de sustitución del obligado permite proceder a la cesión del contrato sin consentimiento de la parte contraria, y en este aspecto reside su problemática.

La cuestión esencial es si el contratante que ve modificada la configuración subjetiva de la parte contraria sufre algún perjuicio o bien puede llegar a sufrirlo. Ello puede suceder porque se trata de una prestación *intuitu personæ*, o porque disminuye la solvencia, o porque hay una pérdida de confianza.

En los contratos celebrados por adhesión y de consumo, ha sido censurada.

Mediante esa forma de cláusulas, podría el cliente enfrentarse, después de la operación adhesiva, con un contratante que por diferentes motivos no quisiera tener como tal –verbigracia, por malas experiencias en una relación contractual anterior, y sin que sea una obligación *intuitu personæ*–. La ley alemana (§ 11, inc. 13, de la AGB-Gesetz) declara ineficaz la cláusula por la cual “en caso de contratos de compraventa, servicios o locación de obra, ingresa o puede ingresar un tercero en lugar del estipulante para el cumplimiento de los deberes y derechos que surgen del contrato, a no ser que en la cláusula:

”a) Se designe específicamente al tercero, o

”b) se reconozca a la contraparte el derecho a resolver el contrato”.

Esta técnica puede traer problemas al consumidor, en cuanto finalmente pierde el bien o servicio mediante la resolución.

El otro problema es la sustitución que no afecta a la calidad de la prestación, pero disminuye las garantías, o la responsabilidad. La directiva comunitaria censura la cláusula que permite ceder el cumplimiento de la prestación, si puede producir una merma de las garantías del consumidor (anexo art. 3º, punto p). En nuestro Derecho sería una cláusula ineficaz en razón de que disminuye la responsabilidad.

IV. Cesiones de carteras y modificaciones subjetivas y objetivas del contrato de consumo

El tema tiene una importancia creciente: las cesiones de carteras de seguros, de asociados a la medicina prepaga, o de adscriptos a la televisión por cable, son muy frecuentes por los procesos de ventas,

absorciones y fusiones de empresas. En estos casos, el consumidor o usuario es el contratante cedido, y como tal enfrenta modificaciones subjetivas y objetivas del contrato. Las primeras surgen por la transmisión de la posición contractual de un sujeto a otro, y significan un cambio en el obligado principal⁶², o de los sustitutos o auxiliares en el cumplimiento⁶³. Las segundas son una modificación derivada de la primera, ya que el nuevo contratante suele modificar el contenido al sugerir nuevas modalidades de prestación⁶⁴. En otros supuestos no se trata de la posición contractual, sino de una simple cesión de créditos.

El examen de las normas generales sobre la cesión de contratos nos permite establecer algunas conclusiones. Como regla general, una cesión de carteras es una cesión masiva de contratos; es decir que se aplican todas las reglas que hemos expuesto sobre la cesión de la posición contractual, en especial las relativas a la inmodificabilidad del objeto y a la necesidad del consentimiento del contratante cedido para la liberación del cedente.

La objeción práctica que se hace a esta conclusión es la dificultad de obtener el consentimiento de miles de personas integrantes de una cartera. En atención a esta dificultad, el legislador ha contemplado algunos supuestos específicos en los que ha sustituido el consentimiento, por la notificación simple, o la notificación por edictos, o ha eliminado la notificación. La eliminación de la notificación si está prevista la aceptación anticipada de la cesión en el contrato-base es contradictoria de la ley 24.240, y, específicamente, la aceptación anticipada es una cláusula abusiva a tenor del artículo 37 de la citada

⁶² Es de gran interés para el consumidor saber quién es el obligado principal, como por ejemplo ha ocurrido en el ramo de las compañías de seguros, donde hay cesiones de carteras frecuentes, sin asegurarse adecuadamente de la solvencia del cesionario.

⁶³ Casos muy frecuentes en la transmisión de carteras de empresas de medicina prepaga, donde se cambian los médicos o las clínicas contratadas como prestadores.

⁶⁴ En muchos casos con beneficio para el consumidor, como ocurre cuando la nueva empresa ofrece más canales de televisión manteniendo el precio. En otros casos con perjuicio para el consumidor, como cuando la nueva empresa ofrece iguales canales de televisión con incremento del precio. Pero en todos los casos, lo relevante es que se trata de modificaciones unilaterales, que no cuentan con el consentimiento del contratante cedido.

ley, toda vez que importa una renuncia a los derechos del consumidor, y esa renuncia no tiene causa, ya que es anticipada. Por esta razón es que resulta ilícita la cláusula de aceptación anticipada de la cesión. En todos los casos es necesaria la notificación al contratante cedido, por aplicación de las normas de la cesión de créditos del Código Civil, la que puede ser sustituida por la notificación por edictos en los casos en que la ley lo autoriza. Para superar obstáculos técnicos puede formularse la notificación de modo que importe un consentimiento o asentimiento. De lo contrario, la simple notificación no tendrá efectos liberatorios para el cedente.

Admitida la cesión del contrato con consentimiento del deudor cedido, es necesario resaltar que ello no importa una nueva situación que autorice a modificar el contenido contractual. Conforme lo hemos señalado, el nuevo contratante asume la posición del anterior, y no hay una novación de la obligación. Consecuentemente no se puede modificar el contenido del contrato, sino en los términos autorizados por el contrato base, firmado por el contratante-cedente.

Finalmente, cabe resaltar una regla que inspira todo el régimen de la cesión: la modificación subjetiva no debe empeorar la situación del deudor que ha sido extraña a ella. De acuerdo con ello se ha dicho que "la responsabilidad civil de una empresa de medicina prepaga que cedió los contratos de asistencia médica suscriptos con sus afiliados debe extenderse al cesionario, aun por obligaciones anteriores a la cesión -en el caso, reparación de los daños causados por una mala praxis médica-, dado que lo contrario atentaría contra el principio por el cual debe estarse a la interpretación más favorable al consumidor -artículo 3º, ley 24.240-, aplicable por constituir el suministro de asistencia médica privada un contrato de adhesión"⁶⁵.

V. Garantía de cumplimiento abusiva

Es un principio jurídico de antigua data el que establece que el patrimonio del deudor es garantía de los acreedores y que éstos pueden

⁶⁵ CNCiv., sala L, 25-6-2001, "Militello, Vicente S. c/Centro Integral Médico y otro", R. C. y S. 2001-457, con nota de Mariano Gagliardo. También ver CNCom., sala D, 24-8-82, "Intercomi, SA c/ICA SA", L. L. 1983-C-531.

adoptar las previsiones que consideren adecuadas para obtener el cumplimiento de la prestación debida.

El exceso en tales garantías existió desde el Derecho Romano, cuando se apropiaban de la persona del deudor. Éste es un problema casi eterno y no debe sorprender que el legislador ponga límites.

Estos límites se encuentran en muchas disposiciones del Código Civil y leyes complementarias. La cláusula penal abusiva es susceptible de ser revisada por el juez (art. 656). Muchos bienes son excluidos de la garantía común, ya sea porque son los mínimos para la subsistencia y se los declara inembargables, o porque se desea proteger a la familia y se lo declara "bien de familia".

El problema es entonces permitir la obtención de garantías para que los acreedores no arriesguen su empresa ante deudores insolventes, poniéndole límites para evitar que los deudores arriesguen su existencia y la de su familia en cada negocio que celebran.

Indudablemente son aplicables aquí las limitaciones que ya existen en la legislación civil y comercial con referencia al patrimonio del deudor como garantía del cumplimiento, a las garantías personales, reales, en el concurso y la quiebra.

¿Qué sucede en los contratos de consumo? Generalmente se imponen garantías de cumplimiento en condiciones generales predispuestas.

¿Cuál es el límite? Veremos esta situación en casos especiales.

1. *Penas e indemnizaciones excesivas*

Un primer caso ocurre cuando hay penalidades excesivamente altas.

La directiva comunitaria se refiere a la cláusula que imponga al consumidor que no cumple sus obligaciones, una indemnización desproporcionadamente alta. En nuestro Derecho sería aplicable la doctrina elaborada con relación a la cláusula penal.

2. *Cláusulas limitativas de excepciones y defensas*

Esta cláusula podría asumir la forma: "pague, luego repita"; no hay excepciones a la acción por cobro del empresario. Ha sido llamada *solve et repete, exceptio solutionis*.

Constituye un caso de renuncia contractual por parte del deudor al derecho de oponer determinadas excepciones.

La cláusula ejerce una presión psicológica sobre el consumidor bastante fuerte. Obliga al deudor a cumplir para no caer en mora y no puede invocar la excepción de incumplimiento contractual. Debe cumplir y eventualmente iniciar juicio.

La procedencia de la cláusula *solve et repete* puede admitirse en cuanto no implique un manifiesto menoscabo del ordenamiento legal, como cuando la renuncia constituye un abuso de derecho. Ello es así en cuanto al contrato individual. Tal cláusula inserta en formularios predisuestos por una de las partes es típica cláusula de riesgo.

Tanto el Código Civil italiano como la Ley de Prehorizontalidad, como el despacho aprobado por las VIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, reputan cláusula de riesgo la que limita el derecho del adherente a oponer excepciones. La directiva comunitaria considera abusivas las cláusulas que:

- a) Obligan al consumidor a cumplir aun cuando el profesional no cumpla.
- b) Excluyen o limitan los derechos del consumidor en caso de incumplimiento total o parcial o defectuoso de la otra parte.

En el contexto de la ley 24.240 hay que diferenciar: las cláusulas que se refieren a las excepciones procesales son admisibles, puesto que el mismo efecto se podría lograr con un título ejecutivo; en cambio las cláusulas que neutralizan las excepciones en sentido impropio, las defensas sustanciales, son ineficaces porque desnaturalizan la obligación.

La excepción de incumplimiento contractual tiene su fundamento en el equilibrio de las prestaciones y prohibirla por convenio importa una desnaturalización de dicho equilibrio.

Lo mismo sucedería con referencia a la prohibición de algunos modos extintivos, como la prohibición de compensar.

VI. Cláusula de suspensión de la ejecución

En este caso hay que precisar qué se entiende por suspensión de la ejecución.

En nuestro Derecho Civil está prevista una excepción dilatoria destinada a suspender el cumplimiento de la prestación debida si la otra parte no cumple con la suya: la excepción de incumplimiento contractual prevista en el artículo 1201 del Código Civil. Se trata de una norma cuyo fundamento es la interdependencia de las prestaciones. La ausencia de reciprocidad dada por el cumplimiento de uno frente al incumplimiento del otro autoriza a suspender la prestación. Este instituto "naturaliza" las obligaciones y por lo tanto las disposiciones contractuales que lo consagren no pueden considerarse ineficaces.

Frente al incumplimiento del consumidor, el empresario puede suspender el cumplimiento.

Recibirán la sanción en tanto se aparten del artículo 1201 del Código Civil, derogando el Derecho supletorio (desnaturalizándolo), ya sea en lo referido al instituto o bien a alguno de sus requisitos.

Esto último será lo más frecuente.

Por eso es que las Jornadas Nacionales citadas entendieron que la cláusula es legítima si hay causa. Éste es uno de los requisitos fundamentales de la *exceptio*: el incumplimiento grave es el que autoriza a suspender la prestación.

La estrategia derogatoria es poner una cláusula que diga que frente a un incumplimiento menor del consumidor o sin causa alguna, hay derecho de suspender la prestación, lo que sería abusivo.

También sería abusiva una cláusula que permita el uso de la *exceptio* por parte del empresario y no lo permita por parte del consumidor.

VII. Derecho de retención y pérdida de las sumas abonadas

El derecho de retención es la facultad que se adjudica al tenedor de una cosa ajena para conservarla, hasta el pago de lo que le es debido en razón de la misma cosa (art. 3939, Cód. Civ.). Es usado como una garantía de cumplimiento que exige la tenencia actual de una cosa ajena, un crédito cierto, y conexidad entre ambos.

Cuando se plantea la posibilidad de la renuncia a ese derecho dentro del marco del contrato individual negociado, no se ve, en principio, obstáculo para su admisión, puesto que no se trata de un derecho indisponible (doctrina art. 3943, Cód. Civ.).

En muchos contratos se incluye una cláusula en la que se indica que una de las partes, frente al incumplimiento de la otra, puede "retener" las sumas abonadas. Asimismo, se incluye la posibilidad de la pérdida de dichas sumas.

En el caso de los contratos de consumo, esta cláusula es muy frecuente: el consumidor que compra un artículo y no paga alguna de las cuotas pierde lo abonado.

No se trata aquí de derecho de retención, sino de un pacto comisorio abusivo.

Esta situación que se daba en la compraventa de lotes por mensualidades fue regulada en la ley 14.005. De ella surge el criterio legal que debemos utilizar: si el deudor ha pagado una parte importante del crédito no hay facultad resolutoria, o bien ésta es abusiva.

La pérdida de sumas abonadas se suele pactar también en caso de rescisión, o de renuncia. En este caso tampoco sería un derecho de retención, sino una indemnización que se pacta de antemano para el caso de renuncia o rescisión, y cuya razonabilidad debe juzgarse según los criterios válidos para la cláusula penal.

También es válido el criterio de igualdad de trato. En este sentido, la directiva comunitaria dispone que es abusivo "el ejercicio de un derecho de retención de las cantidades abonadas por el consumidor en caso de renuncia a la celebración o cumplimiento del contrato, sin permitir el ejercicio de un derecho equivalente".

VIII. Renuncia anticipada

La renuncia es un modo extintivo unilateral, que existe cuando media una declaración de voluntad del mandatario, con la finalidad de dar por finalizado el negocio, de carácter recepticio ya que está dirigida al mandante. La renuncia, siendo un acto unilateral liberatorio, produce efectos desde que se ha exteriorizado, y no necesita de la aceptación. Está sometida a las reglas generales del artículo 868 del Código Civil.

Se ha discutido la legitimidad de esta facultad de desobligarse unilateralmente⁶⁶. En el Derecho Romano se justificaba plenamente por

⁶⁶ BORDA, *Tratado...* cit. *Contratos*, p. 411.

el carácter gratuito y amistoso, pero cuando éste es oneroso hay una corresponsabilidad que resulta lesionada por el apartamiento unilateral. En el mandato, a fin de mantener la igualdad de opciones, se permite al mandante revocar y al mandatario renunciar, instaurando un sistema de libre rescindibilidad unilateral incausada.

Siguiendo estos lineamientos, el Código faculta al mandatario a renunciar al mandato sin necesidad de invocar justa causa (art. 1978). Como toda regla, hay límites y excepciones:

La renuncia no puede ser otorgada en forma anticipada, porque siendo la gestión un hacer personal implicaría un sometimiento inadmisibles⁶⁷ del mandatario al mandante.

IX. Cláusula limitativa de la responsabilidad

La responsabilidad civil se orienta a una asignación de recursos, imputando a alguien que se beneficia con una actividad las pérdidas que ésta genera. Asimismo toma en cuenta a quien puede distribuir mejor el riesgo. En virtud de ello, quien resulta elegido debe asumir un costo consistente en gastos de prevención y aseguramiento.

Mediante estas cláusulas, lo que se busca es eludir el programa normativo en materia de asignación, transfiriendo tales riesgos a la otra parte. Los banqueros, que conocen bien este sistema de traslación de costos, la han usado con frecuencia⁶⁸.

Esta cláusula es propia del funcionamiento del mercado en condiciones anormales. Si se permitiera que tenga efectividad, todo el sistema de responsabilidad civil quedaría sin aplicación⁶⁹.

La cláusula de irresponsabilidad hace que el empresario no tenga ningún interés en ser cuidadoso, ya que no tiene responsabilidad por su falta de cuidado.

Podría argumentarse que el consumidor asume el riesgo, lo acepta. Éste es un argumento muy usado. En el Derecho anglosajón tiene

⁶⁷ MOSSET ITURRASPE, *Mandatos*, Rubinzal-Cuizoni, Santa Fe, 1996, p. 398.

⁶⁸ GARRIGUEZ y MOLL, *Contratos bancarios*, 2ª ed., Aguirre, Madrid, 1975, p. 21.

⁶⁹ Lo explican así: MAZEAUD, Henri y Léon, y TUNC, André, *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil*, Ejea, Buenos Aires, 1977, t. III, vol. 2, p. 6.

una larga historia. El *caveat emptor* significa que el adquirente debe poner atención, ser cuidadoso y adquiere a su propio riesgo, aunque con el correr del tiempo ha sufrido modificaciones⁷⁰.

Si examinamos la conducta del consumidor, vemos que se acepta la cláusula por un disminuido poder de negociación. Éste ha sido el argumento general en virtud de cual se desecharon las denominadas aceptaciones de riesgo.

Es bueno notar que el consumidor prefiere las tarifas bajas pensando que todo irá bien y el contrato será ejecutado; hay un déficit de previsión basado en la confianza que suscita el oferente.

La ley se inclina por dar un valor absoluto a esa confianza creada y por ello declara ineficaz toda cláusula de aceptación de riesgos.

Hay varias formas en que puede plantearse esta limitación:

Los daños a que refiere este artículo son los que sufre el deudor en su persona o patrimonio que exceden la prestación. La directiva comunitaria es clara en ese sentido al indicar que se refiere a cláusulas respecto de muerte o daños físicos del consumidor. Preferimos la redacción de nuestra ley que es más amplia y no da lugar a problemas hermenéuticos, como ocurriría en el caso de los familiares del consumidor que resulten dañados, que parecerían excluidos en la directiva comunitaria. También la ley portuguesa, en su artículo 18, inciso a, excluye las cláusulas que limiten de un modo directo o indirecto la responsabilidad por daños causados a la vida, la integridad moral o física o la salud de las personas. En el inciso siguiente, desaprueba las que se refieren a los daños "extracontractuales". Por exclusión de estas negatividades, no es alcanzada la cláusula nuclear.

Las VII Jornadas Nacionales de Derecho Civil se refirieron al tema postulando la invalidez de las cláusulas que limitan la responsabilidad, en especial en cuanto no existe una contrapartida económica justificante de esa renuncia. Este último aspecto no ha sido receptado en la ley.

La cláusula de exclusión de responsabilidad absoluta abarca la totalidad de la responsabilidad, y por ello resulta inválida.

En cambio, en la cláusula de exclusión de responsabilidad parcial

⁷⁰ ATTYAH, Paul, *Essays on contracts*, Clarendon Press, Oxford, 1986.

se admite la responsabilidad, pero se excluye algún elemento de ella. En el Derecho común se juzgaba su licitud según la accesoriadad del elemento excluido; si es lo suficientemente importante como para suprimir en los hechos la responsabilidad, es ilícita. En la ley 24.240 se censura todo tipo de limitación. Precisamente, la redacción del artículo 37, inciso a, de la ley 24.240 no podría ser más clara en cuanto a que se consideran ineficaces aquellas estipulaciones que "limiten la responsabilidad por daños". En sintonía con ello la resolución 53/2003 estableció que serán abusivas las cláusulas que "excluyan o limiten la responsabilidad del proveedor por los daños causados al consumidor por el producto adquirido o el servicio prestado y/o respecto de cualquier resarcimiento o reembolso legalmente exigible".

X. Limitación parcial del resarcimiento

En este supuesto se admite la responsabilidad, pero hasta cierto punto. En este caso hay varias posibilidades:

Limitación parcial relacionada con el precio. Es habitual señalar que uno está obligado por el precio y hasta ello responde. El médico suele señalar como injusto que responda por un valor enorme cuando ha realizado una prestación por un precio ínfimo. Esta lógica ha sido adoptada por muchas empresas que indican en sus formularios que la responsabilidad está limitada por el valor del precio pagado. Es inválida según la ley 24.240.

Limitación parcial relacionada con el seguro: puede señalarse en una cláusula que se responde hasta el límite previsto en el seguro contratado. Esto es habitual en algunos espectáculos públicos. Es inválida según la ley 24.240.

XI. Cláusula penal

Cuando la cláusula penal se le impone al deudor, es una pena que incita a cumplir. El Código Civil establece que los jueces podrán, sin embargo, reducir las penas cuando su monto "desproporcionado con la gravedad de la falta que sancionan, habida cuenta del valor de las

prestaciones y demás circunstancias del caso, configuren un abusivo aprovechamiento de la situación del deudor"⁷¹.

El Código contempla el aprovechamiento de la situación del deudor.

En los contratos de consumo se puede incluir una pena para el empresario-deudor, pero ello es sólo aparente; en realidad es una limitación al resarcimiento. En estos casos se dice que frente al incumplimiento el empresario será sancionado del modo prefijado con exclusión de todo otro tipo de resarcimiento.

Carbonnier⁷² dice que se trata de una cláusula penal atípica, con cierto aspecto leonino que ha inducido a veces al legislador a prohibirlas.

En estos casos es una limitación que sería inválida.

XII. Limitación en la legitimación pasiva

El empresario puede ser legitimado pasivo en innumerables situaciones. Veremos las dos más importantes:

- *Exclusión de responsabilidad por el hecho del dependiente:* Es inválida en cuanto hay limitación parcial y se trata de contratos de consumo.
- *Exclusión de responsabilidad por el hecho de otros legitimados pasivos:* En general, las hipótesis de responsabilidad basadas en pluralidad de legitimados pasivos surgen por la imposición legal imperativa de obligaciones concurrentes o *in solidum*, y por lo tanto inderogables. De todos modos son también alcanzadas por la ley 24.240.

⁷¹ Sobre este tema hay una vastísima literatura en derredor del artículo 656 del Código Civil: SALVAT, Raymundo y GALLI, Enrique, *Tratado de Derecho Civil argentino. Obligaciones*, Tea, Buenos Aires, 1950, t. I, p. 230; CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A., *Derecho de las Obligaciones*, 3ª ed., Platense, La Plata, 1987, t. I, p. 274; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *La cláusula penal*, Depalma, Buenos Aires, 1983; BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Teoría general de la responsabilidad civil*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993, p. 182.

⁷² CARBONNIER, Jean, *Derecho Civil*, Bosch, Barcelona, 1971, t. II, vol. II, p. 631.

XIII. Limitación de plazos de prescripción

La prescripción es un medio de liberarse de una obligación por el transcurso del tiempo (art. 3947, Cód. Civ.). Más apropiadamente, puede decirse que la acción derivada de un derecho subjetivo se extingue por la inacción del titular durante el transcurso del tiempo fijado en la ley.

El efecto jurídico de la prescripción es la extinción de la acción. Ésta es la posibilidad de reclamar a los órganos jurisdiccionales el auxilio para la ejecución del crédito. Por lo tanto se afecta la coercibilidad del vínculo transformándose en una obligación natural (art. 515, Cód. Civ.), que sólo da derecho a la *solutio retentio*.

El modo extintivo opera por la inacción voluntaria. Esto significa que se requiere un no hacer, objetivo, sin que tenga relevancia el *animus*, la intención, la buena o la mala fe del titular del crédito.

La prescripción es un modo extintivo de los derechos subjetivos, es decir los que confieren acción. De modo que quedan excluidas las simples facultades que se pueden ejercer o no, tales como pedir la resolución, interponer la *exceptio non adimpleti contractus*.

El plazo de prescripción es el tiempo fijado por la ley, transcurrido el cual se produce el efecto extintivo. El legislador se ha reservado esa facultad dada la importancia de este plazo y de sus efectos.

Si en lugar del legislador, lo hace una de las partes, evidentemente, la otra dispone de menos tiempo para utilizar un derecho que le es propio.

Entre los textos legales, tenemos el artículo 3965, que prohíbe la remisión del derecho de prescribir para lo sucesivo. La ley 17.418 de seguros (art. 59) dispone que el plazo de la prescripción no puede ser abreviado. Tampoco es válido fijar plazo para interponer acción judicial.

La doctrina ha considerado legítima la abreviación del plazo de la prescripción, salvo en el supuesto en que implique colocar al cocontratante en un estado de indefensión o de práctica imposibilidad para ejercitar sus derechos; situación ésta que debe resolverse a tenor del artículo 953 del Código Civil, por nulidad del objeto⁷³. En la ley 24.240

⁷³ LLAMBIÁS, *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones* cit., t. III, p. 492.

se toma esta última excepción y se la transforma en regla, porque se presume el estado de indefensión del consumidor.

Estas cláusulas pueden ser declaradas ineficaces en los casos en que importan una limitación de la responsabilidad por daños, atento a la clara expresión del texto que comentamos.

XIV. Cláusulas que imponen la inversión de la carga probatoria

Se ha señalado que las cláusulas de inversión de la carga probatoria constituyen auténticas cláusulas de irresponsabilidad⁷⁴ y están expresamente prohibidas en el artículo 37 de la ley 24.240 para los contratos de consumo.

La carga de la prueba es la facultad que se adjudica a las partes de probar, en su propio interés, los hechos que fundamentan su pretensión. No se puede obligar a alguien a probar, pero si no lo hace el hecho no será considerado por el sentenciante. Siempre que hay insuficiencia probatoria, es necesario saber quién tenía la carga de probar y por eso se establecen reglas que distribuyen ese riesgo. Estas reglas de juicio están dirigidas al juez, ya que éste está obligado a fallar (art. 15, Cód. Civ.) aun cuando las partes no hayan demostrado acabadamente los hechos⁷⁵.

En el tráfico mercantil "existen hechos y circunstancias que crean

⁷⁴ GARCÍA AMIGO, Manuel, *Cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual*, Tecnos, Madrid, 1965, p. 178.

⁷⁵ Sobre este tema ver: ROSENBERG, Leo, *La carga de la prueba*, Ejea, Buenos Aires, 1956, ps. 49-51; BRUNETTI, G., *Il diritto del creditore*, en *Rivista del Diritto Commerciale*, 1916, N° 1, ps. 147 y ss.; CARNELUTTI, F., *Estudios de Derecho Procesal*, t. 1, p. 372; MICHELI, Gian Antonio, *La carga de la prueba*, Ejea, Buenos Aires, 1961, p. 63; COUTURE, Eduardo J., *Estudios de Derecho Procesal Civil*, Ediar, Buenos Aires, t. II, p. 143; *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 3ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1997, p. 242; DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial*, 3ª ed., Zavalia, Buenos Aires, 1976, t. 1, p. 396; *Compendio de la prueba judicial*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000, t. I, ps. 223 y ss.; LESSONA, *Teoría general de la prueba en Derecho Civil*, Reus, Madrid, 1928, p. 120; CHIOVENDA, Giuseppe, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Rev. de Derecho Privado, Madrid, 1954, t. II, ps. 101 y ss.; MARTY, Gabriel, *Derecho Civil. Teoría general de las obligaciones*, J. Cajica, México, 1952, t. II, p. 254.

presunciones *iuris tantum* (o *iuris et de iure*) contra el comerciante, algunas derivadas de la teoría de la apariencia y de los usos y prácticas mercantiles, y otras, de la realidad de los hechos o de la responsabilidad objetiva (art. 1113, Cód. Civ.). En las condiciones generales de contratación el comerciante suele establecer que él no será responsable mientras el consumidor no lo pruebe” pretendiendo exonerarse de la responsabilidad que el ordenamiento le impone, por lo que aunque se pretenda invertir la carga de la prueba en perjuicio del consumidor, deberá ser el comerciante el que “deba probar la forma en que han ocurrido los hechos o las circunstancias que permitan liberarlo de responsabilidad”⁷⁶.

El significado de la prohibición de la cláusula es el siguiente:

- Hay una serie de reglas de Derecho Procesal y sustantivo que distribuyen la carga probatoria;
- esas reglas en algunos casos favorecen al consumidor;
- no se puede alterar convencionalmente estos principios, derogando esas reglas probatorias perjudicando al consumidor, dificultando su derecho de probar.

Dentro de esta problemática, la resolución 53/2003 estableció que serán consideradas abusivas las cláusulas que “Impongan al consumidor cualquier limitación en el ejercicio de acciones judiciales u otros recursos, o de cualquier manera condicionen el ejercicio de sus derechos, especialmente cuando: I) Se disponga que las acciones judiciales puedan entablarse en jurisdicción distinta del lugar del domicilio del consumidor al tiempo de la celebración del contrato, excepto cuando se disponga que la acción se entable en el lugar del domicilio real del consumidor al tiempo en que aquélla se inicie; II) Se limiten los medios de prueba, o se imponga la carga probatoria al consumidor, salvo previsión en contrario autorizada por normas legales especiales; III) Se limite la facultad de oponer excepciones, recusaciones u otros recursos”.

Por su parte, el artículo 2698 del Código Civil italiano dispone que “Son nulos los pactos por los cuales se invierte o se modifica la carga de la prueba, cuando se trata de derechos de los que las partes

⁷⁶ FARINA, *Defensa del consumidor y del usuario* cit., p. 296.

no pueden disponer o cuando la inversión o la modificación tiene por efecto hacer a una de las partes excesivamente difícil el ejercicio del derecho”.

XV. Cláusulas que imponen plazos de caducidad

La caducidad, al igual que en el caso de la prescripción se vale del tiempo. Sin embargo, la prescripción se refiere a la acción, convirtiéndose a la obligación en natural (art. 515, Cód. Civ.), mientras que la caducidad extingue el derecho; la primera puede surgir sólo de la ley, mientras que la segunda puede tener base convencional; la caducidad no puede ser suspendida o interrumpida como la prescripción.

En la caducidad se produce la privación de los beneficios del término, antes de su vencimiento, en virtud de una disposición legal o contractual.

¿Son abusivas las cláusulas de caducidad?

Pensamos que hay que distinguir varias situaciones.

Los plazos legales de caducidad no pueden ser abusivos.

En otros casos, la *ratio* de la caducidad impide hablar de abuso. Por ejemplo, en el Código Civil, la privación del término se produce en beneficio del acreedor, cuando el deudor disminuye la garantía; en ese caso es injusto hacerle esperar hasta el final del plazo porque no cobraría nada (arts. 572, 753 y 754). Es la insolvencia o disminución de garantías la que justifica la caducidad, no hay aquí abuso.

XVI. Cláusula de arbitraje obligatorio

Puede ocurrir que los particulares no sometan sus cuestiones a los jueces ordinarios integrantes del Poder Judicial, sino que acudan a personas designadas por ellos. A su vez, una gran división se abre entre los árbitros, que, como los jueces de Derecho, deben ajustar su procedimiento a las leyes, y los arbitradores, que también se los llama “amigables componedores”, que proceden sin sujeción a formas legales y dictan su sentencia según su saber y entender. Otra distinción necesaria es la de “compromiso” y “cláusula compromisoria”. En el compromiso se nom-

bra al árbitro *post litem*, con referencia a un litigio determinado; en la cláusula compromisoria se nombra al árbitro *ante litem natam*.

El Código Civil italiano contiene dentro de la enumeración de cláusulas onerosas —y por tanto sujetas a la aprobación escrita— las que instituyen la cláusula compromisoria (art. 1341, párr. 2°).

La recomendación N° 3 de las VIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, realizadas en La Plata en 1981, se pronunció en igual sentido, y tal vez es la previsión del artículo 14 de la Ley 19.724 de Prehonorizabilidad.

La directiva comunitaria considera abusiva la cláusula que suprime u obstaculiza “el ejercicio de acciones judiciales o de recursos por parte del consumidor, en particular obligándose a dirigirse exclusivamente a una jurisdicción de arbitraje no cubierta por las disposiciones jurídicas, limitándole indebidamente los medios de prueba a su disposición o imponiéndole una carga de la prueba que, conforme a la legislación aplicable debería corresponder a la otra parte” (art. 3°, anexo, inc. q).

La ley brasileña prohíbe la cláusula de utilización compulsoria del arbitraje (art. 51, VII).

La cláusula compromisoria no puede calificarse abusiva *ab initio*, en los términos del artículo 37 de la ley 24.240. El derecho que se le concede al consumidor, como a todos los ciudadanos es a la jurisdicción. Mientras el arbitraje garantice ese derecho a la jurisdicción no hay, a nuestro juicio cláusula abusiva. Si en lugar de una institución arbitral se somete al consumidor a un arbitraje ad hoc, designado por la parte empresaria, evidentemente ello es abusivo.

La solución que desecha de plano la vía arbitral ignora que hay razones que inducen a los contrayentes a preferir la solución arbitral por la mayor rapidez del juicio y la especial competencia técnica del árbitro, que pueden beneficiar al consumidor.

XVII. Cláusula de rescisión unilateral incausada

La rescisión es un derecho potestativo de desistir de las obligaciones causadas por el contrato que tiene efectos hacia el futuro, subsistiendo los ya cumplidos del contrato. Debe estar expresamente pactado, lo

que ha dado lugar a discrepancias sobre la legitimidad de la cláusula. Examinándola aisladamente, se puede argumentar que es legítima porque el Código Civil admite en favor de ambas partes el distracto (art. 1200, Cód. Civ.). En cambio, en una tesis restrictiva se ha considerado que la cláusula es por sí misma inmorale, y que es aceptada por efecto de una imposición abusiva, con la consecuencia de que los jueces deben declararla inválida, salvo que se pruebe la existencia de una causa grave que motiva el incumplimiento⁷⁷.

Indagando sobre la regulación de la cláusula de rescisión unilateral, se puede concluir que no es por sí misma ilícita, sino que tiene una distinta consideración según el contexto legal y los intereses afectados. Así, en el contrato de trabajo se permite con una indemnización tarifada (art. 245, LCT), en la locación de obra es legítima con una indemnización plena sujeta a reducción equitativa (art. 1638, Cód. Civ.), en la locación de cosas está admitida en favor del locatario (art. 8°, ley 23.091). En virtud de ello, juzgamos imprescindible considerar el contexto legal y los intereses, a fin de juzgar la licitud de la cláusula en examen, debiendo examinarse:

- a) Si su fuente es legal o convencional;
- b) siendo contractual, si es bilateral o unilateral;
- c) si es unilateral de fuente convencional, si es un contrato de consumo;
- d) si es un contrato paritario o de empresa, no hay una regla fija, sino que debe examinarse el problema del consentimiento (si hubo adhesión o no, imposición abusiva, etc.).

Con relación a los contratos de consumo, la cláusula de rescisión unilateral es considerada abusiva, en tanto no esté prevista para ambas partes, ya que produce una desnaturalización de las obligaciones y una renuncia de derechos del consumidor (art. 37, ley 24.240). Aun así, deberá analizarse el caso concreto, ya que es preocupante que los proveedores puedan creerse autorizados a decidir caprichosamente con quiénes continuarán sus acuerdos.

⁷⁷ CNCom., sala B, L. L. 1987-D-416; sala A, “Dillon SA c/Ford”, L. L. 152-253; sala B, “Cilam SA c/IKA Renault”, L. L. 1983-C-233; CNCom., sala C, “Peralta hnos. c/Citroën”, E. D. 109-648. Resumen de jurisprudencia sobre rescisión: ROSELLA, Gabriela e HUSE, Mónica, *Rescisión*, en J. A. del 5-3-97.

Vale destacar que la resolución 53/2003 establece que serán leoninas las estipulaciones que “autoricen al proveedor a rescindir sin causa el contrato, sin que medie incumplimiento del consumidor”. En cambio, cuando se trate de contratos de duración existirá esta facultad y “podrá rescindirse sin causa cuando se prevea la notificación al consumidor, con una antelación razonable conforme la naturaleza y características del objeto del contrato”. Esta autorización deberá ser analizada con detenimiento para evitar una desnaturalización de las obligaciones. Baste imaginar el caso de un contrato de medicina prepaga en el que la empresa prestadora evalúa inconveniente continuar prestando el servicio a un mayor de setenta años⁷⁸.

XVIII. Cláusula de compensación

La compensación de las obligaciones se produce cuando dos personas por derecho propio reúnen la calidad de acreedor y deudor recíprocamente, cualesquiera que sean las causas de una y otra deuda, extinguiendo con fuerza de pago las dos deudas, hasta donde alcance la menor, desde el tiempo en que ambas comenzaron a coexistir (art. 818, Cód. Civ.). Dentro de las cuatro clases de compensación existentes en nuestro ordenamiento (legal, voluntaria, judicial y facultativa), el reglamento hace referencia a dos de ellas: la legal y la voluntaria. Pero el tema pasa, sin dudas, por esta última. Así, la compensación voluntaria es la que las partes acuerdan libremente por contrato sin requerirse otra cosa que el acuerdo de voluntades y sin interesar el monto de la deuda ni su liquidez o fungibilidad⁷⁹.

La resolución 53/2003 adopta en esta cuestión una solución apropiada y ajustada al espíritu de la ley 24.240 ya que trata de los casos en los que el consumidor no hubiese pagado en término sumas de

⁷⁸ En una ocasión se dijo que no puede alegarse “que la prestación a su cargo se tornó extremadamente onerosa, pues este sistema de medicina tiene un ingrediente aleatorio semejante al del seguro, que lo obliga a afrontar esa mayor onerosidad que debió tener en cuenta al efectuar los cálculos actuariales tendientes a fijar el precio del servicio” (CNCom., sala E, 3-4-97, “De Oromi Escalada, Mariano c/Galeno Previsión SA”, Lexis 11/27.759).

⁷⁹ BORDA, *Tratado...* cit. *Obligaciones*, t. I, N° 893.

dinero correspondientes a un contrato que lo liga al proveedor y éste haya previsto en el instrumento compensar el importe adeudado con otros que estuvieran en su poder por otra causa. Esta previsión contractual se considera abusiva, dejando a salvo la posibilidad de que una norma legal expresamente la autorice.

De esta manera, la previsión contemplada consiste en un claro caso de compensación voluntaria, ya que ésta surge del acuerdo de partes, razón por la cual el hecho de que la reglamentación indique que, conforme a los principios que surgen del artículo 37 de la ley 24.240 una previsión contractual de estas características no puede ser tolerada aporta un importante grado de certeza a las relaciones jurídicas de consumo.

XIX. Cláusula facultativa para la interpretación del contrato

La interpretación de los contratos es tarea judicial⁸⁰ y las leyes, la doctrina y la jurisprudencia han creado a lo largo del tiempo pautas tendientes a posibilitar que el análisis de las cuestiones que no resulten del todo claras en las relaciones contractuales puedan resolverse con la mayor objetividad posible. También contribuye a ese objetivo el hecho de que sea alguien imparcial, ajeno a la subjetividad de las partes, quien decida acerca del conflicto. Pero la cuestión se torna más grave cuando estamos frente a contratos predisuestos y de consumo, cuando además existen pautas de interpretación aplicables al caso y que tienen como principio orientador el de la adopción de la solución más favorable para el consumidor.

Por tanto es inaceptable la facultad en favor del predisponente de reservarse la interpretación del contrato en los casos en los que puedan surgir dudas, aplicándose al supuesto la previsión del artículo 37, relativa a las cláusulas ambiguas. También este tema ha sido previsto por la resolución 53/2003, calificando de leoninas las condiciones contractuales que “confieran al proveedor el derecho exclusivo de interpretar el significado, alcance y cumplimiento de las cláusulas contractuales y de las prestaciones respectivas”.

⁸⁰ ALTERINI, *Contratos* cit., p. 411.

XX. Cláusula de sujeción de entrada en vigencia a acto unilateral

Existe una práctica habitual en los proveedores de ciertos servicios consistente en realizar una oferta estableciendo características de los bienes o los servicios disponibles y los requisitos que deben reunir los potenciales contratantes. Cuando el consumidor pretende exteriorizar su aceptación, el oferente le impone un instrumento determinado en el que se crea una nueva instancia de aceptación a cargo de este último. Como se explicó oportunamente, la “oferta dirigida a consumidores potenciales indeterminados, obliga a quien la emite” (art. 7º, ley 24.240) por lo que el proveedor deberá responder indefectiblemente por aquello a lo que se ha obligado a través de su publicidad.

La resolución 53/2003 invalida las cláusulas que “supediten la entrada en vigencia del contrato a un acto unilateral de aceptación por el proveedor, mientras que la voluntad del consumidor haya quedado irrevocablemente expresada con anterioridad, salvo cuando se encuentre autorizado por normas legales especiales”.

XXI. Cláusula de limitación al ejercicio del pacto comisorio

Expresa la resolución 53/2003 que se considerarán vejatorias las cláusulas que “supediten el ejercicio de la facultad de resolución contractual por el consumidor a la previa cancelación de las sumas adeudadas al proveedor”.

Es fundamental distinguir aquí si el ejercicio de la facultad resolutoria se hace en virtud del incumplimiento obligacional del proveedor o con base en una facultad contractual del consumidor de extinguir el contrato sin expresión de causa, entendiendo que la previsión reglamentaria se refiere al segundo supuesto.

Es evidente que si, como dice el reglamento, el adherente se halla endeudado, debe entenderse entonces que es éste quien se encuentra en situación de incumplimiento, por lo que no podría ejercer la prerrogativa del pacto comisorio (art. 10 bis, inc. c, ley 24.240; arts. 1204, Cód. Civ. y 216, Cód. de Com.) resolviendo el contrato sobre la base del incumplimiento ajeno. Es sabido que dentro de los requisitos que

habilitan el ejercicio de este derecho se encuentra el de encontrarse cumpliendo las obligaciones a su cargo⁸¹.

En cambio, cuando el consumidor goce de la facultad de resolver el contrato sin causa, es razonable que no se le condicione el derecho al previo pago de sumas adeudadas, ya que el mantenimiento del vínculo en nada ayuda a la regularización de la situación, y, en todo caso, pueda ésta agravarse por la prolongación del estado de falta de pago, incrementando la deuda. Todo ello no obsta, claro está, las acciones que en favor del proveedor existen a los fines del recupero de su crédito.

XXII. Cláusula de sustitución de bienes o servicios

Se trata de la cláusula que faculta al predisponente a modificar el contrato de manera unilateral, lo que es recogido por la resolución 53/2003 al establecerse como ineficaces las cláusulas que “faculten al proveedor a suministrar otros productos o servicios no incluidos en el contrato, sin la previa y expresa aceptación por el consumidor y/o imponiéndole un plazo para comunicar que no los acepta”. El análisis de esta previsión debe relacionarse con el criterio adoptado por dos normas de la ley 24.240. La primera de ellas es la que surge del artículo 10 bis, inciso b, que establece que entre las opciones que tiene el consumidor frente al incumplimiento del proveedor se encuentra la de “aceptar otro producto o prestación de servicio equivalente”. Si bien en el supuesto que surge del reglamento el proveedor estaría intentando reemplazar el producto o el servicio como consecuencia de un permiso contractual, sin haberse configurado incumplimiento, la solución es armónica en lo que hace a la necesidad de una aceptación cabal por parte del consumidor. La segunda coincidencia vincula a la invalidez de la presunción de aceptación tácita por parte del consumidor, luego de cumplido un plazo, con lo normado en el artículo 35

⁸¹ Ha dicho la jurisprudencia que “tanto en el supuesto del pacto comisorio expreso como en el de pacto legal o implícito, es necesario considerar que quien invoca su operatividad sea la parte cumplidora de sus obligaciones” (CNFed.CC, sala 3º, 31-8-95, “De Benedetti, Egisto O. y otro c/Radiodifusora del Plata SA y otro”, J. A. 1996-IV-376).